

## INDULTO COLETIVO

**EMENTA — Indulto coletivo. Pressuposto da primariedade. No sistema do Código Penal brasileiro, é criminoso primário aquele que não for reincidente nos termos do seu art. 46. Embargos conhecidos e rejeitados.**

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, de conformidade com a ata de julgamentos e notas taquigráficas, à unanimidade de votos, conhecer dos embargos, e rejeitá-los.

Brasília, 11 de setembro de 1975.

DJACI FALCÃO, Presidente

XAVIER DE ALBUQUERQUE, Relator

### RELATÓRIO

O SR. MINISTRO XAVIER DE ALBUQUERQUE: — Porque o embargado não era reincidente, à luz do art. 46 do Código Penal, embora houvesse sofrido outras condenações, as instâncias ordinárias consideraram-no beneficiado pelo indulto coletivo objeto do Decreto n.º 73.288, de 12.12.73, destinado a sentenciados primários. Veio recurso extraordinário do Ministério Público, fundado em dissídio com julgados do Supremo Tribunal. A Primeira Turma dele conheceu, mas negou-lhe provimento nos termos desta ementa (fls. 134):

“Indulto — Reincidentes.

Para os efeitos do indulto do Dec. Presidencial n.º 73.288/73, reincidente é aquele que se encontra na situação do art. 46, do Código Penal, ou seja, o que comete novo crime, depois de condenado pelo primeiro. Fora desse caso, é primário e pode obter o indulto, desde que reúna as demais condições daquele diploma.”

Não me posso furtar ao dever de reproduzir, da substanciosa impugnação aos embargos, os três capítulos fundamentais. Leio-os ao Tribunal (fls. 156/163):

“III — PRIMÁRIO OU REINCIDENTE: **TERTIUS NON DATUR.**

A tese dos rr. padrões de divergência pressupõe necessariamente a inserção,

na classificação dos criminosos, no direito vigente, de uma *tertium genus* entre os primários e os reincidentes. Seria a categoria que o jargão forense costuma denominar tecnicamente primários, isto é, não reincidentes, porque inadequados à definição precisa do art. 46, do C. Penal, mas aos quais seria lícito negar a qualificação de primários *tout court*, uma vez condenados por mais de um crime.

Ocorre, entretanto, que a essa pretenha terceira categoria entre o primário e o reincidente, falta, de início, qualquer base legal.

É verdade que, no último dos acórdãos divergentes — RE 77.789, rel. Min. Thompson Flores, fls. 140, 145 — este assento legal para a afirmada distinção entre **primário** e **não reincidente** foi buscado no art. 57, I, do C. Penal. Sem razão, no entanto, **data maxima venia**.

Realmente, ali o Código condicionou o **sursis** a que “o sentenciado não haja sofrido, no Brasil ou no estrangeiro, condenação por outro crime”. Proíbe-se, pois, o benefício, ainda, segundo o entendimento pacificado, que não se caracterize a reincidência.

O argumento que daí se extrai contra a equivalência **primário — não reincidente**, entretanto, tem o vício de provar demais: se a definição do art. 57, I é que correspondesse ao conceito legal de primário, o Código — exemplo de precisão técnica e perfeição estilística — teria dito apenas que “a execução da pena (...) pode ser suspensa: I. desde que o sentenciado **seja primário...**”

Se não o fez é porque **primário**, no Código, tem significação mais ampla, extraída dos arts. 46 e 60, I, e que abrange também quem haja sofrido condenação criminal anterior, desde que não seja **reincidente**:

“Art. 46 — Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no país ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.”

"Art. 60 — O juiz pode conceder livramento condicional ao condenado à pena (...) superior a três anos, desde que: "Se cumprida mais da metade da pena, se o criminoso é **primário**, e mais de três quartos, se **reincidente**."

Aí está: enquanto no art. 46 se define com precisão o **reincidente**, o conceito de **primário**, que não é objeto de definição expressa, se extrai a **contrário sensu** de sua utilização, no art. 60, I, em texto que não só o opõe a **reincidente**, mas exclui logicamente a admissão de uma terceira categoria intermediária.

Com efeito, supor-se, no art. 60, I, que não é **primário** todo aquele que não é **reincidente** conduziria a um absurdo manifesto: ao passo que a reincidência, forma mais grave de reiteração criminosa, apenas elevaria o prazo do livramento condicional, a forma necessariamente mais branda da pluralidade de crimes sem reincidência ficaria excluída do benefício...

