

## **O CRIME COMPENSA? ROUSSEAU E OS INIMIGOS DA REPÚBLICA**

### *DOES CRIME BRING ANY BENEFIT ? ROUSSEAU AND THE ENEMIES OF THE REPUBLIC*

**Paulo Jonas de Lima Piva<sup>1</sup>**

**Valdir Vieira Rezende<sup>2</sup>**

**SUMÁRIO:** Introdução; 1. O contrato social ideal de Rousseau e o crime; 2. O criminoso e a punição; 3. A punição que não pune: o criminoso não é o inimigo em São Paulo; 4. A inércia da sociedade diante do abuso do direito: concordância implícita ou silêncio às vésperas de uma reação?; Considerações Finais; Referências das Fontes Citadas.

#### **RESUMO**

Jean-Jacques Rousseau, no seu célebre *Do Contrato social ou Princípios do direito político*, de 1762, é bastante explícito quanto ao tratamento que uma república de fato deve dar aos cidadãos que infringem o pacto social: entre o Estado e o inimigo do contrato que funda este Estado, que estabelece uma República, o inimigo do interesse público é quem deve perecer. Num certo sentido, não é o que ocorre, digamos, com o contrato social brasileiro. O objetivo deste artigo é, à luz do pensamento republicano de Rousseau sobre o crime, propor uma reflexão sobre as iniciativas políticas postas em prática hoje pelo Estado brasileiro para tratar o criminoso, as quais muitas vezes levam à lamentável conclusão de que o crime compensa.

**Palavras-chave:** Crime; Punição; Rousseau; Brasil; Impunidade.

#### **ABSTRACT**

Jean-Jacques Rousseau, in his famous *The Social Contract or Principles of Political Right*, 1762, is quite explicit about the treatment that a republic really should give citizens who break the social contract: between the State and the enemy of the contract that establishes this State, establishing a republic, the enemy of the public interest is who should perish. In a sense, it is not what happens, say, the social contract in Brazil. The purpose of this article is, in the light of republican thought of Rousseau on crime, propose a reflection on policy

---

<sup>1</sup>Doutor em Filosofia pela Universidade de São Paulo (USP), Professor da Universidade São Judas Tadeu (USJT). E-mail: pjlpiva@hotmail.com

<sup>2</sup> Mestrando em Filosofia na Universidade São Judas Tadeu (USJT) e Promotor de Justiça de Execuções Criminais em São Paulo. E-mail: valdir.vvrez@gmail.com

initiatives implemented today by the Brazilian State to treat the criminal, which often lead to regrettable conclusion that crime compensate.

**Keywords:** Crime; Punishment; Rousseau; Brazil; Impunity.

“A falta grave não interrompe o prazo para obtenção de livramento condicional.”<sup>3</sup>

“O perdão, sim, pela sua natureza, pressupõe o arrependimento do criminoso, o abandono das armas de luta. A anistia, pelo contrário, é um ato político pelo qual se faz esquecer o delito cometido contra a ordem, o atentado contra as leis e as instituições nacionais”<sup>4</sup>

“A conservação do Estado é então incompatível com a sua, sendo preciso que um dos dois pereça, e, quando se faz que um *culpado morra*, é menos como cidadão do que como inimigo”<sup>5</sup>

## INTRODUÇÃO

Jean-Jacques Rousseau, europeu do século XVIII, filósofo das Luzes que priorizou o coração, formador de opinião do seu e de outros tempos, é destacado por grande parte dos estudiosos da filosofia e da história como um dos pensadores que inspiraram ideologicamente a Revolução Francesa, a qual teve como seu lema definidor a tríade de valores “Igualdade, Liberdade e Fraternidade”. Destes três valores, a igualdade e a liberdade receberam um tratamento especial nas obras de Rousseau. Já a fraternidade poderia ser pensada como um valor decorrente da sua concepção bastante generosa de natureza humana, a qual seria composta sobretudo pelo sentimento da

---

<sup>3</sup> Súmula 441, do Superior Tribunal de Justiça

<sup>4</sup> BARBOSA, Rui. **Discurso no Senado Federal “Anistia aos Marinheiros”**, <http://www.casaruibarbosa.gov.br/scripts/scripts/rui/mostrafrasesrui.idc?CodFrase=1645>. seção frases e pensamentos: Acesso em 23.ago.2013

<sup>5</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques (1987). **Do contrato social**. São Paulo: Nova Cultural, 1987, p. 52 (grifo nosso).

compaixão. Como lemos no seu *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*, de 1754/55, a compaixão, ou comiseração, ou piedade, seria parte constitutiva da essência dos homens:

Certo, pois a piedade representa um sentimento natural que, moderando em cada indivíduo a ação do amor de si mesmo, concorre para a conservação mútua de toda a espécie. Ela nos faz, sem reflexão, socorrer aquele que vemos sofrer; ela, no estado de natureza, ocupa o lugar das leis, dos costumes e da virtude, com a vantagem de ninguém sentir-se tentado a desobedecer à sua doce voz; [...] ela, em lugar dessa máxima sublime da justiça raciocinada – *Faze a outrem o que desejas que façam a ti* –, inspira a todos os homens esta outra máxima de bondade natural, bem menos perfeita, mas talvez mais útil do que a precedente – *Alcança teu bem com o menor mal possível para outrem*.<sup>6</sup>

Embora autor de monumentos intelectuais como o *Discurso sobre as ciências e as artes*, de 1749, e o já mencionado *Discurso sobre a desigualdade*, é por sua obra *Do Contrato social ou Princípios do direito político*, de 1762, que ele é mais lembrado. Nesse livro, como escreve Louis Althusser, o cidadão de Genebra “pensa a origem da sociedade civil e do Estado com o conceito jurídico de contrato”<sup>7</sup>. Em *Do contrato social*, Rousseau idealiza aquilo que ele acredita ser o programa político mais adequado para se constituir uma sociedade que teria como finalidade a “conservação e a prosperidade de seus membros”<sup>8</sup>, em outros termos, a realização e salvaguarda do interesse público.

