

**UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
CAMPUS AVANÇADO DE NATAL
CURSO DE DIREITO**

Fernanda Míriam Alves de Aquino

**A SOBREVIVÊNCIA DA CLEMÊNCIA SOBERANA NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

NATAL - RN

2014

Fernanda Míriam Alves de Aquino

**A SOBREVIVÊNCIA DA CLEMÊNCIA SOBERANA NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Monografia apresentada à disciplina de Trabalho de Conclusão de Curso II, da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Ms. José Armando Ponte Dias Junior

NATAL/RN

2014

Fernanda Míriam Alves de Aquino

A sobrevivência da clemência soberana no ordenamento jurídico brasileiro.

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Universidade do Estado do Rio Grande do
Norte como requisito obrigatório para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovado em ____/____/____

Banca Examinadora

Ms. José Armando Ponte Dias Junior (Orientador)
UERN

Nome do 1º examinador
Membro da Banca
Instituição

Nome do 2º examinador
Membro da Banca
Instituição

*Aos meus pais, pelo carinho e dedicação
que sempre tiveram no ensinamento do
caminho certo a ser trilhado.*

AGRADECIMENTOS

A Deus por sua infinita misericórdia.

Ao meu pai *Jefferson*, minha mãe *Maria José*, meu sogro *Georgino* e minha sogra *Conceição*, por suavizarem a minha jornada.

A *Daniel* pelo companheirismo e compreensão.

Ao meu orientador, *Ms. José Armando Ponte Dias Junior*, pela generosidade com que ministra suas aulas e pelo suporte que deu, sempre de forma atenciosa, para a construção deste trabalho.

Ao meu filho *Miguel*, pelo simples fato de existir.

“Que o ímpio abandone o seu caminho;
e o homem mau, os seus pensamentos.
Volte-se ele para o Senhor,
que terá misericórdia dele;
volte-se para o nosso Deus,
pois Ele dá de bom grado o seu perdão.”

Isaías 55:7

RESUMO

O estudo que se segue tratou da clemência soberana nas modalidades graça e indulto, poder que o Chefe de Estado tem de, individual ou coletivamente, extinguir ou comutar, de forma discricionária, a pena imposta pelo Estado-Juiz sob o manto do Devido Processo Legal. Seu objetivo foi analisar a utilidade do instituto no atual Estado Democrático de Direito, sobretudo no que se refere à influência do Poder Executivo na esfera de competências do Poder Judiciário quando da execução de tal medida. Foi utilizada a pesquisa bibliográfica como metodologia analisando-se a doutrina constitucional, penal e processual penal pátrias, o que promoveu a pesquisa e a revisão bibliográfica acerca do tema a partir da escolha dos métodos dialético e dedutivo para comprovar ou não as hipóteses enumeradas. Concluiu-se que a clemência soberana, tanto na modalidade indulto, tradicional no país sempre ao final de cada ano, quanto na modalidade graça, desconhecida da população por ser incomum na prática da nossa sociedade, mas que pode ser peticionada em favor de qualquer apenado, carece de legitimidade social atualmente, na medida em que, a primeira se desvirtuou completamente da essência do perdão soberano, e a segunda porque sua prática não se justifica mais no atual Estado de Direito, atrelada que está a um tempo em que as penas eram corporais e não existia proporcionalidade na sua aplicação, o que não se verifica hoje, a não ser para situações especialíssimas como é o caso da pena de morte, que é exceção no nosso ordenamento jurídico.

Palavras-chave: Clemência Soberana; Estado Democrático de Direito; Separação de Poderes.

ABSTRACT

The following study dealt with modalities sovereign grace clemency and pardon, power to the Head of State has, individually or collectively, terminate or commute, in a discretionary manner, the sentence imposed by the Judge state under the mantle of Due Process of Law. Their goal was to analyze the usefulness of the institute in the current Democratic State of Law, particularly with regard to the influence the Executive Branch in the sphere of competence of the Judicial Branch when implementing such a measure. The bibliographical research was used as a methodology analyzing the constitutional doctrine, criminal and criminal procedural homelands, which promoted the research and the literature review about the theme from choice of dialectician and deductive methods to confirm the assumptions listed or not. It was concluded that the sovereign clemency, both in the form clemency, always traditional in the country at the end of each year, and in grace mode, unknown population to be uncommon in the practice of our society, but it can be petition in favor of any convicts , currently lacks social legitimacy, in that the former is completely distorted the essence of sovereign forgiveness, and second because his practice was no longer justified in the current state of law, which is tied to a time when the feathers were bodily and there was no proportionality in its application, which is not the case today, except for very special situations such as the death penalty, which is an exception in our legal system.

Key-words: Sovereign clemency; Democratic State of Law; Separation of Powers.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 CLEMÊNCIA SOBERANA: A GRAÇA E O INDULTO	
1.1 CONCEITO, ORIGEM E EVOLUÇÃO DOS INSTITUTOS.....	14
1.2 DIFERENCIAÇÃO ENTRE OS INSTITUTOS DA GRAÇA, DO INDULTO E DA ANISTIA.....	17
1.3 O PODER DE GRAÇA NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA.....	22
2 ASPECTOS CONSTITUCIONAIS DO PODER DE AGRACIAR	
2.1 PREVISÃO CONSTITUCIONAL DO PODER DE GRAÇA.....	27
2.2 IMPORTÂNCIA E UTILIDADE DO INSTITUTO E SUA LEGITIMIDADE SOCIAL.....	28
2.3 OS PRINCÍPIOS DA SEPARAÇÃO DE PODERES, DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DA SEGURANÇA JURÍDICA.....	38
3 CLEMÊNCIA SOBERANA E OS INSTITUTOS CORRELATOS DE DIREITO PENAL	
3.1 A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA.....	44
3.2 A SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA.....	47
3.3 A SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO.....	51
3.4 O LIVRAMENTO CONDICIONAL.....	52
3.5 A REVISÃO CRIMINAL.....	54
CONCLUSÃO	57
REFERÊNCIA	61

INTRODUÇÃO

Clemência soberana é o poder que o chefe de Estado tem para perdoar os infratores da lei penal, seja de forma individual, por meio da graça, ou coletivamente, o que se dá por indulto. É uma prática tão antiga quanto às primeiras normatizações do sistema penal, ou seja, quando do surgimento da ideia de retribuição, entenda-se vingança coletiva, aos violadores das regras de convivência social, surge também uma alternativa de perdão para alcançar e livrar da morte, réus submetidos a um injusto julgamento.

Em seu nascedouro, sua razão de ser consistia em plantar a esperança, naquele que havia sido julgado e condenado por um ato delituoso, de livrá-lo de um castigo demasiado em face do ato cometido, haja vista a não existência da pena de prisão como retribuição própria a um ato infracional, e sim apenas para esperar o cumprimento de uma sentença de morte na maioria dos casos, retrato da severidade das leis, como também, por não raro ocorrerem falhas no julgamento, condenando sem a necessária certeza da autoria e materialidade.

Seria como que uma última chance de se fazer e de se obter justiça, porém, esse conceito que temos do que seja clemência soberana vem se mostrando dissociado do que se observa na prática contemporaneamente, já que, os institutos que a compõem, delimitados na presente pesquisa à graça e ao indulto, são entendidos como ato de política criminal que acontece, geralmente, de forma coletiva (indulto) e no final de cada ano, para cancelar ou comutar as penas a que foram condenados os autores de determinados crimes, indistintamente, apresentando-se muito mais como medida de urgência frente à superlotação dos presídios, do que como indulgência soberana propriamente.

Essa prática ficou conhecida como indulto de natal, por traduzir-se na forma de decreto presidencial, sempre ao final de cada ano, sendo considerado, doutrinariamente, um desvirtuamento do instituto da clemência soberana, já que este é em essência ato do chefe de Estado de agraciar, ou seja, de perdoar, de forma discricionária e em casos especialíssimos, o indivíduo, pela graça, ou uma coletividade, pelo indulto, pelo crime cometido, extinguindo ou comutando, por conta desse perdão, a pena que havia sido imposta, ou seja, não seria medida corriqueira e sim medida a ser tomada em situações bastante específicas, por sua própria natureza política.

O trabalho tem por objetivo geral analisar a utilidade do instituto no atual Estado Democrático de Direito, sobretudo no que se refere à influência do Poder Executivo na esfera

de competências do Poder Judiciário quando da execução de tal medida, para isso, alguns questionamentos se farão presentes.

Com a inscrição, no Artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem de que “toda sociedade, onde a garantia dos direitos não esteja assegurada nem a separação de poderes determinada, não possui Constituição”, os Estados do Ocidente, que se livravam do Absolutismo, foram se adequando a esses preceitos e criando suas Constituições. No Brasil, a Constituição de 1988 foi a que mais se preocupou com a positivação e garantia dos direitos fundamentais, demonstrando intolerância ao tratamento desumano e às penas cruéis ou degradantes. Em face disso, pode-se dizer que ainda existe utilidade na prática da clemência soberana?

O poder de agraciar consiste em perdoar aquele que foi julgado e condenado pela prática de um crime extinguindo sua punibilidade por um órgão diferente daquele que aplicou a pena, qual seja, o Poder Judiciário. Essa prática não seria um ato administrativo de revisão do Poder Judiciário, que, como se sabe, é inconstitucional?

A clemência soberana é justificada, doutrinariamente, como sendo de considerável presteza no que se refere a abrandar os rigores da lei ou em situações em que houvesse possíveis falhas no julgamento e até mesmo para minimizar o caos que é o sistema penitenciário com seus problemas de superlotação, vindo a ser tratada como ato de política criminal. Esta qualificação não desvirtua a essência da indulgência soberana, que deve ser usada em situações pontuais e especialíssimas, além do que, não haveria com isso agressão ao princípio da Segurança Jurídica?

A Constituição Brasileira de 1988 faz remissão à graça e ao indulto para dizer que alguns crimes, como os hediondos e os equiparados a hediondos, não fazem jus a essa prerrogativa, fazendo supor que os demais crimes não possuem essa cláusula de exceção e, portanto, sua validade estaria assegurada. Esse tipo de referência, que a Constituição de 1988 faz a respeito da clemência soberana, possibilita sua extirpação do ordenamento jurídico brasileiro sem vícios de inconstitucionalidade?

Ao final de cada ano, o Poder Executivo federal, por meio de Decreto presidencial, adota medidas que refletem no sistema penitenciário, soltando diversos presos, o que ficou conhecido por indulto natalino. De outro lado, porém desconhecida da população por ser incomum na prática da nossa sociedade, mas que pode ser peticionada em favor de qualquer

apenado existe o direito de pedir a graça, perdão individual dado pelo presidente da República. Essas medidas, levando em consideração a realidade brasileira nos dias atuais, possuem legitimidade social?

Para responder a esses questionamentos foi utilizada, predominantemente, a pesquisa bibliográfica como metodologia, uma vez que se pretendeu analisar a doutrina constitucional e penal pátrias acerca do instituto da clemência soberana nas suas modalidades graça e indulto e seus desdobramentos de ordem política, social, jurídica e constitucional.

No que tange ao método de abordagem científico do presente estudo, para alcançar os objetivos elencados, foram utilizados tanto o método dialético quanto o dedutivo, procurando comprovar ou não as hipóteses enumeradas. Com isso, a metodologia utilizada promoveu a pesquisa e a revisão bibliográfica, principalmente a partir de artigos científicos, livros, leitura e fichamento de textos, consulta a artigos on-line, periódicos, etc.

Na construção do trabalho monográfico em tela foram observadas as orientações estabelecidas pela Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), adotadas por esta instituição de ensino, seguindo-se ainda o que prescreve o Projeto de Políticas Pedagógicas, que de acordo com programas de disciplinas ofertadas, forneceu as condições necessárias para o desenvolvimento deste trabalho.

Em linhas gerais a pesquisa buscou tratar do real sentido do poder de agraciar pelo chefe de Estado, seus fundamentos, suas implicações, fazendo um apanhado histórico e tomando por base o seu delineamento nas Constituições brasileiras, em especial a atual Constituição Federal de 1988, denominada também de Constituição Cidadã, pela atenção que deu ao reconhecimento dos direitos e garantias fundamentais, com a não tolerância às penas cruéis ou degradantes, motivo que desperta o questionamento acerca da razoabilidade e adequação desse poder soberano, atrelado que está a um tempo em que as penas eram corporais e não existia proporcionalidade na sua aplicação, justificando-se a clemência do chefe de Estado como esperança para a realização da justiça.

No presente, tal instituto vem sofrendo críticas do ponto de vista de se questionar se não seria uma invasão de competência de um poder em face do outro, o que no passado e justificadamente, pelo próprio contexto em que nasceu o poder de agraciar, tratava-se de equilíbrio entre poderes em busca de justiça.

O estudo que se segue busca fazer uma análise crítica a respeito da atuação do chefe de Estado quando concede, geralmente ao final de cada ano, o indulto, extinguindo a punibilidade de diversos apenados. E o mais importante, uma análise crítica, enfatizando os riscos que a sociedade está passível de sofrer se determinadas pessoas, ou qualquer do povo em benefício dessas pessoas se derem conta de que o exercício de um simples direito de petição ao chefe de Estado, pedindo clemência por um crime cometido, pode ser atendido e todo um processo pela busca de justiça, condenando alguém a pagar por um dano causado a sociedade, pode perder sua eficácia em face da extinção da pena decretada discricionariamente por esse chefe de Estado.

Num primeiro momento, a presente pesquisa científica se propõe a traçar um panorama histórico da graça em sentido amplo, fazendo a diferenciação entre os institutos que a compõe, quais sejam, a graça em sentido estrito, o indulto e a anistia, analisando de que maneira as constituições brasileiras trataram do referido tema ao longo da nossa história constitucional.

Em seguida tratará do poder de graça em relação à constituição atual, de suas implicações frente aos princípios constitucionais diretamente relacionados ao tema, a questão da utilidade e adequação do poder de agraciar, como também sua legitimidade social frente aos princípios da Separação de Poderes, do Devido Processo Legal e da Segurança Jurídica, tudo sobre a ótica do atual Direito Penal Constitucional.

Por último, versará acerca dos institutos correlatos existentes no Direito Penal e que cumprem função semelhante, na prática, ao que acontece quando o condenado recebe a indulgência soberana, que é em linhas gerais, a extinção da sua punibilidade. Tais institutos estão amplamente disciplinados na legislação penal vigente e têm natureza jurídica de direito público subjetivo de ação do apenado. São eles a suspensão condicional da pena, a suspensão condicional do processo, o livramento condicional, e a revisão criminal.

1. CLEMÊNCIA SOBERANA: A GRAÇA E O INDULTO

1.1 CONCEITO, ORIGEM E EVOLUÇÃO DO INSTITUTO

Clemência soberana é o perdão dado pelo chefe de Estado a quem tenha cometido um crime. Independente do julgamento a que tivesse sido submetido e da pena que tivesse sofrido o condenado, desde a fase embrionária, do que viria a ser o Direito Penal, associado ao poder/dever de punir, nascia também a faculdade de se conceder o perdão por parte daquele que tinha o poder de vida ou morte sobre seus súditos.

Sua origem, portanto, se confunde com o surgimento das primeiras normas de organização social e com o próprio direito de punir dado ao governante em prol do bem comum. Como não existia certa proporcionalidade entre as penas impostas e o delito praticado, a indulgência soberana era extremamente útil, funcionando até como espécie de recurso, ato que buscava tornar mais justa a aplicação da pena a quem infringia a ordem social instituída.

Ladislau Thot, citado por Carvalho Filho (1979), diz que o instituto é quase contemporâneo da pena. “Teriam os homens pressentido a sua necessidade, no momento justo em que sentiram o rigor ou a crueldade de uma norma, para o caso ocorrente.” (CARVALHO FILHO, 1979, p.98)

Barbosa (1978) salienta que não existia perdão para crimes cometidos antes da formação da sociedade civilizada. “O *Indulto* é um instituto da cultura do homem civilizado, — como entendemos a civilização, herdada das melhores tradições greco-romanas.” (BARBOSA, 1978, p. 286).

Nas relações indígenas, por exemplo, não existia perdão para uma falta praticada contra um membro da tribo: “Para a mentalidade dos indígenas, não era possível conceber a extinção da possibilidade (*sic*) em benefício do autor de alguma ofensa. Ademais, ajudados pela sua extraordinária memória [...], não olvidaram jamais os agravos sofridos.” (GONZAGA, *apud*. BARBOSA, 1978, p. 286)

Como relata Carvalho Filho (1979, p. 99/100), o instituto esteve presente em Roma de forma variada no decorrer dos períodos de sua história, mas sem perder a essência. Num primeiro momento dividia-se o poder de agraciar entre a Realeza e o Povo, o réu confiava a este, por meio das Cúrias, a última palavra sobre o julgado, a sentença não era revista pela assembleia, era apenas confirmada ou anulada. Essa faculdade de graça era deferida aos

comícios porque neles estava o poder legislativo, mas isso não maculava a decisão soberana do Rei, visto que, não se tratava de instância revisora.

