

VERÔNICA DOS SANTOS SIONTI

INDULTO E DESENCARCERAMENTO NO BRASIL

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Titular Dr. Alamiro Velludo Salvador Netto

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo - SP

2020

VERÔNICA DOS SANTOS SIONTI

INDULTO E DESENCARCERAMENTO NO BRASIL

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do Título de Mestre em Direito na área de concentração de Direito Penal, sob a orientação do Professor Titular Dr. Alamiro Velludo Salvador Netto

“Versão corrigida em 11/04/2021. A versão original, em formato eletrônico (PDF), encontra-se disponível na CPG da Faculdade.”

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo - SP

2020

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Sionti, Verônica dos Santos

Indulto e Desencarceramento no Brasil ; Verônica dos Santos Sionti ; orientador Alamiro Velludo Salvador Netto -- São Paulo, 2020.

163

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2020.

1. Direito Penal. 2. Execução Penal. 3. Indulto.
I. Salvador Netto, Alamiro Velludo , orient. II.
Título.

VERÔNICA DOS SANTOS SIONTI

INDULTO E DESENCARCERAMENTO NO BRASIL

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do Título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito Penal, sob orientação do Professor Titular Dr. Alamiro Velludo Salvador Netto

BANCA EXAMINADORA

Presidente: _____

Professor Titular Dr. Alamiro Velludo Salvador Netto

1º Examinador (a): _____

2º Examinador (a): _____

3º Examinador (a): _____

AGRADECIMENTOS

Como todas as pessoas, tenho muitas a agradecer. Mas finalizo esse trabalho no puerpério do meu segundo filho e durante a pandemia. Então espero que todas elas saibam a importância de cada uma na construção de quem eu sou e na realização desse trabalho e, considerando a peculiaridade desse momento na vida, guardo esse espaço para nominar as quatro que o estão vivendo intensamente comigo:

Obrigada, Malena, por me mostrar todos os dias que o caminho da punição e do autoritarismo é realmente um erro. Obrigada também por ser incrível e por me trazer folhinhas toda vez que sai para passear sem mim.

Obrigada, Estevão, por ser tão doce e me permitir prosseguir. Obrigada por me mostrar que o amor, de fato, se multiplica.

Obrigada, Hercilia, por abrir mão do sono, da casa, do último-pedaço-de-qualquer-coisa-que-tem-para-comer e tornar a dissertação possível. Obrigada por me amar incondicionalmente e me ensinar sobre esse amor.

Obrigada, Thiago, por estar sempre ao meu lado nessa jornada e sempre me apoiando, por ser tão dedicado, humano e amoroso. Obrigada por me deixar cair de morar em cima da sua janela pra nunca mais sair.

P.S.: não consegui fazer o depósito da dissertação sem nominar essas outras quatro pessoas: Elza, Francisca, Jamir e Marcel, obrigada.

RESUMO

Este trabalho intenta compreender as nuances concretas dos indultos concedidos com base na Constituição Federal de 1988, analisando-se as discussões na Assembleia Constituinte que precederam a redação da normativa sobre o indulto na Constituição, bem como alguns dos requisitos e procedimentos usualmente presentes nos decretos concessivos de indulto, as alterações que sofreram ao longo dos anos e as controvérsias nas quais estão envolvidos. Sobre este ponto, o trabalho pretendeu esmiuçar os chamados requisitos objetivo e subjetivo e os crimes impeditivos, bem como o procedimento essencialmente jurisdicionalizado previsto para a verificação do preenchimento destes requisitos. Também, buscou-se identificar os aportes teóricos que deslegitimam ou legitimam a concessão do indulto, verificando-se que se relacionam com as diferentes percepções sobre as funções da pena, as quais influenciam também a análise sobre a compatibilidade do indulto com o princípio da separação dos poderes. Ainda, ante o já constatado estado de coisas inconstitucional que permeia as prisões brasileiras, que aponta para a necessidade da adoção de medidas que contribuam com o arrefecimento da superlotação, buscou-se analisar o potencial do indulto para contribuir com esta finalidade e os entraves diante dele colocados.

Palavras-chave: indulto – requisitos para o indulto – execução penal – teorias da pena – estado de coisas inconstitucional – superlotação – desencarceramento

ABSTRACT

This work aims to understand the definable intricacies of pardons granted based on the Federal Constitution of 1988, analyzing the debates at the Constituent Assembly that preceded the drafting of the norm for pardon in the Constitution, as well as some of the requirements and procedures usually present in the concessive pardon decrees, the changes they have undergone over the years and the controversies in which they are involved. On this point, the work aimed to examine the so-called objective and subjective requirements and the ineligible crimes, as well as the essentially jurisdictional procedure provided for verifying the fulfillment of these requirements. Also, it sought to identify the theoretical contributions that delegitimize or legitimize the granting of pardons, verifying that they are related to the different perceptions about the functions of punishment, which also influence the analysis about the compatibility of the pardon with the separation of powers system. Furthermore, in view of the already unconstitutional state of affairs that permeates Brazilian prisons, which point to the need for the adoption of measures that contribute to the reduction of overcrowding, analysis of the potential for pardon to contribute to this purpose and the obstacles faced placed on it was explored.

Key-words: pardon – penal execution – theories of punishment - unconstitutional state of affairs – prison overcrowding – eliminate incarceration

LISTA DE TABELAS E IMAGENS

Tabela 1	Quadro comparativo sobre a previsão de indulto nas constituições brasileiras.....	16
Imagem 1	Proposta de redação da constituinte Ibsen Pinheiro.....	24
Imagem 2	Proposta de redação da constituinte Denisar Arneiro.....	25
Imagem 3	Proposta de redação da constituinte Lúcia Vânia.....	26

LISTA DE SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
CF	Constituição Federal
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CNPCP	Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária
CPI	Comissão Parlamentar de Inquérito
DEPEN	Departamento Penitenciário Nacional
HC	Habeas Corpus
ICPS	<i>International Centre For Prison Studies</i>
INFOPEN	Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias
IPEA	Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada
LEP	Lei de Execução Penal
PAN	Penitenciária Agrícola de Neves
PEC	Proposta de Emenda Constitucional
PGR	Procuradoria-Geral da República
PSOL	Partido Socialismo e Liberdade
PTB	Partido Trabalhista Brasileiro
RICPT	<i>Revue Internationale de Criminologie e Police Technique</i>
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
CAPÍTULO 1 - O INDULTO NA CONSTITUIÇÃO E SUA CONCRETIZAÇÃO NOS DECRETOS CONCESSIVOS.....	14
1.1 A formalização do indulto nas constituições brasileiras pretéritas e seu lugar na Constituição Federal de 1988.....	14
1.1.1 <i>O indulto e a graça nos Anais da Assembleia Constituinte.....</i>	20
1.2 Os decretos expedidos com base na Constituição Federal de 1988: panorama geral...	28
CAPÍTULO 2 – ELEMENTOS DOS DECRETOS CONCESSIVOS DE INDULTO EXPEDIDOS COM BASE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1998.....	34
2.1 Elementos estruturantes nos decretos.....	34
2.2 Requisitos para a obtenção do indulto.....	35
2.2.1 <i>Requisitos objetivos: lapso temporal e pena máxima aplicada.....</i>	38
2.2.2 <i>O chamado requisito subjetivo.....</i>	40
2.2.3 <i>Os crimes impeditivos.....</i>	64
2.3 Procedimento para a obtenção do indulto.....	76
CAPÍTULO 3 – APORTES TEÓRICOS SOBRE O INDULTO: AS FUNÇÕES DA PENA E A TRIPARTIÇÃO DE PODERES.....	81
3.1 – Aportes teóricos que negam legitimidade ao indulto.....	81
3.1.1 – <i>Ilegitimidade do indulto a partir da perspectiva kantiana da função da pena.....</i>	81
3.1.2 – <i>Ilegitimidade do indulto a partir das perspectivas utilitarista e positivista da função da pena.....</i>	87
3.2 – Aportes teóricos que conferem legitimidade ao indulto.....	96
3.3 – Indulto e os três poderes constitucionais.....	110
CAPÍTULO 4 – INDULTO E DESENCARCERAMENTO NO BRASIL.....	127
CONCLUSÃO.....	144
BIBLIOGRAFIA.....	151

INTRODUÇÃO

A realidade do encarceramento no Brasil, que faz da vedação constitucional a penas cruéis letra morta, é elemento que impulsiona a decisão de investigar o indulto, ante a hipótese de que ele tem potencial de redução massiva da população prisional. É, no entanto, da percepção de que a punição é essencialmente um erro, um caminho que não apenas não gera os frutos alardeados, mas, ao contrário, contribui para a manutenção de uma sociedade verticalizada e produz sofrimento, que a decisão germina.

São estas as inspirações que orientaram a investigação realizada neste trabalho e que justificam, portanto, os recortes realizados e as questões estudadas.

O que se buscou aqui compreender foram as feições concretas dos indultos concedidos no Brasil com base na Constituição de 1988, os aportes teóricos inevitavelmente atrelados às funções da pena que lhe negam ou conferem legitimidade e as violações de direitos verificadas nos cárceres brasileiros que intensificam a necessidade da adoção de instrumentos que busquem minimizar esta realidade, reconhecendo-se, no entanto, os entraves e limites colocados em face desse objetivo.

O ato de “perdoar”¹ pessoa condenada por um crime, inclusive por ocasião de alguma festividade, remonta à Idade Antiga² e a possibilidade de concessão de indulto esteve presente no Brasil em caráter formalizado já na Constituição do Império,³ estando

¹ As aspas são usadas porque, ainda que o indulto tenha sua origem etimológica no termo *indulgere*, que significa exatamente perdão, e que seja, pois, identificado com o ato de perdoar, uma das questões analisadas no presente trabalho é exatamente a possibilidade de que ele seja ressignificado, de maneira que, a partir das balizas constitucionais atuais e da realidade socio-histórica brasileira, não seja conceituado propriamente como perdão. No entanto, como ele é inicialmente e historicamente compreendido como perdão, cunha-se este termo inicialmente, para tratar de suas raízes históricas.

² FERREIRA, Ana Lúcia Tavares. **Indulto e Sistema Penal: limites, finalidades e propostas**. São Paulo: LiberArs, 2017, p. 35 e ss. Ainda nesse sentido, conforme lembrou o Professor Jesus Maria Silva Sanchez, em aula ministrada em 01 de setembro de 2017, na disciplina Sociedade Moderna e Direito Penal, oferecida na Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, na narrativa bíblica da crucificação de Jesus Cristo há uma passagem célebre na qual Pilatos, considerando que era comum, por ocasião das festas, que o Governador soltasse um prisioneiro, indaga a multidão se preferia que Jesus ou Barrabás fosse solto, sendo que este foi escolhido e Jesus, então, crucificado. BÍBLIA, Português. **Bíblia Sagrada**. Nova versão internacional, 2ª ed. São Paulo: Sociedade Bíblica Internacional, 2005, Mateus, 27, 15-26.

³ A Constituição do Império, de 1824, previu que o Imperador, no âmbito do poder moderador, poderia perdoar e moderar as penas impostas por sentença. O teor da Constituição em comento está disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/portal-legis/legislacao-historica/constituicoes-antiores-1>>. Acesso em: 4 dez. 2018

presente igualmente em todas as Constituições do Brasil República, embora, em algumas delas, com a nomenclatura “perdoar” e “exercer o direito de graça”.

Em que pese sua presença histórica em nossas constituições, no entanto, a produção acadêmica brasileira sobre os fundamentos teóricos do indulto, seja a partir de um cotejo com a realidade do sistema repressivo no Brasil, seja num contexto filosófico e sociológico mais amplo, e mesmo a produção acadêmica sobre sua alocação na Constituição de 1988 e sua relação com a tripartição dos poderes e outras normas constitucionais não é rica.

As consequências concretas do indulto representam impacto significativo não apenas na vida das pessoas que foram condenadas ao cumprimento de uma pena, mas também em atos praticados pelos Poderes Legislativo e Judiciário, já que, com a concessão do indulto, a sentença que reconhece que determinado fato se enquadra em um tipo penal e que determinada pessoa deve ser punida deixa de ser executada ou tem sua execução interrompida pelo chefe do Poder Executivo, de maneira a impedir que o poder punitivo estatal seja exercido, a partir de determinado momento.

Assim, é exatamente em razão das implicações concretas do indulto, porque compreendidas como negativas ou positivas, a depender de determinadas perspectivas, é que são levantadas objeções ao seu cabimento ou à sua extensão, por um lado, e suas justificações, por outro, cabendo investigar tais objeções e justificações, bem como as teorias que lhes dão sustentação.

As discussões sobre as possibilidades e sobre a existência de limites ao poder de indultar têm estado presentes na jurisprudência pátria, cabendo destaque à discussão travada no âmbito do Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI 5874/DF. Nela, discutiu-se a constitucionalidade de determinados dispositivos previstos no decreto concessivo de indulto do ano de 2017, estando a discussão pautada na possibilidade de que o Judiciário modulasse as hipótese de indulto a partir de determinada compreensão sobre quais seriam suas finalidades e a partir da análise de sua compatibilização com princípios constitucionais.

É de se destacar, contudo, que para além da discussão específica sobre o conteúdo dos decretos de indulto e sobre a possibilidade ou não de seu controle jurisdicional, a partir da análise de sua compatibilidade com a Constituição Federal, a própria existência do

indulto sofre questionamentos, em razão de concepções teóricas relacionadas à função da pena que o enxergam como uma distorção que produziria injustiça.

Também, ainda que as discussões sobre eventuais limites constitucionais ao poder de indultar no Brasil não cheguem, como regra, a negar o próprio indulto, é certo que as leituras que defendem a limitação material da atribuição de indultar estão pautadas por concepções teóricas sobre a função da pena, razão pela qual a própria compreensão sobre tais leituras exige compreensão sobre as bases teóricas que negam ou afirmam a legitimidade do indulto.

Inicialmente, contudo, parece importante compreender as nuances do indulto fundamentado na Constituição Federal de 1988, já que é o indulto concretamente previsto na normativa brasileira que pode, por hipótese, contribuir ao menos com a mitigação das mazelas próprias do aprisionamento no Brasil.

O termo indulto aparece uma única vez em nossa atual Constituição, no dispositivo que prevê ser de competência do Presidente da República conceder indulto e comutação, com a audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei. Ainda, o termo graça aparece igualmente uma única vez na Constituição, no dispositivo que nega a possibilidade de concessão de graça para pessoas condenadas por determinados crimes.

Diante disso, foi realizada análise dos anais da constituinte, a fim de se identificar os debates envolvendo o indulto e a graça, buscando-se compreender se houve preocupação técnica com a diferença entre os dois institutos e se explicitadas as razões pelas quais apenas um dos termos constou em cada um dos dois diferentes dispositivos constitucionais que os abordam.

Também, embora não haja amarras constitucionais ao poder de indultar, sejam materiais, sejam procedimentais, verifica-se certa constância de requisitos e procedimentos nos diferentes decretos concessivos editados com supedâneo na CF de 1988, sendo possível afirmar que eles são compostos por alguns elementos estruturantes, que vêm dando forma e conteúdo ao indulto no Brasil.

Estes elementos, divididos entre os requisitos voltados aos potenciais beneficiários e o procedimento voltado a órgãos públicos, foram, então, esmiuçados, exatamente com o objetivo de se compreender quais caminhos devem ser percorridos para que o indulto seja concretizado.

Nesse sentido, foram analisados os detalhes envolvendo os chamados requisitos objetivos, relacionados aos lapsos temporais e quantidade máxima de pena para obtenção do indulto, os chamados crimes impeditivos, compreendidos como aqueles que impedem a obtenção do indulto e da comutação, bem como os chamados requisitos subjetivos, que sofreram processo de objetivação ao longo dos anos, correspondendo inicialmente a uma demonstração de efetiva adesão por parte da pessoa condenada a um suposto programa voltado à sua inclusão social e, mais recentemente, à boa conduta carcerária caracterizada pela ausência de condenação por falta grave nos doze meses que antecedem a publicação do decreto concessivo correspondente.

Também, no que concerne ao procedimento necessário ao reconhecimento da concessão do indulto, identificando-se que ele tem sido essencialmente jurisdicionalizado, buscou-se compreender as razões pelas quais este tem sido o formato delineado nos decretos concessivos de indulto e quais implicações, em especial negativas, que têm decorrido desta opção.

Realizada a análise sobre a alocação constitucional do indulto no Brasil e os principais elementos que vêm lhe dando forma e conteúdo ao longo dos anos, buscou-se, então, compreender os aportes teóricos que deslegitimam ou legitimam o indulto e que, mesmo não declaradamente, representam conteúdos subjacentes às posturas adotadas pelos integrantes dos três diferentes poderes em face dele.

Assim, foram analisadas as objeções apresentadas ao indulto a partir da perspectiva kantiana absoluta da pena, bem como a partir de perspectivas relativistas de cunho utilitarista e positivista, discorrendo-se sobre as posições expressamente adotadas por precursores destas correntes sobre o indulto e sobre como tais correntes ainda hoje dão sustentação à defesa da suposta necessidade de limitação no uso deste instrumento.

Verificou-se, no entanto, que mesmo para as teorias relativas da pena, a utilização do indulto é admitida como forma de corrigir distorções práticas observadas na concretização da pena, de maneira que ele incida para minimizar injustiças pontuais ou decorrentes da inobservância massiva de direitos na aplicação da pena.