Pensar a pena de morte como medida justa e necessária aplicada aos membros da república que desrespeitam e ferem o interesse público será o problema nuclear deste artigo. Para isto, mergulharemos na obra e no pensamento do republicano Rousseau, uma referência obrigatória da filosofia política iluminista. O objetivo com isso é mostrar essencialmente que a defesa da pena capital nem sempre é uma expressão de obscurantismo e atraso.

---

<sup>6</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques (1987-1988). **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. São Paulo: Nova Cultural, p.58.

<sup>7</sup> ALTHUSSER, Louis (1976). **Sobre o contrato social. Os efeitos teóricos e as interpretações possíveis da problemática do contrato social**. Lisboa: Iniciativas Editoriais, p. 31.

<sup>8</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. p. 98.

## **1. O CONTRATO SOCIAL IDEAL DE ROUSSEAU E O CRIME**

Tendo em vista que o objetivo deste artigo é pensar o crime e o criminoso numa sociedade radicalmente republicana como a do paradigma rousseauísta do *Contrato social*, o capítulo V, Livro Segundo, desta obra, intitulado "Do direito de vida e de morte", será o núcleo deste trabalho. Nessa passagem, Rousseau reflete sobre o direito de vida e de morte dos integrantes da sociedade do dever ser. Para o filósofo, os membros desta sociedade estariam interessados fundamentalmente em conservar suas próprias vidas, mas também em viver a liberdade e desfrutar da justiça. Foi para isto que os homens se associaram quando estabeleceram o contrato social histórico, isto é, o contrato social tal como aconteceu e que sua obra célebre propõe servir de luz e norma para retificar. No Estado gerado pelo pacto firmado historicamente, mesmo não se sabendo ao certo quando, os homens, abrindo mão da liberdade absoluta que todos tinham antes desse acordo, confiaram que, no mínimo, este pacto conservaria a vida de cada um de seus membros, até então em situação de guerra de todos contra todos. Portanto, Rousseau atribui ao Estado a obrigação de garantir aos cidadãos a preservação de suas vidas. Tal obrigação continua no contrato ideal proposto pelo filósofo na sua obra *Do Contrato social* para corrigir as distorções e injustiças do contrato tal como se deu historicamente na fundação das sociedades e instituições políticas.

Tanto no contrato social histórico quanto no contrato social ideal do *Contrato*, os integrantes dessa sociedade se defenderão tendo em vista a conservação de suas vidas e a preservação da prosperidade social. Quando houver risco de ataque à harmonia do grupo social, a coletividade reage. Que os membros do Estado se arrisquem ou mesmo se sacrifiquem pela preservação da ordem social constituída é algo necessário e legítimo, ou seja, consiste num dever. Deste modo, Rousseau entende que não há o direito absoluto à conservação da sua vida para o integrante da sociedade. É quando Rousseau levanta a questão do criminoso.

Rousseau entende que o criminoso é um “rebelde” dentro ao grupo social e “traidor da pátria”. Quem delibera praticar um ato que afronta o direito social e contraria os objetivos do estabelecimento do pacto social é considerado alguém que está alheio ao grupo, estranho ao pacto, entrando em guerra contra o Estado. Por essa razão, o “rebelde” deverá ser tratado como um inimigo do Estado, isto é, um inimigo do interesse público. Nesse confronto, deve-se conservar apenas um dos dois antagonistas: o Estado ou o “rebelde”. Se um destes tem que perecer, que seja o “rebelde”, enfatiza Rousseau, pois assim será conservado o agrupamento social e o Estado preservará na sua função de “promover a conservação e prosperidade” dos integrantes da sociedade que o constituiu. Leiamos a passagem em que o filósofo sustenta tal posição:

Ademais, qualquer malfeitor, atacando o direito social, pelos seus crimes torna-se *rebelde e traidor da pátria*, deixa de ser um seu membro ao violar suas leis e até lhe move guerra. A conservação do Estado é então incompatível com a sua, sendo preciso que um dos dois pereça, e, quando se faz que um *culpado morra*, é menos como cidadão do que como inimigo.<sup>9</sup>

Curiosamente, Rousseau defende a legitimidade da violência no caso específico dos malfeitores, dos criminosos, para proteger a manutenção da ordem institucional da república e dos direitos dos seus cidadãos, porém, essa mesma defesa da legitimidade da violência não a vemos fazer quando o assunto é o combate à opressão e à injustiça cometidas por regimes políticos. Em outras palavras, Rousseau é avesso a revoluções políticas e guerras civis, como lemos claramente, pelo menos nas suas *Confissões*:

E quando pegaram em armas, em 1737, vi, pois, estava em Genebra, saírem pai e filho da mesma casa, armados, um para subir ao Hotel de Ville, o outro para se dirigir ao seu bairro, certos de que duas horas depois se encontrariam com risco de se entrematarem. Esse horrível espetáculo me fez tal impressão que jurei nunca mais me envolver em uma guerra civil, nunca procurar sustentar pelas armas a liberdade, nem a de minha pessoa nem a de minha

---

<sup>9</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. p. 52 (grifo nosso).

confissão, se reentrasse algum dia nos meus direitos de cidadão.<sup>10</sup>

Ora, se todo “rebelde e traidor da pátria” é um inimigo do Estado, mais precisamente da República, um subversivo e revolucionário também deverá perecer pelas mãos do Estado, pois representa perigo para a comunidade. Nesse sentido, contrariando uma tradição interpretativa e ideológica bastante expressiva, Rousseau estaria mais para contrarrevolucionário. Mais: a defesa rigorosa que ele faz da pena de morte a todo transgressor do pacto faz de Rousseau é um *legalista*.