Com a República veio o receio de estar, a vida e a liberdade, exposta ao perigo de uma decisão única, já que o que ocorria no passado não era bem uma instância revisora, com isso, trataram de criar um órgão composto pelo Povo, as Centúrias, para o fim de atender aos apelos do sentenciado, de forma que a *jus provocatio ad populum* continuou com o seu papel, ao passo que mais duas instituições foram criadas como forma de suspensão do processo, a primeira para benefício do acusado que recorria, e a segunda, que suspendia o processo da mesma forma, mas era concedida espontaneamente (CARVALHO FILHO, 1979, P. 101):

Uma a *intercessio*, espécie de apelo de graça aos tribunos do povo, cujos poderes, no caso, eram latos, inclusive o de anular toda a acusação. Outra, a *abolitio publica*, medida política, tomada pelo Senado, quando o exigiam os interesses de ordem estatal, ou para celebrar as divindades, nos seus dias de festa, e a que, salvo algumas características, podemos filiar a anistia, dos nossos dias.

Já no Império, conforme Carvalho Filho (1979, p. 102), todas essas facilidades para o acusado vão desaparecer, inclusive os institutos do asilo e do exílio também desaparecem e passa a se impor, de forma onipotente, a vontade do imperador. É justamente nessa fase que surge o perdão propriamente, a clemência soberana, reunindo na pessoa do imperador, as prerrogativas dos comícios e dos tribunos em outrora.

Essa indulgência, de acordo com Ladislau Thot, citado por Carvalho Filho (1979, p. 102) se apresentava em duas modalidades, a *abolitio*, quando o perdão era concedido antes da condenação, sendo sinônimo de indulgência, intercessão, anistia, tendo o condão de extinguir a ação, e a *gratia*, concedida após a condenação, podendo ser antes, durante ou depois do cumprimento da pena, o que, neste último caso, restituía integralmente o condenado nos seus direitos.

Pode-se identificar o poder de graça nessa época, a título de exemplo, nos relatos escritos na Bíblia, quando Pilatos (Mateus 27, 15), governador da província da Judeia em Roma, não vendo crime algum praticado por Jesus, porém para não se furtar ao dever de julgar e penalizar a blasfêmia confessada por Jesus, perante o povo judeu, faz uso de um costume existente em Roma na época da Páscoa, de agraciar um condenado a pena de morte. O desfecho, como sabido, foi a crucificação de Jesus, que, ao ser exposto para que o povo escolhesse quem deveria ser agraciado, haja vista que esperavam o cumprimento da sentença

de morte ele e Barrabás, condenado pelo crime de roubo, este, pela vontade do povo foi perdoado, restando a Jesus a crucificação.

Moraes (1979, p. 3), diz que o poder de graça, além de muito antigo, sempre foi reconhecido por todas as sociedades, é universal, e tinha caráter de perdão público.

Na Idade Média houve um decréscimo no costume de agraciar condenados, como também, segundo Souza (1983, p. 190), houve certa repartição do poder de agraciar, haja vista ter sido esse poder exercido, inclusive, por pessoas que não tinham soberania, era o caso da clemência dos tribunais e do asilo oferecido pelos senhores feudais.

Barbosa (1978) relata que em Portugal, mesmo com todo o rigor das Ordenações, principalmente o livro V das Ordenações Filipinas, que, inclusive, estiveram em vigor no Brasil até o surgimento do Código Criminal do Império, em 1830, praticava-se a indulgência soberana, que ele denomina, num sentido amplo, por indulto na forma de comutação, ou seja, mudança de uma pena mais rigorosa, por outra mais branda (BARBOSA, 1978, p. 281):

No velho direito lusitano, o *indulto* apareceu como forma de comutação de penas graves, como a pena capital, dele se beneficiando muitos nobres condenados por crimes de traição, sodomia, moeda falsa, heresia, etc; — desde que se dispusessem a irem, além-mar, povoar as terras recém-descobertas, e as colônias recém-conquistadas na América, na África e na Ásia.

Com o passar do tempo, no entanto, o poder de agraciar foi extrapolando limites, os governantes perdoavam crimes de determinadas pessoas ou fatos, conforme sua conveniência, de forma que a lei ia perdendo gradativamente sua eficácia. A lei existia, mas não era cumprida, não existia igualdade em sua aplicação e a norma penal perdia o prestígio em face da vontade desarrazoada do monarca.

Em face disso, segundo relata Moraes (1979), na Era Moderna buscou-se um freio para esse poder sem medidas, tendo como principal ação nesse sentido, a proibição na Inglaterra, pelo *Bill of Rights*, da Coroa dispensar a execução da lei. “O parlamento, entretanto, continuou a votar *bills of indemnity* com a finalidade de legalizar atos irregulares, ou livrar os indivíduos da aplicação de penas a que estivessem submetidos.” (MORAES, 1979, p. 5). Como também a abolição do poder de graça pela Revolução Francesa, o que foi restituído em seguida, quando do sopesamento entre os casos de abuso desse poder e a preocupação com a defesa dos direitos individuais do cidadão, sua liberdade veio a prevalecer.

Foi nessa época que o poder de agraciar sofreu certa adequação com vistas a compatibilizar sua manutenção e a necessidade de que existisse um equilíbrio maior entre os poderes, sendo então dividida essa prerrogativa soberana, o que fez surgir a anistia, como desmembramento desse poder, porém, só podendo ser concedida por lei, passando desde então à competência do Poder Legislativo.

1.2 DIFERENCIAÇÃO ENTRE OS INSTITUTOS DA GRAÇA, DO INDULTO E DA ANISTIA

Depois disso, ficaram conhecidos como espécies do gênero clemência soberana, *indulgentia principis*, ou graça em sentido amplo, a anistia, a graça em sentido estrito, o indulto e a comutação, salientando-se que, apesar de ser a graça instituto universal, seu desenvolvimento histórico se deu de forma diferente em cada nação.

Antes de tratar dos referidos institutos utilizando-se da conceituação trazida pelo ordenamento jurídico pátrio, cumpre descrever algumas das várias interpretações, no que tange ao próprio significado dos vocábulos, que sofreu cada palavra, quando objeto de análise por parte da doutrina.

Basileu Garcia (1956, p. 667) refere-se ao indulto como sendo sinônimo de graça, pois que, tanto ocorre o uso da palavra graça, genericamente, abrangendo o indulto [e a anistia], quanto se vê, com frequência, o uso da palavra indulto significando graça individual. Sendo tais palavras sinônimas também de perdão, que é normalmente o pedido que se faz ao presidente da República, para que se conceda indulto, ou perdão, que seria a graça individual.

Salgado Martins também trata do instituto por nome de indulto dividindo-o em individual e coletivo (MARTINS, 1974, p. 405):

Deve-se entender o indulto como gênero de duas espécies: a) — o indulto propriamente dito de endereço coletivo, destinado a cancelar as penas a que foram condenados os autores de determinados crimes, perdoando-os indiscriminadamente, isto é, sem uma individualização precisa; b) — o indulto individual que beneficia a pessoa do condenado por um determinado delito. Nesse caso o indulto toma o nome de graça.

Para Aníbal Bruno (1967, p. 202) o indulto, apesar de ter caráter coletivo, seu ato concessivo pode fazer uma relação nominal dos que serão beneficiados pelo perdão. Pelo que

se depreende desse entendimento, no caso de virem relacionados os nomes dos apenados beneficiados, tratar-se-á do indulto individual, a que alguns, como visto, denominam graça.

Noronha (1979) adverte que “na prática, há certa confusão entre graça e indulto, empregando-se comumente o último vocábulo para indicar o outro. Diz-se que o sentenciado pede indulto ao Presidente da República — aliás, indulto ou *perdão* — quando, realmente, está pedindo *graça*.” (NORONHA, 1979, p. 398)

Barbosa (1978) também se refere à indulgência soberana pelo nome de indulto e o conceitua dizendo que “O indulto atua como instrumento de atenuação dos rigores da lei, flexibilizando-a de acordo com o momento vivido pela nação.” (BARBOSA, 1978, p. 274)

Bitencourt (2011, p. 805) ressalta que na prática a graça tem sido tratada como indulto individual, justamente pela não referência na quase totalidade das Constituições brasileiras ao vocábulo graça, e sim a prerrogativa presidencial de indultar e comutar penas, inferindo-se daí, que a graça seria o indulto na sua forma individual.

Para Carvalho Filho (1979, p. 162) o Código de Processo Penal veio a desfazer essa sinonímia entre *graça* e *indulto* apontada por alguns autores, na medida em que se referiu aos institutos que compõem a clemência soberana especificando-os em anistia, graça e indulto, visto que “não se compreende em dispositivo legal o uso de duas expressões com o mesmo sentido.” Então, por essa lógica, graça e indulto não se confundem e tem, pois, cada qual o seu conceito.

Já Carrara (1957) aborda o tema pelo título de *Causas políticas ou extrínsecas de modificação da pena* e diz que o fim último da pena é o bem social e que, quando em determinados casos, o rigor da pena, mesmo que de acordo com a *justiça*, produza um dano maior a sociedade do que se se deixasse o infrator impune, ou do que se punisse menos tal réu, surge “um conflito entre a existência da justiça estrita e as exigências de ordem externa.” (CARRARA, 1957, p. 176) E mesmo sendo *justo* aplicar a pena ordinária, isso acarretaria desordem maior do que a omissão ou moderação da punição.

Ele equiparou o indulto à anistia, disse que a graça pertencia ao Poder Executivo, já o indulto e a anistia se equiparavam e pertenciam ao Poder Legislativo, sendo mais geral em suas causas e mais ampla nos seus efeitos, não somente extinguindo a pena, mas cancelando o delito.

A anistia não será tratada no presente trabalho, mas, a título de diferenciação com os demais institutos, pode-se dizer, segundo Moraes (1979), que ela tem caráter objetivo, visa ao fato, “opondo-se, nesse aspecto, às demais modalidades de graça, que têm caráter subjetivo, porquanto visam ao indivíduo.” (MORAES, 1979, p. 24)

A graça em sentido estrito é a indulgência soberana concedida individualmente, de forma a eliminar, diminuir ou comutar a pena a que o réu fora submetido, o que pressupõe a condenação definitiva do sentenciado.

Sua consequência é a extinção da punibilidade, quando elimina a pena imposta, a diminuição da pena, quando se reduz o tempo de privação da liberdade a que o réu estaria exposto ou a transformação de um tipo de pena mais severa em outro tipo mais brando, quando da comutação.

Como visto, a graça tem caráter subjetivo, não irradia seus efeitos para o fato, ou seja, “não extingue o crime, nem mesmo a condenação; impede tão somente, a execução da pena” (MORAES, 1979, p. 24). De forma que continuarão presentes e exigíveis os demais efeitos da condenação, como é o caso da obrigação de reparar o dano e o fato de o réu ser considerado reincidente se por ventura vier a praticar novo crime. Sua primariedade, portanto, em face da graça, não volta a existir.

No Brasil, a graça pode ser concedida espontaneamente pelo chefe de Estado, mas isso não é o que ocorre geralmente. De fato, a concessão individualizada do perdão de forma discricionária, foi o que colocou tal instituto em verdadeiro perigo de vir a ser excluído do ordenamento jurídico de algumas nações, quiçá do ordenamento jurídico ocidental, pela grande influência que teve as Revoluções Inglesa e Francesa para o resto do mundo, quando do início da Era Moderna, justamente pelo fato de terem, os monarcas, exorbitado os seus limites, por causa do uso despótico do poder de agraciar.

É mais comum que essa indulgência individual seja concedida a pedido, e este pode vir do próprio condenado, como também de qualquer pessoa do povo, do Conselho Penitenciário ou do Ministério Público, sendo que, nesses dois últimos casos, a petição deve estar devidamente instruída, ao contrário do que ocorre se o pedido vier de qualquer do povo ou do condenado, quando uma simples carta pedindo o favor da indulgência cumpre já esse requisito (MORAES, 1979, p. 73).

Não se pode deixar de observar que a eleição do Conselho Penitenciário e do Ministério Público como pessoas que tem a prerrogativa de pedir clemência soberana em favor do sentenciado, na prática raramente ocorreria, visto que essas pessoas teriam que verificar, primeiramente, se não caberia ao caso outras medidas que já fazem parte do desenvolvimento natural do processo de execução das penas privativas de liberdade, como é o caso da suspensão condicional da pena, ou do livramento condicional, o que, por si só, já atingiria o objetivo almejado com a graça.

Em qualquer caso, a petição será remetida ao Ministério da Justiça pelo Conselho Penitenciário, que antes de remetê-la, examinará seu conteúdo, juntamente com os autos do processo de execução e ouvirá, nessa oportunidade, o diretor do estabelecimento penitenciário. Dessa diligência fará um relatório, examinando provas, indicando alguma formalidade ou circunstância que tenham sido omitidas na petição, tratando dos antecedentes e do comportamento do réu, em que opinará ao final sobre o mérito do pedido de graça, é o que diz o artigo 736 do Código de Processo Penal.

O Ministério da Justiça processará a petição de graça, juntamente com a documentação referente aos autos do processo e o relatório do Conselho Penitenciário, e fará subir à apreciação do Presidente da República (MORAES, 1979, p. 75). Este exercerá o poder discricionário de conceder ou não o perdão, sendo o relatório do Conselho Penitenciário meramente opinativo, não vinculando a decisão presidencial, que sequer precisa ser justificada.

A decisão presidencial assume a forma de Decreto, que será referendado pelo Ministério da Justiça, do qual se enviará cópia ao juiz das execuções penais, para que declare extinta a pena, ou ajuste a execução aos termos do decreto, no caso de redução ou comutação de pena, como reza o artigo 738 do Código de Processo Penal.

O indulto, por sua vez, é coletivo. Seria a graça concedida a vários condenados simultaneamente. Para Moraes (1979) ele visa conciliar a lei com a equidade, é mais objetivo do que a graça, vinculando-se mais à política criminal e ao interesse público. Favorece os apenados que, “pelas suas condições pessoais, pela natureza da infração, pela quantidade ou qualidade da pena, se encontrarem na situação prevista no decreto de sua concessão” (MORAES, 1979, p. 29).

Essa indulgência coletiva é concedida espontaneamente pelo chefe de Estado, não necessita pedido de quem quer que seja, por isso mesmo está mais relacionada a questões de política criminal, pois o presidente elege certas situações prevendo-as no decreto concessivo do indulto e os apenados que se enquadrarem em tais situações serão agraciados coletivamente, podendo ter sua pena extinta, diminuída ou comutada.

O caráter mais geral do indulto faz com que se assemelhe a anistia, pois os dois são concedidos espontaneamente pelo chefe de Estado, sem que haja provocação, e não favorecem pessoa determinada e sim, uma coletividade que se enquadre nos moldes que merecem ser agraciados. Por outro lado, tanto um quanto o outro, e desse mesmo modo também a graça em sentido estrito, são medidas de caráter excepcional, por serem exceções ao que a lei impõe que se faça, e modificarem, pelo menos em parte, um julgamento feito pelo poder competente.

Mas isso não é o que se verifica no Brasil com relação ao indulto. Como é sabido, existe a prática anual de se decretar o indulto, resultando com muita frequência na confusão que se faz entre os significados de indulto, permissão de saída e saída temporária no âmbito da vida carcerária. Trata-se do que ficou conhecido por indulto de natal, que pela periodicidade com que acontece, geralmente ao final de cada ano, perdeu seu caráter excepcional como na anistia, e tornou-se passível de críticas como se pode perceber no exposto abaixo (MORAES, 1979, P. 109):

Merecem evitados os já tradicionais 'indultos natalinos', que se revelam em discrepância com a própria essência do instituto e que, na forma em que se concede entre nós anualmente, está a se converter em medida ordinária, incompatível com a natureza do instituto. Mesmo porque, ao modo como estão sendo outorgados, parecem objetivar apenas a solução da crise da superpopulação carcerária que, inegavelmente, é problema sério, a exigir pronto remédio, mas que não pode ser corrigido por meio do indulto.

O condenado não pode recusar a graça ou o indulto, mas isso não quer dizer que ele tenha o direito de ser agraciado, pois, como visto, a graça é sempre uma indulgência soberana. Como lembra Moraes (1979, p. 93), não se invoca a graça para proteger um direito e sim para pedir um favor. A graça é um exercício do direito de petição, o direito é o de pedir a graça, é um direito público subjetivo.

Já no indulto, não há que se pedir, pois é concedido espontaneamente por Decreto presidencial. O que pode acontecer é que seja gerado, a partir da concessão dessa indulgência coletiva, um direito de ação por parte dos apenados que se encaixem dentro dos requisitos

exigidos pelo decreto. Dessa forma, o pedido seria para que o juiz desse cumprimento ao decreto presidencial, se por ventura algum apenado estivesse enquadrado nos requisitos, mas não houvesse sido ainda agraciado. De todo modo, a execução do indulto deve ser feita de ofício pelo magistrado.