Em contrapartida, buscou-se demonstrar que as perspectivas teóricas que não conferem quaisquer funções benéficas à pena, mas, ao contrário, enxergam-na como manifestação de poder que incide de forma desigual e seletiva na sociedade, produzindo apenas efeitos sociais negativos, fornecem, ainda que não declaradamente, legitimidade ao

indulto, uma vez que ele representa a negação do que é visto como essencialmente negativo e pode contribuir com a limitação da incidência do poder punitivo.

Também, considerando-se que a concessão do indulto representa inserção do Poder Executivo em arena tipicamente afeta aos Poderes Legislativo e Judiciário, o que inclusive leva a questionamentos sobre sua compatibilidade com o princípio constitucional da tripartição de poderes, este princípio foi igualmente analisado e cotejado com o indulto, discorrendo-se inclusive sobre implicações concretas observadas no últimos anos no seio dos três poderes, como a proposta de emenda constitucional voltada a retirar do Presidente da República a competência para a concessão do indulto, a ausência de decreto concessivo no ano de 2018 e os votos favoráveis à limitação do indulto prolatados na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5874.

Por fim, o trabalho buscou verificar a possibilidade e a necessidade de que o indulto seja utilizado como instrumento para reduzir a superpopulação prisional no Brasil com vistas a minimizar o estado de coisas inconstitucional que permeia os cárceres brasileiros.

Para tanto, demonstrou-se que a utilização do indulto com esta finalidade é aventada em outros países, relatando-se a contribuição do indulto e de institutos assemelhados na redução da população prisional russa e a demanda por sua utilização da Itália, igualmente com a finalidade de redução massiva da população prisional.

Também, embora notório o estado de coisas inconstitucional dos cárceres brasileiros, considerou-se importante resgatar as informações que dão concretude a esta realidade e que reforçam, por conseguinte, a necessidade de que o indulto e outros instrumentos sejam empregados como forma de redução da população prisional, discorrendo-se, no entanto, sobre alguns dos entraves que impedem que este potencial transforme-se em realidade.

CAPÍTULO 1 – O INDULTO NA CONSTITUIÇÃO E SUA CONCRETIZAÇÃO NOS DECRETOS CONCESSIVOS

1.1 A formalização do indulto nas constituições brasileiras pretéritas e seu lugar na Constituição Federal de 1988

O indulto pode ser compreendido em sentido amplo e em suas consequências concretas como instrumento que serve, com caráter coletivo, à negação ou à mitigação da punição que recai sobre determinada pessoa, tendo raízes históricas que remontam à Idade Antiga.

No entanto, tal qual ocorre com diversas categorias sociais, como o próprio Estado e o Direito, a manutenção do uso do termo indulto não implica manutenção de seu conteúdo e de seu significado ao longo da história. Assim, embora suas raízes históricas possam ser buscadas e não obstante alguns de seus traços ainda estejam presentes, o indulto, hoje, deve ser compreendido a partir da realidade sócio-histórica na qual está inserido. Ainda, pode ser compreendido e ressignificado a partir das balizas constitucionais trazidas pela Constituição da República de 1988, já que a possibilidade de sua concessão está nela expressa e que é ela o fundamento para a compreensão dogmática do instituto.

Assim sendo, consoante abordagem trazida nos capítulos seguintes, as teorias que dão legitimidade ao instituto do indulto, hoje, colocam-no distante da concepção de indulto como *indulgentia principis*⁴ e, pois, como, medida arbitrária e absolutista, aproximando-o da concepção de instrumento de política criminal que dá concretude ao sistema de freios e contrapesos, de instrumento a serviço de correção de ilegalidades, iniquidades e/ou ilegitimidades do sistema repressivo e, ainda, de instrumento que nega algo essencialmente negativo: a pena.

Tais perspectivas permitem a conceituação de indulto não como um perdão concedido pelo Presidente da República a pessoas condenadas, mas como mecanismo de mitigação da violência inerente ao sistema repressivo, em especial àquele em que

⁴ Sobre a origem do termo e as raízes históricas do instituto, cf.: FERREIRA Ana Lúcia Tavares. **Indulto e Sistema Penal: limites, finalidades e propostas**. São Paulo: LiberArs, 2017.

sistematicamente descumpridas balizas previstas pelo próprio ordenamento jurídico para sua execução, como é o caso do sistema brasileiro.

Assim, embora a análise do indulto a partir de sua alocação na Constituição brasileira e a partir dos aportes teóricos que lhe dão legitimidade o afastem da ideia de “perdão”, é certo que o termo indulto tem origem etimológica no verbo *indulgere*, que significa perdoar⁵, e que inclusive o próprio termo perdão já foi utilizado em Constituição pretérita.

No contexto histórico brasileiro, o indulto, compreendido a partir do sentido amplo referido no primeiro parágrafo, remonta ao período do Brasil colônia, havendo notícia da concessão do então chamado “perdão” por João VI, que, controlada a chamada revolta de Pernambuco, que tinha caráter republicano, concede, no ano de 1817, anistia aos revolucionários e perdoa alguns presos.

Logo depois, no ano de 1818, ocorre a coroação de João VI como rei do Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarves e, no mesmo dia, é por ele expedido decreto de indulto aos presos do Reino do Brasil, sendo esta a primeira notícia de um decreto de indulto, propriamente.⁶

Embora informações disponibilizadas no endereço eletrônico da Câmara Federal indiquem a existência desse primeiro decreto de indulto, no ano de 1818⁷, o arquivo virtual disponibilizado pelo Senado Federal indica como primeiro decreto o de número 84.340, de 23 de março de 1822, que teria estendido “*ao reino do Brasil o perdão concedido aos réus do reino de Portugal por ocasião do juramento das bases da Constituição*”.⁸

O indulto encontra amparo ainda em todas as Constituições do Brasil República, recebendo a nomenclatura de indulto na primeira Constituição do Brasil República, de 1891, a qual é abandonada nas Constituições de 1934 e 1937, que usam a terminologia

⁵ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. “O indulto e o decreto n. 4.495, de 4 de dezembro de 2002”, in **Boletim IBCCRIM**, ano 11, n. 123, fevereiro 2003, p. 6. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/209-O-indulto-e-o-decreto-no-4495-de-4-de-dezembro-de-2002>. Acesso em 21 dez 2018.

⁶ Os registros foram localizados no banco de dados da Câmara Legislativa. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/a-camara/conheca/historia/reinounido.html>> Acesso em: 11 nov. 2017.

⁷ Também identificando este como o primeiro decreto de indulto que se tem registro: SHECAIRA, Sérgio Salomão; SHIMIZU, Bruno. Para erro político-criminal não há perdão! O indulto natalino e a liminar da Ministra Carmen Lucia. **Jota**, São Paulo, 30 dez. 2017. Disponível em: <https://www.jota.info/?pagenome=paywall&redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/para-erro-politico-criminal-nao-ha-perdao-30122017>. Acesso em: 15 dez. 2018.

⁸ Cf. ALVES, Reinaldo Rossano. **Punir e perdoar: Análise da política pública na edição dos decretos de indulto**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 78-79.

“perdoar e comutar” e “exercer o direito de graça”, respectivamente, sendo retomada pela Constituição de 1946 e mantida pelas de 1967 e de 1988.

Nota-se, ademais, que a previsão de indulto de penas está presente também na Constituição do Império, de 1824, que conferia ao Imperador, no âmbito do poder moderador, a atribuição de perdoar e moderar penas. A previsão está contida no Capítulo concernente ao Poder Moderador, que era definido pela Constituição⁹ como “*a chave de toda a organização Política*” e existiria para que o Imperador “*incessantemente vele sobre a manutenção da Independencia, equilíbrio, e harmonia dos mais Poderes Politicos*”.

O dispositivo que traz a previsão sobre o exercício do poder moderador relacionado ao perdão e à moderação das penas assim estabelece: “*Art. 101. O Imperador exerce o Poder Moderador: VIII. Perdoando, e moderando as penas impostas e os Réos condemnados por Sentença*”.

Conforme colocado, também todas as Constituições do Brasil República¹⁰ trouxeram em seu texto a previsão de perdão/gracia/indulto, havendo variações de nomenclatura e algumas especificidades em algumas delas. A fim de que se verifiquem as disposições de maneira comparada, com suas respectivas nuances, as disposições foram organizadas na tabela abaixo (Tabela 01). Registra-se, de antemão, que em todas as Constituições os dispositivos acerca do indulto são bastante sucintos.

Tabela 01: Quadro comparativo sobre a previsão de indulto nas constituições brasileiras

CONSTITUIÇÃO	PREVISÃO	OBSERVAÇÕES
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, n°s 28, e 52, § 2º;	A exceção mencionada no dispositivo e contida no artigo 34 diz respeito à competência conferida privativamente ao Congresso Nacional para “comutar e perdoar as penas impostas, por crimes de responsabilidade, aos funcionários federais”. Já o artigo 52 traz em seu bojo a previsão de que os Ministros de Estado, nos crimes comuns e de responsabilidade, serão processados e julgados pelo Supremo Tribunal

⁹ A Constituição de 1824 está disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm> Acesso em 19 dez. 2018.

¹⁰ Assim como o teor da Constituição de 1824, as Constituições do Brasil República estão igualmente disponíveis no endereço eletrônico do Planalto: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/portal-legis/legislacao-historica/constituicoes-antiores-1>> Acesso em: 20 dez. 2018.

		Federal, e, nos conexos com os do Presidente da República, pela autoridade competente para o julgamento deste.
1934	Art 56 - Compete privativamente ao Presidente da República: (...) §3º) perdoar e comutar, mediante proposta dos órgãos competentes, penas criminais;	Observa-se, que aqui, havia a necessidade de que o perdão e a comutação fossem precedidos de proposta dos órgãos competentes
1937	Art 75 - São prerrogativas do Presidente da República: (...) f) exercer o direito de graça.	A previsão transcrita ao lado diz respeito ao texto original, que foi modificado pela Lei Constitucional n.º 9 de, 28 de fevereiro de 1945, passando a constar da seguinte maneira: Art. 74 - Compete privativamente ao Presidente da República: n) exercer o direito de graça;
1946	Art 87 - Compete privativamente ao Presidente da República: (...) XIX - conceder indulto e comutar penas, com audiência dos órgãos instituídos em lei.	Aqui, a audiência dos órgãos instituídos em lei era mandatória e não opcional, como nas Constituições seguintes.
1967	Art 83 - Compete privativamente ao Presidente: (...) XX - conceder indulto e comutar penas, com audiência dos órgãos instituídos em lei.	Tal qual a Constituição de 1988, a de 1967 já previa a possibilidade de delegação, em seu parágrafo único, que assim dispunha: “A lei poderá autorizar o Presidente a delegar aos Ministros de Estado, em certos casos, as atribuições mencionadas nos itens VI, XVI e XX.” A delegação aqui, contudo, deveria ser feita por meio de lei.
Emenda n.º 1, de 1969	Art. 81. Compete privativamente ao Presidente da República: (...) XXII - conceder indulto e comutar penas com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei.	Foi a emenda n.º 1 de 1969 que afastou a necessidade de lei para que a delegação ocorresse, com a alteração do Parágrafo único, que passou a ter a seguinte redação: “O Presidente da República poderá outorgar ou delegar as atribuições mencionadas nos itens V, VIII, primeira parte, XVIII e XXII deste artigo aos Ministros de Estado ou a outras autoridades, que observarão os limites traçados nas outorgas e delegações.” Tem-se, ainda, que a oitiva dos órgãos instituídos em lei passou a ser facultativa também a partir da

1988	<p>Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:</p> <p>(...)</p> <p>XII - conceder indulto e comutar penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei;</p>	<p>emenda n.º 1.</p> <p>A possibilidade de delegação de tal atribuição é assim estabelecida: “Parágrafo único. O Presidente da República poderá delegar as atribuições mencionadas nos incisos VI, XII e XXV, primeira parte, aos Ministros de Estado, ao Procurador-Geral da República ou ao Advogado-Geral da União, que observarão os limites traçados nas respectivas delegações.”</p> <p>Ainda, embora não haja qualquer exceção à possibilidade de concessão de indulto na Constituição de 1988, ela traz exceção ao cabimento de concessão de graça, consoante transcrição abaixo:</p> <p>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.</p> <p>(...)</p> <p>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</p>
------	---	---

Observa-se, inicialmente, que, desde a Constituição de 1891, a previsão para concessão de indulto é, privativamente, do Presidente da República, norma excepcionada apenas pela própria Constituição de 1891, somente para os casos de crimes de responsabilidade de funcionários federais, para os quais a eventual concessão de perdão ficava a cargo do Congresso Nacional. Ainda, esta mesma Constituição excepciona a possibilidade de concessão de indulto presidencial nos casos de crimes praticados por Ministros de Estado.

Na Constituição de 1988, a concessão de indulto está prevista expressamente no artigo 84, inciso XII. Ainda, embora seja atribuição privativa do Presidente, a própria Constituição, no parágrafo único do mesmo artigo, autoriza a delegação de tal atribuição aos Ministros de Estado, ao Procurador-Geral da República ou ao Advogado-Geral da União, que observarão os limites traçados nas respectivas delegações.

Não se verifica na história das concessões de indulto baseados na Constituição de 1988, contudo, a ocorrência de alguma delegação, embora seja comum a participação ativa e conjunta do Ministério da Justiça em sua elaboração.

Tem-se, ademais, que não há na Constituição da República qualquer restrição à concessão presidencial de indulto, havendo apenas a menção de que o Presidente da República pode, se necessário, valer-se de audiência dos órgãos instituídos em lei. Embora, conforme transcrito na tabela acima, haja restrição constitucional ao cabimento da graça, não há pacificidade quanto à possibilidade de extensão de tal restrição à concessão do indulto, tema que será posteriormente abordado.

Desde já se registra, no entanto, conforme alertado também por Alexis de Brito¹¹, que a exclusão de crimes do cabimento da concessão da graça (e também do indulto, consoante interpretação conferida por parte da doutrina e da jurisprudência) é inédita na história das constituições brasileiras.

Isso porque, embora a Constituição de 1891 tenha trazido exceção à atribuição presidencial de concessão de indulto, a exceção esteve relacionada não com algum crime específico, mas com a competência para perdoar e comutar penas, que era do Congresso Nacional, nos casos de crimes de responsabilidade, praticados por funcionários federais, bem como com a possibilidade de obtenção de indulto por parte dos Ministros de Estado, que esteve proscrita pela primeira Constituição do Brasil República.

Assim, apenas na Constituição de 1988 haveria exceção à possibilidade de se conceder graça a alguns crimes específicos, ainda que haja divergência sobre o alcance da proibição, se à concessão também do indulto, ou se apenas à concessão de graça, concebida como a forma individualizada do instituto, de maneira que a vedação não alcance a possibilidade de concessão de indulto, instrumento de caráter coletivo.

Nota-se que o termo indulto e o termo graça são utilizados cada qual uma única vez no texto constitucional. A redação final hoje conhecida, no entanto, foi precedida de

¹¹ BRITO, Alexis Couto de. **Execução Penal**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 369.

propostas diversas no âmbito das comissões e do plenário da Assembleia Constituinte, cabendo, pois, uma breve análise das discussões e propostas que culminaram no texto hoje aprovado.

Assim, sem prejuízo da análise sobre divergência doutrinária e jurisprudencial acerca da extensão ou não da vedação de concessão de graça à concessão de indulto, a ser feito posteriormente, cumpre resgatar as discussões sobre o tema registradas nos Anais da Assembleia Constituinte.

1.1.1 – O indulto e a graça nos Anais da Assembleia Constituinte

De início, registre-se que a análise das discussões travadas para a confecção da Constituição Federal de 1988 e registradas nos Anais da Assembleia Constituinte não permite conclusão segura sobre as razões pelas quais se manteve apenas o termo graça no dispositivo constitucional que veda sua concessão a alguns crimes, tendo havido redações diversas no curso da confecção do texto constitucional, ora com o uso do termo graça, ora com o uso do termo indulto. Também, o texto pertinente à atribuição constitucional conferida ao Presidente da República teve redações que faziam menção a ambos os termos, antes de sua redação definitiva, que manteve apenas o termo indulto.

Embora as redações tenham sido alteradas no curso do processo de fazimento da Constituição, não se identificou na análise dos anais intensa preocupação com o uso de cada um dos termos e, embora haja duas menções que denotam esse cuidado técnico, não se verificou debates mais aprofundados sobre a questão.

No entanto, embora não seja possível afirmações categóricas sobre a opção pelos textos finais de ambos os dispositivos, é possível verificar que redações que abrangiam os dois termos em cada um deles foram aventadas no curso do processo de confecção constitucional, mas não prevaleceram. Em outras palavras, houve proposta de que não apenas a graça, mas também o indulto constasse na vedação contida no artigo 5º, inciso XLIII, assim como houve proposta para que a possibilidade de concessão de graça constasse no rol de atribuições do Presidente da República.

Nesse sentido, no âmbito da Comissão da Organização dos Poderes e Sistema de Governo, responsável pela elaboração inicial do texto pertinente às atribuições pertinentes

ao Presidente da República, o texto final aprovado indicava ser atribuição do Presidente da República “conceder indulto ou graça”¹², havendo menção, pois, a ambos os termos.

Possível concluir que a aquela comissão partiu da compreensão de que os termos teriam significados diversos, sendo possível, também, concluir que a redação final tenha excluído o termo graça, sob o entendimento de que ele estaria abrangido pelo termo indulto, este mais amplo.¹³

Ainda, o sistema de buscas dos Anais da Constituinte indica a existência de uma Emenda, de autoria do constituinte Expedito Machado, apresentada na Comissão da Organização dos Poderes e Sistema de Governo, na qual o dispositivo relacionado à atribuição presidencial de concessão de indulto ficaria restrita aos casos não vedados pela própria Constituição, emenda que foi rejeitada, não havendo na redação final, pois, qualquer menção à impossibilidade de concessão de indulto a casos vedados pela própria Constituição. Assim constava no dispositivo proposto e não acolhido:

SEÇÃO II

Das atribuições do Presidente da República

Art. 9o. Compete privativamente ao Presidente da República:

(...)