## 2. O CRIMINOSO E A PUNIÇÃO

Vimos que Rousseau, no Capítulo V, do Livro Segundo, do *Contrato social*, afirma que deve perecer o criminoso porque é “rebelde” contra o Estado. Michel Foucault, filósofo contemporâneo, por sua vez, em seu livro *Vigiar e punir*, faz referência ao mesmo trecho do livro de Rousseau e, depois de refletir sobre o pensamento do genebrino e de outros autores, chegou à seguinte conclusão:

Calcular uma pena em função não do crime, mas de sua possível repetição. Visar não à ofensa passada, mas à desordem futura. Fazer de tal modo que o malfeitor não possa ter vontade de recomeçar, nem possibilidade de ter imitadores. Punir será então uma arte dos efeitos; mais que opor a enormidade da pena à enormidade da falta, é preciso ajustar uma à outra as duas séries que seguem o crime: seus próprios efeitos e os da pena. Um crime sem dinastia não clama castigo.<sup>11</sup>

Mais adiante, ainda examinando o pensamento de Rousseau, Foucault resume a finalidade da punição do criminoso: “É preciso punir exatamente o suficiente para impedir.”<sup>12</sup>. Nessa frase sucinta estaria, segundo o pensador contemporâneo que estudou profundamente a punição pelo Estado na França, a condição mínima para que o criminoso seja adequadamente responsabilizado pelo crime cometido.

<sup>10</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques (2008). **Confissões**. Bauru: Edipro, p. 210.

<sup>11</sup> FOUCAULT, Michel (2010). **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Petrópolis: Vozes, p. 89.

<sup>12</sup> FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**, p. 90.

Em outras palavras, punir o criminoso na proporção exata para impedir que o fato criminal se reitere, quer pelo próprio criminoso ou por um imitador, é um dever do Estado, uma exigência do pacto.

Um contemporâneo de Rousseau que entrou para a história como um importante pensador sobre o direito de punir é Cesare Bonesana, o marquês de Beccaria (1738-1794). Ele, que também foi leitor de Rousseau, escreveu o célebre *Dos delitos e das penas* (1764), livro no qual crítica o então vigente sistema jurídico-criminal europeu e faz sugestões que considera relevantes para humanizar a punição de criminosos. Ao final de seu texto, Beccaria sintetiza a posição que desenvolveu ao longo de todo o livro:

para não ser um ato de violência contra o cidadão, a pena deve ser essencialmente pública, pronta, necessária, a menor das penas aplicáveis nas circunstâncias dadas, proporcionada ao delito e determinada pela lei <sup>13</sup>

Não podemos ignorar que, atualmente, em razão de convenções internacionais, do desenvolvimento de uma cultura de maior respeito aos direitos humanos e a prevalência de princípios já consagrados pelo direito constitucional e penal, o texto do pensador italiano despertaria pouca atenção, mas não devemos esquecer que ele o escreveu em 1764, época em que suplícios, torturas, açoites e penas corporais eram práticas comuns. Não podemos deixar de considerar, portanto, que o livro de Beccaria foi inovador e serviu para se contrapor às práticas corriqueiras e vigentes na Justiça do seu tempo.

Outro contemporâneo de Rousseau e de Beccaria que pensa o crime quase que do mesmo modo é Denis Diderot (1713-1784). Numa carta, o principal arquiteto da *Enciclopédia* pondera radicalmente: "O malfeitor é um homem que é preciso destruir e não punir; a beneficência é uma boa fortuna, e não uma virtude"<sup>14</sup>. E conclui de forma contundente: "é preciso destruir o malfeitor em praça pública"<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> BECCARIA, Cesare (2011). **Dos delitos e das penas**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, p. 122.

<sup>14</sup> DIDEROT, DENIS (1955). **Lettre a Landois du 29 juin 1756**. Paris, Minuit, .T I, p. 214

<sup>15</sup> DIDEROT, DENIS. **Lettre a Landois du 29 juin 1756**, p. 214

Em suma, tanto em Rousseau, quanto em Beccaria, em Diderot e até mesmo no pensamento iconoclástico de Foucault, a punição ao criminoso deve ser efetiva, eficaz e proporcional para que a segurança e a integridade dos integrantes do pacto social sejam garantidas.

No entanto, não podemos deixar de recordar que, ao menos no caso específico de Rousseau, há uma menção específica à possibilidade da concessão de graça ou, em outras palavras, é viável a isenção da punição ao infrator do pacto, mas isto em situações muito particulares. Poderíamos considerar que o genebrino faz a exigência de três pressupostos ou condições para a concessão da anistia ao "rebelde" que são os seguintes:

**a)** a isenção de pena deverá ficar restrita ao ato de vontade do titular do direito violado, ou seja, ao soberano, o qual, para Rousseau, é a própria sociedade, como lemos no *Contrato*: "Quanto ao direito de conceder graça ou de isentar um culpado da pena estabelecida pela lei e pronunciada pelo juiz, só pertence àquele que esteja acima do juiz e da lei, isto é, ao soberano"<sup>16</sup>.

**b)** num Estado bem administrado e governado, as punições seriam raras, pois poucos crimes ocorreriam; portanto, a graça seria um evento muito ocasional. Isto porque, para Rousseau, crimes em demasia a exigir reiteradamente concessão de anistia ou graça revelariam falhas na administração e no funcionamento da república, como concluímos do seguinte trecho: "Num Estado bem governado, há poucas punições, não porque se concedam muitas graças, mas por haver poucos criminosos"<sup>17</sup>.

**c)** a medida extrema de morte do "rebelde ou traidor da pátria" será extremamente rara, porque, tal como Diderot, Rousseau também considera prudente eliminar o criminoso cuja conduta antissocial seja irremediável: "Não existe nenhum mau que não possa tornar-se bom para alguma coisa. Só se tem

---

<sup>16</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. p. 52.

<sup>17</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. p. 52.

o direito de matar, mesmo para exemplo, aquele que não se pode conservar sem perigo”<sup>18</sup>.

Vale ressaltar a propósito uma anotação de leitura de um outro iluminista célebre, Voltaire, curiosamente acerca desta mesma passagem do *Contrato*. Voltaire endossa a posição de Rousseau acerca da pena de morte de forma bastante lacônica, porém, clara: “Bom”<sup>19</sup>.