Moraes (1979) faz em sua obra uma sistematização das diferenças essenciais entre a anistia, a graça em sentido estrito e o indulto, que podemos resumir da seguinte forma: quanto ao *caráter*, a anistia é objetiva, de cunho essencialmente político e dirige-se ao fato, que é completamente apagado com a sua concessão, já a graça e o indulto, apesar de também terem natureza política, dirigem-se às pessoas dos condenados e não aos fatos e enquanto a graça é essencialmente subjetiva, o indulto mescla os caracteres objetivo e subjetivo, pois avaliam não só o bom comportamento e periculosidade, como também determinados tipos de crime, que não podem constar no decreto concessivo.

Quanto à *natureza dos delitos*, a anistia aplica-se aos crimes políticos, já a graça e o indulto, aos crimes comuns. Tratando-se agora da *extensão dos efeitos*, a anistia tem um efeito mais abrangente, fazendo desaparecer o crime e, conseqüentemente, a condenação, impedindo toda e qualquer persecução penal a respeito, já a graça e o indulto atingem somente a pena imposta, que é extinta, diminuída ou modificada, mantendo os demais efeitos da condenação.

Em se tratando da *época em que podem ser concedidos*, a anistia é em qualquer tempo, antes, durante ou depois do processo, já a graça e o indulto são concedidos somente após a condenação, e, por fim, em relação a *autoridade de que emanam*, a anistia é concedida pelo Poder Legislativo, enquanto a graça e o indulto são emanados pelo chefe de Estado.

1.3 O PODER DE GRAÇA NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA

No Brasil, à época do império, como bem mostra a Constituição de 1824, o poder do Estado era composto, além das três funções definidas por Montesquieu, em sua obra *O Espírito das Leis*, publicada em 1748, pelo Poder Moderador, do qual o imperador se valia como chefe supremo da Nação, para dar a última palavra sobre o destino desta. Era o que estava positivado no Título 5º, Capítulo I, Artigo 98 da referida Carta Constitucional (BRASIL, 1824):

Art. 98. O Poder Moderador é a chave de toda a organização (*sic*) Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu

Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência (*sic*), equilíbrio (*sic*), e harmonia dos mais Poderes Políticos (*sic*).

O poder de graça durante essa fase da nossa história, segundo Moraes (1979), era atribuição do imperador, porém este não o exercia como chefe do poder executivo e sim como chefe supremo da Nação, no exercício do Poder Moderador (BRASIL, 1824):

Art. 101. O Imperador exerce o Poder Moderador

VIII. Perdoando, e moderando as penas impostas e os Réos condenados (*sic*) por Sentença.

IX. Concedendo Amnistia (*sic*) em caso urgente, e que assim aconselhem a humanidade, e bem do Estado.

Na época do império, quando a sentença condenava à pena de morte, não era executada de plano, tinha seus efeitos suspensos até que o imperador se pronunciasse. Isso era obrigatório na Constituição do Império e, mesmo que o réu não apresentasse a petição de graça, que era uma espécie de recurso cabível à época, a ser interposto no prazo de oito dias contados da sua intimação, após o trânsito em julgado da sentença condenatória, o processo era encaminhado ao imperador (MORAES, 1979, p. 59).

A restrição a esse caso era apenas quanto aos réus escravos que recebiam a pena capital por terem matado ou ferido seus senhores. Esses não tinham sua sentença de morte revista pelo imperador, não havendo, portanto, a suspensão do processo, o que possibilitava a imediata execução da pena (MORAES, 1979, p. 62).

Afora isso, se a condenação, mesmo que do escravo, fosse por qualquer outro motivo, ele também teria sua sentença à pena capital revista pelo Poder Moderador. A manifestação do imperador, como ressalta Moraes (1979, p. 62), funcionava como autêntica condição suspensiva da eficácia da decisão que condenava à pena de morte.

Depois disso, com o Decreto de 11 de outubro de 1854, o sentenciado, para obter a graça, passou a ter que interpor um recurso, situação em que o Poder Moderador passou a funcionar, neste ponto, como verdadeira instância judiciária. O recurso cabia de qualquer espécie de condenação, portanto, não era utilizado apenas nos casos de aplicação da pena de morte.

A Constituição de 1891 se referiu à clemência soberana como a competência do chefe do Poder Executivo para indultar ou comutar penas, ou seja, utilizou o termo indulto como sendo sinônimo da graça em sentido amplo, abrangendo na expressão indultar o perdão

tanto individual como coletivo, como se depreende do artigo transcrito abaixo (BRASIL, 1891):

Art 48 - Compete privativamente ao Presidente da República:

6º) indultar e comutar as penas nos crimes sujeitos à jurisdição federal, salvo nos casos a que se referem os arts. 34, nºs (*sic*) 28, e 52, § 2º;

Nessa primeira Constituição da República, em que houve a divisão do Brasil em Estados-Membros (descentralização política), o instituto da clemência soberana sofreu alterações, passou a ser sua competência dividida de acordo com a jurisdição, ou seja, no âmbito federal, era do presidente da República, e no âmbito estadual, dos governadores dos Estados. Segundo Barbosa (1978, p. 278), os únicos governos estaduais que não dispuseram a respeito do poder de graça em suas Constituições foram os Estados do Piauí, Pará e Rio Grande do Sul.

Além dessa mudança, houve também a exclusão da competência do presidente da República, do poder de indultar e comutar penas nos crimes de responsabilidade dos funcionários federais. Essa competência foi dada, a partir de então, ao Congresso Nacional, juntamente com a competência para conceder a anistia. É do que se trata a ressalva do inciso sexto, do artigo 48, da Constituição de 1891 transcrito acima (art. 34, nºs (*sic*) 28).

A outra ressalva, no mesmo inciso (art. 52, § 2º), trata-se dos crimes comuns e de responsabilidade dos Ministros de Estado, cuja competência para agraciar também passou a ser privativa do Congresso Nacional.

Vale citar aqui, a título ilustrativo, a menção feita por Carvalho Filho (1979) as palavras de Carlos Maximiliano quando da deliberação na Comissão para o Projeto Constitucional para o Brasil, em 1933, a respeito da atribuição de competência para indultar dada também aos governos estaduais (CARVALHO FILHO, 1979, p. 116):

contou CARLOS MAXIMILIANO que uma moça, em certo baile, na capital do Paraná, recusara dançar com um oficial de polícia, o qual, contrariado, ainda mais, porque não o apoiara o pai da moça, a este matou *incontinenti*. Dois meses depois estava livre da prisão, e tudo o mais, por indulto do presidente do Estado, seu amigo. Com o episódio edificante, ilustrava o jurisconsulto o seu parecer de ser transferida para o presidente da República, como efetivamente se fez no anteprojeto e vingou na Constituição de 1934, a atribuição privativa de conceder indulto.

Essa situação logo foi repensada, e, na segunda Constituição Republicana, promulgada no ano de 1934, o presidente da República voltou a ter o poder de agraciar nos crimes tidos como de responsabilidade, praticados por funcionários federais, como nos demais

crimes, praticados por qualquer outro indivíduo brasileiro, além do que, foi extinta também a competência do executivo estadual para conceder graça. A partir dessa Constituição, esse poder ficou sob a competência unicamente do executivo federal, ou seja, do chefe de Estado, como se depreende do artigo transcrito abaixo (BRASIL, 1934):

Art 56 - Compete privativamente ao Presidente da República:

§ 3º) perdoar e comutar, mediante proposta dos órgãos competentes, penas criminais;

Moraes (1979) ressalta que a Constituição outorgada durante o Estado Novo, no ano de 1937, foi a primeira a usar a expressão Direito de Graça, e o Código de Processo Penal, que data de 1941, disciplinou os institutos da Graça, do Indulto e da Anistia em seu Título IV, Capítulo I, Artigo 734 a 742.

A Constituição de 1946 refere-se ao instituto da clemência soberana utilizando as mesmas expressões da Carta de 1891, ou seja, chamando de indulto o que queria significar a graça em sentido amplo, trocando uma expressão pela outra. A evolução aqui, é que o Presidente não dependeria mais da provocação de qualquer órgão, como acontecia na Constituição de 1934, porém, deveria ouvir ainda os órgãos competentes, quais sejam, o Conselho Penitenciário e o Ministério da Justiça. É o que se verifica no artigo transcrito abaixo (BRASIL, 1946):

Art 87 - Compete privativamente ao Presidente da República:

XIX - conceder indulto e comutar penas, com audiência dos órgãos instituídos em lei.

As Constituições de 1967 e 1969 repetem a expressão *conceder indulto e comutar penas* como competência do chefe de Estado, referindo-se à graça em sentido amplo pela denominação de indulto, mas não exige mais que o Presidente ouça os órgãos competentes, a não ser que se faça necessário (BRASIL, 1969):

Art. 81. Compete privativamente ao Presidente da República:

XXII - conceder indulto e comutar penas com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei.

Quanto à anistia, e a título de complementação, como esclarece Moraes (1979 p. 71), esta continuou no âmbito de competência do Poder Legislativo, porém não mais sendo competência exclusiva do Congresso Nacional, pois, a partir de então, passou a ser aplicado o processo de construção das leis ordinárias, necessitando do veto ou sanção presidencial para que a lei pudesse ter validade. Em 1969 veio a existir, além disso, a regra de que a lei que

concede a anistia em crimes políticos deve ser de iniciativa exclusiva do presidente da República.

2 ASPECTOS CONSTITUCIONAIS DO PODER DE AGRACIAR

2.1 PREVISÃO CONSTITUCIONAL DO PODER DE GRAÇA

Na Constituição atual do Estado Brasileiro, promulgada em 1988, o instituto da clemência soberana continuou a ser tratado como nas últimas Cartas Constitucionais, ou seja, pelo nome de indulto em sentido amplo, o que abrangeria a graça, que é individual, e o indulto propriamente, que é coletivo, podendo nas duas situações haver a comutação da pena, caso do perdão parcial desta, como pode se perceber da transcrição abaixo (BRASIL, 1988):

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

XII - conceder indulto e comutar penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei;

Cabe ressaltar, que além dessa passagem, a Constituição de 1988, tratou da graça em sentido amplo também no seu artigo 5º, quando diz que (BRASIL, 1988):

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

De forma que podemos perceber uma limitação no poder soberano de agraciar, quando se tratar de crimes que atentam de maneira amplamente danosa a convivência em sociedade, como é o caso dos crimes hediondos, elencados no rol taxativo do artigo 1º da Lei 8.072 de 1990 e dos crimes equiparados a estes, quais sejam, o de tortura, o de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o crime de terrorismo.

Essa limitação já foi amplamente discutida no que se refere a sua constitucionalidade e é posição assente do órgão jurisdicional supremo brasileiro, o Supremo Tribunal Federal, que não se trata de afronta à Constituição Federal, como pode se perceber das ementas abaixo transcritas (BRASIL, STF, 2007 e 2002):

"O art. 5º, XLIII, da Constituição, que proíbe a graça, gênero do qual o indulto é espécie, nos crimes hediondos definidos em lei, não conflita com o art. 84, XII, da Lei Maior. O decreto presidencial que concede o indulto configura ato de governo, caracterizado pela ampla discricionariedade." (**HC 90.364**, Rel. Min. **Ricardo Lewandowski**, julgamento em 31-10-2007, Plenário, *DJ* de 30-11-2007.) **No mesmo sentido: HC 81.810**, Rel. Min. **Cezar Peluso**, julgamento em 16-4-2009, Plenário, *DJE* de 7-8-2009; **ADI 2.795-MC**, Rel. Min. **Maurício Corrêa**, julgamento em 8-5-2003, Plenário, *DJ* de 20-6-2003.

"Não pode, em tese, a lei ordinária restringir o poder constitucional do presidente da República de 'conceder indulto e comutar penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei' (CF, art. 84, XII), opondo-lhe vedações materiais não decorrentes da Constituição. Não obstante, é constitucional o art. 2º, I, da Lei 8.072/1990, porque, nele, a menção ao indulto é meramente expletiva da proibição de graça aos condenados por crimes hediondos ditada pelo art. 5º, XLIII, da Constituição. Na Constituição, a graça individual e o indulto coletivo – que ambos, tanto podem ser totais ou parciais, substantivando, nessa última hipótese, a comutação de pena – são modalidades do poder de graça do presidente da República (art. 84, XII) – que, no entanto, sofre a restrição do art. 5º, XLIII, para excluir a possibilidade de sua concessão, quando se trata de condenação por crime hediondo. Proibida a comutação de pena, na hipótese do crime hediondo, pela Constituição, é irrelevante que a vedação tenha sido omitida no Decreto 3.226/1999." (**HC 81.565**, Rel. Min. **Sepúlveda Pertence**, julgamento em 19-2-2002, Primeira Turma, *DJ* de 22-3-2002.) **No mesmo sentido: HC 77.528**, Rel. Min. **Sydney Sanches**, julgamento em 18-2-1999, Plenário, *DJ* de 22-10-1999.

Essa restrição do poder de graça em sentido amplo não é algo novo previsto apenas na Constituição de 1988, a não ser pelo objeto da limitação, qual seja, a proibição de se conceder anistia, graça e indulto a quem tenha cometido os crimes hediondos ou equiparados a estes, visto que, em momento anterior até ao Constitucionalismo, na época da monarquia no Brasil, segundo afirmou Carlos Maximiliano citado por Carvalho Filho, "o imperador não consentia indulto nos delitos contra o patrimônio público ou particular, e que quanto aos primeiros a praxe foi mantida na República." (MAXIMILIANO *apud* CARVALHO FILHO, 1979, p. 182)

2.2 IMPORTÂNCIA E UTILIDADE DO INSTITUTO E SUA LEGITIMIDADE SOCIAL

Como dito anteriormente, a clemência soberana é instituto universal, esteve presente em todas as nações, pois está relacionada ao próprio surgimento das normas disciplinadoras do convívio em sociedade, porém respeitando-se o desenvolvimento histórico de cada uma, com as peculiaridades inerentes a cada lugar.

Podemos perceber com isso, que, com a positivação das normas e o Constitucionalismo, essas ideias referentes ao poder de conceder perdão por parte do chefe de Estado, e conseqüentemente, o direito de qualquer pessoa, que cometeu crime, invocar a clemência soberana, foram sendo reproduzidas, como se fosse um direito natural que havia sido positivado e fixado na posição de direito público subjetivo inerente a qualquer cidadão que vive hoje no Estado Democrático de Direito.

Porém o assunto não deixou de sofrer críticas por parte da doutrina ao longo dos anos, na medida em que foi ocorrendo a gradativa humanização do sistema penal não só no Brasil, mas nas mais diversas nações, colocando em xeque a utilidade prática do instituto contemporaneamente, suscitando, inclusive, questionamentos a respeito de possível afronta a princípios constitucionais do Estado Democrático de Direito como é o caso da Separação de Poderes.

A mais eloquente crítica ao instituto e que ficou consagrada na doutrina pátria, pela importância que teve sua obra, foi feita por Beccaria¹ (1764, p. 40), quando dizia que a certeza do castigo, essa sim, preveniria os crimes com muito mais segurança do que o rigor existente nas penas, ou seja, não seria preciso penas demasiadamente duras e cruéis para inibir um criminoso a voltar a delinquir, e sim a certeza de que cumpriria uma pena pelo seu erro, mesmo que mais branda do que o que existia na legislação vigente à época.

Isso ocorreria porque, segundo ele, a certeza do castigo, mesmo que moderado, causaria uma impressão mais forte no delinquente, do que “o vago temor de um suplício terrível, em relação ao qual se apresenta alguma esperança de impunidade.” E, sobre a clemência soberana diz (BECCARIA, 1764, p. 40/1):

¹ Cesare Bonesana nasceu em Milão no ano de 1738. O sobrenome pelo qual ficou conhecido deve-se ao título de marquês de Beccaria, município situado na região da Lombardia na Itália. Cesare Beccaria estudou Literatura e Matemática, mas enveredou pelo campo da Filosofia influenciado pela leitura das *Lettres Persanes* de Montesquieu e de *L'Esprit de Helvétius*. A obra que o consagrou como precursor do Direito Penal moderno originou-se em 1764 e intitula-se “*Dei Delitti e delle Pene*” (Dos Delitos e das Penas), porém, não foi propriamente um cientista, pois que sua obra é essencialmente política e de cunho revolucionário, resultado da sua insurgência contra as injustiças dos processos criminais de sua época.