O argumento é de Magalhães Noronha (*Direito Penal*, I, § 187, p. 368), isto é, precisamente na passagem equivocadamente trazida pelo Sr. Ministro Themístocles Cavalcanti, no HC 46.971 (*supra*, § 3), como suposto argumento de autoridade em favor da tese da distinção entre **primário** e **não reincidente**. Diz, com efeito, a observação do ilustre penalista, em comentário ao mencionado art. 60, I:

"Vê-se, conseqüentemente, que **primário**, para o Código, não é apenas o que foi condenado pela primeira vez, mas também o que tem **várias condenações, sem ser reincidente**. Não há terceira categoria de delinqüente, pois, se assim não fosse, não se saberia quanto de pena teria este que cumprir, visto a lei ser omissa, e a conclusão é que não poderia lograr o livramento condicional. Conseqüentemente, tanto àquele que só tem uma condenação, como ao que sofreu duas ou mais, sem ser, entretanto, reincidente, bastará cumprir metade da pena. Razão porque, ao estudarmos o **sursis**, falando em **condenação primária**, dizíamos não corresponder **sempre** ao conceito de **delinqüente primário**."

Houvesse dúvidas no C. Penal, elas estariam desfeitas pelos arts. 710 e 711, do C. Pr. Pen., igualmente relativas ao livramento condicional. O primeiro é repetição do art. 60 da Lei Penal, inclusive, no que toca à distinção entre **primário** e **reincidente**, quanto ao prazo mínimo de benefício (art. n.º 710, I). Mas o segundo deixa claro que é condenado **primário** o que sofreu várias condenações, mas não é reincidente. Di-lo:

"Art. 711 — No caso de condenação a duas ou mais penas privativas de liberdade (...), o juiz somente poderá conceder o livramento, se qualquer delas for superior a três anos e o condenado já houver cumprido mais de metade ou três quartos da soma do tempo de todas."

Tem-se, pois, que o C. Penal, com o reforço da lei processual, só admite um conceito sistematicamente válido de delinqüente ou sentenciado **primário**: é o de **não reincidente**.

Esta, vale ressaltar, é, aliás, a opinião de Nelson Hungria (*Comentários*, ed. 1958, v. VII, p. 32), também invocada, por equívoco, como partidário da opinião contrária, no mais antigo dos padrões em causa (*supra*, 3). Acerca da primariedade reclamada a outro propósito, o do furto privilegiado de pequeno valor (art. 155, § 1.º), dizia o mestre que "a primariedade do agente é reconhecível, a **contrário sensu** do art. 46..."

#### IV — ADEQUAÇÃO ANALÓGICA ENTRE LIVRAMENTO CONDICIONAL E O INDULTO COLETIVO.

Sustenta-se, pois, em respeitosa discordância com um dos acórdãos padrões, que a sede adequada para a busca do conceito jurídico de **primariedade** do sentenciado não é o art. 57, I (que trata de **sursis** e, na observação precisa de Noronha — *supra*, § 19 — cogita de **condenação primária**, mas não de **delinqüente primário**), e sim o art. 60, I, do C. Penal, atinente ao livramento condicional. E para este, já se mostrou, **primário** é **todo** o **não-reincidente**.

Além dos argumentos de cunho lógico desenvolvidos, há, todavia, razões de ordem substancial que tornam parti-

cularmente adequado utilizar, no esclarecimento do decreto de indulto coletivo, o conceito de condenado **primário** extraído das normas do livramento condicional.

A primeira é que, ao passo que o livramento condicional é reservado aos sentenciados a mais de três anos, os indultos natalinos têm sido sempre limitados aos condenados a **menos** de três anos e um dia, isto é, aos que não se poderiam beneficiar do primeiro.

Sabidamente não se trata de uma coincidência arbitrária: diante das críticas suscitadas pelo mínimo de apenação exigido para o livramento condicional (que torna preferível a condenação de quatro a de três anos), o Executivo tem usado do poder de indulto para corrigir o paradoxo legal. Por isso, o indulto beneficia os que, **reunindo os demais requisitos do livramento condicional**, entre eles, a **primariedade**, não podem pleiteá-lo em razão da menor gravidade da pena que lhes foi imposta.

Por outro lado, enquanto o **sursis** põe ênfase nos **antecedentes** do condenado (base na presunção de que não volte a delinquir) e, por isso, não é concedido a quem tenha sofrido condenação anterior, seja ou não primário, o livramento condicional e o indulto coletivo se aproximam uma vez mais, na medida em que sobrepõem ao passado os indícios de recuperação trazidos pela **conduta carcerária**: ora, essas indicações de eficácia da terapêutica penal são desmentidas pela **reincidência**, mas não pela pluralidade de crimes **anteriores** à primeira condenação. A este aspecto, porém, será dedicado o item seguinte.