XIV - conceder indulto e comutar penas com audiência dos órgãos instituídos em lei e nos casos por esta não vedados.¹⁴

Por sua vez, no âmbito da subcomissão dos Direitos Políticos e Garantias Individuais e sob o entendimento de que a tortura deveria ser tratada com rigor extremo, houve sugestão por parte do constituinte Modesto da Silveira de que não apenas a tortura fosse crime considerado insuscetível de fiança, anistia e prescrição, mas que também fosse insuscetível de graça ou de indulto, diferenciando-se, pois, ambas as situações. Segue transcrição nesse sentido:

¹² O texto foi anexo à ata da 7ª Reunião Ordinária da Comissão, ocorrida em 12 de junho de 1987 e pode ser visto na página 176, disponível em:

<http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/3_Comissao_Da_Organizacao_Dos_Poderes.pdf>. Acesso em: 21 dez. 2018.

¹³ Rene Ariel Dotti indica que a possibilidade de concessão de graça estaria implícita no dispositivo constitucional, indicando que isso resta demonstrado inclusive em razão da menção constitucional à graça, no artigo 5º, inciso XLIII. Cf. DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 3. ed. ver., atual. e ampl. com colaboração de Alexandre Knopfholtz e Gustavo Britta Scandelari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 767.

¹⁴ Disponível em: <<http://www6g.senado.gov.br/apem/data/EMEN-B/72064.html>> Acesso em: 21 dez. 2018

“Pois bem. Eu acrescentaria aqui a impossibilidade da graça e do indulto como complemento ao parágrafo único do art. 16. Esta, sim, seria uma pequena inovação a punição à tortura como desdobramento do respeito físico e mental ao preso, seja provisório, seja definitivo.”¹⁵

A sugestão de Modesto da Silveira teve por base o Anteprojeto Afonso Arinos¹⁶, que trouxe inicialmente a previsão de que a tortura seria crime inafiançável e insuscetível de anistia e de prescrição.

O anteprojeto, embora não tivesse trazido em seu bojo que a tortura seria insuscetível de graça ou de indulto, não trazia, em verdade, a previsão de que seria atribuição do Presidente da República a concessão de graça ou indulto, silenciando totalmente a respeito, pelo que não faria sentido vedar sua concessão a quem pratica tortura, já que a possibilidade de conceder indulto e graça nem sequer estava prevista no anteprojeto.

Já na Comissão de Sistematização, por seu turno, verifica-se que diversas redações foram discutidas, sendo que algumas delas usavam o termo graça, outras o termo indulto e outras, ainda, apenas o termo anistia.

Os debates sobre o dispositivo em comento não giraram em torno desses diferentes termos e de seus possíveis alcances, não parecendo, consoante já colocado, que houve preocupação técnica intensa com o uso de cada qual, mas uso aleatório, que se modificava a depender de quem fazia a proposição, embora alguns constituintes, isoladamente, tenham externado preocupação com a questão.

No geral, contudo, os debates estiverem relacionados à percepção de boa parte dos constituintes de que seria necessária previsão expressa no texto constitucional que rechaçasse a prática de tortura. Ainda, debateu-se se o dispositivo deveria ou não abarcar outros crimes além da tortura, se deveria prever a inafiançabilidade, se caberia a previsão de que a pena deveria ser cumprida em regime integralmente fechado e inclusive se deveria ser vedada a concessão de anistia e indulto para tais crimes.

Ainda, na Comissão de Sistematização, votou-se pela manutenção apenas do crime de tortura no dispositivo legal, por sugestão do constituinte Antonio Mariz. Não

¹⁵ Fala na 15ª reunião da Subcomissão, ocorrida em 06 de maio de 1987, Disponível na p. 156, em: <http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/1c_Subcomissao_Da_Nacionalidade,_Dos_Direito_s_Policos,.pdf> . Acesso em: 22 dez. 2018

¹⁶Disponível em: <<https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/AfonsoArinos.pdf>>. Acesso em: 22 dez. 2018.

houve, contudo, debates sobre eventual diferença entre os termos indulto e graça e o alcance da vedação que, por fim, compôs o dispositivo constitucional¹⁷.

No mesmo sentido, as discussões ocorridas em Plenário não abarcaram eventuais diferenças entre a ideia de indulto e a de graça, mas giraram em torno da inclusão ou não do tráfico de drogas no dispositivo, tendo sido identificada sugestão do Partido Trabalhista Brasileiro que usava ainda o termo “indulto” no texto sugerido, nos seguintes termos: *"Ninguém será submetido a tortura ou tratamento desumano ou degradante. A prática da tortura e do tráfico de drogas são crimes imprescritíveis, inafiançáveis e insuscetíveis de concessão de anistia e indulto, devendo a pena ser cumprida integralmente."*¹⁸

Por outro lado, o texto aprovado na Comissão de Sistematização e o do chamado “Centrão”, traziam em seu bojo apenas o termo “graça”, havendo divergência entre eles sobre a inclusão ou não de outros crimes, para além do crime de tortura, num rol de crimes que mereceriam tratamento mais rigoroso. Seguem, respectivamente, os textos¹⁹:

"Ninguém será submetido à tortura, a penas cruéis ou a tratamento desumano ou degradante. A lei considerará a prática de tortura crime inafiançável, imprescritível e insuscetível de graça ou anistia, por ele respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-lo ou denunciá-lo, se omitirem."

" Ninguém será submetido à tortura, a penas cruéis ou a tratamento desumano ou degradante. A lei considerará a prática de tortura, o tráfico de drogas, os crimes hediondos e o terrorismo, crimes inafiançáveis, insuscetíveis, de graça ou anistia, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-lo, se omitirem."

Embora não tenha havido debate, uma das menções referidas anteriormente, que traziam preocupação um pouco mais técnica com o uso indiscriminado dos termos graça e indulto, foi do constituinte Ulisses Guimarães, que, durante as discussões em plenário, assim se posicionou, diante de uma sugestão de emenda para suprimir o termo anistia do dispositivo em comento:

“Suprima-se, do art. 5º, XLIV, a palavra "anistia".

¹⁷ Disponível em: < <https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/sistema.pdf>>. Acesso em: 22 dez. 2018.

¹⁸ Disponível na p. 81 em <<http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/N012.pdf>>. Acesso em: 22 dez. 2018.

¹⁹ Disponível na p. 166 <http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/N012.pdf>>. Acesso em: 22. Dez. 2018.

O SR. PRESIDENTE (Ulysses Guimarães): – Está presente o nobre Constituinte Theodoro Mendes? (Pausa.) A emenda de S. Ex.^a refere-se ao inciso XLIV do art. 5º, que diz: "São crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os hediondos..." S. Ex.^a deseja suprimir a palavra "anistia". Aliás, a Mesa se permite, dirigindo-se ao Relator, observar que talvez merecessem a nossa atenção as referências que às vezes vêm a indulto e graça. Parecem ser palavras sinônimas. É a atribuição que se dá, realmente, ao Executivo, de suprimir, eliminar penas ou castigos. Aqui está certo, se faz referência só à graça, que é a atribuição antiga, que os reis tinham. Modernamente, se fala em indulto. Mas isso é uma questão de redação. Concedo a palavra ao nobre Constituinte Theodoro Mendes."²⁰

Assim, o constituinte referido tinha o entendimento de que as palavras pareceriam sinônimas e que o indulto seria a forma “moderna” de se referir à graça.

Por outro lado, também no plenário, identificou-se a existência de emenda oferecida pelo constituinte Ibsen Pinheiro ao substitutivo do relator, com o intuito de estabelecer que a vedação seria não apenas à graça e à anistia, mas também ao indulto, a indicar compreensão de que os termos não seriam sinônimos (Imagem 01):

Imagem 01: Proposta de redação do constituinte Ibsen Pinheiro

EMENDA ES21151-0	
1	AUTOR IBSEN PINHEIRO
2	PARTIDO PMDB
3	PLACAR/CAMARÁ/COMISSÃO PLENÁRIO
4	DATA 31 / 08 / 87
<p>TEXTO/JUSTIFICATIVA</p> <p>Dê-se ao parágrafo 7º do artigo 6º, a seguinte redação:</p> <p>"§ 7º - Ninguém será submetido a tortura, a penas cruéis, ou a tratamento desumano, ou degradante. A lei considerará a prática da tortura crime inafiançável, imprescritível e insuscetível de graça, anistia ou indulto."</p> <p>JUSTIFICATIVA</p> <p>Se o legislador constitucional não beneficiará o torturador com a graça e a anistia, não deverá fazê-lo pelo indulto.</p>	

Também no plenário, o constituinte Denisar Arneiro apresentou emenda no mesmo sentido (Imagem 02):

²⁰ Disponível na p. 162 em: <<http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/N022.pdf>>. Acesso em: 22 dez. 2018.

Imagem 02: Proposta de redação do constituinte Denisar Arneiro

EMENDA ES27040-1	
1) AUTOR CONSTITUINTE DENISAR ARNEIRO	2) PARTIDO PMDB/RJ
3) PLANO/COMISSÃO/SUBCOMISSÃO PLENÁRIO	4) DATA 2 / 9 / 87
5) TÍTULO/ASSUNTO	
EMENDA ADITIVA	
<p>Acrescente-se ao Art 6º, Título II, Capítulo I, parágrafo 7º o seguinte:</p> <p>"Art. 6º - Ninguém será submetido a tortura, e penas cruéis, ou a tratamento desumano ou degradante. A lei considerará a prática da tortura crime inafiançável, imprescritível e insuscetível de graça, anistia <u>ou indulto</u>."</p> <p style="text-align: center;"><u>J U S T I F I C A T I V A</u></p> <p>A não inclusão do indulto no texto legal poderia beneficiar os acusados do crime de tortura, em razão por que já sendo inafiançável, imprescritível e insuscetível da graça e da anistia poderiam ficar praticamente impunes, culminando em flagrante contradição jurídica e moral.</p>	

Por fim, na Comissão de Redação, verifica-se que a constituinte Lúcia Vânia levantou a preocupação de que o termo “graça” fosse substituído pelo termo “indulto”, apontando que a graça seria, em verdade, uma espécie de indulto e que, portanto, o termo a ser utilizado deveria ser o “indulto”, já que mais abrangente. Confirma-se sua proposta (imagem 03)²¹:

²¹ Disponível em: <<http://www6g.senado.gov.br/apem/data/AVULSO/vol-315.pdf>>. Acesso em 22 dez. 2018.

Imagem 03: Proposta de redação da constituinte Lúcia Vânia

PR00351-3

AUTOR: Constituinte LÚCIA VANIA

CÓDIGO:

ARTIGO: 42

PARÁGRAFO:

INCÍDIO: XLIII

ALÍNEA:

DATA: 17/09/88

PARTELA: 01/01

TEXTO:

- a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de indulto ou anistia, a tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, os fatos de terrorismo e os definidos como crimes he-

ndados, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

JUSTIFICAÇÃO:

a) Substitua-se a palavra "graça" por indulto.
- A graça é uma espécie do indulto

b) Suprima-se a expressão "prática de".
- Basta dizer a tortura, do mesmo modo que, no mesmo texto consta o tráfico ilícito, e não "a prática do tráfico ilícito .."

c) Acrescente-se entre as palavras "afins," e "o terrorismo" os fatos de.
- O terrorismo é uma atividade multiforme, composto de fatos. Fato, para o Direito Penal, é a ação mais o resultado (dela) juridico-penalmente relevante. A norma penal incriminadora não descreve (não tipifica) atividades, mas fatos.

O que se verifica, portanto, é que houve preocupação de alguns constituintes com a manutenção apenas do termo graça no artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, sendo que alguns deles fizeram propostas de emenda para acrescentar o termo indulto no dispositivo, as quais, contudo, não foram acolhidas, havendo em uma delas, inclusive, a indicação de que a inclusão seria necessária, uma vez que o termo graça não tem a mesma abrangência que o termo indulto, sendo espécie de indulto, consoante transcrição acima.

Não obstante as diversas propostas, o texto final, como se sabe, indica apenas a proibição de concessão da graça.

Sobre a distinção apresentada pela constituinte Lúcia Vânia, registra-se que ela é sustentada por parte da doutrina, especialmente com o advento da Constituição da

República de 1988.²² Isso porque a ausência de previsão expressa quanto à possibilidade de concessão de graça no artigo 84, inciso XII, da Constituição Federal, pode ser compreendida como indicativo de que se pressupôs que a graça estaria abrangida pelo indulto, já que consistiria em uma espécie deste, não havendo necessidade de que os dois termos fossem mantidos. Há, ademais, menção expressa de ao menos uma constituinte, consoante transcrição acima, acerca do entendimento de que a graça seria espécie de indulto.

Não se ignora, no entanto, que parte considerável da doutrina considera que a graça é gênero, do qual seria espécie o indulto, compreendido como instrumento de uso coletivo, e a graça em sentido estrito, que seria o instrumento de uso individual.²³

Roberto Lyra afirma que a diferenciação entre graça e indulto, de maneira a considerar graça como favor individual e o indulto com favor coletivo, teve por propósito, no âmbito das causas extintivas de punibilidade trazidas no Código Penal de 1940, consagrar o italianismo, indicando que, no seu entendimento, esta diferenciação seria estranha à nossa língua e ao nosso Direito.²⁴

Não há, portanto, unanimidade quanto à definição dos conceitos. No presente trabalho, não obstante o protesto de Roberto Lyra, cunhar-se-á o termo graça referindo-se ao uso individual do instrumento que impede a execução da punição e o termo indulto referindo-se ao seu uso coletivo, uma vez que tal diferenciação parece mais consentânea com o fato de que apenas o termo indulto foi mantido no rol de atribuições do Presidente da República. Presume-se, neste trabalho, assim, que a possibilidade de concessão de graça está abrangida na norma contida no artigo 84, inciso XII e que o termo não foi cunhado expressamente no dispositivo em razão do entendimento de que a possibilidade de uso de tal instrumento em caráter individual é decorrência lógica da possibilidade de seu uso coletivo, em razão de seu caráter mais abrangente.

Para o presente trabalho, portanto, graça e indulto, por serem compreendidos a partir de sua abrangência, individual ou coletiva, respectivamente, podem ser compreendidos não um como espécie do outro, mas ambos como espécies de um

²² ALVES, Reinaldo Rossano. **Punir e perdoar: Análise da política pública na edição dos decretos de indulto**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, 66.

²³ Cf. FERREIRA, Ana Lúcia Tavares. **Indulto e Sistema Penal: limites, finalidades e propostas**. São Paulo: LiberArs, 2017, p. 18-21.

²⁴ LYRA, Roberto. **Comentários ao Código de Processo Penal** (Decreto-lei n.º 3.689, de 3 de Outubro de 1941, vol. VI. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1944, p. 356.

instrumento a ser utilizado pelo Presidente da República com a finalidade de afastar a punição prevista em lei e aplicada pelo Poder Judiciário.

Repise-se, também, que embora graça e indulto sejam concebidos usualmente como formas de perdão, este trabalho busca ressignificar a compreensão sobre tais instrumentos, a partir das balizas constitucionais atuais e a partir da compreensão criminológica do aparato repressivo estatal adotada nesse trabalho, das quais se extrai que graça e indulto não correspondem propriamente a um perdão, mas sim a um instrumento voltado à mitigação ou eliminação da punição, no âmbito da política criminal executada pelo Chefe do Poder Executivo Federal.

Feitas as considerações introdutórias acerca da previsão do indulto na Constituição Federal de 1988 e das propostas redacionais que precederam a redação final trazida no artigo 84, inciso XII da Constituição, bem como daquelas pertinentes à vedação de concessão de graça, contida no artigo 5º, inciso XLIII, passa-se a analisar os principais aspectos dos decretos concessivos de indulto expedidos com base na Constituição atual, bem como a identificar as principais questões controvertidas que permearam a concessão presidencial do indulto nas duas décadas que se seguiram à promulgação da Constituição Federal de 1988.

1.2. Os decretos expedidos com base na Constituição Federal de 1988: panorama geral

Todas as Constituições brasileiras, conforme exposto, trouxeram previsão sobre a possibilidade de que o Presidente da República impedisse a execução de penas aplicadas, seja referindo-se a este instrumento como perdão, seja como graça ou indulto.

A concessão presidencial de indultos vem sendo observada, assim, ao longo da história das constituições brasileiras, havendo registro da edição de 66 decretos de indulto com base nas constituições do Brasil República que antecederam a Constituição Federal de 1988.²⁵

²⁵ O número foi levantado por Reinaldo Rossano Alves, que analisou em seu trabalho os decretos anteriores à Constituição da República de 1988, traçando um paralelo entre eles, inclusive com a confecção de quando comparativo onde é possível verificar a abrangência de cada um deles ao longo dos anos. Confira em:

No contexto da Constituição de 1988, têm sido expedidos decretos anualmente, em regra por ocasião do Natal, pelo que ele é aqui conhecido também como indulto natalino, havendo inclusive uso expresso do termo “indulto natalino” nos decretos concessivos, a partir do ano de 2007. Os preâmbulos dos decretos indicam, ademais, que a concessão está ligada ao “advento do Natal” ou à “tradição comemorativa do Natal”, ou, ainda, à “tradição de conceder, por ocasião das festividades comemorativas do Natal, perdão”.

