

ANISTIA, GRAÇA, COMUTAÇÃO DE PENA E INDULTO — INCONSTITUCIONALIDADE

— *O Poder Executivo não está vinculado ao cumprimento de atos privativos do Legislativo, excedentes de sua competência exclusiva.*

— *Interpretação dos arts. 65 e 66 da Constituição.*

— *Inconstitucionalidade do Decreto-legislativo n.º 18, de 1961.*

PRESIDÊNCIA DO CONSELHO DE MINISTROS

PROCESSO P. R. n.º 926-62

Presidência do Conselho de Ministros. Consultoria-Geral da República. E. M. n.º 123, de 15 de março de 1962. Restitui processo com parecer E-7, sobre o entendimento a ser adotado em face da publicação do Decreto Legislativo n.º 18, de 1961. — “Aprovo as conclusões do parecer do Sr. Consultor-Geral da República. Publique-se na íntegra. — Em 12 de abril de 1962.” (Exp. ao MJNI, em 16 de abril de 1962). — Brasília, 15 de março de 1962.

Valendo-me da oportunidade, rogo se digne Vossa Excelência, se fôr o caso, mandar comunicar-me a decisão final que nêle fôr proferida, a fim de que seja anotada ao pé das cópias do mesmo, para constar da publicação oficial determinada pelo art. 11 do Regulamento do Gabinete do Consultor-Geral da República, aprovado pelo Decreto n.º 441.249, de 5 de abril de 1957.

Sirvo-me do ensejo para apresentar a Vossa Excelência os protestos de meu mais profundo respeito. — *Antônio Balbino*, Consultor-Geral da República.

EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS

Excelentíssimo Senhor Presidente do Conselho de Ministros,

Com referência ao anexo processo PR n.º 00.926, de 12 de janeiro de 1962, tendo a honra de submeter à elevada consideração de Vossa Excelência o meu parecer E-7, sobre o entendimento a ser adotado em face da publicação do Decreto-legislativo n.º 18, de 1961.

PARECER

N.º de referência: E-7.

Versa a consulta sobre o entendimento a ser adotado pelo Poder Executivo em face da publicação do Decreto-legislativo n.º 18, de 1961 cuja ementa é a seguinte:

“Concede anistia aos que praticaram fatos definidos como crimes, que mencionam”.

O decreto-legislativo, no respectivo art. 1º, prevê os limites e intensidade da pretensa *anistia*:

“Art. 1º São anistiados:

a) os que participaram, direta ou indiretamente, de fatos ocorridos no território nacional, desde 16 de julho de 1934, até a promulgação do Ato Adicional e que constituem crimes políticos definidos em lei, inclusive os definidos nos artigos 6º, 7º e 8º da Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950, observado o disposto nos artigos 13 e 74 da mesma lei e mais os que constituem crimes definidos nos artigos 3º, 6º, 7º, 11, 13, 14, 17 e 18 da Lei nº 1.802, de 5 de janeiro de 1953;

b) os trabalhadores que participaram de qualquer movimento de natureza grevista no período fixado no artigo 1º;

c) todos os servidores civis, militares e autárquicos que sofreram punições disciplinares ou incorreram em faltas ao serviço no mesmo período, sem prejuízo dos que foram assíduos;

d) os convocados desertores, insubmissos e refratários;

e) os estudantes que, por força de movimentos grevistas ou por falta de frequência no mesmo período, estejam ameaçados de perder o ano, bem como os que sofreram penas disciplinares;

f) os jornalistas e os demais incursos em delitos de imprensa e, bem assim, os responsáveis por infrações previstas no Código Eleitoral.”

Cumpra ao intérprete da lei examiná-la para fixar o conceito e limites, do aludido benefício e a competência constitucional em determiná-lo.

Preliminarmente, devem ser diferenciados os institutos jurídicos denominados *graça*, *comutação*, *indulto* e *anistia*.

“*Graça* é o ato de clemência do poder público em favor do réu definitivamente condenado, nos crimes comuns, para conceder-lhe, individualmente, a extinção, diminuição ou comutação da pena”.

A *graça* deverá ser requerida pelo interessado (Antônio Luís da Câmara Leal, *Comentários ao Código do Processo Penal Brasileiro*, vol. IV, pág. 351).