#### V — FUNDAMENTOS DA IDENTIDADE DE CONCEITUAL DO PRIMÁRIO COM O NÃO-REINCIDENTE.

Em outro dos acórdãos divergentes da decisão embargada — RE 66.385, RTJ 43/485 — o saudoso Ministro Aducto Cardoso, relator, entendendo, com o Tribunal **a quo**, que “o reverso do conceito de não-reincidência não é forçosamente o de primariedade”, sustentava que “parece uma ruptura com a natureza das coisas dar a qualificação de primário ao criminoso que só não foi condenado definitivamente por crime anterior em virtude de delongas processuais. Aliás, na ementa, S. Exa.

ia mais longe e considerava **anomalia** até que em tais casos não se pudesse falar de **reincidência**.

**Data maxima venia**, há aqui um duplo equívoco, ao qual foi levado o saudoso juiz pela crítica desinformada que a decisão então recorrida insinuara contra o suposto tecnicismo da definição legal de **reincidência**. Nem constitui anomalia que apenas se considera **reincidente** quem cometa um crime depois de **condenado** por outro, nem consequentemente, atenta contra a natureza das coisas que se diga **primário** todo aquele que não seja **reincidente**, segundo a definição legal.

Basta lembrar a discussão doutrinária sobre o fundamento racional da agravação da pena e das outras consequências desfavoráveis geradas pela reincidência, objeto de duas magníficas resenhas na literatura brasileira: a de Aníbal Bruno (**Direito Penal**, 1.<sup>a</sup> ed., III/109 ss.) e a Roberto Lyra (**Comentários**, Forense, 3.<sup>a</sup> ed., II/324 ss.).

A dificuldade está em que, ao contrário das demais circunstâncias agravantes, mesmo as de natureza subjetiva, a reincidência, singularmente, não é posta em relação com o fato principal, mas “o fato cometido é que se junta à condenação anterior para compor a agravante” (Bruno, ob. cit., p. 109).

Daí, a insistente impugnação dos clássicos à agravante da reincidência, que constituiria **bis in idem** com a condenação já imposta pelo crime anterior (cf. Bruno, ob. cit., p. 111; Lyra, ob. cit., p. 332; Antolisei, **Problemi Penali Odierni**, Milão, 1940, p. 176). “A solução era realmente aberrante no sistema dos clássicos — reconhece Bruno (id. p. 112) — com a pena posta em relação com a grandeza objetiva do fato, que não se altera pela reincidência, e com a culpabilidade do agente, esta reduzida, segundo a concepção psicológica, às duas formas do dolo e da culpa, que se não pode dizer que aumentem de intensidade no fato da repetição do crime.”

É evidente que não se resolve o problema com o apelo à idéia de maior periculosidade demonstrada pelo reincidente, ao menos enquanto a lei positiva mantiver o sistema do duplo binário, onde à periculosidade do agen-

te não deve corresponder agravação da pena, mas imposição de medida de segurança.

A única explicação a um tempo racional e ajustação ao sistema positivo, defendida por Anibal Bruno (id., p. 112), com suporte em Manger e M. Mayer, é a que, conforme os postulados da teoria normativa da culpa, hoje dominante, justifica "a exacerbação da pena, ao segundo crime, pela maior culpabilidade do agente, pela maior reprovabilidade de que sobre ele recai em razão de sua vontade rebelde particularmente intensa e persistente, que resistiu à ação inibidora da ameaça da sanção penal e mesmo da advertência pessoal, mais severa, da condenação infligida."

Curiosamente, entretanto, essa resposta dos modernos à objeção dos clássicos não é nova. Ao contrário, ela já está precisamente formulada no maior dos clássicos, o grande Carra (Programma, Parte Generale, 1859, § 739, p. 532):

"Il legislatore prevede ch'è ad un dato delitto possa essere pena bastevole una data quantità di male. E lo è di fatti par i più. Che se qualcuno delinque malgrado quella minucia, si ritiene avero fatto per nen avere sperimentato la pena; e si calcola che la esperienza del male che le colpisca pel primo suo fallo siagli leziona bastante per 1.<sup>a</sup> avvenire. E questo secondo calcolo riesce confermato dalla esperienza por il maggiore numero del delinquenti che nem ricadono. Ma quando, depe avere sperimentato il patimento effettivo, un ceadaenato torna a delinquere, ci dá chiaro segno di disprezzare qual male: mostra che per lui non è freno sufficiente quella somma di patimenti. Rinnevere centro di lui la modesima pena diviene in tal caso futyle; perchè la presunzione di sufficienza relativa della forma oggettiva di quella penalità e contradetta del tatto."

Vê-se, por conseguinte, que a limitação do conceito de reincidência à prática de outro crime após a conde-

nação pelo anterior não é arbitrária, muito menos anômala, mas responde, pelo contrário, a uma exigência inerente ao fundamento racional dos efeitos desfavoráveis da reincidência.