Observa-se que em todos os anos que se seguiram à promulgação da Constituição de 1988, com exceção ao ano de 2018, houve a edição de decretos concessivos de indulto no final do ano, sendo que em todos eles, com exceção do decreto de 1989, há menção expressa, seja no preâmbulo, seja a partir do próprio uso do termo “indulto natalino” que a concessão está relacionada ao Natal.

No ano de 1989, embora não tenha havido menção ao Natal, houve concessão de indulto por meio de decreto expedido no mês de dezembro, mas mencionando que a concessão ocorreria considerando a comemoração do Centenário de Proclamação da República.

O decreto 9.246/2017 foi objeto de uma ação direta de inconstitucionalidade, a ADI 5874²⁶, proposta pela Procuradoria-Geral da República com o objetivo de ver declaradas inconstitucionais partes do decreto concessivo de indulto. A Ministra Carmen Lúcia, então presidente do Supremo Tribunal Federal, concedeu ainda no ano de 2017 e durante o recesso do Poder Judiciário a medida cautelar pleiteada na ação, de maneira a suspender os efeitos de alguns dos dispositivos do decreto, suspensão que foi ratificada pelo Ministro Roberto Barroso, relator da ADI, em março de 2018, com algumas modificações. A suspensão perdurou até 09 de maio de 2019, data em que, por maioria de sete votos a quatro, o Supremo Tribunal Federal julgou improcedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Segundo notícias veiculadas à época, a suspensão de dispositivos do decreto de 2017 promovida pela Presidente do Supremo Tribunal Federal, sob o fundamento de que o

ALVES, Reinaldo Rossano. **Punir e perdoar: Análise da política pública na edição dos decretos de indulto**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

26 Os andamentos da Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI 5874 podem ser conferidos em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5336271>> Acesso em: 21 maio 2019.

decreto editado por Temer apresentaria, a princípio, desvio de finalidade,²⁷ teria influenciado a decisão de não editar o decreto natalino no ano de 2018.²⁸

Ainda, em alguns anos, houve a expedição excepcional de mais de um decreto, sendo que, além do decreto por ocasião do Natal, foi expedido ou outro. É o caso dos anos de 1989, 2017 e 2019. Ainda, embora não tenha sido expedido indulto natalino no ano de 2018, houve expedição de decreto de dia das mães no ano de 2018, tal qual ocorrera em 2017.

No caso do ano de 1989, para além do decreto expedido em dezembro, houve expedição de decreto concessivo de indulto no mês de março, sob o nº 97.576/1989, fazendo alusão à comemoração da Páscoa. Consta no endereço eletrônico da Presidência da República, contudo, que este decreto teria sido revogado pelo decreto 11 de 1991²⁹, que dispôs sobre a Estrutura Regimental do Ministério da Justiça. Registre-se que tampouco este decreto segue em vigor, havendo sucessivas revogações e novas edições de decretos que dispõem sobre a estrutura do funcionamento de tal Ministério, sendo o mais recente deles o decreto 9.662/2019.

Considerando-se a natureza do decreto 11 de 1991 e o fato de que nele constou uma longa lista de decretos por ele revogados, não parece ter havido qualquer intento de revogação voltado especificamente ao decreto de indulto por ocasião da Páscoa de 1989.

Ainda, embora seja ele alusivo a uma data comemorativa diversa do Natal, ele é bastante assemelhado aos decretos de indulto natalino, não havendo nenhuma formulação específica que o distinga dos demais, em razão da particularidade de ter sido concedido por ocasião das comemorações de Páscoa.

O decreto sem número de 12 de abril de 2017, por seu turno, foi expedido “por ocasião do Dia das Mães”, sendo um decreto bastante peculiar, já que voltado

²⁷ A questão sobre a finalidade do indulto assume importante relevo, sendo possível verificar que a então Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministra Carmen Lúcia, buscou brevemente delinear qual seria, no seu entendimento, sua “real” finalidade. De acordo com seu voto, a finalidade do indulto seria a “de realizar benignidade com quem se contempla aquele que, condenado e tendo cumprido parte da pena a ele definida judicialmente, está em condições de dificuldades humanas (doença, necessidade de reaver sua socialidade pelo implemento do erro purgado pela execução da pena, dentre outros casos)”. O voto pode ser acessado na íntegra em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI5874liminar.pdf>> Acesso em: 21 maio 2019.

²⁸ Confira em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2018-12/temer-desiste-de-assinar-indulto-de-natal-de-2018>> e <<https://www.nexojornal.com.br/expresso/2018/12/30/O-vaiv%C3%A9m-de-Temer-sobre-o-indulto-de-Natal-de-2018>>. Acesso em: 22 maio 2019.

²⁹ Confira em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1980-1989/D98389.htm>. Acesso em: 22 maio 2019.

especificamente para as mulheres presas e, com ainda mais ênfase, para as mulheres presas mães, gestantes ou únicas responsáveis por crianças e pessoas com deficiência. No mesmo sentido foi o decreto 9.370/2018.

O decreto por ocasião do dia das mães deu ressonância à constatação de que o encarceramento de mulheres vinha crescendo em ritmo mais acelerado que o de homens e de que a maioria dessas mulheres é mãe, de maneira que o impacto do aprisionamento feminino na vida das crianças é imediato.

No ano de 2015, de maneira inédita foi publicado pelo Departamento Penitenciário Nacional (Depen), o primeiro “Infopen Mulheres”, relatório produzido a partir do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen), com um recorte específico sobre mulheres.³⁰ Este relatório reflete os dados obtidos junto às Secretarias de cada Estado da Federação acerca da realidade das mulheres presas em seus respectivos Estados, tendo por período de referência o mês de junho de 2014.

A análise realizada no Infopen Mulheres concluiu que, enquanto a taxa de aprisionamento de homens entre os anos 2000 e 2014 cresceu 220%, a taxa de aprisionamento de mulheres cresceu 567%, de maneira que elas passaram a representar 6,4% das pessoas presas no Brasil em 2014, quando representavam 3,2% em 2000.

Ainda, o relatório Infopen Mulheres 2014 aborda a questão da maternidade apenas a partir da existência ou não de estrutura diferenciada para o aprisionamento de mulheres gestantes ou para acomodação de filhos e filhas dessas mulheres, constando que apenas 34% dos estabelecimentos femininos possuem “cela ou dormitório adequado para gestantes” e que apenas 32% deles possuem berçário ou centro de referência materno-infantil. Não há no relatório abordagem sobre a porcentagem das mulheres que são mães, sobre a idade de seus filhos, sobre a realização de visitas etc.

O relatório Infopen Mulheres 2016 informa, no entanto, que houve solicitação para que os Estados indicassem o número de filhos de cada mulher presa no levantamento de 2014, mas que foram obtidos registros primários referentes a apenas 3,34% da população prisional, o que melhorou timidamente no levantamento de 2016, no qual foram obtidos dados referentes a apenas 7% da população feminina.

³⁰ O relatório pode ser conferido em: <<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/relatorio-infopen-mulheres.pdf>> Acesso em 25 maio 2019.

Embora a amostra obtida seja pequena e feitas as ressalvas metodológicas decorrentes disso, o relatório indicou que 74% das mulheres presas são mães.

Também no ano de 2015 foi publicado importante pesquisa sobre o aprisionamento de mulheres mães no Brasil, a qual foi desenvolvida no âmbito do Projeto Pensando o Direito, do Ministério da Justiça, e recebeu o nome de “*Dar à luz na sombra: condições atuais e possibilidade futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão*”³¹.

Dentre as questões levantadas pela pesquisa sobre o impacto do encarceramento feminino na vida das mães presas e de seus filhos e filhas, por meio da realização de grupo focal na cadeia pública de Franca-SP, merecem destaque o rompimento abrupto dos vínculos com suas crianças, já que as mulheres usualmente não recebem visitas nas prisões, bem como os aspectos negativos de manutenção de crianças nos espaços materno-infantil localizados no interior de prisões femininas e o também abrupto rompimento do período de amamentação, com a necessidade de entrega do neném a algum familiar, aos seis meses de vida.

Por conseguinte, dentre as propostas apresentadas a partir do material levantado esteve exatamente a de que fossem ampliadas as hipóteses de indulto a mães e gestantes presas, ressaltando-se a necessidade de que o indulto abarcasse também as mulheres condenadas por tráfico de drogas, já que a criminalização do tráfico de drogas é a principal responsável pelo aprisionamento de mulheres.

A edição dos decretos de 2017 e 2018, portanto, ressona as constatações decorrentes dos levantamentos e da pesquisa acima mencionados, de maneira a olhar para o aprisionamento de mulheres a partir de questões que o circundam de maneira específica, como é o caso da maternidade e da relação de dependência muitas vezes exclusiva entre as mulheres presas e seus filhos.

No âmbito dos decretos concessivos de indulto que não fazem alusão ao Natal, por fim, está o decreto 9.760/2019, de 12 de fevereiro de 2019, que concede o chamado “indulto humanitário”.

³¹ A íntegra da publicação pode ser conferida em: < <https://www.justica.gov.br/news/201clugar-de-crianca-nao-e-na-prisao-nem-longe-de-sua-mae201d-diz-pesquisa/pesquisa-dar-a-luz-na-sombra-1.pdf>> Acesso em: 25 maio 2019.

Contrariando o anúncio público de que não haveria concessão de indulto em seu mandato³², o Presidente da República editou referido decreto, prevendo-se a sua concessão apenas para casos de pessoas presas acometidas por paraplegia, tetraplegia ou cegueira, ou por doenças graves nos termos nele discriminados, bem como excluindo da possibilidade de obtenção deste indulto as pessoas condenadas por crimes hediondos, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa e por alguns crimes contra a Administração Pública e a Administração em Geral, como o peculato, a corrupção passiva e a ativa, entre outros.

Apresentado um panorama geral sobre os decretos de indulto editados a partir da Constituição de 1988, cumpre detalhar os principais elementos usualmente estruturantes dos decretos e sua evolução ao longo do tempo.

³² Confira em: <<https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2018/11/28/bolsonaro-indulto-natal-temer.htm>> Acesso em: 28 dez. 2019.

CAPÍTULO 2 – ELEMENTOS DOS DECRETOS CONCESSIVOS DE INDULTO EXPEDIDOS COM BASE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1998

2.1 Elementos estruturantes nos decretos

É possível observar nos decretos embasados na Constituição Federal de 1988 a constância de alguns elementos que podem ser considerados estruturantes.

A previsão constitucional acerca do indulto é bastante sucinta, não havendo no dispositivo que o prevê qualquer elemento cuja presença seja essencial, nem tampouco qualquer norte ou limite pré-estabelecido na Constituição.

O que se verifica na estrutura dos decretos editados posteriormente à promulgação da Constituição de 1988 é que ela é bastante semelhante à estrutura dos decretos anteriores a ela, havendo, ao longo do tempo, a adição de situações específicas e a ampliação de hipóteses de cabimento do indulto, crescente que é interrompida com o decreto de 2015, editado pela Presidenta Dilma (já que ele apenas reproduz o decreto de 2014), e que sofre revés com os decretos de 2016 e 2017, do Presidente Temer³³, e de 2019, do Presidente Bolsonaro, respectivamente, que, em regra, reduzem as hipóteses de cabimento de indulto.

Embora não haja elementos preestabelecidos na própria Constituição de 1988, a natureza coletiva do indulto exige, como regra, a adoção de critérios e elementos generalizantes, sendo possível, a partir da análise de todos os decretos até então editados, afirmar a existência de elementos comumente presentes que dão estrutura, conteúdo e forma ao indulto.

Nesse sentido, possível dividir os elementos constantes nos decretos em dois grandes grupos: o dos requisitos que devem ser preenchidos pela pessoa a ser indultada e o dos procedimentos que devem ser observados para que o indulto concedido pela Presidência seja efetivado.

³³ Conforme será analisado adiante, embora o decreto de 2017 tenha sido objeto de ADI, com a indicação de que teria ampliado as hipóteses de indulto, ao afastar a previsão de tempo máximo de condenação trazida nos decretos anteriores, o alcance do decreto de 2017, assim como o de 2016, quando se analisa a população prisional e condenada como um todo, foi menor que o dos decretos anteriores.

Os decretos concessivos expedidos com base na Constituição da República de 1988 foram usualmente concedidos por ocasião do Natal, havendo cinco exceções. As duas primeiras delas correspondem a dois decretos concedidos no ano de 1989, sendo que um deles foi concedido em março, fazendo-se alusão à celebração de Páscoa, e o outro em dezembro, que foi concedido considerando a comemoração do Centenário da Proclamação da República.

Embora estes dois decretos não possam ser chamados de decretos de indulto natalino, tem-se que eles não guardam qualquer peculiaridade que os diferencie dos demais decretos concedidos por ocasião do Natal, pelo que a análise dos dois grupos de elementos que compõem os decretos abrange também os dispositivos neles contidos.

Os outros três decretos específicos, quais sejam os decretos de 2017 e de 2018, concedidos por ocasião do Dia das Mães, e o decreto de 2019, no qual indicado expressamente que ele consistiria em concessão de indulto humanitário, têm peculiaridades, já que não definiram regras gerais para a população prisional como um todo, mas fundamentaram o indulto em situações específicas que permeiam a vida de parcela dessa população, como a maternagem, no caso dos decretos de dia das mães, e a situação de doença ou deficiência, no caso do indulto humanitário.

Ainda, o decreto em que concedido o indulto natalino no ano de 2019, pelo Presidente Jair Bolsonaro, tem estrutura diferente de todos os decretos natalinos anteriores, já que focado especificamente em agentes de segurança pública e em crimes relacionados ao exercício da função.

2.2 Requisitos para a obtenção do indulto

No âmbito dos requisitos para a obtenção do indulto, observa-se que os decretos concessivos de indulto usualmente adotam um critério de lapso temporal de pena cumprida e de pena máxima fixada, que varia se a pessoa é primária ou reincidente, chamado de critério ou requisito objetivo, bem como um critério de mérito da pessoa encarcerada, chamado de critério ou requisito subjetivo.³⁴

³⁴ Já no decreto de 1988, há referência ao termo “requisitos objetivos”, em seu artigo 8º, que estabelece que as autoridades responsáveis pela custódia das pessoas presas devem encaminhar ao juízo das execuções relação de pessoas que satisfaçam os requisitos objetivos. A adoção dos termos requisitos objetivos e

Assim, para a obtenção do indulto, a pessoa presa usualmente deve ter cumprido uma fração de uma pena máxima a que foi condenada e, ainda, ter apresentado mérito aferível através de seu comportamento, durante determinado período preestabelecido no decreto.

Ainda, ao longo dos anos os decretos trazem listas de crimes impeditivos, de maneira que, mesmo cumprindo os requisitos objetivo e subjetivo, a pessoa condenada por determinados crimes não é alcançada pelo indulto.

Também, para além da regra geral para a obtenção do indulto, que depende do cumprimento do lapso, de uma pena máxima, de condenação por crime não impeditivo e de bom comportamento carcerário, foram sendo adicionadas aos decretos hipóteses alternativas de concessão de indulto, com o afrouxamento ou mesmo afastamento dos critérios objetivo e subjetivo, como é o caso do indulto concedido a pessoas idosas e aquele concedido por razões humanitárias, quando a pessoa em cumprimento de pena é pessoa com deficiência ou é acometida por doença grave.

Ainda, desde o ano de 2008, o indulto passou a ser estendido, a partir de critérios próprios, a pessoas em cumprimento de medida de segurança, o que perdurou até o decreto do ano de 2017.

Também, há decretos com previsões específicas de indulto para pessoas condenadas a penas não privativas de liberdade, como as penas restritivas de direitos e a pena de multa.

Anote-se que até o decreto de 2015 todos eles previram a redução/comutação de penas. Em 2016, contudo, o Presidente Temer deixou de conceder comutação, a qual tampouco foi concedida nos decretos de 2017 e de 2019.

A comutação, como explica Rodrigo Roig, é a transformação da pena inicialmente imposta pelo Poder Judiciário em outra pena, de caráter quantitativa ou qualitativamente mais branda, procedida pela Presidência da República, a partir de determinado critérios. Roig registra que há compreensão diversa sobre o conceito de comutação, pela qual ela seria uma espécie de indulto parcial da pena, através da qual a pena é reduzida, mas aponta

subjetivos é igualmente feita pela doutrina, conforme se observa em: ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução Penal**: teoria crítica. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 494 e ALVES, Reinaldo Rossano. *Op. Cit.*, p. 253.

que esta não seria a compreensão mais adequada, já que, sendo o indulto causa extintiva da punibilidade, não seria logicamente possível a existência de causa extintiva parcial.³⁵

Somam-se às colocações de Rodrigo Roig a possibilidade, embora nunca verificada na prática dos decretos expedidos pós-88, de que uma pena privativa de liberdade seja comutada de maneira a ser substituída por outra diversa da prisão.³⁶ Neste caso, não haveria mera redução de pena, mas verdadeira transmutação, o que parece abrangível pelo termo “comutar penas”, previsto no artigo 84, inciso XII da Constituição da República.

O fato de que as comutações usualmente concedidas nos decretos concessivos consubstanciam-se numa forma que demanda cálculo de pena a partir de operação matemática de subtração não significa que ela seja equivalente a redução. A forma, aqui, não reflete o todo de seu conteúdo.

Parece, assim, que o termo abrandar abrange com mais precisão as possibilidades de comutação, parecendo igualmente acertado o apontamento de Rodrigo Roig no sentido de que, juridicamente, a concessão de comutação deve ser compreendida como a mutação de penas, em razão do abrandamento por ela promovido.