A *graça* pode ser de três espécies, segundo o favor que concede:

a) perdão integral ou extinção da pena;

b) redução da pena;

c) comutação ou conversão da pena em outra mais branda

Pelo que se vê, a *graça* também é entendida e considerada no sentido estrito do perdão público concedido ao condenado e individualmente (Eduardo Espinola Filho, *Código do Processo Penal Brasileiro*, Anot. vol. III, pág. 280).

O *indulto* difere da *graça*. Enquanto esta é um favor individual, concedido a determinado sentenciado, o *indulto* é “um favor coletivo, concedido a vários condenados simultaneamente”, espontaneamente e sem requerimento (Câmara Leal, ob. cit., pág. 351).

A *graça* e o *indulto* diferem, também, da *anistia*.

Esta é um favor coletivo concedido somente nos crimes políticos.

A *graça* e o *indulto* são benefícios específicos concedidos em crimes comuns.

São ainda traços diferenciais:

a) a *anistia* só pode ser concedida pelo Poder Legislativo federal, ao passo que a *graça* e o *indulto* são concedidos pelo Presidente da República;

b) a *anistia* faz desaparecer o delito, extingue a ação penal ao passo que

a *graça* e o *indulto* não apagam o crime, extinguindo apenas a punibilidade pelo perdão;

c) a *anistia* favorece aos delinquentes por ela beneficiados, quer antes, quer durante, quer depois de definitivamente condenados.

Há, contudo, entre esses três institutos, pontos de semelhança. É assim que:

a) a *anistia* como a *graça* e o *indulto* não isenta o culpado de responder pelo dano resultante do fato, por isso que apaga o delito, mas não faz desaparecer o fato;

b) a *anistia*, como a *graça* e o *indulto*, pode ser completa ou limitada, quanto ao delito em geral ou parcial, quanto aos indivíduos que compreende;

c) a *anistia*, como a *graça* e o *indulto* não pode ser recusada pelo delinqüente;

d) a aplicação e a interpretação da *anistia*, como da *graça* e a do *indulto*, competem ao Poder Judiciário

"A *anistia* é medida tipicamente política (Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1946*, vol. I, pág. 344).

O ensinamento de João Barbalho é o seguinte:

"É uma medida de elevado alcance político que na monarquia se atribuía à munificência do imperante; na República pertence aos representantes do povo soberano. Aplica-se aos chamados crimes políticos, movidos pelo arrebatamento das paixões, por impulsos que não se confundem com a imoralidade e torpeza dos crimes comuns.

Usada a propósito, nas grandes convulsões intestinas, qual o cetro do deus mitológico sôbre as ondas revôltas, trazendo bonança e calma ela concilia e congraça os ânimos agitados. "Núncia de paz e conselheira de concórdia, parece antes do céu prudente aviso que expediente de homens" (João

Barbalho, *Comentários à Constituição Federal Brasileira*, pág. 131)."

A competência para decretação de tais benefícios está, expressamente, prevista no texto constitucional.

A *anistia* sômente poderá ter vida por ato exclusivo do Poder Legislativo (art. 66, V, da Constituição federal), qual seja o decreto-legislativo.

O *indulto* e a *comutação* de penas, espécie do gênero *graça*, são atribuições privativas do Presidente da República (art. 3º XIII, do Ato Adicional — Emenda Constitucional nº 4), a serem consubstanciadas em ato administrativo formal, qual seja o decreto-executivo.

O Presidente da República não pode anistiar, assim como o Congresso Nacional não pode conceder *graça*, *comutar* penas ou *indultar* sentenciados.

Precisados os conceitos, os limites da ação e a competência constitucional no decretar os benefícios da *anistia*, *graça*, *comutação* e *indulto*, um exame mais acurado ao Decreto-legislativo nº 18, de 1961, traz à compreensão que o mesmo ensejou os favores mais díspares a fatos puníveis, de diversificados conteúdos ontológicos, ocorridos desde 16 de julho de 1934 até a promulgação do Ato Adicional — Emenda Constitucional nº 4, de 2 de setembro de 1961.

O artigo primeiro é casuístico. Na respectiva alínea *a* menciona como anistiados os crimes políticos definidos em lei. Este critério ajusta-se à realidade doutrinária eis que a *anistia*, "é um favor coletivo concedido sômente nos crimes políticos".

A alínea *b* refere-se aos crimes e faltas cometidas pelos trabalhadores que participaram de qualquer movimento de natureza grevista. Infracções criminais decorrentes da execução do contrato de trabalho.