Cesare Beccaria também pensou sobre o perdão da pena imposta ao criminoso, este classificado por Rousseau como “rebelde e traidor da pátria”. E, examinando o texto de Beccaria, podemos entender sua ideia de perdão ao criminoso quando ele faz a pergunta retórica que transcrevemos a seguir:

Quando o soberano concede graça a um criminoso, não será o caso de dizer que sacrifica a segurança pública à de um particular e que, por um ato de cega benevolência, pronuncia um decreto geral de impunidade?<sup>20</sup>

Beccaria, podemos inferir, é mais tendente a um posicionamento contrário à graça porque, sustenta ele, a lei deve ser respeitada e é melhor a efetividade da punição mais branda à esperança de impunidade; além disto, a graça torna a lei uma letra morta. O pensamento de Beccaria, a seguir transcrito, serve para amparar esta inferência:

A perspectiva de um castigo moderado, mas inevitável, causará sempre uma impressão mais forte do que o vago temor de um suplício terrível, em relação ao qual se apresenta alguma esperança de impunidade.

[...]

o direito de conceder graça é sem dúvida a mais bela prerrogativa do trono; é o mais precioso atributo do poder soberano; mas ao mesmo tempo, é uma desaprovação tácita das leis existentes.<sup>21</sup>

---

<sup>18</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. p. 52.

<sup>19</sup> VOLTAIRE (2001). **Comentários políticos de Voltaire**. São Paulo: Martins Fontes, p. 204.

<sup>20</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**, p. 76.

<sup>21</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**, p. 75-76.

Portanto, Rousseau considera possível a concessão de perdão ao criminoso ou “rebelde e traidor da pátria”, mas este deve ser restrito a situações excepcionais, pois muitos crimes e criminosos significam que o Estado não está bem administrado; o perdão é um direito do soberano e não do encarregado de administrar o Estado. Beccaria, por sua vez, afirma que a benevolência pode representar impunidade e significar uma desaprovação às leis existentes.

Consideremos, apenas para o fim de permitir o desenvolvimento deste estudo, criminoso como alguém que pratica um ato que viola algum direito, estando este ato previsto na legislação penal como merecedor de uma punição pelo Estado. Numa sociedade estruturada e organizada, a função de preservar seus integrantes é atribuída ao Estado que, por meio de seus órgãos e funções de governo, legisla e faz aplicar a legislação penal para restabelecer o convívio social, punindo quem se propõe a agir como criminoso. Se houve o cometimento de um crime, se torna evidente que o convívio social foi perturbado e deve ser restaurado para que a sociedade volte à sua ordem.

Assim, em conclusão, podemos extrair das reflexões de Rousseau, Diderot, Foucault e Beccaria subsídios suficientes para inferir que o criminoso deve ser tratado como inimigo e, mais ainda, que é necessário que ocorra a punição do criminoso para preservar a sociedade e também para impedir que se repita conduta semelhante pelo mesmo ou outro criminoso. Anistia, graça ou isenção de pena, será um fato muito mais raro do que o evento criminoso numa sociedade bem administrada. Ora, mas essa orientação sobre a punição do criminoso é observada no Brasil atualmente?

### **3. A PUNIÇÃO QUE NÃO PUNE: O CRIMINOSO NÃO É O INIMIGO EM SÃO PAULO**

No Brasil, de um modo geral e no Estado de São Paulo mais precisamente, a situação é certamente alarmante. Indulto e comutação são benefícios concedidos

por ato soberano, de atribuição privativa do Presidente da República (artigo 84, inciso XII, da Constituição Federal), por meio do qual há o perdão total (indulto) ou parcial (comutação) da punição imposta a criminosos condenados.

E, por tradição e costume, conforme preâmbulo dos decretos de indulto, ao final de cada ano é expedido um Decreto Presidencial para concessão de indulto e comutação de penas, com especificação de condições a serem observadas para sua obtenção, sendo os Juízes de Direito quem devem decidir sobre deferimento ou indeferimento do benefício.

E sendo ato soberano do Presidente da República cabe a esta autoridade estabelecer os requisitos para estes benefícios, agindo como mandatário e representante da população brasileira. Porém, não se pode esquecer que, embora seja um ato de soberania do Chefe do Poder Executivo, ele deve ser coerente com o sistema jurídico vigente e com o microsistema do Direito Penal. Mais ainda, a Autoridade Executiva deve representar os interesses daqueles a quem representa, agindo em plena observância dos interesses de seus representados, no mínimo, respeitando a maior parcela dos cidadãos ordeiros da sociedade (ou virtuosos, para lembrar expressão utilizada por Rousseau).

Vejamos algumas características dos últimos decretos de indulto/comutação para verificar como é tratado o "inimigo" da República do Brasil e da sociedade.

- Até 2005 o indulto era condicional, ou seja, o condenado deveria passar por um período de prova de 24 meses depois de declarado o indulto. O condenado permanecia por dois anos com a obrigação de não se envolver em novo crime (não poderia ser indiciado ou processado), sob pena de prorrogação do indulto até julgamento definitivo e, se condenado, cumpriria a pena indultada (Decreto nº 5.620/2005, artigos 10 e 11). A partir de 2006 o indulto passou a ser benefício irrevogável (Decreto nº 5.993/2006 e todos os seguintes decretos).

- Até 2007 o indulto era reservado às penas privativas de liberdade, devendo o condenado pagar a multa imposta na condenação após obtido o benefício (Decreto nº 6.294/2007). A partir de 2008 passou a ser deferido indulto da multa para condenados que tenham cumprido penas privativas de liberdade

anteriormente a 25 de dezembro sem quitar a pena pecuniária (Decreto nº 6.706/2008, artigo 1º, inciso VI e todos os seguintes decretos). Também a partir de 2008 passou a ser deferido o indulto para sentenciados ao cumprimento de medida de segurança (medida imposta a inimputáveis – pessoas que não são responsáveis por seus atos por doença mental, por exemplo). A condição seria o paciente ter permanecido internado e/ou em tratamento ambulatorial por período de tempo igual à pena fixada ou ao máximo abstrato previsto na lei para o fato que motivou a internação ou tratamento (Decreto nº 6.706/2008, artigo 1º, inciso VIII).