Não obstante, necessário pontuar que os primeiros decretos expedidos com base na Constituição Federal de 1988 não trouxeram o termo comutação, mas apenas o termo redução de penas. O verbo comutar passou a ser utilizado apenas a partir do decreto 245 de 1991.

A comutação, tal qual ocorreu com a redução, vem sendo concedida nos decretos concessivos àquelas pessoas que não se enquadram nos requisitos para a obtenção de indulto e que, cumprindo requisitos um pouco mais brandos, têm a pena abrandada, exurgindo, com a comutação, a nova pena a ser executada.

Cumpre, assim, analisar mais detidamente os critérios para obtenção do indulto. Anote-se que há uma variedade de requisitos que estiveram presentes em parte dos decretos, não sendo reproduzidos nos demais, de maneira que a análise não recairá sobre todas as minúcias de todos os decretos, mas sobre elementos presentes com constância nos decretos ao longo dos anos e/ou aqueles objeto de controvérsia na doutrina e na

³⁵ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Op. cit.*, p. 476.

³⁶ Nesse sentido: BRITO, Alexis de Couto. **Execução Penal**. 2ª ed. rev. ampl. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 375

jurisprudência pátria, viabilizando-se a compreensão do instituto como um todo e das questões que permeiam as divergências, bem como das respostas possíveis a elas.

2.2.1 Requisitos objetivos: lapso temporal e pena máxima aplicada

Observa-se ao longo dos decretos concessivos de indulto a presença de uma regra geral para a sua obtenção.

Considera-se a regra geral aquela que estabelece apenas a quantidade de uma determinada pena a ser cumprida e um comportamento considerado adequado durante o cumprimento da pena. Além da hipótese relativa à regra geral, há, conforme colocado, diversas outras possibilidades de obtenção de indulto inseridas nos decretos ao longo dos anos, como as que consideram a idade da pessoa, a existência de alguma doença grave, a condição de pessoa com deficiência, o cumprimento ininterrupto de determinado tempo de pena etc.

Pela regra geral, o indulto é concedido às pessoas condenadas a penas privativas de liberdade não superior a determinada quantidade de anos e que tenham cumprido uma fração desta pena, que varia a depender se a pessoa é reincidente ou primária. Esta fórmula já é observada no próprio decreto 97.164/1988, primeiro editado sob a égide da CF de 1988. Também, já no decreto de 1988 é estabelecido que, para fins de se verificar a pena máxima, devem ser somadas as penas correspondentes a infrações diversas.

Tal fórmula foi observada, ainda, em todos os decretos que se seguiram, com exceção do decreto de 9.246/2017, que cindiu a regra geral em duas, estabelecendo apenas a necessidade de cumprimento de determinada fração para os crimes praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa, independentemente de tempo máximo de pena aplicada, e, para os crimes com violência ou grave ameaça, exigiu o cumprimento de outros lapsos de pena e impôs um limite de pena máxima aplicada.

O afastamento do limite máximo de pena para concessão de indulto para pessoas condenadas por crimes sem violência ou grave ameaça à pessoa, previsto no decreto de 2017, aliás, foi um dos elementos utilizados pelo relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5874, Ministro Luís Roberto Barroso, para conceder a medida cautelar para suspender o artigo correspondente do decreto.

Anote-se, ainda, que os decretos de indulto natalino estabelecem como marco para a verificação do preenchimento dos requisitos objetivos a data de 25 de dezembro do ano em que foi publicado, ou seja, o Natal do ano em que concedido o indulto..

O primeiro decreto editado com base na Constituição de 1988 estabeleceu como regra geral para a concessão do indulto a condenação a uma pena máxima de 04 anos e o cumprimento de, no mínimo, um terço da pena, para pessoas apenas primárias, e de, no mínimo, metade, para as reincidentes, para além do requisito subjetivo.

A fração de um terço, no caso de primários, e de metade, no caso de reincidentes, foi repetida em todos os demais decretos, até o decreto de 2015.

O decreto de 2016 diferenciou as frações, a depender do crime ter sido praticado com violência ou grave ameaça à pessoa ou não, bem como a depender da pena máxima aplicada, nos casos de crimes com violência ou grave ameaça.

Houve redução das frações, nos casos de condenação por crime sem violência ou grave ameaça, devendo haver o cumprimento de um quarto da pena, no caso de não reincidentes, e de um terço da pena, no caso de reincidentes. Para as condenações por crimes com violência ou grave ameaça à pessoa, foram mantidas as frações de um terço e metade, para pessoas condenadas a uma pena máxima de quatro anos, e foram elas aumentadas quando a pena for superior a quatro e não ultrapassar oito anos, exigindo-se o cumprimento, neste caso, de metade para os primários e de dois terços para os reincidentes.

O decreto de 2017, por seu turno, manteve a divisão de frações nas três hipóteses acima expostas, mas reduziu ainda mais a fração a ser cumprida para as pessoas apenas por crimes sem violência ou grave ameaça primárias, exigindo-se o cumprimento de um quinto da pena para os primários e de um terço para os reincidentes. Ainda, como exposto acima, foi excluída, nesta hipótese, qualquer exigência de pena máxima de condenação.

Ao contrário do que ocorreu com as frações de pena a serem cumpridas para a obtenção do indulto, em relação às quais observada estabilidade no *quantum*, até as alterações promovidas pelo decreto de 2016, as penas máximas de cumprimento sofreram alteração ao longo do tempo, com o paulatino aumento da pena máxima limite para a obtenção do indulto, até a ausência de tal limitação observada no decreto de 2017.

Nesse sentido, os primeiros decretos concessivos de indulto estabeleceram como limite máximo para a sua obtenção a condenação a uma pena máxima de quatro anos. A partir de 1993, o limite foi alargado, estabelecendo-se a pena máxima em seis anos, o que

perdurou até o decreto de 2006, com exceção do ano de 2000, quando estabelecida a pena máxima de quatro anos. A partir de 2007, o limite máximo de condenação foi estendido para oito anos, o que perdurou enquanto regra geral até o decreto de 2010.

Já no decreto de 2011, houve uma cisão na regra geral no que concerne ao tempo máximo de pena total como limite para obtenção do indulto. Manteve-se a pena máxima de oito anos, para os crimes praticados com violência ou grave ameaça à pessoa, mas houve aumento do limite máximo para doze anos, no caso de pessoas condenadas por crimes sem violência ou grave ameaça. Esta regra foi reproduzida nos decretos seguintes, até o decreto de 2015.

O decreto de 2016, conforme já exposto, cindiu a regra geral em três hipóteses, mantendo o limite de doze anos para condenados por crime sem violência ou grave ameaça à pessoa e estabelecendo dois limites diversos, um de quatro anos e outro de oito, cabendo o cumprimento de frações menos ou mais rigorosas, respectivamente.

O decreto de 2017, também como já exposto, eliminou a exigência de pena máxima de condenação quando o crime foi praticado sem violência ou grave ameaça à pessoa e manteve os dois limites máximos, em quatro anos ou oito anos, com diferenciação nas frações de pena a serem cumpridas.

Esta fórmula geral pela qual o indulto é concedido, com a verificação de determinado lapso de cumprimento de pena e do comportamento da pessoa durante seu cumprimento é reproduzida, ainda, em outros dispositivos previstos nos decretos, quando alguma outra circunstância específica é exigida para sua obtenção, amenizando-se o rigor da quantidade de pena a ser cumprida, como é o caso, por exemplo, do indulto concedido a pessoas idosas ou maiores de setenta anos.

A compreensão desta fórmula, portanto, parece importante para a compreensão de uma parte significativa das hipóteses de cabimento do indulto.

Ao lado destes requisitos chamados de objetivos, a obtenção do indulto, pela regra geral, também exige a verificação do comportamento carcerário, ou seja, de um requisito de cunho subjetivo, o que será explorado no tópico seguinte.

2.2.2 *O chamado requisito subjetivo*

Os decretos concessivos de indulto estabelecem como regra geral, para além da necessidade de cumprimento de determinada quantidade de pena aplicada, a necessidade

de que o comportamento da pessoa condenada tenha sido adequado durante determinado período de cumprimento de pena.

Para isso, foram estabelecidas regras nos decretos para aferição deste comportamento, podendo ser verificado um movimento de “objetivação” deste requisito subjetivo, ao longo dos anos.

No primeiro decreto em que concedido o indulto com base na Constituição de 1988, a previsão da aferição do comportamento durante o cumprimento de pena confere margem de subjetividade bastante alargada.

Verifica-se que o decreto 97.164 de 1988, em seu artigo 1º, inciso I, estabelece que é concedido indulto aos condenados a pena não superior a quatro anos, que cumpriram, “*com boa conduta prisional*”, determinada fração da pena. Em complemento, o artigo 5º do decreto, em seus incisos II, V e VI, estabelece uma série de exigências relacionadas à conduta da pessoa condenada presa e às suas “*condições pessoais*”, para a obtenção do indulto ou da redução³⁷ da pena.

O inciso II estabelece como exigência que a pessoa condenada tenha “*participado, nos limites de suas possibilidades pessoais, do processo de ressocialização, quando realizado no estabelecimento em que esteja cumprindo pena*”. O inciso V exige que se tenha “*demonstrado possuir comportamento satisfatório durante a execução da pena, bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído e aptidão para prover a própria subsistência mediante trabalho honesto*”. O inciso VI estabelece como requisito “*evidenciar, especialmente se condenado por crime doloso, cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, condições especiais que façam presumir que não mais voltará a delinquir.*”

Ainda, o artigo 8º do decreto atribui às autoridades responsáveis pela custódia dos/as condenados/as o encaminhamento de relação das pessoas presas que satisfaçam os requisitos objetivos e estabelece que tais autoridades devem, desde logo, encaminhar informações circunstanciadas da vida prisional e conduta de cada uma delas, para fins do artigo 193 da Lei de Execuções Penais. Este é o artigo que estabelece que o Juiz deve julgar extinta a pena ou adequar a execução aos termos do decreto, caso a pessoa tenha sido alcançada pelo indulto coletivo.

As disposições do decreto de 1988 acerca dos requisitos subjetivos são um retrato de como a legislação recém-formulada à época pretendeu desenhar a execução da pena.

³⁷ Conforme adiantado, o decreto de 1988 não fala em comutação, mas em redução da pena.

Como se vê nos dispositivos citados, os requisitos cuidam de questões efetivamente bastante subjetivas, uma vez que relacionadas não apenas ao comportamento durante o cumprimento da pena, mas também à participação no chamado processo de ressocialização, a ser aferido pelas autoridades administrativas que gerem os cárceres, sem a indicação de elementos objetivos que possam nortear a avaliação. Também, porque relacionadas ao que se nomeia “*condições pessoais*” da pessoa presa, o que com ainda mais intensidade abre margem para avaliações subjetivas da autoridade administrativa.

Ainda, embora o decreto remeta ao Juízo das Execuções apenas a declaração de extinção da pena, caso cumpridos os requisitos, inevitável que as informações circunstanciadas sejam submetidas também à apreciação do Juízo, havendo, pois, um duplo espaço subjetivo de análise da boa conduta.

As exigências, como se vê, ressonam as disposições da então recente Lei de Execuções Penais (LEP), Lei 7.210/1984.

Conforme se verifica na exposição de motivos da LEP, itens 26 a 37, a perspectiva de que a pena fosse instrumento de um chamado “*tratamento penal*” inspirou a elaboração da normativa consolidada na referida lei e, para efetivação da “*recuperação social*” da pessoa condenada, considerou-se imprescindível que ela fosse submetida a uma classificação, aferindo-se, através de um exame de personalidade e de um exame criminológico, quem é a pessoa condenada e qual a relação entre quem ela é e o crime por ela cometido, de maneira a ser possível estruturar um programa individualizado de pena e acompanhar as mutações ocorridas ao longo do cumprimento da pena.³⁸

Carmen Silva de Moraes Barros, embora rechaçando a perspectiva de tratamento penal, aponta que os exames em questão dão concretude aos princípios da personalidade e da individualização das penas, já que só com eles seria possível a oferta de atividades que permitiriam o livre desenvolvimento da personalidade de cada pessoa a presa e poderiam atuar para evitar ao máximo possível sua dessocialização.³⁹

Para tanto, ainda pelo que se extrai da Exposição de Motivos, necessário que tais exames fossem realizados logo no início do cumprimento da pena – no caso do exame

³⁸ A íntegra da exposição de motivos da Lei de Execuções Penais pode ser conferida em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7210-11-julho-1984-356938-exposicaodemotivos-149285-pl.html>>. Acesso em: 27.05.2020.

³⁹ BARROS, Carmen Silvia de Moraes. **A individualização da pena na execução penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 138-139.

criminológico, no entanto, alerta-se para a necessidade de que se aguarde o trânsito em julgado da condenação, em respeito ao princípio da presunção de inocência –, viabilizando-se que a evolução fosse acompanhada pela Comissão Técnica de Classificação. O “*mérito do sentenciado*”, afirma-se na Exposição, é a baliza para a execução progressiva e, pois, para a soltura progressiva.

Barros também destaca que os exames de classificação a partir da análise da personalidade e dos antecedentes e o exame criminológico deveriam, em observância à lógica do sistema instituído pela Lei de Execuções Penais, ser realizados no início da execução da pena, sob pena de não haver parâmetros para que seja possível afirmar ou negar se os efeitos alegadamente pretendidos com o cumprimento da pena foram alcançados.⁴⁰

Assim, como dito, ressonando a legislação e a compreensão oficialmente declarada da época sobre como a pena seria executada e o que se esperava dela, colocou-se como condição para a obtenção do indulto um aproveitamento da pena por parte da pessoa a ela submetida.

Não bastava, pois, a boa conduta, mas necessário que a pessoa condenada demonstrasse, observados os limites de suas possibilidades pessoais, engajamento com o programa de ressocialização a ela proposto e disposição e aptidão para o trabalho. Ainda, à obtenção do indulto, necessário que estivessem evidenciadas condições pessoais que fizessem presumir que a pessoa não mais voltaria a delinquir, ou seja, demandada a realização de prognóstico de reincidência.

O requisito subjetivo com este alto nível de detalhamento e subjetividade foi reproduzido nos decretos de 1989 e no decreto de 1990. No decreto de 1991, a exigência de adesão ao “*processo de ressocialização*” deve observar não apenas os limites pessoais da pessoa condenada, mas também os limites impostos pelas “*condições do estabelecimento prisional*”, o que aponta para um reconhecimento da ausência de correspondência entre o programa previsto pela Lei de Execuções Penais e a realidade concreta no programa ofertado em boa parte das unidades prisionais, o que será detalhado à frente.

⁴⁰ BARROS, Carmen Silvia de Moraes. **A individualização da pena na execução penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 140.

No decreto de 1992, por seu turno, excluiu-se a previsão de adesão ao processo de ressocialização, exclusão que se observa em todos os decretos que o seguiram, mas se manteve a menção à necessidade de manutenção de bom comportamento e a exigência de constatação de condições que façam presumir que a pessoa não voltará a delinquir, apenas em casos de condenados por crimes dolosos cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa.

O decreto de 1993 inaugurou, então, a fórmula que limita a avaliação do bom comportamento aos doze meses que antecedem a publicação do decreto, mantendo a necessidade de que estejam evidenciadas condições pessoais que façam presumir que não haverá recidiva.

Já o de 1994 acrescenta à necessidade de demonstração de bom comportamento nos doze meses anteriores que sua demonstração será feita através de relatório da autoridade responsável pela custódia. Ainda, nele não mais consta a necessidade de demonstração de condições pessoais indicativas de que a pessoa não voltará a praticar crimes.

As exigências de cunho subjetivo, tais como previstas no decreto de 1994, foram reproduzidas nos decretos de 1995 e de 1996.

A menção expressa à ausência de anotação de falta grave em desfavor da pessoa presa nos doze meses anteriores, como critério para a aferição do “bom comportamento”, surge, então, no decreto de 1997. Ela foi reproduzida nos decretos seguintes, de 1998 a 2017, passando a constar expressamente no decreto de 2002 que a contagem do período de doze meses deve ser feita retroativamente a partir da publicação do decreto. Ainda, a partir do decreto de 2009, passou a constar expressamente que apenas as faltas graves homologadas judicialmente, com observância do contraditório e da ampla defesa, seriam obstativas da obtenção de indulto e comutação.

Anote-se que a exigência de preenchimento de requisito subjetivo no decreto de 2002 menciona apenas o indulto, não havendo indicação da necessidade de seu preenchimento para a obtenção da comutação, situação que não se verificou em nenhum outro decreto expedido com base na Constituição de 1988.

O decreto de 2011 mantém a menção à ausência de falta grave nos doze meses anteriores à publicação do decreto, mas inova ao deixar de exigir a observância do requisito subjetivo, nos casos de indulto humanitário e de indulto concedido às pessoas

sancionadas penalmente com medida de segurança, o que é mantido nos decretos seguintes, até e inclusive o de 2015.

O decreto de 2012 também traz elemento novo à previsão da falta grave como circunstância que obsta a obtenção de indulto e comutação, que reforça o caráter jurisdicional da execução penal: exige-se expressamente que a falta grave praticada nos doze meses anteriores à publicação do decreto concessivo tenha sido homologada pelo juízo competente em audiência de justificação.

O de 2013 esclarece que a falta grave praticada após a publicação do decreto não suspende, nem impede a obtenção do indulto.

Estas previsões sobre a falta grave e suas sucessivas inovações são mantidas até o decreto de 2015.