ZAFARONI E PIERANGELI reconhecem a sua importância “como o autor a quem coube a fortuna de lançar as bases do direito penal contemporâneo, posto que é em função de sua crítica, que a legislação penal européia (*sic*) começa a limpar-se, um pouco, de seu banho constante de sangue e tortura.” (ZAFFARONI, Eugenio Raul e PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro. V. 1: parte geral. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 240)

A respeito da obra e sua importância para o humanismo do Direito Penal, o apresentador desta Versão para eBook, Nelson Jahr Garcia a define como “O tratado *Dos Delitos e das Penas* é a filosofia francesa aplicada à legislação penal: contra a tradição jurídica, invoca a razão e o sentimento; faz-se porta-voz dos protestos da consciência pública contra os julgamentos secretos, o juramento imposto aos acusados, a tortura, a confiscação, as penas infamantes, a desigualdade ante o castigo, a atrocidade dos suplícios; estabelece limites entre a justiça divina e a justiça humana, entre os pecados e os delitos; condena o direito de vingança e toma por base do direito de punir a utilidade social; declara a pena de morte inútil e reclama a proporcionalidade das penas aos delitos, assim como a separação do poder judiciário e do poder legislativo. Nenhum livro fora tão oportuno e o seu sucesso foi verdadeiramente extraordinário, sobretudo entre os filósofos franceses. O abade Morellet traduziu-o, Diderot anotou-o, Voltaire comentou-o. d’Alembert, Buffon, Hume, Helvétius, o barão d’Holbach, em suma, todos os grandes homens da França manifestaram desde logo a sua admiração e seu entusiasmo. Em 1766, indo a Paris, Beccaria foi alvo das mais vivas demonstrações de simpatia. No entanto, tendo regressado a Milão, cidade que ele não mais abandonou, teve de sofrer uma campanha infamante por parte dos seus adversários, que ainda se apegavam aos preconceitos e à rotina para acusá-lo de heresia. A denúncia não teve conseqüências, mas Beccaria ressentiu-se de tal forma que o receio de novas perseguições levou-o a renunciar às dissertações filosóficas.” (BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Ridendo Castigat Mores (www.jahr.org), 1764, p. 4)

Quando as penas se tiverem tornado menos cruéis, a clemência e o perdão serão menos necessários. Feliz a nação que não mais lhes desse o nome de virtudes! A clemência, que se tem visto em alguns soberanos substituir outras qualidades que lhes faltavam para cumprir os deveres do trono, deveria ser banida de uma legislação sábia na qual as penas fossem brandas e a justiça feita com formas prontas e regulares.

Beccaria (1764) argumenta que, sem dúvida, o direito de conceder graça é *a mais bela prerrogativa do trono*, porém, atesta tacitamente a incompetência da legislação vigente. E que a clemência deveria sim, ser “virtude do legislador e não do executor das leis, devendo manifestar-se no Código e não em julgamentos particulares” e arremata dizendo: “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?” (BECCARIA, 1764, p. 41)

No Brasil o Código Imperial, como mostra Carvalho Filho (1979, p. 172), inspirado já na ideia de suavização da legislação penal, e de benevolência, trouxe vários exemplos de comutação, como é o caso da não aplicação da pena de galés às mulheres, e sim a pena de prisão, com a classificação do lugar e do serviço de acordo com o sexo; o fato de ter o menor de 21 anos e o maior de 60 anos, sua pena substituída pela prisão com trabalho; e, por fim, a substituição da pena de galés pela de prisão com trabalho, para aqueles condenados que atingissem a idade de 60 anos, pelo tempo que lhe restasse da pena anterior.

Florian, citado por Noronha (1979) diz que o instituto foi causa de *gravíssimos* abusos na Idade Média, como também depois dessa época e alicerçado em *Beccaria*, *Filangieri*, *Bentham*, *Kant* e *Feuerbach*, argumenta (NORONHA, 1979, p. 399):

Um dilema evidente aqui se apresenta: ou aqueles institutos se aplicam por via do arbítrio, de pedidos, de pressões, ou tem lugar quando a justiça o exige. No primeiro caso, faltaria a causa justificadora; no segundo, a justiça deveria realizar-se não por via da indulgência soberana e a mancheias, mas com métodos preestabelecidos, seguros e iguais para todos. (...) se alguns ou muitos indivíduos foram condenados injustamente, antes de aplicar-se a graça ou indulto, conviria recorrer à revisão ou a outro instituto processual idôneo.

Essa ideia está fundada justamente na série de arbítrios que envolveram o instituto da clemência soberana ao longo dos tempos e principalmente durante a Idade Média, em que, como visto, era aplicado inclusive por pessoas estranhas ao soberano, de forma a retirar sua essência para causas especialíssimas, banalizando esse poder e colocando em descrédito o sistema penal vigente, que em decorrência disso, valia para uns e não alcançava outros.

Portanto, se a causa clamava pela justiça que não havia sido feita, não era o caminho da indulgência o mais racional a ser aplicado, até porque possuía a mácula do arbítrio que favorece a desigualdade de tratamentos, e sim, algum método preestabelecido, que fosse seguro e igual para todos, ou seja, algo estabelecido em lei, que é a vontade do povo, aplicado pelo órgão competente para exercer a jurisdição.

Carvalho Filho (1979) aponta que caiu de forma considerável o número de simpatizantes ao direito de graça e diz que (CONCEPCIÓN ARENAL *apud* CARVALHO FILHO, 1979, p. 109):

para CONCEPCIÓN ARENAL, trata-se de um anacronismo; teria tido sua razão de ser num tempo em que a justiça obedecia a imperativos de vingança, as leis revestiam incrível crueldade, era limitada a influência dos governantes; desapareceu essa razão de ser, desde que a justiça penal passou a assentar em fundamentos científicos, as leis se humanizaram, restringiram-se os poderes dos soberanos. Tais motivos, que não o justificam, todavia o explicavam, em tempos idos.

A autora elenca também os argumentos favoráveis ao poder de agraciar, com base nos argumentos de parte da doutrina que defende o instituto, mas em seguida rebate um a um provando o porquê da falta de legitimidade atualmente para o instituto (CONCEPCIÓN ARENAL *apud* CARVALHO FILHO, 1979, p. 110):

modera o rigor das leis; atende a uma função de equidade, apreciando circunstâncias pessoais do acusado; impede a execução de uma sentença em que, depois de pronunciada, se revela injusta; encurta a pena dos condenados que se mostram arrependidos; dá à sociedade um meio de, decretando, em abstrato, penas severas, que ameaçam os delinquentes eventuais, aplicá-las em concreto, somente quando se tornem necessárias.

Essa foi a síntese dos argumentos favoráveis encontrados na doutrina na visão da autora, porém ela salienta que nenhum deles resiste a uma análise, a começar pela questão, levantada pela maioria, de que a clemência soberana é instituto antigo e universal, visto que, institutos da mesma forma antigos e universais como a *tortura*, as *ordálias* e a *vingança de sangue*, tiveram seu momento, mas passaram, não existindo mais razão para imaginar seu restabelecimento.

O poder de graça, da mesma forma, segundo a autora citada por Carvalho Filho (1979, p. 110), não merece prosperar, quando, de fato, não existe mais lugar para ele se a benevolência já é concedida pelas leis vigentes, com institutos equivalentes ao que seria alcançado com a graça dada, individual ou coletivamente, de forma que sua manutenção configuraria *verdadeiro contra-senso(sic)*.

A autora espanhola escreveu sua obra nos idos de 1896 e defendia já a extinção do instituto, justamente pela perda de sua utilidade, haja vista a humanização pela qual passou a legislação penal contemporaneamente e o seu assentamento em fundamentos científicos, restringindo os poderes dos governantes. Era adepta da doutrina de Carl Roeder, criador da Escola Correcionalista, em que a pena serviria antes para corrigir e educar o criminoso, nunca como forma de castigo pelo que fez, e que deveria cessar a sua execução quando tivesse alcançado seus fins corretivos, tendo como desenvolvedores do seu pensamento, porém acrescentando novos princípios, além da referida autora, Dorado Montero, conhecidos pelo humanismo que norteava seus pensamentos, como assinala Basileu Garcia (1956, p. 73).

No Brasil, Carvalho Filho (1979, p. 112) também segue essa doutrina, afirmando que “a condenação condicional, o livramento sob palavra, o perdão judicial, a pena indeterminada, o arbítrio judicial substituem, hoje, a graça, sem nenhum dos seus inconvenientes.” E elege um instituto correlato para cada “utilidade” da graça, como o livramento condicional para o caso do delinquente que se corrigiu no curso do cumprimento da pena e, pelas limitações mesmo de tal instituto, já que é exigido o período de prova e outras condições, sugere então a pena indeterminada em que, pelo bom comportamento do preso demonstrando sua regeneração, o premiaria com a conclusão da pena imposta (CARVALHO FILHO, 1979, P.171):

Se o comportamento do penitenciário demonstra, realmente, a sua capacidade de readaptação social, não há mais ato de governo, passível, sempre, de apreciações divergentes, se a própria pena é que deixou de existir, por lhe haver faltado um dos requisitos essenciais à sua legitimidade, qual o da sua utilidade? Indultar um criminoso, pelo seu procedimento exemplar na prisão, será escusado onde houver a indeterminação da pena. E efetivamente o indulto desaparecerá, já o previa GONZÁLEZ ROURA, no dia em que as condenações criminais deixarem de impor a pena por prazo certo. Ficaria, a seu ver, como recurso extremo contra a execução da pena de morte.

O autor ressalta também a questão do desvirtuamento do indulto, de medida que se propunha ser excepcional, aplicada em casos extremos, em que se verificara erros do judiciário ou alguma injustiça, em medida comum e corriqueira, utilizada geralmente em datas festivas para a Nação e que foi perdendo sua essência na medida em que passou a ocorrer, no mínimo anualmente, ou até algumas vezes em um mesmo ano, como constata Carvalho Filho (1979, p. 119) pontuando que, apenas no ano de 1967 no Brasil, foram concedidos três indultos, o primeiro em comemoração aos 3 anos do *movimento em causa*, no dia 31 de março, ou seja, do golpe que deu início à ditadura militar no país, foi o Decreto nº 60.522; o segundo em comemoração ao 250º aniversário do encontro da imagem de Nossa Senhora Aparecida, proclamada Padroeira do Brasil, no dia 15 de agosto, foi o Decreto nº

61.155-A; e o terceiro, o *clássico indulto do Natal*, no dia 22 de dezembro, foi o Decreto 61.964.

É o que se pode verificar, até os dias de hoje, com a edição, ao final de cada ano, do tradicional indulto natalino por meio de Decreto presidencial. Garraud citado por Carvalho Filho (1979, p. 120/21) diz que “a graça, ato do Poder Executivo, outrora atributo de soberania, com os caracteres de excepcional e arbitrário, hoje instituição *normal*, burocratizada, tornada uma das formas da própria justiça social;” Isso traduz a impressão de que o instituto passou pelo referido desvirtuamento.

Há também quem defendesse tal desvirtuamento, pelo fim alcançado com a medida, o que realça ainda mais a necessidade de extinção do instituto na visão de Carvalho Filho (1979). Para Flamínio Fávero, o indulto serviria de “meio adequado de suavizar a plethora de muitos cárceres, abrindo vagas para outros delinquentes necessitados de terapêutica e esperando nas filas.” (FÁVERO *apud* CARVALHO FILHO, 1979, 119) O que é prontamente rebatido pelo autor ao dizer que anualmente milhares de presos ganham a liberdade no Brasil e mesmo assim continua não havendo espaço disponível para abrigar tantos outros que são condenados, inferindo, em contrapartida, que a prática frequente de indultos poderia, essa sim, ser causa desse constante número elevado de aspirantes ao cárcere, muito provavelmente pelo sentimento de impunidade que é gerado com tal prática.

De outro lado, Souza (1983) questionou os motivos que levavam alguns doutrinadores a defender a extinção da clemência soberana, alicerçados no fato de a justiça penal estar hoje, e para alguns há muito tempo, assentada em fundamentos científicos, como é o caso da existência dos institutos da revisão criminal e do livramento condicional para citar alguns.

Ele aponta para a dificuldade em se aplicar tais institutos à maioria dos casos e que estes deveriam continuar sendo passíveis de serem agraciados por muitos anos ainda, visto que, o sistema penal ainda não fornece condições para que se abra mão do poder de agraciar (SOUZA, 1983, p. 194):

Não pensamos ocorrer enfraquecimento de decisões do Poder Judiciário, visto a prisão desnecessária inserir-se entre os casos em que se deve conceder a graça. Igualmente, a redução de pena visa a mudar o preso de regime, quando um mais brando se torna imprescindível. Destinando-se a pena a punir e readaptar, nada mais correto aplicar o instituto quando a punição já atingiu seu fim e a readaptação já se mostra evidente. Nesses casos, a política penitenciária há de ser considerada e,

enquanto a legislação não desvincular os progressos do condenado de prazos fixos, a graça não revela ser um instrumento abalador de decisões do judiciário.

O pensamento do autor revela sua orientação pela doutrina da pena indeterminada vista anteriormente. Quando ele fala em desvincular a progressão de regime de prazos fixos, é porque não concorda com o sistema utilizado pelo nosso Código Penal de 1940, que veio trazendo, ao longo dos anos com as reformas implementadas, uma diminuição desse prazo fixo para que se pudesse progredir de regime, constituindo sempre uma porcentagem da pena imposta na sentença, que hoje é de 1/6 da pena para os apenados não reincidentes em crimes comuns, mas que nunca adotou, como defende o autor como sendo o ideal, a pena indeterminada, em que esse prazo fixo não existiria, pois esta constitui, no dizer de Henny Goulart (1975, p. 170) a essência da moderna medida de segurança, na medida em que, a partir do exame criminológico exigido, impõe-se, em vez de prisão, o tratamento mais adequado as condições e necessidades do delinquente, feito em instituições especiais e por meio de pessoal especializado. Esse sistema de indeterminação, onde tal teoria é aplicada pode compreender:

a pena absolutamente indeterminada, em que não há determinação da natureza, classe ou quantum da mesma. Neste caso, o indivíduo será submetido ao tratamento mais adequado às suas características e condições, ficando a cargo da autoridade encarregada da execução fixar o prazo de duração, liberando o condenado quando puder considerá-lo recuperado; e a pena relativamente determinada, na qual há fixação de um mínimo ou de um máximo de duração. Estas variantes podem aparecer combinadas, sendo a pena limitada por dois termos, mínimo e máximo, em geral suficientemente afastados ou distantes, de modo a tornar possível a individualização do tratamento.

No Brasil, porém, a tal pena indeterminada, defendida por Carvalho Filho (1979) e autores estrangeiros como ideal para que se pudesse, enfim, eliminar a necessidade do instituto da clemência soberana no país, nunca veio a ser contemplada, na sua essência, no ordenamento jurídico pátrio. O que ocorreu foi uma tentativa de implementá-la de forma relativa, fixando-se um mínimo e um máximo para que fosse atendido a questão da individualização da pena e não ficasse ao total arbítrio do Estado definir por quanto tempo alguém poderia sofrer restrições na sua liberdade. Isso aconteceu quando da tentativa de substituição do Código Penal de 1940 pelo Decreto-lei n° 1.004, de 21 de outubro de 1969, modificado substancialmente pela Lei n° 6.016, de 31 de dezembro de 1973 e que por fim, depois de vários adiamentos para o começo de sua vigência foi revogado pela Lei n° 6.578, de 11 de outubro de 1978, em que (BRASIL, 1973):

Art. 64. Tratando-se de criminoso habitual ou por tendência, a pena a ser imposta será por tempo indeterminado. O juiz fixará a pena correspondente ao crime

cometido, que constituirá a duração mínima a da pena privativa de liberdade, não podendo ser inferior à metade da soma do mínimo com o máximo cominados.
 § 1º A duração da pena indeterminada não pode exceder a dez anos, após o cumprimento da pena fixada na sentença.

Verifica-se, contudo que, mesmo com a previsão da pena indeterminada, que não chegou a vigor no país, como visto, mas que não deixou de ser uma tentativa de se colocar no ordenamento jurídico pátrio a doutrina de viés mais humano aplicada em países como Estados Unidos e Inglaterra e que vinha mostrando resultados positivos por lá, sua previsão aqui não desvinculava o sistema de progressão de regime do cumprimento de prazos fixos da pena, pois mesmo aqui, era necessário que o apenado reincidente cumprisse pelo menos a pena mínima imposta para o crime praticado, para depois começar a cumprir a “pena indeterminada”. Pode-se inferir também que tal previsão cingiu-se ao campo teórico, pois, como é sabido, não se tem notícia, em termos práticos, da construção desses espaços especializados e com pessoal habilitado para tratar esse tipo de “doentes”, que era como a Escola Correcionalista se referia aos delinquentes. É por esse motivo que Souza (1983, p. 196/7) entende não ser possível ainda a extinção do poder de graça:

Até que tenhamos meios mais eficazes de individualização da pena, não se deve abrir mão da clemência. Enquanto persistir a prisão desnecessária, há de se admitir a benevolência. A graça se interpõe entre todos os permissivos legais com o fim único de corrigir os rigorismos na elaboração das leis, sua aplicação e execução. A elaboração é feita em abstrato, a aplicação se cinge aos limites mínimos e máximos da disposição penal e a execução se queda em realizar a pena concretizada na sentença, sem se ater, inteiramente, às condições pessoais do preso e sem se considerar os efeitos da pedagogia penitenciária que, por mais frutos que obtenha, estará obstruída pelos limites atuais da legislação. Na Itália, a lei já permite que o condenado, com esforço e dedicação, possa descontar parcelas de sua reprimenda.