A alínea *c* imuniza os servidores civis, militares e autárquicos que sofreram punições disciplinares ou incorreram em faltas ao serviço no referido período.

A alínea *d* expunge os efeitos dos atos praticados pelos desertores, insubmissos e refratários ao regime militar.

A alínea *e* torna de nenhum efeito e convesce os atos praticados por estudantes, as faltas cometidas pelos mesmos devido aos movimentos grevistas, à falta de frequência que os leve à perda do ano e, ainda, as penas disciplinares que lhes foram impostas.

A alínea *f* libera os jornalistas da prática de crimes de imprensa e quaisquer pessoas incursas nas penas previstas no Código Eleitoral.

Ultrapassando os limites dos crimes políticos, a *anistia*, decretada pelo Poder Legislativo, não encontra pressupostos constitucionais, em partes bem definidas, e configura, precisamente, aquela hipótese prevista por Pontes de Miranda em *Comentários à Constituição de 1946*, 3ª edição, pág. 478, que é a de inserção de matéria *vetável* numa proposição legislativa não sujeita à *sancção*, insuscetível de se transformar em lei por falta de intervenção do Poder competente para consumá-la.

Sob os influxos da premissa acima, verifico que apenas a alínea *a*, artigo 1º, do Decreto-legislativo nº 18, se conformou ao espírito do artigo 66, V, da Constituição federal.

As matérias constantes das alíneas *b*, *c*, *d*, *e* e *f* do artigo 1º refogem inteiramente à conceituação e aos objetivos constitucionais do instituto da *anistia*. Consideradas sob o aspecto de *perdão coletivo*, aos réus condenados definitivamente pelo Poder Judiciário, tais matérias teriam feição de *indultos*. E o *indulto* se não compreende nas atribuições do Legislativo sendo de nenhum valor a norma emanada desse Poder, que o concede.

Ainda mais as referidas alíneas expungiram *ex tunc* atos ilícitos e declararam-nos de nenhum efeito repressivo.

Como conceituar o ato de império, voluntário e não requerido, de caráter

universal que torna de nenhum efeito e expunge as conseqüências das infrações originárias das relações do trabalho, do regime disciplinar funcional civil e militar, do regime administrativo educacional, das relações de imprensa e do sistema eleitoral? Como considerar o trato legal dessas faltas, em sua pontencialidade e independentemente de conhecimento ou prévia manifestação do Poder Judiciário, tornando-as *a priori* o legislador *tabula rasa*? Como conceituar a isenção ou a impossibilidade da criminalidade, de infrações não políticas, nos moldes das alíneas consideradas?

Esse ato de império do Congresso Nacional não se ajusta aos conceitos de *anistia*, *graça*, *comutação* ou *indulto*.

Apenas um leve exame aos conceitos desses institutos, como exposto acima, dá ao intérprete a certeza meridiana de que se não identificam tais conceitos às figuras descritas nas alíneas *b*, *c*, *e*, e *f*, artigo 1º, do Decreto-legislativo nº 18, de 1961.

Então, como conceituá-las? Qual a realidade ontológica, que as constitui?

O fato da vida comum pode tornar-se figura ilícita desde que ocorram as circunstâncias fáticas da prévia conceituação legal e dos elementos:

- a) tipicidade;
- b) injuridicidade;
- c) culpabilidade;
- d) punibilidade;

A falta de qualquer dos mesmos des-natura, criminalmente, a figura sobre o qual deverá incidir a norma cogente. A não incidência de qualquer destes elementos, equivale *in casu* à elisão fática da norma repressiva.

A elisão da norma repressiva dá lugar ao instituto da *imunidade material* ou *indenidade*. Esta corresponde à *isenção de criminalidade* (vide Schneider, in *Kommentar zum Bonner Grundgesetz*

von Abraham, Buhler u.z., zu art. 46, Hamburgo, 1950).

As normas das alíneas *b, c, d, e e f* do art. 1º do Decreto-legislativo nº 18, de 1961, pertencem ao campo da *imunidade material* ou *indenidade* e, obviamente, não se tratando de ilícitos políticos, não poderiam encontrar-se inseridos em *lei de anistia* elaborada privativamente pelo Congresso Nacional e formalizada sob a designação específica de *decreto-legislativo*. Tais normas somente poderiam ter vida legal, — assim mesmo, abstraída a preliminar de constitucionalidade, emanada do cotejo das referidas normas com o texto do artigo 141, § 1º, da Constituição federal, — mediante *lei especial* a ser votada de acordo com os arts. 67 e seguintes e, no caso, especialmente respeitando o disposto no artigo 70 da Constituição federal, que traduz competência confirmada pelo chamado Ato Adicional.