- A partir de 2009, por meio do Decreto nº 7.046/2009, a situação se alterou bastante, surgiram várias inovações ampliando consideravelmente os benefícios de indulto ou comutação. A partir deste ano os benefícios serão deferidos ainda que o condenado tenha cometido falta disciplinar de natureza grave (por exemplo, posse de entorpecente, posse de telefone celular, agressão a outro preso, ofensa a servidor, participação em tumulto, fuga), se esta falta não foi homologada em juízo (artigo 4º e parágrafo único).

- Em 2010, o Decreto nº 7.420/2010 ampliou as situações fáticas para condenados obterem os benefícios de indulto e comutação. Além disto, deixou de ser exigido o merecimento, como tradicionalmente exigia a expressão contida no preâmbulo: “em condições de merecê-lo”. Não bastasse isto, a partir deste ano o decreto explicitou que falta grave posterior ao decreto não é motivo para negar o benefício (artigo 4º, § 1º); e, mais ainda, estar sendo processado por crime (mesmo hediondo) não impede a concessão dos benefícios de indulto ou comutação (artigo 5º, inciso IV) e, finalmente, na hipótese de cumprimento de penas por crimes hediondos e comuns, foi estabelecida a possibilidade de indulto ou comutação para o crime comum, desde que cumprido ao menos 2/3 da pena de crime hediondo (artigo 7º, parágrafo único).

Parece estar ocorrendo uma situação de afrouxamento progressivo das exigências para deferir os benefícios de indulto e comutação, bem como ampliação das hipóteses para a concessão, inclusive permitindo o benefício para quem esteja cumprindo pena ou sendo processado por crime hediondo. Cabe

mencionar, ainda, que os decretos posteriores (nº 7.648/2011 e nº 7.873/2012) trouxeram outras ampliações aos benefícios de indulto e comutação, como, por exemplo, indulto para agentes punidos com pena restritiva de direitos, em determinadas hipóteses; indulto para sentenciados com filho menor de 18 anos de idade; indulto para sentenciado que frequente (independentemente de aproveitamento) cursos de ensino fundamental ou de ensino médio.

A reinserção do condenado na sociedade somente deve ocorrer quando for bastante provável sua adequada reintegração sem representar risco àquela, isto porque benefícios tão amplos como estes (perdão total ou parcial das penas) deveriam se restringir a condenados que demonstram efetivo arrependimento e mudança de rotina de vida e não para todo e qualquer condenado, sem qualquer avaliação de sua recuperação e mérito para o favor soberano.

Ora, perdão somente é devido a quem demonstra um mínimo de arrependimento pelo mal cometido. Os requisitos envolvendo estes benefícios estão sendo afrouxados, as situações fáticas para concessão estão sendo ampliadas, finalmente há redução dos fatos que podem impedir o julgador de indeferir estes benefícios. E para atingir o objetivo de efetiva aplicação do indulto as autoridades responsáveis por sua elaboração e publicação desconsideram a coerência e lógica jurídicas. Exemplificando:

**a)** para o benefício de progressão de regime (ou seja, continuar a cumprir a pena) é exigido o bom comportamento e cumprimento de requisito objetivo a contar da última falta grave. Entretanto, a comutação e indulto desprezam esta situação e, ainda que o condenado cometa inúmeras faltas, ele poderá obter indulto ou comutação se permanecer por apenas um ano sem cometer falta grave, que esteja devidamente homologada em juízo;

**b)** para obter livramento condicional o sentenciado também precisa atender requisitos objetivos e subjetivos e, na hipótese de faltas graves reiteradas, poderá ser submetido a exame criminológico, para aferir se poderá cumprir pena em liberdade, com a condição de estar sujeito a cumprimento de todo o período de pena acaso cometa novo crime no período do benefício. Porém, para a comutação ou indulto, mesmo a reiteração no cometimento de faltas permitirá o

perdão da pena, total ou parcial, independentemente de exame criminológico e de forma incondicionada. Assim, o sentenciado obtém o perdão e, se cometer novo crime, nada irá acontecer;

**c)** a lei exige do condenado a cumprir penas elevadas (superiores a 30 anos) que cumpra no mínimo 30 anos de pena (artigo 75, do Código Penal) para obter sua extinção. Todavia se permite o indulto depois de cumpridos 15 ou 20 anos, independentemente de qualquer requisito objetivo ou subjetivo – com exceção de ausência de falta grave no último ano;

**d)** no tocante à medida de segurança, lembrando que quem a cumpre é considerado portador de periculosidade, o decreto permite desinternar este paciente pelo simples decurso de tempo, independentemente de qualquer êxito do tratamento, levando, com esta situação, grande risco ao próprio paciente e sérios problemas administrativos porque não se pode simplesmente liberá-lo e, dificilmente, se encontra outro ambiente hospitalar apto (ou com administradores dispostos) a receber paciente com este histórico;

**e)** o decreto também está permitindo indulto ou comutação para sentenciados desde que cumpram apenas uma fração da pena de crime hediondo ou equiparado (artigo 7º, § único, dos decretos), quando a Constituição Federal e Lei de Crimes Hediondos vedam qualquer destes benefícios a autores destes crimes. Assim, o decreto está contrariando a norma maior e a legislação federal;

**f)** como é exigida a homologação de falta grave e, para isto, é imprescindível a oitiva prévia do sentenciado; ocorre a absurda situação de preso foragido do estabelecimento prisional ser agraciado com indulto porque não foi homologada sua punição pela fuga, pois está foragido.