O exemplo de remição de pena da Itália, a que se referiu o autor, como fato que demonstra o avanço legislativo dessa nação no tocante a execução penal, possibilitando um mais rápido retorno do condenado ao convívio social pelo direito/dever de trabalhar e ter remida parte da pena a que foi submetido, foi algo que o Brasil também passou a experimentar pouco tempo depois, com a Lei 8.210 de 1984, conhecida por Lei das Execuções Penais, o que demonstra a gradativa modernização/cientificação da legislação penal por que foram passando as diversas nações ocidentais.

Percebe-se que, os argumentos levantados por Souza (1983) contra a extinção do poder de graça, pelo menos no tocante às situações específicas que ele elencou, como a questão da prisão desnecessária, por causa dos prazos fixos que se exigia para que fosse concedido o livramento condicional e o direito de progredir de regime, foram sendo aniquilados na medida em que, com as reformas por que passou o Código Penal com a Lei nº

7.209, de 11 de julho de 1984, os prazos e as condições para se alcançar tais benefícios no cumprimento de pena foram ficando cada vez mais favoráveis ao apenado.

A Lei de Execuções Penais do Brasil, que data do mesmo ano em que ocorreu a reforma do Código Penal Brasileiro, em 1984, é considerada uma das mais avançadas do mundo e funciona num misto de premiação para o bom comportamento e sanção para as faltas cometidas dentro do sistema carcerário durante o cumprimento da pena pelo condenado, num processo cada vez mais judicializado, em que todas as decisões da administração carcerária devem ser motivadas, de modo que possibilite sua apreciação, se necessário, pelo juízo das execuções penais.

Portanto, mesmo não tendo sido aplicada no Brasil a doutrina preconizada pela Escola Correccionalista, que vê como finalidade principal da pena seu caráter educativo e de ressocialização, e não o caráter retributivo, e que na visão dos autores que trataram do presente tema era a principal opção como instituto substituidor da clemência soberana, no sentido de extirpar as inconveniências de sua aplicação, a legislação penal no Brasil foi se aperfeiçoando de maneira tal que hoje temos outros tantos institutos que podem realizar esse papel humanizador do sistema penal sem arbítrio de nenhum dos poderes.

Outra expressiva defesa do poder de graça, o qual chama de indulto, está em Radbruch (1961), em sua obra *Filosofia do Direito*, na qual faz menção ao instituto como sendo algo sem o qual o direito padeceria em sua finalidade, pois que este, pelas antinomias que possui na sua essência, ao tentar se definir o seu conceito, ou seja, as antinomias que existem na ideia de direito, que compreendem, para o autor, as ideias de justiça, fim do direito e paz social, não seria capaz de, por si só, harmonizá-las e realizar o objetivo a que se propõe, que é a justiça de forma a alcançar a paz social (RADBRUCH, 1961, p.109 e 110):

A instituição jurídica do indulto ou perdão significa por si só o inequívoco reconhecimento da fragilidade de todo o direito, o reconhecimento daqueles antagonismos latentes que existem dentro da ideia de direito [entre justiça, fim do direito e paz social], bem como ainda o da possibilidade de toda a espécie de conflitos entre essa ideia e outras, como a ideia moral e a religiosa.

(...)

Ora o fim e o sentido do indulto, ou perdão, consistem, justamente, em por meio deles se tornar possível achar uma “válvula de segurança” para a tensão desses antagonismos capaz de funcionar diversamente e melhor (funcionando consoante a opinião daquele que o dispensa) do que a própria sentença que aplica o direito. Ao perdão pode reconhecer-se a função de permitir realizar, em face do direito positivo, uma justiça melhor, e, em face da igualdade demasiadamente esquemática desta última, as exigências individualizadoras da equidade. Mas pode também reconhecer-se-lhe (*sic*) o intuito de solucionar, melhor do que o faz a sentença, todas as

possíveis antinomias existentes nas relações entre esses três elementos e de permitir também uma mais feliz efectivação (*sic*) do direito substantivo em face do processo e da sentença; da equidade em face da justiça, ou ainda, dos altos fins da política geral do Estado em face dos fins especificamente técnico-jurídicos da sua política criminal. É a isso que podemos chamar a prudência política do Estado (*sic*), a que o direito de indulto deve poder servir de instrumento e meio de realização.”

O indulto, ou perdão, como se refere o autor, não seria apenas importante para a realização do direito, mas sim, e principalmente, seria essencial para a efetivação deste, já que tal instituto seria o responsável por resolver as possíveis antinomias existentes entre os referidos elementos que compõe a ideia de direito, na visão do autor, melhor até do que a própria sentença, que concretiza o que está abstratamente previsto na lei, visto que o indulto atinge de forma a concretizar, com mais propriedade, a finalidade do direito, sendo meio que é de realização do direito substantivo, da equidade e dos altos fins da política geral do Estado.

O autor equipara o indulto a verdadeira instituição jurídica, sem a qual não se alcançaria um direito justo e defende que, embora quem aplique o perdão tenha que seguir algumas regras, para que não aja com arbitrariedades, no momento em que passa-se a legislar sobre esse perdão, disciplinando-o, ele deixa de ser perdão na sua essência, aplicável aos casos singulares e entra na generalidade intrínseca à lei. Para isso faz um paralelo com a equidade, dizendo que esta, quando passa a ser justiça, ou seja, é positivada em preceitos gerais, deixa de ser equidade, da mesma forma o perdão, que para manter sua essência deve continuar sendo ato discricionário do chefe de Estado (RADBRUCH, 1961, p. 111).

E não é só, o indulto para alguns, como bem afirma o filósofo (RADBRUCH, 1961, p. 112), vai além de *um direito melhor*, constitui-se sim em algo até *melhor que o direito* merecendo, inclusive, prevalecer sobre ele, pois o direito de graça reconhece o fato de que o mundo não pertence apenas ao direito, existindo outros valores que em certas ocasiões podem prevalecer, como de fato ocorre em épocas de revolução em que o perdão por meio da anistia é o primeiro passo para a reconstrução do Estado.

Nesse sentido ele afirma que pelo indulto vai surgir no mundo do direito, espaços vindos do mundo dos valores, completamente estranhos ao mundo jurídico, mas que devem ser levados em conta, como *os valores religiosos da misericórdia ou os éticos da tolerância*, valores estes “que se alimentam em fontes mais profundas e que aspiram a regiões mais elevadas que as do direito.” (RADBRUCH, 1961, p.115) E, citando Shakespeare conclui: “Pelas andanças do direito jamais alguém se salvará; será mister para isso implorar a graça.” (SHAKESPEARE *apud* RADBRUCH, 1961, p. 115)

Quanto ao fato de se buscar cada vez mais uma sistematização do direito, tentando enquadrar o perdão dentro dos possíveis institutos jurídicos criados para humanizar mais o direito penal, de forma a evitar a influência, no campo jurídico, de outras áreas do conhecimento, e, principalmente, evitar a intromissão de um Poder na esfera de competência de outro, Radbruch (1961) entende o total descabimento dessa sistematização do poder de indultar colocando-o como instituto jurídico propriamente (RADBRUCH, 1961, p. 114):

Porém, assim como a esmola foi, em todos os tempos, um movimento espontâneo da alma e não uma filantropia sistematizada, também o perdão não admite sobre si coações (*sic*), nem mesmo sequer a da justiça. Não significa apenas uma forma mais suave do direito. É como um raio de luz que, provindo duma outra região inteiramente estranha ao direito, penetra nele pra aí poder realçar a verdadeira treva de que é feito o mundo jurídico. Semelhante ao milagre que vem desmentir as leis do mundo físico, o indulto é também um milagre que, para além de todas as leis, desmente tudo quanto estava até aí estabelecido no mundo das normas jurídicas.

O indulto para ele não pode ser sistematizado como instituto jurídico, deve sim continuar exercendo o seu papel político, visto que, como afirmado, o direito, por si só, não conseguiria realizar o seu fim, que é a segurança jurídica e a paz social tendo feito justiça, levando em conta unicamente aspectos jurídicos, até porque, a legislação, por mais moderna que seja, sempre estará aquém da evolução da sociedade e dos fatos sociais como um todo.

2.3 OS PRINCÍPIOS DA SEPARAÇÃO DE PODERES, DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DA SEGURANÇA JURÍDICA

A separação de Poderes aprimorada por Montesquieu com a definição de três órgãos diferentes para exercerem as funções já elencadas por Aristóteles, e que antes concentravam-se nas mãos do soberano, transformou-se, nas palavras de Bonavides (2008, p. 43), na mais sólida garantia constitucional do Estado de Direito.

É certo que algumas mudanças ocorreram, visto que o cenário da época defendia uma crescente liberdade política, tanto em relação ao cidadão, quanto em relação à Constituição, de forma que o Estado interferisse o mínimo possível na vida das pessoas, daí a separação de Poderes bem definida, para que cada órgão exercesse apenas o seu papel e não houvesse interferência de forma alguma, visando garantir essa liberdade.

No cenário atual, de acordo com Dallari (2007, p. 216), outro objetivo para a separação de Poderes surgiu, qual seja, aumentar a eficiência do Estado, por causa da

distribuição de atividades entre órgãos especializados. É assim que a doutrina passa a elencar para os diferentes órgãos, suas funções típicas, ou seja, predominantes e inerentes a sua natureza, como também as atípicas, inerentes a natureza dos outros dois órgãos, para que se tenha uma maior eficiência na prestação estatal.

Outra construção doutrinária importante, dentro do sistema de separação de Poderes, é o sistema de freios e contrapesos, no qual, segundo Dallari (2007, p. 220/21), o Estado praticaria atos de duas naturezas, quais sejam, os gerais e os especiais, de modo que os primeiros só são praticados pelo Poder Legislativo, que não atua concretamente na vida das pessoas e sim apenas cria a norma abstrata que se enquadrará posteriormente a um caso concreto, e os especiais, que serão praticados pelo Poder Executivo, circunscrito estritamente ao limite dado pelo Poder Legislativo nos seus atos gerais e em havendo extrapolação de qualquer dos poderes acima, surge a atuação do Poder Judiciário, para garantir que nenhum dos outros dois venham a exorbitar de sua esfera de competências.

É nesse contexto que a Constituição Federal de 1988 traz o elenco de direitos e garantias fundamentais, que, além de positivadas no Artigo 5º da referida Carta, permeiam seu texto de forma clara em muitos outros artigos. Esse texto traz também em seu Artigo 5º uma expressão não muito comum para uma redação que positiva direitos. Trata-se da proibição dos institutos da graça e da anistia para apenados que tenham cometido crimes hediondos e equiparados a estes, ou seja, a remissão feita a tais institutos na Constituição Federal, além da competência privativa do presidente da República para concedê-los, positivada no Artigo 84, XII da referente Carta, restringe-se a dizer que alguns crimes, como os hediondos e os equiparados a hediondos, não fazem jus a essa prerrogativa, fazendo supor que os demais crimes não possuem essa cláusula de exceção e, portanto, sua validade estaria assegurada.

Na visão de Trindade (2013)² não há dúvida de que a graça e o indulto são institutos constitucionais, até pela previsão expressa nos artigos mencionados acima, apesar dele entender que, longe de constituírem *garantia democrática*, tais institutos são sim *resquício absolutista*, e sua reforma, para não dizer alteração/revogação por meio de Emenda Constitucional seria plenamente possível, possibilitando sua extirpação do ordenamento jurídico brasileiro sem vícios de inconstitucionalidade:

² Artigo publicado na revista Consultor Jurídico em 05 de janeiro de 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jan-05/diario-classe>>

seria o indulto uma garantia constitucional? Caso positivo, estaria ele sob a blindagem das cláusulas pétreas? Todavia, penso que a resposta é *não* (para as duas questões). Isso porque o simples fato de o artigo 5º, inciso XLIII, elencar os crimes insuscetíveis de graça (indulto individual), não assegura ao réu qualquer direito (subjeto) perante o Estado. Trata-se, ao contrário, de um mandato de criminalização.

De outro lado, a norma prevista no artigo 84, inciso XII e parágrafo único — segundo a qual cabe ao chefe do Poder Executivo e aos seus delegados conceder indulto e comutar penas — estabelece uma competência, ligada ao exercício de uma prerrogativa do presidente, cujo teor não implica nenhum dever de prestação (positiva) do Estado.

O autor atenta para a necessidade de se repensar o poder de agraciar analisando sua origem e a pertinência de sua manutenção em pleno Estado Democrático de Direito, pois muito se discute todos os anos, quando da aplicação do Decreto presidencial que concede o perdão do crime a milhares de apenados, sendo interpostos milhares de pedidos e agravos no âmbito dos juízos das execuções penais, com ampla discussão de suas consequências e interpretações as mais variadas (restritivas/extensivas) quanto as suas hipóteses de incidência, com a formação de novos entendimentos jurisprudenciais e correntes doutrinárias e levando as divergências até o Superior Tribunal de Justiça, mas não se questiona a utilidade do instituto no ordenamento jurídico atual, instituto este que foi se reproduzindo de forma automática em nosso ordenamento, sem que houvesse uma preocupação em se aferir sua utilidade e legitimidade social através dos tempos.

Portanto, é difícil entender como a clemência soberana sobreviveu ao Constitucionalismo moderno iniciado após as Revoluções Inglesa e Francesa, haja vista sua tradição absolutista, em que o poder concentrava-se nas mãos do monarca, de forma completamente contrária “às noções de *devido processo legal* e de *separação dos Poderes* que caracterizam o Estado de Direito.” (TRINDADE, 2013)

Basileu Garcia ao conceituar os institutos da graça e do indulto cita várias utilidades que tem um e outro, dando-lhes, inclusive, a importância de serem os responsáveis pela reforma da lei que não estivesse correspondendo mais à realidade, por permitirem que situações ainda não previstas, mas que fossem mais justas, viessem a incidir no caso concreto (GARCIA, 1956, p. 668):

O indulto e a graça extinguem a punibilidade de crimes de Direito comum. Sem a preocupação de trazer a bonança a ambientes politicamente (*sic*) tempestuosos, objetivam simplesmente — ou a correção de erros ou demasias do rigor da Justiça, ou premiar o sentenciado exemplar, para quem a pena, antes do livramento condicional, já se mostrou manifestamente desnecessária, ou eximir de maior sofrimento o prêso (*sic*) enfermo (*sic*) que tem os dias contados em razão de algum mal cruciante e incurável, ou acomodar situações que normas penais inadequadas

tornaram iniquamente (*sic*) gravosas. Sob êsse (*sic*) aspecto, a graça individual — na sua reiteração, e o indulto são, por vêzes (*sic*), o prenúncio da reforma de leis que já não correspondem ao sentir da comunidade. Na História do nosso Direito Penal, vê-se o magnânimo Pedro II usando do direito da graça para, sistemàticamente (*sic*), evitar a pena de morte, que era imposta, mas não era executada. Convertia-se em galés perpétuas. Assim, a legislação criminal da República encontrou praticamente (*sic*) abolido o suplício extremo.

O que se percebe é que hoje podemos alcançar todos esses objetivos por meio de outros institutos, a maioria já existentes à época de sua obra, mas que foram aperfeiçoados modernamente, se tornando ainda mais benignos para os apenados, e outros criados mais recentemente, no que Nucci (2011, p. 294) chama de processo de *despenalização* no Brasil, que segundo ele, já teve início há bastante tempo e é responsável pela *profunda minoração da aplicação de penas* no país, por meio da substituição crescente das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos.

O aperfeiçoamento do sistema penal, que aconteceu a partir do Constitucionalismo moderno, com a exaltação dos direitos e garantias individuais e a consequente abolição das penas cruéis ou degradantes e dos castigos corporais, e com o advento da pena de prisão como evolução da sanção penal, o uso da graça passou a ser questionado, como bem observa Moraes (1979, p. 98):

A renovação do Direito Penal, com a adoção sempre crescente de medidas de proteção aos infratores e as novas concepções acerca dos fundamentos da pena, que determinaram notáveis modificações no sistema penitenciário, ensejaram, por parte de vários pensadores e penalistas, severas críticas à conservação do instituto da graça, considerado supérfluo e prejudicial ao desenvolvimento da atividade de realização da justiça.

A clemência soberana consiste em perdoar aquele que foi julgado e condenado pela prática de um crime, extinguindo sua punibilidade por um órgão diferente daquele que aplicou a pena, qual seja, o Poder Judiciário. Essa prática não seria um ato administrativo de revisão do Poder Judiciário, que, como se sabe, é inconstitucional?

De fato, a clemência soberana não constitui ato administrativo, pois que, não se admite revisão administrativa dos atos judiciais. É sim, ato político, emanado do chefe de Estado, para minimizar problemas relacionados à criminalidade, perdoadando ou comutando penas, depois de avaliar certos requisitos que favoreçam essa atitude de política criminal. Inclusive, Trindade (2013) ressalta a essência desse instituto nos dias atuais, na verdade esse poder “se transformou num importante mecanismo de uma política penitenciária de viés nitidamente neoliberal, marcada pela lógica da eficiência, voltada à redução de custos. Abrir velhas vagas é mais barato do que ter de construir novas vagas...”.