A elisão fática e a conseqüente indenidade legal nos crimes, infrações e faltas não políticas, somente poderão ter realidade constitucional e jurídica no Brasil, mediante *lei especial* e *retroativa* (vide artigos 67 e seguintes da Constituição federal).

E este não é o caso do diploma legislativo sob exame. Deixando de encaminhar à apreciação do Presidente da República a matéria do Decreto-legislativo nº 18, evidentemente transbordante do conceito de *anistia*, e mais do que intuitivo que o *excesso* não tem existência constitucional, ultrapassando as forças da competência privativa do Congresso, tornando-se inoperante, na área da Administração tudo quanto, nos textos censurados, exorbita dos limites da Lei Maior.

Por tudo que se depreende da exposição transata, penso que:

a) o texto do art. 1º, alínea *u* do Decreto-legislativo nº 18, de 1961, conformou-se ao espírito do artigo 66, V, da Constituição federal:

b) os textos do art. 1º, alínea *b, c, d, e e f*, do Decreto-legislativo nº 18, de 1961, ultrapassaram os limites da competência privativa do Congresso Nacional, no decretar *anistia*, porque significariam desnaturamento institucional de um conceito jurídico já firmado, objetivo inalcançável pelo hermeneuta que não pode adotar senão critérios restritivos diante da hipótese de se consumir o processo legislativo, em matéria tão relevante e controvertida com a exclusão da faculdade da sanção, que envolve a elisão de poder de veto do Presidente da República;

c) os textos mencionados nas alíneas censuradas correspondem à configuração jurídica da *imunidade material* ou *indenidade*;

d) os casos de *indenidade legal* somente poderão ter vida por lei especial e retroativa votada em conformidade aos artigos 67 e seguintes da Constituição federal.

Evidencia-se que as alíneas *b, c, d, e e f* do art. 1º do Decreto-legislativo nº 18, de 1961, constituem-se frontalmente opostos ao espírito da Constituição federal. Em melhores palavras, dentro da inadequada estruturação formal que lhes deu, uma vez que se pretenderam consumados sem a intervenção do Presidente da República (art. 70 da Constituição federal), são textos manifestamente inconstitucionais. E a Administração não se encontra vinculada ao cumprimento de decretos-legislativos exorbitantes, que se constituam ao arrepio dos mandamentos maiores.

O princípio da legalidade constitucional está expresso na lição dos mestres.

Pontes de Miranda, por exemplo, ensina: "... qualquer regra que crie dever de ação positiva ou negativa (deixar de fazer, abster-se), tem de ser regra de lei, com as formalidades que a Constituição exige" (Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição*, 2º vol. IV, págs. 70-71).

E a lição de Rui Barbosa não é outra: "Ora, se entre a lei superior e a inferior a colisão é tão possível, quanto entre lei e lei da mesma classe, e se essa colisão, onde quer que se dê, há-de ser resolvida — a um dos poderes tinha de confiar-se, por força, o poder de resolvê-la. Mas, se êle se entregasse à autoridade que faz a lei, parte interessada, juiz em sua própria causa, o Congresso substituir-se-ia à Constituição, a Constituição desapareceria na vontade indemarcável do Congresso.

A preponderância, nesse caso, caberia sempre à lei contra a Constituição. Ora, o mais rudimentar senso comum quer que êle pertença à Constituição contra a lei. A Constituição é a vontade direta do povo. A lei, a vontade dos seus representantes. E, se a única autoridade legítima desta resulta da daqueles, na divergência entre as duas a segunda não pode aspirar ao ascendente (Rui Barbosa, *in Os Atos inconstitucionais*, págs. 67-68).

O saudoso Lúcio Bittencourt não transmite lição diversa: "Já o mesmo não pode ser dito dos órgãos legislativos nos países do tipo constitucional americano, porque aí os poderes do Parlamento cedem à supremacia da Constituição. Esta é que é absoluta, intangível, ilimitada, "paramount" e dela dimanam todos os poderes dos órgãos a que soberanamente deu vida e cujas funções definiu e limitou (C. A. Lúcio Bittencourt, *in O Contrôlo Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*, página 84.)