Como entender esta situação? Como conciliar as necessárias coerência e lógica do sistema jurídico e do sistema do direito penal, nesta situação? A resposta é que não podemos compreender ou entender o objetivo das Autoridades Públicas responsáveis pelos decretos de indulto. Ora, benefício tão amplo como o indulto deveria ser reservado para condenados em franca recuperação. Entretanto, as situações estabelecidas nos decretos isentam de punição independentemente de

demonstração e comprovação de arrependimento pelo mal praticado ou recuperação dos condenados. Assim, aqueles que deveriam ser tratados como inimigos da sociedade até efetiva demonstração de que não representam mais risco são tratados de maneira benevolente. Repete-se, em momento algum se estabelece como critério para concessão de perdão parcial ou total da pena a demonstração de arrependimento pelo crime cometido ou efetiva recuperação do condenado. Apenas são estabelecidos critérios objetivos (tempo de encarceramento), como se isso representasse, de algum modo, ausência de risco à sociedade afrontada.

Estabelecer critérios amplos para deferimento dos benefícios faz surgir uma grande possibilidade de riscos à sociedade; isto, sem dúvida, permite afirmar que se opta por favorecer quem agiu de forma errada (foi condenado por cometer crime) em detrimento da coletividade de pessoas que vivem de forma digna.

#### **4. A INÉRCIA DA SOCIEDADE DIANTE DO ABUSO DO DIREITO: CONCORDÂNCIA IMPLÍCITA OU SILÊNCIO ÀS VÉSPERAS DE UMA REAÇÃO?**

Retomemos agora as epígrafes deste artigo para compreender a motivação da citação. A primeira delas trata da Súmula 441 do Superior Tribunal de Justiça que sumulou o entendimento a respeito da consequência de falta grave para futuros benefícios e, nos termos da Súmula 441, ela não interrompe a contagem do prazo para livramento condicional. Seguindo este mesmo entendimento o mesmo E. Tribunal reiteradamente decide que falta grave também não interrompe o prazo para comutação ou indulto, como podemos verificar em julgados afirmando isto:

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO. OCORRÊNCIA. EXECUÇÃO PENAL. NOVA CONDENAÇÃO NO CURSO DO CUMPRIMENTO DA PENA. REINÍCIO DA CONTAGEM DO PRAZO PARA OBTENÇÃO DE BENEFÍCIOS, EXCETO PARA COMUTAÇÃO DE PENA E LIVRAMENTO

#### CONDICIONAL. ACOLHIDOS.

- Acolhem-se os embargos de declaração para sanar omissão no acórdão impugnado, a fim de que mantido o não conhecimento do habeas corpus substitutivo de recurso especial, a ordem seja concedida de ofício para determinar que a superveniência de nova condenação no curso da execução não interrompe a contagem do prazo para obtenção do livramento condicional, indulto e comutação de pena.

- Embargos de declaração acolhidos.”<sup>22</sup>

“HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PEDIDO DE COMUTAÇÃO DE PENAS. DECRETOS PRESIDENCIAIS n<sup>os</sup> 5.295/2004, 5.993/2006, 6.706/2008. COMETIMENTO DE FALTA GRAVE ANTES DO PERÍODO DE DOZE MESES ESTABELECIDO NESSES DECRETOS. IRRELEVÂNCIA. EXIGÊNCIA DE EXAME CRIMINOLÓGICO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA.

1. A prática de falta grave durante o período estabelecido nos Decretos Presidenciais n<sup>os</sup> 5.295/2004, 5.993/2006, 6.706/2008 - isto é, nos últimos doze meses de cumprimento de pena, contados retroativamente à data de publicação das referidas normas - obsta a concessão da comutação da pena. Contudo, o cometimento de infração dessa natureza fora do aludido período não tem o condão de interromper o prazo para o indulto parcial, por ausência de previsão legal. Precedentes.

2. Hipótese em que o paciente preenche os requisitos necessários à comutação da pena, pois cumpriu mais de um terço da pena antes da data de publicação dos Decretos n<sup>os</sup> 5.295/2004, 5.993/2006, 6.706/2008 e não cometeu falta grave nos últimos doze meses anteriores à edição das supramencionadas normas.

3. O Judiciário não pode interpretar extensivamente a norma, exigindo que o apenado seja submetido a exame criminológico, pois estaria criando novo requisito para a concessão da comutação de penas, além daqueles previstos no Decreto Presidencial.

4. Ordem de habeas corpus concedida para restabelecer a decisão do Juízo das Execuções que deferiu ao Paciente o direito à comutação das penas, nos termos dos Decretos n<sup>os</sup>

---

<sup>22</sup> EDcl no HC 245594/SP. Embargos de Declaração no Habeas Corpus 2012/0121071-6, julg. 06/08/2013, 5ª Turma, rel. Min. Marilza Maynard

5.295/2004, 5.993/2006, 6.706/2008.”<sup>23</sup>

Apenas para demonstrar a reiteração de decisões deste teor citaremos os seguintes julgados: HC 213927/RS, julg. 18/06/2013, 5ª Turma, rel. Min. Campos Marques; AgRg no HC 256371/SP, Agravo Regimental no Habeas Corpus 2012/0211567-6, julg. 28/05/2013, 6ª Turma, rel. Min. Og Fernandes; AgRg no HC 268073/SP, Agravo Regimental no Habeas Corpus 2013/0100608-5, julg. 02/05/2013, 6ª Turma, rel. Min. Sebastião Reis Júnior.

A segunda citação em epígrafe, introduzindo este artigo, traz um pensamento de Ruy Barbosa sobre o perdão, o qual transcrevemos a seguir para lembrar seu teor:

“O perdão, sim, pela sua natureza, pressupõe o arrependimento do criminoso, o abandono das armas de luta. A anistia, pelo contrário, é um ato político pelo qual se faz esquecer o delito cometido contra a ordem, o atentado contra as leis e as instituições nacionais”<sup>24</sup>

Percebemos que para conceder o perdão é necessário, como pressuposto, o arrependimento por parte do perdoado. Como se sabe, indulto e comutação implicam em perdão total (indulto) ou parcial (comutação) da pena.