Por outro lado, a partir do momento em que o Poder Executivo interfere perdendo ou comutando uma pena imposta pelo Poder Judiciário, depois de ter sido cumprido o devido processo legal, com direitos ao contraditório e a ampla defesa, dando lugar a uma sentença definitiva, esse Poder Executivo está sim agindo de forma inconstitucional, pois está ferindo a separação de Poderes, garantia constitucional mais sólida do Estado de Direito.

Isso não fica muito evidente na concessão do indulto, pois como visto, este é concedido espontaneamente pelo Presidente da República e é considerado medida de política criminal, que atualmente está mais para política penitenciária de controle de superlotação, do que medida de política criminal propriamente, porém quando pensamos na graça em sentido estrito, que pode ser pedida pelo condenado ou por qualquer pessoa do povo, além das demais pessoas elencadas no artigo 734 do Código de Processo Penal, temos a impressão de que existe uma revisão pelo chefe de Estado, da sentença prolatada pelo judiciário, e isso é algo que afronta sobremaneira o princípio da separação de poderes. É o que observa (MORAES, 1979, p. 36):

Pelo que se pode observar, o ato de graça modifica um julgamento, não integralmente, é verdade, uma vez que não contém uma absolvição, mas altera-o parcialmente, pois extingue ou modifica a pena imposta por esse julgamento.

Aliás, do ato de graça não está afastada a apreciação da correção e justiça da sentença proferida no juízo criminal. É ideia assente que a graça é meio de realização da equidade, da adequação da lei ao caso concreto. Ora, a sentença, ao fixar a pena, já faz a aplicação da lei ao caso “sub judice”. Assim, a graça importa, necessariamente, em correção da sentença proferida, que se revela injusta ou inadequada, quer por condições pessoais do criminoso e circunstâncias do crime, quer por motivos de conveniência social. Em qualquer caso, a graça resulta de um julgamento que se realiza por sobre outro julgamento.

Em face do exposto, a pergunta que surge é: como fica o respeito ao princípio do Devido Processo Legal e da Segurança Jurídica diante do exercício do poder de graça nos dias de hoje? Como foi dito, o cumprimento de pena no país evoluiu sobremaneira nos últimos tempos, de modo que a própria pena de prisão em regime fechado vem sendo reservada aos casos considerados mais graves pelo Direito Penal. Apenas os criminosos apenados com privação de liberdade superior a 8 anos é que ficarão no regime fechado, e, ainda assim, se o crime não for hediondo nem equiparado a este, o condenado, em apresentando bom comportamento carcerário, poderá progredir para o regime semiaberto depois de cumprida 1/6 da pena imposta na sentença.

A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, inciso XLVII proibiu expressamente as penas de morte; de caráter perpétuo; de trabalhos forçados; de banimento; e

cruéis. E, a partir da reforma por que passou o Código Penal Brasileiro em 1984, com a lei 7.209/84, a pena privativa de liberdade ficou ainda mais restrita, na medida em que pode ser substituída, de acordo com os requisitos elencados na lei 9.714/98 que reformulou dispositivos do nosso Código Penal, pelas Penas Restritivas de Direitos, que são a prestação pecuniária; a perda de bens e valores; a prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas; a interdição temporária de direitos; e a limitação de fim de semana.

De modo que, para que alguém fique preso no Brasil, em regime fechado, atualmente, a pessoa deve ter cometido um crime realmente danoso à sociedade, que não mereça de forma alguma ficar impune, ou, na melhor das hipóteses, ter cometido vários crimes menos graves, mas que o somatório de suas penas o remeta ao regime fechado, o que demonstra uma situação não menos danosa à sociedade por se tratar de alguém contumaz em delinquir.

Portanto, há que se ter em mente que a prática da clemência soberana atualmente no Brasil, na modalidade graça, ou indulto individual como prefere parte da doutrina, é algo que, se utilizado, implicará em sérias consequências na aplicação de princípios fundamentais para o Estado Democrático de Direito que procuramos efetivar desde o advento da Constituição Federal de 1988, como os princípios da Separação de Poderes, do Devido Processo Legal e da Segurança Jurídica.

3 CLEMÊNCIA SOBERANA E OS INSTITUTOS CORRELATOS DE DIREITO PENAL

3.1 A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

De um modo geral, a individualização da pena ocorre seguindo três etapas, como bem observa Carvalho Neto (2013, p. 19), a começar pela previsão, de forma abstrata, pelo órgão legislativo, das penas que serão impostas aos diversos delitos, fixando-se o mínimo e o máximo de pena em cada tipo incriminador. Depois, o juiz aplicará, no caso concreto, o que foi previsto abstratamente no preceito sancionador, estabelecendo a quantidade exata de pena a ser cumprida. E, por fim, na fase da Execução Penal se dará o cumprimento da pena propriamente, com todos os seus incidentes, referentes à progressão de regime, livramento condicional etc.

O processo de individualização da pena foi uma das maiores preocupações da reforma por que passou o Código Penal Brasileiro em 1984, como observa Carvalho Neto (2013, p. 37) ao transcrever a Exposição de Motivos da Lei 7.209/88:

49. Sob a mesma fundamentação doutrinária do Código vigente, o Projeto busca assegurar a individualização da pena sob critérios mais abrangentes e precisos. Transcende-se, assim, o sentido individualizador do Código vigente, restrito à fixação da quantidade da pena, dentro de limites estabelecidos, para oferecer ao *arbitrium iudices* variada gama de opções, que em determinadas circunstâncias pode envolver o tipo da sanção a ser aplicada.

O Código Penal Brasileiro adotou o sistema trifásico para a aplicação da pena, de modo que, sua individualização seguirá as etapas elencadas no artigo 68 deste diploma, em que, primeiramente, o juiz fixará a pena de acordo com as circunstâncias judiciais; depois, levará em conta as circunstâncias agravantes e atenuantes legais; e, por fim, levará em conta as causas de aumento ou de diminuição de pena.

Foi justamente nessa primeira fase que a reforma se concentrou, dando ao juiz uma margem considerável de arbítrio para valorar as circunstâncias judiciais, que são conhecidas também, como observa Capez (2010, p. 477), por circunstâncias inominadas, por não estarem elencadas exaustivamente na lei, que traz apenas alguns parâmetros para que elas sejam identificadas no artigo 59 do Código Penal.

Capez (2010, p. 474) também observa que, para alguns autores, como Alberto Silva Franco, existe também uma quarta fase, cabendo a esta realizar a operação de substituição da

pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos ou pela pena de multa. Porém o autor vê essa substituição como consequência das circunstâncias judiciais, ao lado da escolha de qual pena deverá ser aplicada e da escolha de qual será o regime inicial de cumprimento de pena, como preceitua mesmo o art. 59 do CP nos seus quatro incisos.

Carvalho Neto (2013, p. 47) trata desses dois últimos incisos do art. 59 do CP, quais sejam, o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade e a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível, em tópico apartado, por entender que não dizem respeito propriamente à fixação da pena-base.

Já Nucci, (2011) encaixa a substituição da pena privativa de liberdade pelas penas alternativas, e também a suspensão condicional da pena, na terceira fase da aplicação da pena. Para ele, na primeira fase se dará a eleição do *quantum* da pena prevista no preceito sancionador do tipo; na segunda fase, se dará a opção pelo regime de cumprimento da pena privativa de liberdade; e, na terceira fase, a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direito ou multa, ou a opção pela suspensão condicional da pena.

Com relação, ainda, a primeira fase de aplicação da pena, norteadas pela avaliação das circunstâncias judiciais, que deram grande margem de arbítrio para que o juiz pudesse alcançar na sua decisão uma maior individualização da pena, ressaltam alguns autores, como Carvalho Neto (2013, p. 19) e Nucci (2011, p. 273/4), que o judiciário não vem usando, como deveria, essa prerrogativa tão importante, pelos motivos já expostos, haja vista a prática constante no judiciário brasileiro, da adoção do que ficou conhecido por *política da pena mínima*, a qual, segundo jurisprudência majoritária, não precisaria de fundamentação, justamente porque, não haveria prejuízo ao réu, ou seja, este seria beneficiado de plano, com a pena mínima tipificada no preceito secundário do tipo, sem que nenhuma das circunstâncias, tais como a culpabilidade; os antecedentes; a conduta social; a personalidade; os motivos do crime; as circunstâncias e consequências do crime; e o comportamento da vítima, para citar as expressas no art. 59 do CP, fossem auferidas pelo magistrado.

Nucci (2011, p. 274) defende que, embora o réu não sofra prejuízo, a norma constitucional, a lei penal e a sociedade em geral, estas sim, sofrerão prejuízos com a política da pena mínima:

Assim procedendo, são ignorados, ou mesmo menosprezados, os riquíssimos elementos e critérios fornecidos pela lei penal para a escolha, entre o mínimo e o máximo cominados para cada infração penal, da pena ideal e concreta destinada a cada réu.

Não se compreende, dentro de um raciocínio lógico-jurídico, o que tem levado a maior parcela do Judiciário a eleger a pena mínima como base para a aplicação das demais circunstâncias legais. Afinal, o art. 59, mencionando oito elementos diversos, se fielmente cumprido, provoca a aplicação da pena em parâmetros diferenciados para os acusados submetidos a julgamento. A padronização é contrária à individualização da pena, princípio constitucional, de modo que é preciso alterar essa conduta ainda predominante.

A adoção das Penas Alternativas no ordenamento pátrio, que ocorreu também com a edição lei 7.209/84, responsável pela reforma do Código Penal Brasileiro de 1940, alterada nesse quesito pela lei 9.714/98, exerceu papel fundamental no incremento do sistema de individualização da pena no país, deixando a pena privativa de liberdade ainda mais restrita, na medida em que previu sua substituição, de acordo com os requisitos elencados na lei alteradora supracitada, pelas Penas Restritivas de Direitos, que são a prestação pecuniária; a perda de bens e valores; a prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas; a interdição temporária de direitos; e a limitação de fim de semana.

A substituição ocorrerá para os casos em que tenham sido aplicadas penas não superiores a quatro anos, quando o crime não houver sido praticado com violência ou grave ameaça contra a pessoa, não alcançando, como regra, o reincidente em crime doloso e quando as circunstâncias judiciais, analisadas na primeira fase de aplicação da pena, sejam favoráveis.

Para corroborar a relevância alcançada pela pena alternativa em face da individualização da pena, Nucci (2011) traz a seguinte jurisprudência, sendo a primeira do Superior Tribunal de Justiça, e a segunda, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (NUCCI, 2011, p. 261/2):

“Em compasso com o princípio da individualização da pena, bem assim, como Direito Penal propugnador da pena de prisão como última ratio, destinada às infrações de maior gravidade, tem-se por apropriada a concessão da substituição de pena, a qual, mais que benefício, consubstancia-se direito público subjetivo do apenado, se presentes os requisitos para o seu deferimento, como na hipótese dos autos.” (HC 158842/SP, 6.^a T., j. 17.06.2010, v.u., rel. Min. Og Fernandes).

“É cabível a substituição da pena privativa de liberdade prevista no artigo 33, parágrafo 3º, da Lei 11.343/06, quando as condições pessoais do agente demonstram ser esta a melhor opção, em atendimento ao princípio da individualização da pena.” (Ap 0013937-88.2006.8.26.0286/SP, 4.^a C.D.C., j. 30.11.2010, rel. Des. Willian Campos).

Portanto, vê-se que, mas do que um benefício para o apenado, em consonância com o princípio da humanidade primado hoje pelo Direito Penal, a utilização da pena de prisão como última medida a ser aplicada ao caso concreto, aferindo-se a adequação, necessidade e proporcionalidade de tal medida, em consonância com o princípio da intervenção mínima,

corolário do Direito Penal Constitucional que temos hoje, configura-se direito público subjetivo do apenado, na medida em que não pode ser negada pelo magistrado na hipótese de serem cumpridos os requisitos expostos na lei para o seu deferimento.

Na segunda fase de aplicação da pena, como reza o art. 68, caput do CP, serão levadas em consideração as circunstâncias agravantes e atenuantes e dentre essas últimas existe uma que também contará com grande discricionariedade do magistrado. É a atenuante inominada, que, segundo a lei, trata-se *de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei*. Para Nucci (2011, p. 484) tal atenuante concede ao juiz imenso arbítrio na sua análise e aplicação:

Alguns a chamam de atenuante da *clemência*, pois o magistrado pode, especialmente o juiz leigo no Tribunal do Júri, levar em consideração a indulgência para acolhê-la. Um réu que tenha sido violento na infância e pratique, quando adulto, um crime sexual (circunstância relevante anterior ao crime) ou um delinquente que se converta à caridade (circunstância relevante depois de ter praticado o delito) podem servir de exemplos.

Tais circunstâncias, agravantes ou atenuantes, são de caráter obrigatório, “uma vez constatada a presença de uma delas, o juiz é obrigado a aumentar ou diminuir a pena, não ficando a seu puro arbítrio aumentar/diminuir ou não.” (CARVALHO NETO, 2013, p. 127) As agravantes estão num rol taxativo nos arts. 61 e 62 do CP, enquanto que as atenuantes estão previstas genericamente no art. 65 do mesmo diploma.

Na terceira e última fase de aplicação da pena, também referida no art. 68, caput, do Código Penal, o juiz levará em consideração as causas de aumento ou diminuição da pena. “São elas estabelecidas na Parte Geral ou na Parte Especial do Código Penal, bem como em algumas leis penais extravagantes, com percentuais fixos ou variáveis de aumento ou diminuição da pena, mas sempre determinados.” (CARVALHO NETO, 2013, p. 143)

3.2 A SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA

A suspensão condicional da pena, ou *sursis*, como ficou conhecido no país, por sua origem francesa, como relata Salgado Martins (1974), foi adotado pelo Brasil por meio do Decreto nº 16.588, de 6 de Setembro de 1924. Na justificativa do Projeto desta normatização, feita pelo Ministro João Luiz Alves, Ministro da Justiça na época, ao Presidente Artur Bernardes, citada por Salgado Martins, pode-se extrair a essência de tal instituto ao

analisarmos os objetivos que se permitiria alcançar na visão do ilustre ministro com a suspensão condicional da pena (SALGADO MARTINS, 1974, p. 377):

1º) não inutilizar, desde logo, pelo cumprimento da pena, o delinqüente (*sic*) primário não corrompido e não perverso; 2º) evitar-lhe, com o contágio na prisão, as funestas e conhecidas conseqüências (*sic*) desse grave mal, maior entre nós do que em outros países, pelo nosso defeituoso sistema penitenciário, (...) 3º) diminuir o número das reincidências, pelo receio de que se torne efetiva a primeira condenação. E acrescenta o ilustre ministro: “Foi preferido o regime francês do *sursis* — suspensão da condenação, ao inglês da *probation*, suspensão do julgamento, por ser este, na frase de outro tratadista, menos garantidor, quer em relação ao criminoso, quer em relação à sociedade; não tendo o efeito jurídico de determinar a reincidência, o que é inconveniente.”

Como se percebe, a medida foi criada com o importante de fim de preservar a primariedade do indivíduo, que, por algum motivo praticou um delito, o qual não possuía a gravidade necessária para que uma medida mais enérgica, como a prisão, fosse aplicada, de forma a evitar também o convívio dessa pessoa em meio aos verdadeiros criminosos, no ambiente corruptor da carceragem.

Em relação à escolha do regime francês da suspensão da condenação, em vez do regime inglês da suspensão do julgamento, em face da questão da reincidência, que, no caso de ser adotado este último regime não poderia restar determinada, por não haver, logicamente, a condenação, já que haveria a suspensão do próprio julgamento, o nosso ordenamento, com a Lei nº 9.009/95 veio a criar instituto despenalizador equivalente a esse, como alternativa a pena privativa de liberdade, que é a suspensão condicional do processo, a ser analisada adiante.

Na suspensão condicional da pena existirá a condenação do réu, mas, como o nome já diz, o juiz suspenderá a execução da pena imposta quando esta for inferior a dois anos, ou, inferior a quatro anos, no caso de condenados maiores de 70 anos e também no caso dos condenados gravemente enfermos, não podendo ser concedido tal instituto se a pena aplicada for restritiva de direitos ou multa, visto que, o *sursis* é subsidiário à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e, em caso de revogação de tal benefício, a pena privativa de liberdade que havia sido suspensa, deverá ser totalmente cumprida, não acontecendo o mesmo no caso de descumprimento da pena restritiva de direitos, que, em sendo revogada, o apenado deverá cumprir apenas o tempo que ainda resta da pena imposta.