Com o decreto de 2016, o primeiro do Governo Temer, mantém-se a previsão de que a falta grave impeditiva da obtenção de indulto e de comutação é a praticada nos doze meses anteriores à publicação do decreto, bem como a necessidade de que ela seja submetida à apreciação do Juízo da Execução, mas se deixa de mencionar expressamente a necessidade de que seja realizada audiência de justificação, acrescentando-se que a decisão sobre o cabimento do indulto deve ser postergada até a análise judicial sobre a falta, que deve ocorrer em regime de urgência.

Ainda, o decreto de 2016 deixa de apontar o indulto humanitário e o indulto às pessoas submetidas a medida de segurança como exceções à necessidade de observância do requisito subjetivo.

O decreto de 2017 retoma, então, a necessidade de que a falta grave tenha sido objeto de apuração e sanção em audiência de justificação. Ainda, estabelece no âmbito do requisito subjetivo, que pessoas inseridas em regime disciplinar diferenciado e aquelas inseridas no Sistema Penitenciário Federal (a menos que a inserção seja por vontade do próprio preso), nos dois casos em qualquer fase de cumprimento de pena, não serão alcançadas pelo indulto e pela comutação.

As disposições verificadas na análise dos decretos do indulto editados ao longo do tempo são reveladoras de três movimentos importantes: o primeiro, já adiantado, é que o requisito subjetivo foi ganhando contornos de objetividade ao longo do tempo. O segundo é que ao longo dos anos houve um esforço no sentido de se deixar evidenciado que o indulto e a comutação são concedidos pelo Presidente da República e que a concessão

ocorre, portanto, na data da publicação do decreto, não sendo admissível que fatos posteriores a ela sejam colocados pelo Poder Judiciário como óbices à obtenção do indulto e da comutação; em outras palavras, verifica-se um esforço no sentido de reafirmar a competência privativa do Presidente da República para a concessão de indulto e comutação. O terceiro diz respeito a uma demanda de jurisdicionalização efetiva da apreciação do requisito subjetivo, o que se observa especialmente na exigência de que, para obstar a obtenção do indulto e da comutação, a falta grave deve ter sido avaliada em audiência de justificação.

No que concerne ao processo de “objetivação” do requisito subjetivo observado ao longo dos anos, verifica-se que houve um abandono paulatino de circunstâncias demasiado subjetivas e abertas à interpretação da autoridade responsável pela custódia da pessoa presa e do Juízo da Execução.

Nesse sentido, verificou-se, inicialmente, a exclusão da exigência de demonstração de engajamento com o “*processo de ressocialização*” em tese ofertado na unidade prisional. Posteriormente, também houve o abandono da necessidade da demonstração de condições pessoais que façam presumir que a pessoa não mais voltaria a delinquir.

Sobre a exclusão da demonstração de disposição para participar do processo de ressocialização, tem-se por hipótese que ela decorre da absoluta ausência de compatibilidade concreta entre o sistema previsto pela Lei de Execuções Penais e a realidade do encarceramento no Brasil, a revelar uma adesão, ainda que ao menos tácita e prática, a teorias da pena que a equivalem a mecanismo de mera contenção física e de neutralização.

A fim de respaldar essa hipótese, realiza-se pequena digressão sobre as ideias que inspiraram, ao menos declaradamente, o programa de individualização delineado na LEP, bem como as constatações que antecederam e que seguiram a edição da lei de execução penal sobre a realidade do aprisionamento no Brasil, já que elas parecem explicar a adesão nos primeiros decretos do indulto a uma perspectiva reformadora da pena e o abandono paulatino dessa perspectiva, ao longo dos anos.

A exposição de motivos da Lei de Execuções Penais expressamente anuncia a LEP como uma lei que busca a humanização das penas, com adesão a uma perspectiva criminológica positivista, que se centra na pessoa condenada e na pretensão de sua

correção. Pretende-se com ela, ao menos declaradamente, a construção de uma execução penal humanizada e a implementação da pena como tratamento voltado à criação de condições para que a pessoa presa fosse integrada à sociedade e “*recuperada socialmente*”.

De maneira a permitir melhor compreensão quanto às perspectivas teóricas que inspiraram a legislação penal de 1984, assume relevo a pesquisa de Francisco Thiago Rocha Vasconcelos, que investigou os discursos científicos e as reflexões propostas por médicos e juristas, relacionando-as com as práticas penais no Brasil, no período compreendido entre 1947 e 1980, destacando-se seu entendimento de que “*as políticas criminais são formadas a partir da construção simbólica e de apropriação do medo e da insegurança por parte das elites políticas e econômicas*”.⁴¹

Vasconcelos realizou minuciosa pesquisa nos arquivos da *Revue Internationale de Criminologie e Police Technique* (RICPT), órgão da Sociedade Internacional de Criminologia que ele aponta como um dos principais veículos de divulgação de ideias penais no período por ele analisado. No âmbito das ideias divulgadas, ele destaca a “*convivência e rivalidade entre política criminal de defesa social, associada a técnicas criminológicas de exame clínico e controle social, (...) e da ‘nova defesa social’, com visão mais humanista, com grande ênfase no ideal de ressocialização*” e analisa os sete artigos escritos por brasileiros, os quais também refletem a coexistência de tais ideias.⁴²

A análise de tais artigos permitiu que o autor identificasse inclusive a tentativa de construção de uma unidade latino-americana em torno das ideias e práticas penais, baseado nas experiências dos países nórdicos, objetivando-se compatibilizar direitos humanos e penalização do crime, evitando-se enfoques totalitários no exercício da punição, tentativa que restou frustrada pela difusão de regimes ditatoriais na América Latina.⁴³

Ainda, a exposição de motivos da Lei de Execuções Penais deixa transparecer que a comissão de juristas e o então Ministro da Justiça sustentam, ao menos declaradamente, as funções que pretendem dar à pena, baseadas em direitos humanos e com vistas à

⁴¹ VASCONCELOS, Francisco Thiago Rocha. Transições na história da criminologia no Brasil: redes acadêmicas, circulação de ideias e problemas públicos entre 1947-1980. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 27, n. 152, p. 349-381, fev.. 2019. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=149868. Acesso em: 13 jun. 2020.

⁴² Ibidem, p. 363.

⁴³ Ibidem, p. 366.

recuperação social da pessoa condenada, perspectivas que influenciavam os juristas e criminólogos da época, como constatado pelo referido autor.⁴⁴

Vasconcelos aponta, ainda, para a coexistência de paradigmas que explicam o crime, indicando, contudo, para a proeminência no período das correntes sociojurídicas, em detrimento das teorias biodeterministas.⁴⁵

Gabriel Ignácio Anitua igualmente identifica que a crise do paradigma do positivismo criminológico à época, especialmente em decorrência das consequências do regime nazista, recai notadamente sobre as explicações biológicas para o crime, de maneira que ganham relevo as teorias sociológicas explicativas do fenômeno criminal, reconhecendo-se, contudo, que elas seguem permeadas por conceitos biológicos.⁴⁶

Ele igualmente aponta que a criminologia seguia sendo permeada pela coexistência das teorias sociológicas e das médicas e psicológicas, destacando o desenvolvimento paralelo do enfoque condutista, desenvolvido com mais rigor por Burrus F. Skinner. Anitua destaca que tal enfoque reconhecia como multifatorial a causa da conduta criminosa, mas, em razão de dar relevância precisamente para a análise da conduta de determinada pessoa, ainda que influenciada por uma infinidade de fatores, seu desenvolvimento abre espaço para o tratamento penal individualizado. Anitua explica que, embora consolidado o paradigma etiológico numa infinidade de causas, “*em última instância, na hora de aplicar o castigo, voltavam a recair todas no indivíduo delinquente*”, já que, embora reconhecendo-se a infinidade de causas, sua personalidade estaria moldada por elas. Por conseguinte, as causas serviam de base não apenas para uma teoria, mas particularmente para uma prática penal.⁴⁷

Anitua, conclui, sobre a transposição de tais teorias em voga para a prática judicial e penitenciária:

“É assim, que, ao lado do pensamento de raiz sociológica ou do determinismo condutista ou ambiental, que em última instância viam a criminalidade como fenômeno social e atendiam aos fatores estruturais ou

⁴⁴ A elaboração do anteprojeto da Lei de Execução Penal foi confiada a uma comissão de juristas, composta por Francisco de Assis Toledo, como coordenador, René Ariel Dotti, Benjamin Moraes filho, Miguel Reale Junior, Rogério Lauria Tucci, Ricardo Antunes Andreucci, Sérgio Marcos de Moraes Pitombo e Negi Calixto. Confira em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD01JUL1983SUP_B.pdf#page=1>. Acesso em: 14 jun. 2020.

⁴⁵ VASCONCELOS, Francisco Thiago Rocha. *Op. cit.*, p. 367.

⁴⁶ ANITUA, Gabriel Ignácio, *Op. cit.*, p. 517.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 518-525.

da interação, persistia outro tipo de pensamento, que reduzia o problema etiológico ao problema individual.”⁴⁸

As constatações sobre as correntes teóricas proeminentes à época permite melhor compreensão, assim, sobre as diretrizes insculpidas na Lei de Execução Penal para classificação e tratamento da pessoa condenada, bem como para a exigência constante nos primeiros decretos de indulto com base na Constituição de 1988, no que se refere ao requisito subjetivo.

A perspectiva de que a pena funcione como um tratamento voltado à recuperação social trazida na LEP é claramente indicativa de que o criminoso é concebido como alguém que, seja por causas biopsicossociais, seja por causas sociológicas, precisa ser retificado. Por decorrência, necessário um sistema que preveja o estudo de sua personalidade, a compreensão das dinâmicas que o levaram à prática do crime e, portanto, da relação supostamente existente entre delito e delinquente, bem como a oferta de atividades que contribuam com sua adequação social, especialmente o trabalho que, mais que um direito, é uma obrigação da pessoa presa.

O trabalho como atividade obrigatória, aliás, é revelador de que as perspectivas humanistas sucumbem diante da preocupação com a conformação do condenado, com sua submissão a trabalhos usualmente braçais, abdicando-se de seu direito a conduzir sua vida segundo suas próprias convicções. A obrigatoriedade do trabalho escancara a aproximação da execução da pena com as práticas autoritárias das quais pretensamente a nova lei pretendia se afastar.

Embora, como dito, a comissão responsável pela elaboração do anteprojeto da Lei de Execução Penal tenha buscado desenhar tratamento penal humanizado, inegável que as funções declaradas (e, ainda que genuinamente abraçadas por seus redatores) padecem diante de suas motivações e funções subjacentes.

Nessa toada, Eugênio Raul Zaffaroni explica que embora o poder estatal usualmente apresente a função manifesta de suas instituições, em geral ela “*não coincide por completo com o que a instituição realiza na sociedade, ou seja, com suas funções*

⁴⁸ *Ibidem.* p. 525.

latentes ou reais”, de maneira que “*tal disparidade deve ser sempre objeto de crítica institucional, porque é a única maneira de controlar a racionalidade do poder (...)*”.⁴⁹

Analisando as funções declaradas das teorias positivas da pena, Zaffaroni conclui que elas aparecem sempre “*múltiplas, contraditórias e incompatíveis*” e que são falsas, na medida em que não se comprovam empiricamente, pelo que propõe ele uma teoria negativa ou agnóstica da pena, como forma de delimitar o horizonte do direito penal.⁵⁰

Enquanto Vasconcelos esboça a afirmação de que as funções latentes traduzem os medos e as inseguranças das elites políticas e econômicas, Zaffaroni concebe que as funções latentes também compõem um complexo heterogêneo e que a pena se confunde com o próprio poder punitivo, que se expressa em espectro muito mais amplo, pelo que prefere adoção da teoria que, admitindo não ser possível delimitar todas as funções da pena, não visualiza nela, contudo, qualquer função positiva, o que indica a necessidade constante de limitação ao máximo do poder punitivo.⁵¹

Para além da ausência de funções positivas na estruturação das penas privativas de liberdade, verifica-se que ela se concretizava e se concretiza de modo seletivo.

Nesse sentido, Bruno Shimizu, analisando a introdução do livramento condicional e do *sursis* no ordenamento jurídico brasileiro, aponta que, ainda que os institutos possuam caráter ostensivamente desencarcerador, foram introduzidos a fim de que fosse possível a atenuação do rigor penal quando recaísse sobre pessoas que não correspondiam ao estereótipo criminoso, mantendo-se o sistema penal direcionado às camadas pobres da população.⁵² A corroborar tais apontamentos, Shimizu apresenta pesquisa realizada por Rafael Mafei Rabelo Queiroz, o qual aponta que as fontes a que teve acesso revelam que eles foram criados e funcionavam como uma espécie de corretivo do sistema penal: quando um indivíduo considerado “bom” fosse acidentalmente capturado pelo sistema repressivo, poderia ser beneficiado com alguma medida desencarceradora, sendo que “*o juízo de bondade e maldade era muitas vezes pautado por critérios socioeconômicos, a pretexto de*

⁴⁹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p. 88.

⁵⁰ Ibidem, p. 97

⁵¹ Ibidem, p. 96.

⁵² SHIMIZU, Bruno. A jurisdicionalização perversa na execução penal: reflexão crítica sobre a transformação de uma garantia fundamental em um entrave a mais ao exercício de direitos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 27, n. 152, p. 19-64, fev.. 2019, p. 27-30. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=149815. Acesso em: 16 jun. 2020.

*serem esses os melhores indicadores da personalidade e da índole do réu – e, portanto, da probabilidade dele voltar ou não a delinquir.”*⁵³

A pesquisa realizada por Queiroz sobre a origem de dois institutos potencialmente desencarceradores é, assim, bastante reveladora do caráter seletivo do sistema repressivo, o qual passou a ser investigado com a virada de paradigma da criminologia, que por volta da década de sessenta passa a se debruçar não sobre a etiologia do crime e do criminoso, mas sobre os mecanismos e aparelhos de reação social estatal a determinadas condutas e determinadas pessoas e grupos sociais.⁵⁴

Mesmo que persistente o apego à função de prevenção especial positiva da pena, manifestado na exposição de motivos da LEP, o aumento da demanda pelo incremento da rigidez de práticas punitivas, voltadas a grupos sociais específicos, e a superpopulação carcerária e o ambiente prisional degradado já eram uma realidade no Brasil.⁵⁵

Analisando especificamente o contexto paulista, Fernando Salla informa que a população presa de São Paulo, no final de 1976, era de 17.192 pessoas, saltando para 24.091, dez anos depois, sendo o sistema penitenciário à época atravessado por período de grande turbulência, com rebeliões, tentativas de fuga em massa e repressão violenta com a consequente morte de presos decorrente da intervenção estatal.⁵⁶

Salla explica que Franco Montoro, ao assumir o governo do Estado de São Paulo em 1983, buscou estabelecer novas dinâmicas no sistema penitenciário paulista, com uma perspectiva de humanização dos presídios e de abertura de diálogo com as pessoas presas, através da criação das chamadas comissões de solidariedade, que eram constituídas e formadas por presos para dialogar com as direções e com o Poder Judiciário, criação de

⁵³ QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo apud SHIMIZU, Bruno. *Op. cit.*, p. 28-29.

⁵⁴ Sobre tal virada criminológica, Alessandro Baratta destaca que os estudos sobre as reações das instâncias oficiais de controle social têm como uma de suas vertentes exatamente as investigações sobre o que Fritz Sack chama de regras e meta-regras, sendo estas últimas as regras sobre a interpretação e aplicação das regras. As meta-regras, explica Baratta, adotadas consciente ou inconscientemente pelas instâncias oficiais do direito, “*estão ligadas a leis, mecanismos e estruturas objetivas da sociedade, baseadas sobre relações de poder (e de propriedade) entre grupos e sobre as relações sociais de produção.*” BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal.** Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 104-106.

⁵⁵ CRUZ, Marcus Vinicius Gonçalves da; SOUZA, Letícia Godinho de; BATITUCCI, Eduardo Cerqueira. Percurso recente da política penitenciária no Brasil: o caso de São Paulo. **Rev. Adm. Pública**, Rio de Janeiro, v. 47, n. 5, p. 1307-1325, Oct. 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122013000500011&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 29 maio 2020.

⁵⁶ SALLA, Fernando Afonso. De Montoro a Lembo: as políticas penitenciárias em São Paulo. **Revista brasileira de segurança pública**, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 72-90, 1º sem.. 2007, p. 74. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=75591. Acesso em 29 maio 2020.

vagas e renovação dos quadros técnicos de funcionários. A nova política, no entanto, sofreu forte oposição de segmentos conservadores da sociedade, mas também das direções e dos funcionários das próprias unidades prisionais, os quais inclusive atuavam ativa e passivamente de maneira a incrementar as crises vivenciadas no interior das prisões.⁵⁷

Não obstante algumas tentativas de humanização, as cadeias brasileiras já passavam por situação de precarização extrema, com ambientes insalubres e ausência de acesso a direitos básicos, havendo, como dito, na década de 80, um histórico de rebeliões, motins, fugas e violências perpetradas entre presos, além das violências perpetradas pela polícia militar que ingressava em tais estabelecimentos, sendo que as inspeções realizadas nas unidades prisionais à época, em especial em São Paulo e no Rio de Janeiro, tinham por indissociável a ocorrência de movimentos insurgentes da brutalização da vida carcerária.⁵⁸

Já em 1975, aliás, foi criada no âmbito da Câmara dos Deputados uma Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI), com o objetivo declarado de proceder ao levantamento da situação penitenciária no país, a qual apresentou relatório com suas conclusões e recomendações no ano de 1976.⁵⁹

No início das conclusões apresentadas pela Comissão Parlamentar de Inquérito, verificam-se as seguintes preocupações:

“Essa ação educativa individualizada ou a individualização da pena sobre a personalidade, requisito inafastável para a eficiência do tratamento penal, é obstaculada na quase totalidade do sistema penitenciário brasileiro pela superlotação carcerária, que impede a classificação dos prisioneiros em grupo e sua consequente distribuição por estabelecimentos distintos, onde se concretize o tratamento adequado.