O E. Superior Tribunal de Justiça, portanto, interpreta muito literalmente e restritivamente os decretos de indulto e, como já mencionamos anteriormente, os decretos de indulto dispõem que apenas a falta grave homologada judicialmente, por fato ocorrido no ano anterior ao de publicação do decreto impede o benefício. Deste modo, mencionado E. Tribunal reiteradamente determina aplicar o mais amplo benefício – perdão parcial ou total da pena – quando não ocorre a situação impeditiva. O Superior Tribunal de Justiça fixou este entendimento e faz com que ele se estenda aos Tribunais Estaduais.

Esta interpretação de um dos institutos de cumprimento de pena está deixando de considerar o sistema de execução penal como um todo. Com isto, há incoerência na situação fática de muitos condenados ou sentenciados. Explica-se:

---

<sup>23</sup> HC 267220/SP, julg. 28/05/2013, 5ª Turma, rel. Min. Laurita Vaz

<sup>24</sup> BARBOSA, Rui. **Discurso no Senado Federal “Anistia aos Marinheiros”**.

invariavelmente aqueles que insistem em violar as normas que regulam a convivência social, infringindo a lei penal e as regras de comportamento carcerário, têm obstado o direito de progredir de regime porque cometeram outros crimes que implicam em unificação de penas, motivando o agravamento de regime prisional ou, quando cometem falta grave e possuem pena longa, são impedidos de obterem progressão de regime, pois a falta grave interrompe a contagem do lapso para benefício de progressão, mas acabam obtendo comutação e, em alguns casos, indulto de alguns crimes, em face deste entendimento.

Incoerente, mas corriqueiro. Sentenciados estão obtendo comutação e indulto, mas não podem obter progressão de regime e, em alguns casos, quando estão foragidos do sistema prisional – em plena prática de uma das mais graves indisciplinas, a fuga e abandono do cumprimento de pena – não aceitam receber a intimação pessoal do indulto ou da comutação porque acreditam que serão presos porque sabem que são foragidos.

Esta incoerência poderia ser facilmente resolvida se o benefício fosse interpretado de forma sistemática. Os benefícios da execução penal são fundamentados em dois pilares: a) cumprimento de lapsos temporais; b) mérito. Não podemos limitar a interpretação ao requisito objetivo e de forma isolada como se o indulto da pena – parcial ou total – não fosse parte de um microsistema jurídico que deve ser sistematizado para evitar estas distorções e incoerências. É evidente que se um preso não tem direito de cumprir pena em regime menos grave (semiaberto ou aberto) porque cometeu, há algum tempo uma falta grave ou outro crime, não poderia ser beneficiado com comutação ou indulto. Todavia, a interpretação do Superior Tribunal de Justiça faz com que reiteradamente a progressão seja negada, mas se determina o deferimento de indulto ou comutação!!

Em decorrência disso, em São Paulo, o cumprimento dos decretos de indulto afasta a possibilidade de ocorrer a efetiva punição daqueles que cometeram crimes, pois o perdão das penas impostas aos que infringiram a lei penal – esta estabelecida para preservar a sociedade – representa um estímulo à impunidade,

fere a coerência do sistema jurídico penal e está colaborando para elevar a sensação de insegurança que atormenta os paulistas. Diante dessa situação, como falar em combate à criminalidade se o principal agente da segurança, o Estado, é condescendente com os criminosos?

O benefício da anistia ou da graça, perdão com o qual o próprio Rousseau concorda, é algo previsto na Constituição Federal e nas leis federais vigentes, além de tradicionalmente concedido. Difícil e improvável, portanto, é conseguir eliminá-lo. Entretanto, o indulto deveria ser reservado para situações esporádicas, sendo imprescindível que o agraciado se faça efetivamente merecedor do benefício.

No entender de Rousseau, a graça – cujo direito de concedê-la cabe à sociedade – deve ser reservada para situações esporádicas, pois, se existem muitos criminosos, é porque há má administração da república por parte do Estado, logo, este seria responsável pela geração desses criminosos e não seria justo puni-los de modo implacável<sup>25</sup>. Ademais, ao examinar profundamente a questão da desigualdade no seu *Segundo discurso*, Rousseau sustenta logo no texto que abre a obra, no seu elogio intitulado *À República de Genebra*: “Nenhum de vós é tão pouco esclarecido para ignorar que, onde cessam o vigor das leis e a autoridade de seus defensores, não pode haver nem segurança nem liberdade para ninguém.”<sup>26</sup>.

Foucault, por sua vez, entende que a pena deve ser imposta na medida exata para impedir que surjam novos crimes ou criminosos imitando seus predecessores<sup>27</sup>. Também pensa assim Cesare Beccaria<sup>28</sup>.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Certamente, o instituto do indulto e comutação teve alterada sua inicial destinação de favor real para se transmudar num mecanismo de favorecimento

---

<sup>25</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. p. 52.

<sup>26</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques (2005). **À República de Genebra**. São Paulo: Martins Fontes, p. 142.

<sup>27</sup> FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**, p. 89-90.

<sup>28</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**, p. 74.

imerecido a quem se apresenta efetivamente como um rebelde e inimigo da sociedade; lamenta-se, mas isto ocorreu em concreto prejuízo das pessoas que deveriam merecer a atenção, a consideração e a proteção do Estado, isto é, a grande maioria da população, a qual se esforça para agir e viver dentro da ordem e que clamam por mais segurança e proteção. Aliás, cabe lembrar ser dever das Autoridades Públicas gerir probamente o Estado e cumprir a obrigação de fornecer segurança e proteção aos cidadãos e à sociedade, sendo também seu dever retirar desta os rebeldes e criminosos, corrigindo-os e fazendo-os retornar, se e quando preparados para isto. Não esperamos que os criminosos sejam mortos, pois embora possam ser considerados inimigos da República, conforme julga Rousseau, certamente temos condições de recuperá-los. Mas isto exige empenho das Autoridades responsáveis.