Nucci (2011, p. 525) não entende que o *sursis* seja pena, como entende alguns autores, dentre eles Jesus (2009, p. 610) por causa da reforma por que passou o Código Penal

com a Lei 7.209/84, estipulando condições que restringiriam a liberdade do condenado para que o *sursis* pudesse ser aplicado, de modo a surgirem entendimentos conferindo natureza de pena efetiva ao instituto, sendo este o entendimento da 6ª Turma do STJ, no julgamento do Recurso Especial 153.350, de relatoria do Min. Vivente Leal, como faz referência Capez (2010, p. 507) quando estipula o cumprimento pelo condenado de condições que vão implicar na restrição de direitos, em vez de ser medida incondicionada como acontecia outrora (BRASIL, 1940):

Art. 78 - Durante o prazo da suspensão, o condenado ficará sujeito à observação e ao cumprimento das condições estabelecidas pelo juiz. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 1º - No primeiro ano do prazo, deverá o condenado prestar serviços à comunidade (art. 46) ou submeter-se à limitação de fim de semana (art. 48). (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 2º Se o condenado houver reparado o dano, salvo impossibilidade de fazê-lo, e se as circunstâncias do art. 59 deste Código lhe forem inteiramente favoráveis, o juiz poderá substituir a exigência do parágrafo anterior pelas seguintes condições, aplicadas cumulativamente: (Redação dada pela Lei nº 9.268, de 1º.4.1996)

a) proibição de frequentar determinados lugares; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

b) proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do juiz; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

c) comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Na visão de Nucci (2011, p. 525) as penas estão claramente enumeradas no artigo 32 do Código Penal Brasileiro e o *sursis* “é medida destinada justamente a evitar a aplicação de uma delas [penas], ou seja, a privativa de liberdade.” Para ele o *sursis* é uma medida alternativa e se houver descumprimento ou o cometimento de outra infração durante o período de prova, o juiz pode revogar o benefício e isso implicará na obrigação de o condenado ter que cumprir integralmente a pena privativa de liberdade, enquanto que, no caso da aplicação de uma pena restritiva de direito, se houver descumprimento que enseje uma reconversão, o condenado terá que cumprir apenas o período que ainda resta da pena imposta.

A aplicação do *sursis* hoje no Brasil se restringe a três situações em que não cabe a substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos ou multa, como bem observa Capez (2010), visto que, com o advento da Lei nº 9.714/98 prevendo o cabimento dessa substituição nos casos em que a pena privativa de liberdade imposta não excedesse quatro anos e sabendo-se que o *sursis* é aplicado quando a pena for igual ou inferior a dois anos, presume-se que, sempre que couber *sursis*, caberá também a substituição, devendo esta prevalecer.

As situações são as seguintes (CAPEZ, 2010, P. 506/7):

a) crimes dolosos cometidos mediante violência ou grave ameaça, [por não haver vedação quanto a violência ou grave ameaça na aplicação do *sursis* e existir essa vedação para o caso de aplicação das restritivas de direitos] (...); b) condenado reincidente em crime doloso, cuja pena anterior tenha sido a pena de multa: [por ser expressamente permitido o *sursis*, mesmo nessas circunstâncias, enquanto que há vedação expressa de substituição por restritivas de direitos nesse caso] (...); c) condenado reincidente específico em crime culposo: [em que, caberia a substituição, na visão do autor, se a reincidência não houvesse se dado na prática do mesmo crime, o que não é o caso exposto, mas caberá *sursis*, visto não existir vedação legal] (...). Em suma, o *sursis* ainda existe, mas respira graças a três tubos de oxigênio.

Portanto, como requisitos para o seu cabimento temos, como requisito objetivo, a aplicação de pena privativa de liberdade não superior a dois anos, ou quatro anos, no caso dos maiores de 70 anos e enfermos, e ser o condenado não reincidente em crime doloso, lembrando que não há vedação legal no caso do reincidente em crime culposo.

Como requisitos subjetivos teremos a análise pelo magistrado de algumas das circunstâncias judiciais, que são analisadas também para a fixação da pena base, para a substituição por restritiva de direitos e para a fixação do regime de cumprimento da pena, como bem observa Nucci (2009, p. 526), devendo o juiz cuidar nas diferentes óticas de análise dessas circunstâncias, de modo que, uma delas, como por exemplo a personalidade do réu, pode indicar a necessidade de aplicação da pena acima do mínimo, porém não ser óbice à negação do *sursis*.

Os requisitos também podem ser objetivo-subjetivo, é o exemplo de não ser cabível a substituição da pena por restritiva de direitos, por ser o *sursis* subsidiário às penas alternativas, que são mais favoráveis ao réu do que a suspensão da pena, pelos motivos já esposados anteriormente.

O período de prova do *sursis* como leciona Nucci (2009, p. 532) varia “em três patamares: a) de 2 a 4 anos, para penas que não ultrapassem 2 anos; b) de 4 a 6 anos para penas superiores a 2 anos, que não ultrapassem 4 (*sursis* etário ou para enfermo); c) de 1 a 3 anos para penas provenientes de contravenções penais.” E as condições impostas pelos §§ 1º e 2º do art. 78 do Código Penal, transcritos acima, serão cumpridas apenas durante o primeiro ano do período de prova.

O instituto pode ser revogado e essa revogação será obrigatória nos casos previstos no art. 81 do Código Penal, quais sejam, ser condenado, em sentença da qual não caiba mais recurso, por crime doloso; se frustrar a execução da pena de multa, mesmo sendo solvente ou

não efetuar a reparação do dano, sem um motivo que o justifique; e, no caso de descumprir as condições de prestação de serviços à comunidade ou limitação de fim de semana.

Será a revogação facultativa nos casos fixados pelo art. 81, § 1º do Código Penal, quais sejam, em caso de descumprimento de outra condição, diversa da prestação de serviços à comunidade ou da limitação de fim de semana; e em caso de condenação irrecorrível em crime culposo ou contravenção penal à pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos.

A finalização da suspensão condicional da pena se dará depois de passado o período de prova, com o cumprimento das condições e sem que tenha havido sua revogação, declarando-se extinta a punibilidade do agente.

3.3 A SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

A suspensão condicional do processo é instituto bem mais recente do que os demais estudados no presente trabalho, foi criado com a Lei nº 9.099/95, como alternativa à pena privativa de liberdade, se assemelhando, pois, ao *sursis*, porém, com algumas peculiaridades, pelo fato de que não existirá condenação, por não ser aferida a culpabilidade do agente nas circunstâncias do seu cabimento, de modo que, se revogado o instituto, terá que se comprovar a culpabilidade do acusado no devido processo legal para que ele venha a cumprir a pena privativa de liberdade (LUIZ FLÁVIO GOMES apud CAPEZ, 2011, p. 635):

“(…) Não havendo prova suficiente, resultará intacta a presunção de inocência, impondo-se a absolvição. E o fato de o acusado ter antes concordado com a suspensão do processo não pode ser levado em conta para o efeito da culpabilidade. Muitas vezes, em acidente de trânsito, por exemplo, nem mesmo o acusado está muito seguro sobre sua culpa. Mas para não discutir pode eventualmente aceitar a suspensão do processo.”

O juiz não pode aplicar o instituto despenalizador de ofício, por ser esta uma faculdade exclusiva do Ministério Público a quem cabe promover a ação penal pública. Este avaliará, de forma discricionária, se a suspensão condicional do processo atende ao interesse social e em caso positivo proporá a suspensão, por motivos de política criminal. Do exposto, fica claro que o instituto não possui natureza jurídica de direito público subjetivo do réu, como acontece com a suspensão condicional da pena.

Como requisitos para a sua proposição temos o fato de o crime praticado possuir pena mínima igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não pela Lei 9.099/95, desde que o

acusado preencha as exigências de não estar sendo processado ou não ter sido condenado por outro crime e desde que estejam presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena.

A suspensão do processo se dará pelo prazo de 2 a 4 anos e deve ser aceita pelo acusado na presença do seu defensor, como reza o § 1º do art. 89 da Lei 9.099/95, sendo submetido ao período de prova com o cumprimento das condições fixadas neste mesmo artigo, quais sejam (BRASIL, 1995):

- I - reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo;
- II - proibição de freqüentar determinados lugares;
- III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz;
- IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

Assim como acontece com a revogação do *sursis*, a suspensão condicional do processo também poderá ser revogada obrigatoriamente, ou facultativamente. O primeiro caso se dará se o beneficiário, no curso do prazo, vier a ser processado por outro crime, ou não efetuar, sem motivo justificado, a reparação do dano, e o segundo caso acontecerá se o acusado vier a ser processado, no curso do prazo, por contravenção, ou descumprir qualquer outra condição imposta, é o que diz o § 4º do art. 89 da referida Lei. E, em sendo cumprido o período de prova sem revogação, o juiz declarará extinta a punibilidade do agente.

3.4 O LIVRAMENTO CONDICIONAL

A Exposição de Motivos no Projeto do Código Penal de 1940, citada por Salgado Martins (1974, p. 384/5) conceitua de forma precisa o instituto do livramento condicional:

“(...) Não se trata de um benefício que se concede por simples espírito de generosidade, mas de uma medida *finalística*, entrosada num plano de política criminal.

.....

É esta a última etapa de um gradativo processo de reforma do criminoso. Pressupõe um indivíduo que se revelou *desajustado* à vida em sociedade de modo que a pena imposta, além do seu caráter aflitivo (ou retributivo), deve ter o fim de corrigir, de readaptar o condenado. Como derradeiro período de execução da pena pelo sistema progressivo, o livramento condicional é a antecipação de liberdade ao sentenciado, a título precário, a fim de que se possa averiguar como ele se vai portar em contato de novo com o meio social.”

Capez (2010, p. 522) faz a distinção do livramento condicional com a suspensão condicional da pena, dizendo que nesta última, o cumprimento da pena não chega a ser

iniciado, visto que é suspensa mediante certas condições, já no livramento condicional, inicia-se o cumprimento da pena privativa de liberdade, obtendo-se, depois de cumprido um prazo, o direito de cumprir o restante em liberdade, mediante determinadas condições.

A natureza jurídica do livramento condicional para Nucci (2009, p. 539) é de “medida penal restritiva da liberdade de locomoção, que se constitui num benefício ao condenado e, portanto, faz parte de seu direito subjetivo, integrando um estágio do cumprimento da pena.” Ou seja, a pena, que era privativa de liberdade, em determinado momento, depois de cumprido um prazo fixado e os demais requisitos para sua concessão, se transforma em pena restritiva da liberdade, por ter o condenado, a partir de então, e pelo tempo restante que falta para a extinção da sua punibilidade, que cumprir as condições restritivas impostas pelo próprio instituto.

Os requisitos para o cabimento do instituto estão no art. 83 do Código Penal e seus incisos, e são divididos pela doutrina em objetivos e subjetivos. Nucci (2009, p. 539) elenca como objetivos a fixação de pena privativa de liberdade igual ou superior a dois anos; o cumprimento de um terço, metade, ou dois terços da pena conforme não seja o condenado reincidente em crime doloso e tenha bons antecedentes, no primeiro caso; seja reincidente em crime doloso, no segundo; e, for autor de crime hediondo ou equiparado a este, desde que não seja reincidente específico, no terceiro caso; e ter o condenado reparado o dano causado, salvo impossibilidade de fazê-lo.

Já os requisitos subjetivos são o comportamento satisfatório do condenado durante a execução da pena, lembrando que, de acordo com a Lei de Execuções Penais, o cometimento de faltas graves, como a fuga, por exemplo, pode ensejar a regressão de regime, ou a recontagem de todo o prazo para nova concessão de progressão; o bom desempenho do trabalho que for atribuído ao preso, visto que, este é considerado um direito/dever do condenado, que somente estará isento dele se não houver possibilidade de realizá-lo no estabelecimento prisional; demonstrar aptidão para prover a própria subsistência por meio de trabalho honesto; e demonstrar, tendo sido condenado por crime doloso, cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, que por suas condições pessoais, não voltará a delinquir, sendo esse prognóstico alcançado por meio do exame criminológico, que, mesmo após o advento da Lei 10.792/03, que para alguns aboliu tal exame, este continua previsto no art. 8º da Lei das Execuções Penais, devendo apenas, a necessidade da sua feitura, ser fundamentada no caso concreto.

A duração do livramento condicional se dará pelo tempo que restar ser cumprido da pena privativa de liberdade imposta. E se verifica, ainda, de acordo com o art. 84 do CP, a possibilidade de somatório das penas que determinado condenado tenha, mas que isoladamente não atinjam dois anos, para que este possa ser beneficiado por tal instituto.

A Lei das Execuções Penais traz no seu art. 132, §§ 1º e 2º, respectivamente, as condições obrigatórias e facultativas a serem cumpridas durante o período que ainda resta para que se dê por extinta a punibilidade do agente, são elas, a obtenção de ocupação lícita, dentro de prazo razoável, se o condenado for apto ao trabalho; a comunicação ao juízo, de sua ocupação, periodicamente; e, não mudar-se do território da comarca do Juízo da Execução, sem prévia autorização, as quais configuram-se condições obrigatórias, e, como facultativas tem-se a não mudança de residência sem comunicação ao juiz e à autoridade incumbida da observação cautelar e de proteção; o recolhimento à habitação em horário fixado; e a não frequentação de determinados lugares.

No tocante à revogação do livramento condicional, como causa obrigatória da revogação, tem-se, de acordo com o art. 86 do CP, o cometimento de crime durante a vigência do benefício; e o cometimento de crime anterior ao benefício, se a soma das penas tornar incompatível o livramento. E como causa facultativa da revogação, de acordo com o art. 87 do mesmo diploma, o fato de o condenado deixar de cumprir as condições fixadas; e, em caso de haver condenação irrecorrível por crime ou contravenção a pena que não seja privativa de liberdade.

E, da mesma forma que nos institutos anteriores, em sendo cumprido o livramento condicional sem revogação, o juiz declarará extinta a pena privativa de liberdade do agente, como reza o art. 90 do Código Penal.

3.5 A REVISÃO CRIMINAL

Apesar do nome revisão criminal e de estar prevista no Código de Processo Penal em seu art. 621 como recurso, já que está prevista no capítulo VII do título II que trata dos recursos em geral, tal instituto configura-se (AVENA, 2009, p. 1152):

verdadeira ação penal de conhecimento de caráter desconstitutivo, de uso exclusivo da defesa, não sujeita a prazos e que pode ser deduzida, inclusive, após a morte do réu. Ademais, o próprio Código refere-se à *procedência* da revisão (art. 626 do

CPP), nomenclatura esta própria de ações, pois quando se trata de recurso fala-se em *provimento*.

Portanto, diante de uma decisão judicial condenatória de que não caiba mais recurso, e em ocorrendo alguma das hipóteses taxativamente previstas na lei, o tribunal fará o reexame do processo em que ele ou o juiz de primeiro grau tenha prolatado sentença condenatória transitada em julgado, diante do pedido que também pode ser feito pelos sucessores do réu em caso de morte deste (BRASIL, 1941):

Art. 621. A revisão dos processos findos será admitida:

I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos;

II - quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos;

III - quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.

Avena (2009, p. 1153) alerta sobre a interpretação dada à primeira parte desse primeiro inciso, dizendo que, no caso do dispositivo legal permitir duas ou mais interpretações, o que não é incomum no nosso ordenamento jurídico, pela falta de técnica legislativa recorrente, o fato de uma ou outra interpretação ser acolhida pelo magistrado, não fará com que exista cabimento para ação revisional.

Quanto à contrariedade da sentença com a evidência dos autos, caberá tal medida quando não existirem provas com o mínimo de certeza, ou baseadas apenas no inquérito policial, por exemplo, que como se sabe, não pode sozinho sustentar uma condenação, por ser mero procedimento administrativo e não contar com a observância do contraditório de da ampla defesa.

Já a sentença fundada em depoimentos, exames ou documentos falsos, para que se obtenha a revisão, o condenado deverá anexar prova da falsidade de tais documentos na petição que pleiteia a revisão, é o que observa Avena (2009, p. 1153). A condenação deve ter sido fundada na prova falsa, não basta que ela tenha estado nos autos, mas não tenha sido relevante para condenar, por ter feito esse papel de condenação, outra prova, que não estivesse maculada.

Quanto ao terceiro inciso, Avena (2009) alerta para o fato de que a prova nova deverá provocar um juízo de certeza no órgão julgador, pois, a dúvida trazida com esses novos elementos será levada em prol da sociedade e não do réu, de forma que, será mantida a condenação transitada em julgado. Ora, o ônus da prova cabe a quem alega o fato, se ao trazer

fatos novos tentando uma revisão do processo, surgem dúvidas quanto a essas alegações, a dúvida não poderia beneficiar aquele que tem o ônus de provar.

Na revisão criminal não existe previsão legal de contraditório, devendo o requerimento já vir instruído com a certidão de haver passado em julgado a sentença condenatória e com as peças necessárias à comprovação dos fatos arguidos, como reza o art. 625, §1º do CPP. Avena (2009) contudo, faz o questionamento de se for o caso de a prova nova *depende de produção judicial, como oitiva de testemunhas*, por exemplo e responde (MIRABETE apud AVENA, 2009, p. 1155):

“para a revisão, quando se trata de apresentação de *provas novas*, é necessário que seja ela produzida judicialmente, no juízo de 1º grau, obedecendo-se princípio do contraditório, com a exigência, portanto, da participação do Ministério Público. Sendo inadmissível a produção de provas durante a ação revisional, para ser ela obtida, necessária se torna a justificação criminal. Tal justificação criminal, verdadeira ação penal cautelar preparatória, deve ser processada perante o juízo da condenação”.