Assim se explica que, à vista do direito comparado, a definição legal de reincidência, vigente entre nós, ao contrário de ser um tecnicismo exageradamente liberal, seja a forma mais rigorosa de conceituá-la como se poderia supor. Vê-se, com efeito, em Roberto Lyra (ob. cit. pp. 325, 345), que numerosas legislações restringem o conceito de reincidência ao que a doutrina (cf. Costa e Silva, Código Penal, 1930, I/363 ss.) costuma denominar reincidência verdadeira em real ("Perpetração do segundo delito depois de expiada a pena do primeiro"), em oposição à reincidência ficta ("perpetração após a simples condenação pelo antecedente delito").

É que — explica Costa e Silva (ob. cit., p. 364) — para os que adotam essa dicotomia, só quando a reincidência tenha por requisito o cumprimento, ao menos parcial, da pena do primeiro crime, se pode afirmar, "com fundamento, a improficuidade ou insuficiência do castigo e a perseverança criminosa do agente". Note-se: essa corrente que, ao tempo de Costa e Silva, só estava consagrada em dois códigos, o do Peru e o da Iugoslávia, segundo a informação de Roberto Lyra, já correspondia a, pelo menos, onze legislações positivas, entre elas, a da Alemanha.

Destrói-se pois, data venia, o último dos argumentos mercê dos quais se pretendeu justificar, nos precedentes conhecidos, a tese do acórdão embargado: a identidade conceitual entre primário e não reincidente não é arbitrário, porque responde ao único fundamento racional aceitável para a figura legal da reincidência e seus efeitos penais."

Cedo, portanto, à argumentação do nobre advogado dativo do embargado, levando em conta, por outro lado, a

categorica assertiva do Ministro Francisco Campos, n.º 24 da **Exposição de Motivos** do Código Penal, **verbis**:

"O projeto não faz **classificação** especial de criminosos. Na sua sistemática, apenas distingue, para diverso tratamento penal, entre o criminoso **primário** e o criminoso **reincidente** (genérico ou específico)."

Isto posto, conheço dos embargos, como disse, mas os rejeito.

#### VOTO

O SR. MINISTRO CARLOS THOMPSON FLORES: — Em sessão de ontem, assim relatou a espécie o eminente Relator (leu).

2. S. Exa. conheceu dos embargos e os rejeitou, proferindo o seguinte voto (leu).

3. Pedi vista para melhor meditar sobre o tema, eis que fiquei impressionado com o bem lançado memorial oferecido pelo ilustre Dr. José Paulo Pertence, nomeado defensor dativo do embargo perante esta Instância, e com a sustentação oral produzida por S. Exa.

4. Conferi os argumentos em questão com aqueles que havia aduzido como Relator do RE Cr. 77.789, no qual segui a orientação de julgados outros, que invoquei, então. E, julgando-me capacitado a proferir voto, trouxe o feito, para que prossiga o julgamento.

II. Como o eminente Relator, conheço dos embargos, rejeitando-os.

1. O dissídio está evidenciado, como sinalou S. Exa., o que autoriza o conhecimento dos embargos.

2. Retificando meus pronunciamentos anteriores, penso que a melhor conceituação de primário para os fins propugnados no Decreto n.º 73.288/73, art. 1.º, é o que lhe atribuiu o aresto embargado, como já o haviam feito o magistrado e o Tribunal de Alçada Criminal.

3. Certo invoquei no paradigma, para exemplificar a primariedade, o art. 57, I, do Código Penal.

Convencido estou, porém, que melhor préstimo à dilucidação para o fim do indulto enseja o art. 60, I, do Código Penal, pondo no rol dos primários todo aquele que não cabe como reincidente.

Demais, acudindo a **Exposição de Motivos** do Código Penal, n.º 24, do saudoso Francisco Campos, redobrei minha convicção, a qual, frente ao valioso memorial, espancou de meu espírito quaisquer dúvidas.

4. Acompanho, pois, sem restrições, o voto do eminente Relator, sem acréscimos outros.

Assim voto.

#### (EMBARGOS)

#### VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CORDEIRO GUERRA: — Sr. Presidente, não tenho a menor dúvida do acerto da brilhante demonstração feita pelo ilustre Dr. José Paulo Pertence, na distinção técnico-jurídica, dentro da disciplina do Código, entre primário e reincidente.

A única dúvida que tinha era em referência ao sentido em que o Poder Executivo, ao conceder o indulto aos sentenciados, utilizou a expressão primário, se deu uma aceção imprópria, de modo que não concedesse o benefício àqueles que, embora tecnicamente primários, na prática não o fossem.

O Art. 1.º diz:

"Consideram-se indultados os sentenciados primários definitivamente condenados a penas privativas de liberdade até 3 anos e 1 dia e que tenham efetivamente cumprido com boa conduta prisional, até o dia 25 de dezembro do corrente ano, no mínimo um terço da pena imposta."

Ora, aqui diz que é primário e definitivamente condenado. Quer dizer, não difere da classificação feita pelo Código Penal.

Acompanho o voto do eminente Relator, sem restrições.