(...)

Tem, pois, esta singularidade o que entre nós se denomina sistema penitenciário: constitui-se de uma rede de prisões destinadas ao confinamento do recluso, caracterizadas pela ausência de qualquer tipo de tratamento penal e penitenciárias dentre as quais há esforços sistematizados no sentido da reeducação do delinquente. Singularidade, esta, vincada por características extremamente discriminatórias: a minoria ínfima da população carcerária, recolhida a instituições penitenciárias, tem assistência clínica, psiquiátrica e psicológica nas diversas fases da execução da pena, tem cela individual, trabalho e estudo, pratica esportes

⁵⁷ Ibidem.

⁵⁸ PAIXÃO, Antônio Luiz. Uma saga carcerária. **Temas IMESC**: Sociedade, Direito, Saúde, São Paulo, v. 2, n. 2, p. 97-110, dez.. 1985.

⁵⁹ As atas das reuniões da comissão e seu relatório conclusivo podem ser verificados em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=1E046CEE6DB9CB8C2F95845BA77139EC.proposicoesWebExterno2?codteor=1244772&filename=Dossie+-PRC+70/1976> Acesso em 01 jun 2020.

e tem recreação. A grande maioria, porém, vive confinada em celas, sem trabalho, sem estudos, sem qualquer assistência no sentido da ressocialização.”⁶⁰

Assim, já em 1976, a Comissão identifica a superpopulação carcerária como um dos problemas centrais da realidade das prisões brasileiras, anotando ser ela notadamente grave entre pessoas presas provisoriamente, em fase de inquérito e em fase processual. Como motivo, a Comissão aponta tanto a morosidade dos processos nessa fase, como o excesso de prisões provisórias. A Comissão aponta que, à época, a superpopulação atingia também os estabelecimentos destinados àqueles já condenados, mas que neste âmbito o excedente era mais flutuante e menos grave.

Também inspirada por perspectivas positivistas de tratamento do criminoso, a Comissão ressalta a imprescindibilidade da realização de classificações das pessoas presas e acompanhamento de sua evolução durante o cumprimento da pena, apontando, então, a superpopulação como um dos principais obstáculos à consecução destes objetivos.

Por conseguinte, a Comissão aponta para a necessidade de arrefecimento da superpopulação carcerária, sugerindo, nesse sentido, a redução do tempo de duração dos processos, a redução de prisões provisórias, a utilização de prisões apenas para crimes graves e a construção de mais unidades prisionais, preferencialmente com capacidade para no máximo 500 pessoas e em locais próximos ao seio familiar e comunitário.

Embora seja aventada a possibilidade de descriminalizações, os crimes cuja criminalização seria admissível, para a comissão – crimes contra a honra, por exemplo – não são representativos no encarceramento, pelo que tal ideia é descartada como solução para os problemas identificados.

Ainda, a Comissão preconiza a necessidade e a pertinência teórica de uma legislação de execução penal federal, o que vem a se concretizar oito anos depois, com a Lei de Execuções Penais, de 1984, a qual, consoante exposto, traz em seu bojo exatamente o ideário de uma pena executada progressivamente, a partir da individualização da execução e do acompanhamento técnico por uma comissão de caráter multidisciplinar da evolução do tratamento penal que seria dispensado com a pena executada.

Dentre as diversas pessoas com atuação na área penitenciária ouvidas pela Comissão Parlamentar de Inquérito de 1975/1976, uma delas foi o então diretor da

⁶⁰ Ibidem, p.1-3 do relatório.

Penitenciária Agrícola de Neves (PAN), José Albergaria, que era também membro do Ministério Público mineiro, sendo colhidos seus relatos e impressões sobre a unidade prisional como um dos exemplos a serem seguidos nos outros estabelecimentos.⁶¹

Interessante notar que embora não tenha constado nas proposições finais da comissão, o próprio indulto chegou a ser aventado por um de seus integrantes como instrumento que poderia ser utilizado para redução da população prisional, indicando-se seu uso no âmbito da política criminal, já na década de 70, portanto. Nesse sentido, um dos deputados indagou o diretor da Penitenciária de Neves se tal utilização do indulto não seria pertinente, o que não contou com a concordância do diretor, para quem seria mais profícua a concessão de comutação para penas mais altas, já que muitos beneficiados pelo indulto por crimes patrimoniais leves voltariam a ser encarcerados, na sua percepção.

A PAN, segundo depoimento de seu diretor à comissão, foi inaugurada em 1938, estando localizada no que hoje é o Município de Ribeirão das Neves, e tinha por objetivo final receber presos em fase final de cumprimento de pena para prepará-los, através do trabalho, que era principalmente agrícola, para a vida extramuros. Com esse intento, no local eram ofertados trabalhos principalmente na área de produção agrícola, mas a penitenciária contava também com trabalhos industriais, embora em menor escala.

A superlotação das outras unidades prisionais mineiras, contudo, exigiu que a Penitenciária de Neves ampliasse o perfil de pessoas lá aceitas, de maneira que à época da gestão de Albergaria, o local era destino não apenas dos presos em final de cumprimento de pena, mas também de presos primários.

Assim, verifica-se que a Penitenciária de Neves, embora sujeita a críticas da Comissão em razão da parca remuneração ofertada aos presos pelo trabalho, foi tida como um dos poucos modelos onde havia efetivamente oferta de atividades capazes de contribuir com a recuperação social dos presos, na ótica da Comissão.

Não obstante, poucos anos mais tarde, Antonio Luiz Paixão, analisando a Penitenciária Agrícola de Neves (PAN), em artigo de 1985, aponta para os dilemas colocados entre a pretensão de individualização da pena, a ser realizada através da efetivação da classificação dos presos e de sua inserção em um sistema progressivo de

⁶¹ O depoimento do diretor da Penitenciária de Neves encontra-se em p. 224-247.

cumprimento de pena, e as demandas de universalização provenientes dos próprios presos e da realidade das dinâmicas próprias de ambientes coletivos de encarceramento.⁶²

A análise de Paixão, embora recaia sobre uma unidade prisional específica, permite induzir que as forças que empurram o sistema prisional para a universalização têm caráter preponderante – o que se intensifica, à medida que a população prisional cresce e que as taxas de ocupação das prisões aumentam, já que a superpopulação inviabiliza qualquer esforço de individualização.

Isso porque o estabelecimento por ele analisado está, como ele mesmo alerta, fora do eixo Rio-São Paulo, eixo principal em que verificada a situação de precarização e violência nas prisões, tratando-se, ademais, de uma penitenciária agrícola, há poucos anos considerada modelo pela comissão parlamentar de inquérito que analisou o sistema prisional brasileiro à época,

Assim, as dificuldades observadas por Paixão na PAN e, com mais razão nas unidades que não contavam com uma “clientela selecionada”, nem tampouco com a oferta de atividades e assistências, é agravada pelo aumento crescente da população carcerária, o que torna inexecutável o programa de individualização pensado pela Comissão e desenhado na Lei de Execuções Penais.

Assim, embora a Comissão Parlamentar de Inquérito de 1976 tenha já identificado grande parte dos problemas que acometiam o sistema prisional brasileiro e que continuaram a acometê-lo ao longo da década de 80, os membros da CPI, em suas conclusões, parecem apostar na possibilidade de que o sistema penitenciário seja “corrigido”, de maneira a se tornar ambiente propício ao tratamento da pessoa presa.

Na mesma linha, a Lei de Execução Penal parece ter sido desenhada sob a convicção de que seria possível a criação de um sistema diferente, a ser implementado através da efetivada individualização da pena, com foco na reabilitação social da pessoa condenada.

Os primeiros decretos concessivos de indulto com base na Constituição de 1988 igualmente ecoam, por sua vez, a convicção no potencial da pena como tratamento social, ao exigirem como condição para a obtenção do indulto e da comutação a demonstração de que a pessoa esteve engajada com o “processo de ressocialização”.

⁶² PAIXÃO, Antônio Luiz. *Op. cit.*, Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=84723. Acesso em: 1 jun. 2020.

Na contramão de tais expectativas, contudo, observou-se ao longo do tempo o agravamento da superlotação e o sistema prisional seguiu esvaziado de direitos individuais e sociais, não se observando a efetivação da individualização através da classificação das pessoas presas, nem tampouco, por decorrência lógica, qualquer potencial de engajamento com o programa que deveria ser oferecido nas unidades.

Para além das constatações de Paixão sobre a realidade da Penitenciária Agrícola de Neves, já em 1985, os dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen) 2017 revelam um crescimento vertiginoso na população carcerária ao longo das duas últimas décadas do século XX e dos primeiros anos do século XXI, bem como a elevação das taxas de ocupação de forma alarmante, o que segue acarretando inevitavelmente na violação intensa de direitos e fulmina qualquer pretensão de execução de uma pena minimamente individualizada.⁶³

Assim, um olhar sobre a realidade do encarceramento no Brasil nas últimas décadas do século XX, seletivo e concretizado em unidades já superlotadas, com subtração de direitos individuais e sociais, em contraposição com o programa individualizador desenhado na legislação, permite compreender o abandono paulatino nos decretos de indulto de quaisquer exigências relacionadas a algum engajamento com um programa de ressocialização: ele nunca existiu.

Da mesma forma, a compreensão sobre as dinâmicas de seletividade no encarceramento e a ausência de qualquer função positiva da pena empiricamente demonstrada, detalhada por Zaffaroni, permitem concluir que a Lei de Execução Penal nasceu morta: não há horizonte positivo no sistema repressivo, que tem por características não a solução, mas o abafamento do conflito pretérito, por um lado, e a imposição de intenso sofrimento direcionado a camada selecionada da população, por outro.

Os decretos de indulto ao longo do tempo, assim, parecem acompanhar o abandono da perspectiva de individualização desenhada na lei e ausente na realidade, de maneira que

⁶³ No relatório divulgado sobre os dados penitenciários relativos ao ano de 2017, foi apresentado levantamento sobre a evolução em números totais da população prisional entre os anos de 1990 e 2017. Consta do relatório que, em 1990, o Brasil contava com aproximadamente 90.000 pessoas presas, número que aumentou para aproximadamente 232.800 no ano 2000 e chegou a 726.354, em 2017. A taxa de ocupação no ano de 2017, por seu turno, era de 171,62%. Especificamente sobre o contexto paulista, a população do Estado de São Paulo era, consoante exposto acima, de 17.192 pessoas em 1976, saltando para 24.091 dez anos depois, no ano de 1986. Já em 2017, a população prisional do Estado de São Paulo correspondia a 229.031 pessoas presas, representando 31,53% da população prisional do país. O relatório pode ser verificado em: < <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf>>. Acesso em: 16.06.2020.

paulatinamente os requisitos subjetivos vão ganhando certa objetividade, conforme é possível observar nas sucessivas supressões de exigências operadas nos decretos ao longo dos anos e detalhadas acima.

Não haveria racionalidade minimamente sustentável na manutenção do requisito subjetivo tal qual ele apareceu nos primeiros decretos embasados na Constituição de 1988.

Como mencionado, o requisito subjetivo passa a ser identificado com a ausência de anotação de falta grave nos doze meses anteriores à publicação já no decreto de 1997.

A vinculação do bom comportamento à prática de falta grave confere dose importante de objetividade ao requisito subjetivo, na medida em que as faltas graves estão previstas expressamente no artigo 50 da Lei de Execuções Penais, bem como tendo em vista que a LEP igualmente disciplina a necessidade de instauração de procedimento para sua apuração, garantindo-se o direito à defesa em caso de imputação de falta e a necessidade de decisão motivada na aplicação da sanção.

Ainda que se verifique que o atrelamento da verificação de bom comportamento à prática de falta grave reduziria, a princípio, o potencial de arbitrariedade na análise sobre a presença de tal requisito, cumpre ponderar que algumas das faltas previstas no artigo 50 têm redação demasiado aberta, em violação ao princípio da taxatividade, o que confere ampla e indevida margem de arbitrariedade na sua aplicação, como é o caso, por exemplo, da falta consistente em “*incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina*”, o que inclusive a esvazia de constitucionalidade, por violação ao princípio da legalidade.⁶⁴

A observância do princípio da legalidade, inclusive em sua faceta *nullun crimen, nulla poena sine lege certa*, anote-se, é necessariamente aplicável no âmbito das chamadas sanções por faltas graves, uma vez que a anotação de falta grave tem impacto direto e negativo na forma como a pessoa vivencia o aprisionamento – restrição de direitos e isolamento - e ainda representa acréscimo de restrição de liberdade, em razão de seus efeitos diretos em direitos relacionados à execução penal, como a perda de dias remidos, a regressão de regime e a interrupção do lapso para a progressão.

Esta última consequência, qual seja a interrupção de lapso para a progressão, anote-se, ironicamente decorria não de expressa disposição legal, mas de interpretação

⁶⁴ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução Penal**: teoria crítica. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 42 e 202-207.

extensiva dos tribunais superiores, tendo sido consolidada pelo Superior Tribunal de Justiça na Súmula 534.⁶⁵

Assim, se inegável o caráter de infração penal da falta grave, conforme sustentam Bruno Shimizu e Patrick Lemos Cacicedo⁶⁶, irrefutável a necessidade de sua submissão ao princípio da legalidade estrita, bem como de que sua apuração ocorra em processo jurisdicionalizado, com todas as garantias inerentes ao processo penal.⁶⁷

A natureza jurisdicionalizada da execução penal e de todas as situações a ela inerentes (artigo 194 da Lei de Execução Penal) e o dever que recai sobre o Juízo das Execuções de zelar pelo correto cumprimento da pena (artigo 66, inciso VI da mesma lei) demandam que o procedimento apuratório da falta seja encaminhado ao processo de execução, a fim de que seja avaliado jurisdicionalmente.

Pondere-se que, para além da influência direta em direitos da execução, de forma a redundar em cumprimento de mais tempo de pena ou em mais tempo de pena em regime mais rigoroso, as próprias sanções comumente consideradas de cunho disciplinar e administrativo conferem à falta grave natureza de infração penal. Isso porque a imposição de isolamento e a suspensão de visitas e de atividades durante o cumprimento da pena representam incremento à privação de liberdade, que passa a ser experimentada de maneira ainda mais intensa.

⁶⁵ Assim dispõe a Súmula 534 do Superior Tribunal de Justiça: “A prática de falta grave interrompe a contagem do prazo para a progressão de regime de cumprimento de pena, o qual se reinicia a partir do cometimento dessa infração.” Posteriormente, a lei 13.964/2019, conhecida por “pacote anticrime”, positivou a interrupção.

⁶⁶ Confira em: SHIMIZU, Bruno. A jurisdicionalização perversa na execução penal: reflexão crítica sobre a transformação de uma garantia fundamental em um entrave a mais ao exercício de direitos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 27, n. 152, p. 19-64, fev.. 2019, p. 43-52. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=149815. Acesso em: 16 jun. 2020; CACICEDO, Patrick Lemos. O controle judicial da execução penal no Brasil: ambiguidades e contradições de uma relação perversa. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, p. 414-432, jan.-abril. 2018, p. 422-426.

⁶⁷ Embora não aponte para a necessidade de que a apuração seja realizada judicialmente, Rodrigo Duque Estrada Roig defende que a decisão quanto à condenação ou absolvição pela falta e imposição de sanção deve ser feita judicialmente. Ainda, Alamiro Velludo Salvador Netto destaca que as consequências jurisdicionais relacionadas ao processo de execução e aos direitos nele tratados têm demandado cada vez mais protagonismo judicial na apreciação das faltas, notadamente as de natureza grave: “(...) em vez de mera anotação de um juízo perfunctório e superficial sobre o procedimento administrativo prévio, a tendência é permitir a crescente rediscussão do mérito em sede judicial, haja vista os gravames e sérias consequências geradas pelas faltas que não podem, por isso mesmo, ter a sua definição exclusivamente sediada no âmbito discricionário da administração prisional. Exige-se, portanto, a participação da defesa, inclusive com a possibilidade de influenciar o juiz mediante o requerimento de provas, como perícias e testemunhas.” Confira em: ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução Penal: teoria crítica**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 259 e SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Curso de Execução Penal**, 1ª ed., São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019, p. 198-199.

Não por outra razão, aliás, o Supremo Tribunal Federal já reconheceu o cabimento do *habeas corpus* para a discussão sobre a extensão do direito de visita.

Nas palavras do Ministro Gilmar Mendes, relator do referido *habeas corpus*:

“É por isso que reputo que a liberdade de locomoção há de ser entendida de forma ampla, afetando toda e qualquer medida de autoridade que possa em tese acarretar constrangimento para liberdade de ir e vir. (...) Em linhas gerais, o direito de visitas nada mais é que um desdobramento do direito de liberdade. De fato, só há falar de direito de visitas porque a liberdade do apenado encontra-se tolhida. Dessarte, tenho para mim que a decisão do juízo das execuções que indeferiu o pedido de visitas formulado teve diretamente o condão de repercutir na esfera de liberdade, na medida em que agrava, ainda mais, o grau de restrição da liberdade do paciente.”⁶⁸

A execução da pena privativa de liberdade representa a mitigação do direito fundamental à liberdade, que pode ocorrer com maior ou menor intensidade, a depender da efetivação de direitos no interior do cárcere. Como o reconhecimento da prática de falta grave pode representar a adição de camadas que intensificam a experiência da privação de liberdade, com a suspensão de visitas e de atividades, além de isolamento, há que se reconhecer sua natureza eminentemente penal, a demandar a observância de todas as garantias asseguradas quando da imputação de uma infração desta natureza, também em razão das próprias restrições circunscritas à experiência da pena no cárcere.