O exame dos filósofos aqui evocados e dos decretos de indulto nos faz acreditar, sem muita possibilidade de equívoco, que as hipóteses estabelecidas para a concessão de comutação (perdão parcial da pena a cumprir) ou de indulto (perdão total da pena), bem como a restrição de análise de merecimento pelo julgador, têm por objetivo facilitar a saída dos condenados dos estabelecimentos prisionais e antecipar as penas impostas. E, além disso, podemos inferir que, do modo como se procede no Brasil e em São Paulo particularmente, em relação aos decretos de indulto, é forçoso concluir que estamos muito distantes dessa situação que seria correta, adequada e necessária para punir e recuperar criminosos. A preocupação de Beccaria está concretizada porque os decretos de indulto estão desprezando a legislação penal vigente, estimulando a esperança de impunidade para os criminosos e, com isto, agravando a sensação de insegurança pela sociedade. Sem dúvida, os criminosos não devem ser tratados como vem ocorrendo reiteradamente, de forma benevolente e de maneira protecionista, mesmo quando continuam a se apresentar como inimigos da sociedade, sem nenhum interesse em resgatar minimamente sua dívida social ou integrá-los pacificamente à sociedade.

Outra citação de Rui Barbosa que vai perfeitamente ao encontro de nossas reflexões é a seguinte:

PIVA, Paulo Jonas de Lima; REZENDE, Valdir Vieira. O crime compensa? Rousseau e os inimigos da República. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.3, 3º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

Habituai-vos a obedecer, para aprender a mandar. Costumai-vos a ouvir, para alcançar a entender. Afazei-vos a esperar, para lograr concluir. Não delireis nos vossos triunfos. Para não arrefecerdes, imaginai que podeis vir a saber tudo, para não presumirdes, refleti que, por muito que souberdes, mui pouco tereis chegado a saber. Sêde sobretudo tenazes, quando o objeto almejado se vos furtar na obscuridade avara do ignoto. Profundai a escavação, incansáveis como o mineiro no garimpo. De um momento para o outro, no filão resistente se descobrirá, talvez, por entre a ganga, o metal precioso.<sup>29</sup> (BARBOSA, 1997, p. 1.033)

Este artigo, sem dúvida, consiste numa perspectiva que caminha em sentido oposto ao de inúmeros pensadores contemporâneos do direito brasileiro; contudo, representa o clamor de uma parte tímida ou ideologicamente constringida do pacto social brasileiro, que, a despeito disto, não pode ser excluída do debate sobre os rumos da democracia brasileira.

## REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALTHUSSER, Louis. **Sobre o contrato social. Os efeitos teóricos e as interpretações possíveis da problemática do contrato social.** Trad. Luís Imaginário. Lisboa: Iniciativas Editoriais, 1976.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas.** Trad. Paulo M. Oliveira. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

BARBOSA, Rui. **Discurso no Senado Federal "Anistia aos Marinheiros"**, <http://www.casaruibarbosa.gov.br/scripts/scripts/rui/mostrafrasesrui.idc?CodFrases=1645>. Fundação Casa de Rui Barbosa. Seção frases e pensamentos: Acesso em 23.ago.2013

BARBOSA, Rui. **Escritos e Discursos Seletos.** Rio de Janeiro: Ed. Nova Aguilar, 1997.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição Federal da República Federativa do Brasil**, promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em [www.senado.gov.br/legislacao](http://www.senado.gov.br/legislacao). Acesso em 15.jun.2013.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 5.620**, de 15 de dezembro de 2005. Disponível em

---

<sup>29</sup> BARBOSA, Rui (1997). **Escritos e Discursos Seletos.** Rio de Janeiro: Ed. Nova Aguilar, p. 1033.

PIVA, Paulo Jonas de Lima; REZENDE, Valdir Vieira. O crime compensa? Rousseau e os inimigos da República. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.3, 3º quadrimestre de 2013. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

[www.senado.gov.br/legislacao](http://www.senado.gov.br/legislacao). Acesso em 15.jun.2013.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 5.993**, de 19 de dezembro de 2006. Disponível em [www.senado.gov.br/legislacao](http://www.senado.gov.br/legislacao). Acesso em 15.jun.2013.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 6.294**, de 11 de dezembro de 2007. Disponível em [www.senado.gov.br/legislacao](http://www.senado.gov.br/legislacao). Acesso em 15.jun.2013.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 6.706**, de 22 de dezembro de 2008. Disponível em [www.senado.gov.br/legislacao](http://www.senado.gov.br/legislacao). Acesso em 15.jun.2013.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 7.046**, de 22 de dezembro de 2009. Disponível em [www.senado.gov.br/legislacao](http://www.senado.gov.br/legislacao). Acesso em 15.jun.2013.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 7.420**, de 31 de dezembro de 2010. Disponível em [www.senado.gov.br/legislacao](http://www.senado.gov.br/legislacao). Acesso em 15.jun.2013.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 7.648**, de 21 de dezembro de 2011. Disponível em [www.senado.gov.br/legislacao](http://www.senado.gov.br/legislacao). Acesso em 15.jun.2013.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 7.873**, de 26 de dezembro de 2012. Disponível em [www.senado.gov.br/legislacao](http://www.senado.gov.br/legislacao). Acesso em 15.jun.2013.

DIDEROT, DENIS. **Lettre a Landois du 29 juin 1756**. In: Correspondance. Paris, Minuit, .T I, 1955.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 2010.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Confissões**. Trad. Rachel de Queiroz; José Benedito Pinto, Bauru: Edipro, 2008.

\_\_\_\_\_. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. In: Os Pensadores, vol. II. Trad. Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultural, 1987-1988.

\_\_\_\_\_. **À República de Genebra**. In Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

\_\_\_\_\_. **Do contrato social**. In: Os Pensadores, vol. I. Trad. Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultural, 1987.

VOLTAIRE. **Comentários políticos/Voltaire**. Trad. Antonio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 2001.