A validade do ato administrativo encontra-se vinculada aos pressupostos da *constitucionalidade*, os quais norteiam e delimitam o âmbito da *legalidade*.

Seria conforme aos preceitos do Direito a prática pela Administração de um ato de gestão, no qual, *prima facie*, se espelhasse a mácula da ilegalidade, a maior de tôdas?

Parece-me que não.

A Administração pública não se pode constituir carga ou surda às ressonâncias dos *pressupostos*, que dão vida e vinculam os atos de gestão que pratica. Mesmo porque a vida destes encontra fonte criadora naqueles pressupostos de legalidade. Ato administrativo, sem vinculação direta aos pressupostos da lei, observada a respectiva hierarquia, — é ato exorbitante e nulo.

Em consequência do exposto, no deslinde das múltiplas e variadas postulações de pretensos beneficiários, as quais estão ocorrendo, diariamente, aos protocolos das repartições públicas civis e militares, as autoridades administrativas inferiores deverão proceder como determinado no meu parecer nº E-2, de 24 de janeiro de 1962, aprovado pelo Excelentíssimo Senhor Presidente do Conselho de Ministros e publicado no *Diário Oficial*, I, de 5 de fevereiro de 1962, pág. 1.961, *verbis*:

"Na programática do serviço público federal esta Consultoria-Geral situa-se na cúpula do Edifício jurídico e administrativo do Estado. É órgão de consulta do Excelentíssimo Senhor Presidente da República e do Excelentíssimo Senhor Presidente do Conselho de Ministros.

As interpretações desta Consultoria-Geral, no que diz respeito à aplicação de leis, decretos, portarias, normas de serviços e outros atos formais da Administração, no merecerem a aprovação dos mandatários supremos, e uma vez publicados, constituem regras normativas, verdadeiros mandatos dirigidos a todos os setores da Administração pública federal, centralizada ou autárquica.

O "aprovo" do Excelentíssimo Senhor Presidente da República ou do Excelentíssimo Senhor Presidente do Conselho de Ministros, transforma o espírito expositivo com estudos e sugestões, na interpretação administrativa e constitucional, da Consultoria-Geral, em regra impositiva e coativa a todos os demais

setores e níveis de autoridade da Administração pública.

O parecer, neste caso, segundo a melhor doutrina, será um ato-condição vinculante que, uma vez aprovado, se constitui verdadeiro *ato administrativo executivo*" (Temístocles Brandão Cavalcanti, *Princípios*, págs. 55-56, 1941).

Adquire a mesma força impositiva dos decretos regulamentares, portarias e demais fontes do Direito Administrativo."

Submetidas, hierarquicamente, à decisão dos órgãos superiores do Poder Executivo, as autoridades administrativas de nível inferior, ao examinar e se manifestar em requerimentos fundamentados nas alíneas *b, c, d, e f*, do artigo 1º, Decreto-legislativo nº 18, de 1961, deverão considerar tais pedidos como prejudicados e arquivá-los, sumariamente, em razão das premissas e conclusões deste Parecer desde que ele mereça a aprovação de Vossa Excelência. Deverão vincular os respectivos despachos à superior determinação de Vossa Excelência, autoridade que deu causa à ordem administrativa e à qual não poderão abster-se ou desobedecer, sob as penas referidas no aludido Pa-

recer nº E-2, de 24 de janeiro de 1962, *in fine*.

Os *pretensos direitos individuais* devem buscar órbitas diversas da administrativa para prosseguir em seus intentos. De qualquer forma, não acredito na prosperidade dessas iniciativas. Qualquer incipiente nos campos do direito sabe que nenhuma pretensão individual tem em seu favor os mantos do direito subjetivo, quando a norma objetiva, em que se apegou, é manifestamente oposta ou exorbitante em relação à letra e ao espírito da Lei Maior.

Penso que esta é a melhor solução doutrinária e de ordem prática às questões decorrentes da publicação do Decreto-legislativo nº 18, o qual, se vingasse na parte em que se excedeu, produziria os maiores danos à organização e à disciplina das instituições nacionais, que menciona. E ao intérprete é defeso interpretar a norma objetiva em choque flagrante com os superiores interesses nacionais. Cabe ajustá-la aos fins sociais a que se dirige e às exigências do bem comum.

Salvo melhor Juízo.

Brasília, 15 de março de 1962. —
Antônio Balbino, Consultor-Geral da República.