Para que o condenado faça uso desse instituto não é preciso obedecer a qualquer prazo, diferente da ação equivalente a esta no Processo Civil, a Ação Rescisória, que tem prazo de 2 anos após o trânsito em julgado da sentença pra que seja proposta. Isso se verifica por causa do nobre objetivo a que se propõe a Revisão Criminal, qual seja, evitar que uma injustiça, do porte de uma condenação penal descabida, se consolide trazendo um mal praticamente irreparável para a pessoa condenada.

CONCLUSÃO

A clemência soberana, na sua modalidades graça e indulto, traduz-se no ato do chefe de Estado perdoar crimes, extinguindo ou comutando penas. É instituto universal e o seu surgimento se confunde com o aparecimento do próprio direito de punir, ou seja, desde que a sociedade começou a se organizar como tal.

Nessa época e ao longo de muitos séculos em que a pena de prisão tinha a estrita finalidade de servir para que o condenado esperasse a execução de sua sentença de morte, a clemência soberana foi amplamente utilizada e necessária como forma de abrandar os rigores do sistema penal vigente, o qual era motivado pela vingança de sangue, porque fazia às vezes, se comparado ao direito penal de hoje, de diversos institutos utilizados para a humanização da pena.

Sua prática enraizou-se na cultura ocidental de tal forma que, mesmo depois das grandes Revoluções que ocorreram, pondo fim ao Absolutismo e erigindo o Estado de Direito em várias Nações, com o Constitucionalismo moderno, e a exaltação dos direitos e garantias fundamentais, ela sobreviveu a essa mudança de paradigma por que passou também o Brasil e continua a fazer parte do rol de competências privativas do Presidente da República, estando disciplinada pelo nome de indulto, no Artigo 84, Inciso XII da Constituição Federal de 1988.

No Brasil, o ato de perdoar ou comutar penas se tornou comum e corriqueiro, acontecendo geralmente ao final de cada ano, por meio do indulto de natal, quando é editado um Decreto presidencial, extinguindo a punibilidade de diversos apenados, o que faz parte atualmente das ações do Estado voltadas à política criminal, para tentar minimizar problemas de superlotação em presídios.

Tal prática desvirtua completamente o sentido da clemência soberana na sua modalidade indulto, pois que, deixa de ser ato de indulgência movido pelo sentimento de benignidade e em razão da equidade, utilizado em situações especialíssimas, para atender unicamente a interesses econômicos de controle de custos com a superlotação dos presídios, em vez de disponibilizar, o Poder Executivo, um maior investimento em estabelecimentos penitenciários criando novas vagas e equipando o sistema da forma prescrita pela Lei de Execuções Penais.

Já a graça, ou indulto individual como prefere alguns, que é concedida a pedido, mas que também pode ser dada espontaneamente pelo chefe de Estado, se configura pouco usual

no sistema penal brasileiro, porém não deixa de ser um recurso posto a disposição do condenado, que tenha praticado um crime comum, possibilitando extinguir a pena imposta pela sentença.

Como se pode deduzir do estudo feito, o poder de graça do presidente da República é altamente discricionário, não precisando sequer ser justificado, dependendo apenas da conveniência política para conceder ou não a indulgência rogada, ou mesmo sem provocação, de modo que, todo o processo a que foi submetido o condenado, com as garantias do devido processo legal inerentes ao atual Estado Democrático de Direito quedam-se ao arbítrio do chefe de Estado, como na época do Absolutismo, onde não existia a separação das funções estatais, nem o Estado de Direito com todas as suas prerrogativas.

A legislação penal brasileira, acompanhando a evolução por que passou o Direito Penal nas Nações ocidentais e em consonância hoje com o Estado de Direito, se modernizou também, ao ponto de termos uma das legislações mais humanas dentre as nações ocidentais e que já inseriu em seu ordenamento penal, há pelo menos 30 anos, as penas alternativas, como forma de individualizar melhor o cumprimento de pena no país, substituindo a pena privativa de liberdade por aquelas outras, restritivas de direitos.

No tocante às Execuções Penais nossa legislação também busca restringir a pena exclusivamente a esfera da liberdade do preso, principalmente no caso de aplicação da pena privativa de liberdade, primando pelo princípio maior da Dignidade da Pessoa Humana e tentando preservar todos os demais direitos inerentes à pessoa e que de fato, não deveriam, em hipótese alguma, serem atingidos pela sentença penal, além da liberdade do indivíduo.

Os princípios constitucionais erigidos com o Constitucionalismo moderno e que foram se aperfeiçoando e irradiando seus efeitos para os demais ramos do direito, dando lugar aos princípios constitucionais penais a partir do Neoconstitucionalismo, como o Estado Democrático de Direito, a Dignidade da Pessoa Humana, a Legalidade e o Devido Processo Legal, como também a Proporcionalidade, Humanidade, Individualização da Pena, Intervenção Mínima e Fragmentariedade, que norteiam a legislação penal brasileira contemporaneamente, configuram-se numa verdadeira barreira de defesa do indivíduo em face do poder punitivo do Estado, de modo que, não se admite nos dias de hoje, esse poder desproporcional que é o poder de graça, desequilibrando a separação harmônica entre as funções do Estado, com a invasão de um poder na esfera de competência do outro.

Tal poder, eivado de tamanho arbítrio, por ir mesmo além do poder discricionário, que deve ser motivado, ao passo que o poder de graça não tem nem mesmo a motivação como requisito, só mereceria prosperar no caso da pena de morte, que, como se sabe, é exceção no nosso ordenamento jurídico. Isso porque, a graça não faz mais, como no passado, o papel tão importante e essencial de individualização da pena que fez, numa época em que não importava a intenção da pessoa que cometera o crime, se era inimputável, ou se havia praticado o delito em legítima defesa, ou até mesmo se o julgamento havia respeitado a presunção de inocência, o contraditório e a ampla defesa, de modo a restar comprovado que houve a autoria ou mesmo a materialidade do crime.

Hoje temos todo o arcabouço para que se alcance a justa individualização da pena, temos as circunstâncias atenuantes, como a menoridade relativa, que alcança os menores de 21 anos e que, inclusive, prepondera sobre todas as demais circunstâncias, especialmente num eventual confronto com agravantes, mesmo que seja a da reincidência; a atenuante da senilidade, que alcança o maior de 70 anos, cuja senilidade é presumida; o desconhecimento da lei, que é inescusável, mas pode afastar a culpabilidade do agente que erre sobre a ilicitude do fato; o relevante valor social ou moral; o arrependimento, que é levado em conta para atenuar, mesmo que não tenha conseguido ser eficaz ou posterior; a coação resistível, já que a física exclui a própria conduta e a moral, quando irresistível, exclui a culpabilidade, se prestando a coação moral resistível, ainda, como atenuante; o cumprimento de ordem superior, que, onde há hierarquia e se a ordem for legal, excluirá o crime, por se tratar de estrito cumprimento do dever legal, se não for manifestamente ilegal excluirá a culpabilidade, por se tratar da obediência hierárquica e se for apenas ilegal servirá ainda como atenuante, visto que, não é simples para um subordinado descumprir uma ordem, mesmo que esta seja ilícita; a violenta emoção, bastando estar a pessoa sob influência dela num lapso temporal que não precisa ser imediatamente após a injusta provocação; a confissão espontânea; a influência de multidão, em meio a tumulto; e, por fim, a atenuante inominada, que como o nome já faz presumir, permite ao juiz grande margem de discricionariedade para analisá-la e aplicá-la.

Temos as causas de diminuição de pena tanto na parte geral, quanto na parte especial do Código Penal Brasileiro; as escusas absolutórias, quando por questão de utilidade pública, mesmo quem fora declarado culpado, não estará sujeito à pena prevista para o crime cometido, que são as situações previstas no Código Penal Brasileiro referentes à imunidade penal absoluta nos delitos contra o patrimônio (art. 181, I e II) e a isenção de pena no favorecimento pessoal (art. 348, § 2º); o perdão judicial, quando, mesmo diante de fato

previsto como crime o juiz deixa de aplicar a pena em face de circunstâncias determinadas na lei e as excludentes de ilicitude, elencadas no artigo 23 do Código Penal Brasileiro, quais sejam, o estado de necessidade, quando o autor pratica a conduta para salvar de perigo atual direito próprio ou alheio; a legítima defesa, consistente em repelir moderadamente injusta agressão a si próprio ou a outra pessoa; o estrito cumprimento de dever legal, quando o autor tem o dever de agir e o faz de acordo com a determinação legal; e o exercício regular de direito, consistente na atuação do agente dentro dos limites conferidos pelo ordenamento legal.

Além disso, existe a polêmica retratada diariamente pelos veículos de comunicação, de que, se de um lado estão aqueles que lutam por um maior reconhecimento de direitos humanos para os apenados, aplaudindo medidas como a do indulto que traz a “ressocialização” mais cedo para diversos presos, de outro está um contingente expressivo da população inconformada com a criminalidade que só faz crescer no país e que se dá em parte pela brandura do sistema penal brasileiro, que gera o sentimento de impunidade fazendo com que o infrator não desista da prática do delito por não temer sua repressão, de forma que, para estas pessoas, o indulto representa mais um benefício desproporcional.

Os tempos mudaram, o processo de despenalização no Brasil já começou há anos, de modo que a pena privativa de liberdade no país só é aplicada em casos realmente graves, respeitando-se sempre os princípios constitucionais da inafastabilidade da jurisdição, do devido processo legal e da presunção de inocência, para citar os mais relacionados ao caso, de modo que não se admite mais a clemência soberana aplicada indiscriminadamente a qualquer situação, numa afronta sem medida ao princípio Constitucional da Separação de Poderes, do Devido Processo Legal e da Segurança Jurídica, numa prática que carece, nos dias de hoje, de qualquer legitimidade social.

REFERÊNCIAS

AVENA, Noberto. **Processo Penal**: esquematizado. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

BARBOSA, Licínio. **Do Indulto, um gesto de clemência no direito penal**. Revista da Faculdade de Direito da UFG, Goiânia, v.2, n.2, 16 p., 1978. Disponível em <<http://www.revistas.ufg.br>>. Acesso em 24 mai. 2014.

BATOCHIO, José Roberto. **Cumprimento de pena e progressão de regime**. Revista Consultor Jurídico, 23 de novembro de 2011, 19:31h. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-nov-23/>>. Acesso em: 11 jun. 2014.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Ridendo Castigat Mores (www.jahr.org), 1764.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. v. I. 16. ed. São Paulo; Saraiva, 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**, 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em : 23 mai. 2014.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm >. Acesso em : 23 mai. 2014.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm >. Acesso em : 23 mai. 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em : <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em 7 de fev. 2013

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em : 23 mai. 2014.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal Brasileiro. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em : 22 jun. 2014.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.** Código de Processo Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 23 jun. 2014.

BRASIL. **Emenda Constitucional Nº 1 de 17 de outubro de 1969.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 23 mai. 2014.

BRASIL. **Lei nº 6.016, de 31 de dezembro de 1973.** ~~Altera dispositivos do Decreto-lei número 1.004, de 21 de outubro de 1969, que instituiu o Código Penal.~~ Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6016.htm>. Acesso em: 22 jun. 2014.

BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.** Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em: 22 jun. 2014.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984.** Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm>. Acesso em: 22 jun. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Legislação Anotada: a Constituição e o Supremo. **HC 90.364**, Rel. Min. **Ricardo Lewandowski**, julgamento em 31-10-2007, Plenário, *DJ* de 30-11-2007 e **HC 81.565**, Rel. Min. **Sepúlveda Pertence**, julgamento em 19-2-2002, Primeira Turma, *DJ* de 22-3-2002. Publicações do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigo.asp?item=919&tipo=CJ&termo=37>>. Acesso em: 23 mai. 2014.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal.** v. I. tomo III. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal:** parte geral. v. I. Arts. 1º a 120. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal:** legislação penal especial. v. IV. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARRARA, Francesco. **Programa do Curso de Direito Criminal:** parte geral. v. II. Trad. José Luiz V. de A. Franceschini e J. R. Prestes Barra. São Paulo: Saraiva, 1957.

CARVALHO FILHO, Aloysio de; ROMEIRO, Jorge Alberto. **Comentários ao Código Penal:** decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. v. IV. Arts. 102 a 120. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

CARVALHO NETO, Inacio de. **Aplicação da Pena**. 4. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

CATTANI, Carlos Frederico Manica Rizzi. **Indulto de natal**. Disponível em <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/7755/indulto-de-natal>>. Acesso em 15 fev. 2013.

COSTA JÚNIOR, Dijosete Veríssimo. **Anistia, graça e indulto. Renúncia e perdão. Decadência e prescrição**. Jus Navigandi, Teresina, ano 2, n.11, 20 abr. 1997. Disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/970>>. Acesso em 7 fev. 2013.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**, 27.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

ESCOLA, Equipe Brasil. **A História e as Idéias do Direito Penal: Direito, A história e as idéias do Direito Penal, Período Primitivo, Período Antigo**. Monografias Brasil Escola. Disponível em: <<http://monografias.brasilecola.com/direito/a-historia-as-ideias-direito-penal.htm>>. Acesso em 20 fev. 2013.

GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal**. v. I, tomo I, 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1956.

GOULART, Henny. **Pena Indeterminada**. Revistas Universidade de São Paulo, p. 165-184, 1975. Disponível em: <www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/66758/69368>. Acesso em: 11 jun. 2014.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. v. I. São Paulo: Impetus, 2012.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal: parte geral**. v.I, 30.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MALDONADO, Maurílio. **Separação dos Poderes e Sistema de Freios e Contrapesos: desenvolvimento no Estado Brasileiro**. Disponível em: <http://www.al.sp.gov.br/arquivos/documentacao/estudos-e-manuais/estudos-ILP/sep_poderes.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2014.

MATEUS. In: **BÍBLIA DE ESTUDO: aplicação pessoal**. Versão Almeida Revista e Corrigida. Brasil: CPAD, 1995.

MORAES, Benjamin. **A aplicação da pena indeterminada no novo Código Penal Brasileiro**. Revista de Informação Legislativa, v.12, nº 46, p. 75-84, abr./jun. de 1975. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/180860>> Acesso em: 11 jun. 2014.

MORAES, Railda Saraiva de. **O Poder de Graça**, Rio de Janeiro: Forense, 1979.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**: introdução e parte geral. v. I. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1979.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. 4. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**: parte geral: parte especial. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

NUNES, Leandro Gornicki. **Indulto é uma forma de corrigir erros históricos**. Revista Consultor Jurídico, 09 de janeiro de 2013, 08:00h. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jan-09/leandro-gornicki-indulto-forma-corrigir-erros-historicos>>. Acesso em: 14 jun. 2014.

OLIVEIRA Luciano Magno de. **Direito Objetivo e Subjetivo**. Cola da Web. Disponível em: <<http://www.coladaweb.com/direito/direito-objetivo-e-subjetivo>>. Acesso em: 22 mai. 2014.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Trad. Prof. L. Cabral de Moncada. 4. ed. v. I. Coimbra: Armênio Amado, 1961.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Trad. Prof. L. Cabral de Moncada. 4. ed. v. II. Coimbra: Armênio Amado, 1961.

RIBEIRO, Lúcio Ronaldo Pereira. **Teorias da separação dos poderes**. Âmbito Jurídico. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2074>. Acesso em: 11 jun. 2014.

SALGADO MARTINS, José. **Direito Penal**: introdução e parte geral. São Paulo: Saraiva, 1974.

SILVA, Leonardo Rabelo de Matos. **A criminologia e a criminalidade. Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 66, 1 jun. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/4137>>. Acesso em: 11 jun. 2014.

SILVA, Leonardo Rabelo de Matos. **A legislação penal e a política criminal nos anos 90. Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 76, 17 set. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/4203>>. Acesso em: 11 jun. 2014.

SILVA, Péricles Batista da. **O Indulto de natal: anotações ao Decreto nº 7.873/12. Jus Navigandi.** Teresina, ano 18, n. 3480, 10 jan. 2013. Disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/23427>>. Acesso em 20 fev. 2013.

SOUZA, Jarbas Fidelis de. **Breves considerações sobre a graça, o indulto e reduções de penas.** Revista de informação legislativa, v.20, nº 80, p. 189-198, out./dez. de 1983. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/181478>. Acesso em: 23 mai. 2014.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal.** v. I, 29. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

TRINDADE, André Karam. **Indulto é resquíio absolutista ou garantia democrática?** Revista **Consultor Jurídico**, 05 de janeiro de 2013, 08:21h. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jan-05/diario-classe>>. Acesso em: 14 jun. 2014.

VELOSO, José António. **Pena Criminal.** Enciclopédia Polis. V. IV, Lisboa: Editorial Verbo, 1986. Disponível em: <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Veloso99.pdf>. Acesso em: 11 jun. 2014.