Não bastasse, o requisito consistente na “*boa conduta carcerária, comprovada pelo diretor do estabelecimento*”, previsto no artigo 112, parágrafo primeiro da Lei de Execução Penal também é atingido pela prática de falta: tanto o Sistema Penitenciário Federal, quanto os sistemas de alguns Estados possuem regimentos internos de cunho administrativo, que preveem o rebaixamento da conduta em caso de falta grave.⁶⁹

Em outras palavras, tais normativas estabelecem que a prática de falta grave implicará o rebaixamento da conduta por determinado período de tempo – no caso do sistema federal, por exemplo, o prazo é de 12 meses –, pelo que a conduta só passará a ser atestada pela direção como boa depois de findo o prazo regimental.

⁶⁸ HC 107.071 / RS, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgado em 13/09/2011, DJe-061 DIVULG 23-03-2012 PUBLIC 26-03-2012 RT v. 101, n. 921, 2012, p. 448-461

⁶⁹ No âmbito do sistema federal, o Regulamento Penitenciário Federal (Decreto 6.049/2007) estabelece, em seu artigo 81, o período de 12 meses para a reabilitação da conduta. No sistema paulista, o chamado Regimento Interno Padrão (Resolução SAP 144/2010) igualmente estabelece o prazo de 12 meses, em seu artigo 89.

Assim, tanto porque a anotação de falta grave implica o aumento de tempo de pena a ser cumprida (com a perda de dias remidos, por exemplo), ou o aumento de tempo de cumprimento de pena em regime mais severo, em razão do entendimento consolidado nos tribunais superiores de que sua prática interrompe o lapso para progressão, e do rebaixamento da conduta por determinado período, que deixa de ser atestada como boa, consoante exige o artigo 112 da LEP, quanto em razão das restrições de direitos operadas no interior do cárcere, é inegável sua natureza de infração penal.

Estas considerações, indicativas da natureza penal da falta grave, são importantes na análise quanto ao preenchimento do requisitos subjetivo para obtenção de indulto, uma vez que demonstram que apenas as faltas graves efetivamente analisadas no espaço jurisdicional obstam a obtenção de indulto e comutação, circunstância que inclusive vem sendo destacada expressamente nos decretos mais recentes de indulto, consoante já exposto.

Em acréscimo, na análise do requisito subjetivo exigido para a obtenção do indulto e de sua pertinência, não se pode ignorar, ademais, que as faltas graves têm sua imputação modulada pelas dinâmicas próprias de aprisionamento, não sendo incomum que a assunção da falta decorra não de sua efetiva prática, mas de algum outro critério de seleção adotado para a atribuição da culpa. Tais circunstâncias tornam ainda mais premente, diga-se, sua apuração jurisdicionalizada.

Sobre essa questão, Camila Nunes Dias analisou os procedimentos administrativos para apuração de falta grave de duas unidades prisionais paulistas, entre os anos de 2000 e 2008 e, em sua análise, observou que, em termos de elementos probatórios, os procedimentos são usualmente compostos apenas pelo depoimento do agente prisional que comunicou a ocorrência e pela declaração da pessoa presa, sendo que, embora não costume haver qualquer outra diligência apuratória, a maioria dos casos resulta em decisão condenatória.⁷⁰

A assunção da culpa, então, está usualmente descolada da efetiva prática da falta grave, mas surge a partir das relações de poder existentes no ambiente prisional.

Nesse sentido, bastante comum que em seus depoimentos os presos revelem que não eram, por exemplo, os verdadeiros responsáveis pelo objeto ilegal encontrado na cela

⁷⁰ DIAS, CAMILA NUNES. **Disciplina, controle social e punição: o entrecruzamento das redes de poder no espaço prisional**. Revista Brasileira de Ciências Sociais (Impresso). v. 29, p. 113-127, 2014, p. 118. Disponível em < <https://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v29n85/08.pdf>>. Acesso em: 10 jun 2020.

durante uma inspeção, mas acabaram por assumir a responsabilidade, pelo mais diversos motivos, como a existência de dívida prévia com outros presos e a assunção como forma de adimpli-la; a ausência de suporte material que é sanada com a ajuda de outros presos, exigindo-se em contrapartida a assunção da culpa; o fato de ser o mais novo da cela e a necessidade de que alguém assuma a falta como forma de evitar que todos da cela sejam penalizados, não obstante a proibição legal de sanção coletiva; entre outros.⁷¹

Nesse sentido, Camila Nunes Dias, analisando as relações envolvidas na imputação de falta grave, revela que os procedimentos administrativos instaurados para a apuração da falta, conforme determina a Lei de Execuções Penais, “*inscrevem a acusação, a definição da culpa e a punição numa dinâmica de reprodução e sustentação das redes informais de poder que atravessam o sistema penal*”.⁷²

Assim, embora inegável que o requisito subjetivo tenha sofrido o que se chamou de “*processo de objetivação*”, a partir de sua vinculação à prática de falta grave, que corresponde a comportamentos previamente definidos em rol taxativo na lei, necessário ponderar que a imprecisão terminológica de alguns dispositivos legais e as dinâmicas de poder informal existentes nas relações travadas nos ambientes privativos de liberdade, somados à ausência de procedimento penal para sua apuração, acabam por manter um grau elevado de imprecisão e de distorção na verificação sobre o preenchimento do requisito subjetivo para obtenção de indulto e de comutação.

Assim, para além de demonstrarem a necessidade de jurisdicionalização da apuração da falta, tais reflexões, na linha proposta por Zaffaroni e acima já descrita, são necessárias, uma vez que a disparidade entre o que a instituição realiza na sociedade e a previsão normativa ostentada deve ser sempre objeto de crítica institucional, inclusive como forma de controlar a racionalidade do poder.

O que se verifica a partir do decreto de 2009 foi um esforço no sentido de alargar a confiabilidade da afirmação de que determinada pessoa presa praticou falta disciplinar de natureza grave, reforçando-se expressamente a ideia de que a análise sobre a falta deve passar pelo crivo do Poder Judiciário, com observância do contraditório e da ampla defesa.

A ideia de uma execução penal jurisdicionalizada, assim, como dito, também passou a exercer papel importante no conteúdo do requisito subjetivo trazido nos decretos,

⁷¹ Ibidem.

⁷² Ibidem.

quando ele passa a ser identificado não apenas com a ausência de anotação de falta grave, mas também com a necessidade de que ela tenha sido homologada judicialmente.

Ainda, os decretos de 2012 a 2017, excetuado o de 2016, explicitam que a homologação judicial deve ser precedida de audiência de justificação, intensificando-se a necessidade de que a anotação da falta grave como situação impeditiva de indulto e comutação tenha decorrido de análise acurada sobre os fatos.

Como visto, contudo, as faltas graves são predominantemente apuradas administrativamente, havendo, no máximo, análise judicial do procedimento apuratório com sua posterior homologação judicial.

Ademais, embora tais decretos denotem preocupação com a jurisdicionalização da execução da pena, verifica-se não ser incomum que a jurisdicionalização atue, ao contrário do esperado, na contramão dos direitos da pessoa presa.

Isso porque, embora a competência para a concessão de indulto e comutação seja exclusiva do Presidente da República, cabendo, por decorrência lógica, a ele/a decidir a quem conceder o indulto e, pois, o que é necessário para que a pessoa presa esteja abrangida pela concessão, tal qual ocorre com o requisito objetivo, não é incomum que Juízes/as da Execução avoquem para si tal competência a partir do incremento das exigências previstas nos decretos no âmbito do requisito subjetivo e sob a justificativa de que a pessoa não teria “mérito” para a obtenção do indulto/comutação.

Esse movimento por parte do Poder Judiciário é constatável a partir da verificação da existência de inúmeras decisões oriundas do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que reafirmam a impossibilidade de imposição de requisitos diversos daqueles já existentes nos decretos concessivos.

Em pesquisa de jurisprudência no endereço eletrônico do STJ é possível verificar diversos acórdãos que abordam a temática e que reafirmam a impossibilidade de que o Poder Judiciário extrapole as exigências contidas nos decretos no âmbito do requisito subjetivo.

Dentre eles, verifica-se a existência de acórdão do ano de 2007, no qual afirmado que a decisão que reconhece a concessão de indulto tem natureza meramente declaratória, já que o direito se constitui com o decreto presidencial concessivo, não se admitindo a exigência de outros requisitos que não aqueles nele previstos, afastando-se expressamente

a possibilidade de exigência de submissão a exame criminológico para obtenção do indulto e da comutação.⁷³

O decreto concessivo do ano de 2002, consoante já exposto, não exigiu o cumprimento de requisitos subjetivos para a obtenção de comutação, mas apenas para a de indulto. Por tal razão, há precedente também no Superior Tribunal de Justiça reafirmando a impossibilidade de que o Poder Judiciário exija o cumprimento do requisito subjetivo para a obtenção da comutação.⁷⁴

Nessa toada, o STJ já decidiu que o descumprimento das condições impostas ao livramento condicional, por não figurar como falta grave no rol taxativo do artigo 50 da Lei de Execução Penal, não é impeditivo, “*a título de não preenchimento do requisito subjetivo*”, da obtenção de indulto, reafirmando que a indicação dos pressupostos para a sua concessão são de competência absoluta da Presidência da República.⁷⁵

Ainda, diversos são os julgados que reafirmam que faltas graves praticadas antes ou depois do período de doze meses previstos nos decretos como período sobre o qual deve recair a análise do requisito subjetivo não são obstativas da obtenção de indulto e comutação, não cabendo ao Poder Judiciário a criação de requisitos diversos daqueles efetivamente previstos nos decretos concessivos.⁷⁶

Além disso, a extrema morosidade na tramitação dos processos de execução⁷⁷ também constitui fator que coloca a jurisdicionalização na contramão da efetivação de direitos e da própria efetivação do indulto concedido com a publicação do decreto presidencial.

O que se verifica, portanto, é que o requisito subjetivo foi sendo objetivado ao longo dos anos, passando a estar equiparado à prática de falta grave nos doze meses que

⁷³ HC 82184 / SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 28/06/2007, DJ 06/08/2007, p. 600.

⁷⁴ REsp 762006 / SP, Relator Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP, Sexta Turma, julgado em 04/02/2010, DJe 22/02/2010.

⁷⁵ AgRg no HC 537982 / DF, Relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 13/04/2020, DJe 20/04/2020.

⁷⁶ Nesse sentido: HC 265.718 / SP, Relatora Ministra Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE, Sexta Turma, julgado em 05/12/2013, DJe 16/12/2013; RHC 38193 / SP, Relator Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 08/10/2013, DJe 28/10/2013; HC 303547 / SP, Relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 30/06/2015, DJe 07/08/2015; HC 297364 / SP, Relator Ministro Ribeiro Danas, Quinta Turma, julgado em 15/10/2015, DJe 21/10/2015; AgRg no HC 389601 / SP, Relator Desembargador Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 18/09/2018, DJe 5/09/2018.

⁷⁷ Sobre a lentidão na tramitação de processos nas Varas de Execução Penal, confira a análise de Patrick Lemos Cacicedo em: CACICEDO, Patrick Lemos. O controle judicial da execução penal no Brasil: ambiguidades e contradições de uma relação perversa. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, p. 414-432, jan.-abri. 2018, p. 416-422.

antecedem a publicação do decreto, o que, contudo, não significa que a verificação do requisito subjetivo passou a ser realizada de forma mais isenta e fidedigna, considerando-se todos os percalços acima apresentados.

Especificamente quanto aos entraves verificados no âmbito jurisdicional, seja em razão da morosidade da tramitação, seja em razão da usurpação de competência exclusiva da Presidência da República, por juízes e juízas da execução, com a criação de requisitos não previstos nos decretos, as últimas redações, até o ano de 2017, revelam esforço no sentido de superá-los.

Nessa toada e mais precisamente como forma de conferir celeridade à apreciação do cabimento do indulto, possível mencionar inicialmente a criação de prazo para a apresentação de parecer do Conselho Penitenciário e, depois, a própria dispensa do parecer. Ainda, a determinação de que a análise quanto ao seu cabimento seja feita prioritariamente em relação a todos os demais direitos de execução (artigo 11, §3º do Decreto 8.172/2013, por exemplo).

Sobre as constantes interferências do Poder Judiciário no poder de indultar, verifica-se que os decretos passaram a constar expressamente que nenhum outro requisito deveria ser exigido, que não o contido no decreto (artigo 10 do Decreto 8.172/2013), bem como que o termo para a verificação do requisito subjetivo é a data de publicação do decreto e, ainda, a utilização da expressão “*declarar a concessão*”, para se referir à decisão judicial que reconhece a concessão presidencial do indulto.

Não obstante todos os esforços, contudo, a efetivação do indulto segue esbarrando em óbices impostos pelo próprio Poder Judiciário, desvelando-se o contraditório papel da jurisdicalização da pena que, de maneira sistemática, como apontam Cacicedo e Shimizu nos artigos aqui citados, atua na contramão da efetivação de direitos da pessoa condenada.

Para além dos requisitos objetivo e subjetivo, conforme adiantado, os decretos concessivos usualmente preveem lista de crimes que excluem seus autores da obtenção de indulto e comutação, o que será explorado no item seguinte.

2.2.3 *Os crimes impeditivos*

A análise dos crimes impeditivos, que são os crimes que impedem que a pessoa por eles condenada seja alcançada pelo indulto e pela comutação, demanda a análise não

apenas dos próprios decretos que usualmente preveem um rol de crimes impeditivos, mas também da Lei de Crimes Hediondos e da Constituição Federal de 1988.

Isso porque, conforme adiantado, embora não haja qualquer dispositivo na Constituição que indique a impossibilidade de concessão de indulto e comutação em razão da prática de algum crime específico, há dispositivo que veda a concessão de graça quando da condenação por alguns crimes e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal consolidou-se, até o momento, no sentido de que tal vedação alcança também o indulto e a comutação.

Ainda, a Lei dos Crimes Hediondos Lei 8.072/90 trouxe dispositivo que repete a Constituição Federal, ao afirmar que os crimes hediondos, a tortura, o tráfico ilícito de drogas e o terrorismo são insuscetíveis de graça e anistia, inovando, contudo, ao afirmar no mesmo dispositivo que também são insuscetíveis de indulto.

No mesmo sentido, a Lei de Drogas também dispôs que o tráfico de drogas é insuscetível também de indulto, indicando, em acréscimo, outros crimes relacionados na lei de drogas que seriam também insuscetíveis de indulto, como o crime de associação para o tráfico, por exemplo.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, ao apreciar liminar deferida pelo então presidente da Corte Constitucional Ministro Ilmar Galvão, no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 2.795-3, o pleno do Supremo Tribunal Federal a referendou por unanimidade, sustentando que a concessão de indulto insere-se no âmbito do poder discricionário do Presidente da República, mas limitado à vedação prevista no inciso XLIII do artigo 5º da Constituição da República.

Referido artigo, como se sabe, estabelece que a lei considerará insuscetíveis de graça “*a tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos*”.

Registre-se que a liminar fora concedida pelo então Presidente, no período das férias, *ad referendum* do Plenário.

Curioso notar que, ao se manifestar, a Advocacia-Geral da União sustentou que o decreto não autorizaria a concessão do indulto e da comutação às pessoas condenadas pelos crimes previstos no inciso XLIII do artigo 5º e que tal conclusão seria fruto de equívoco na interpretação do artigo 7º no Decreto.

No entanto, percebe-se pela leitura do artigo 7º que, efetivamente, a concessão de indulto havia sido viabilizada inclusive para os condenados pelos referidos crimes, já que o parágrafo 2º do artigo estabelece que aos condenados por pena privativa de liberdade não superior a quatro anos, “*não se aplicam as restrições deste artigo*” e o artigo em questão, o 7º, estabelece exatamente que as pessoas condenadas pelos crimes do inciso XLIII não são alcançadas pelo indulto.

A ADI 2.795-3 foi proposta pelo Partido Trabalhista Brasileiro (PTB) em face de alguns dispositivos do decreto concessivo de indulto 4.495, do ano de 2002.

O partido buscava ver declarada a inconstitucionalidade do dispositivo que prevê a concessão de indulto ante o cumprimento ininterrupto de quinze ou vinte anos, a depender, respectivamente, da primariedade ou da reincidência, sob o fundamento de que ele colocaria em risco o direito à segurança, previsto no artigo 6º da Constituição, já que implicaria a colocação em liberdade de “*criminosos de larga perniciosidade*”. Ainda, pleiteava o reconhecimento da inconstitucionalidade da concessão de indulto às pessoas em regime semiaberto, sob o fundamento de que tal concessão violaria a “*necessária progressividade da execução da pena*”, igualmente colocando em risco a segurança.

Por fim, buscava ver declarada a inconstitucionalidade do dispositivo que concede indulto às pessoas condenadas a pena inferior a quatro anos, independentemente do crime praticado, ou seja, mesmo a pessoas condenadas por tortura, tráfico de drogas, terrorismo e crimes hediondos.

A decisão que referendou a concessão de liminar pela Presidência, de lavra do Ministro Relator Maurício Correa, afirma que o indulto seria uma modalidade de graça e que, portanto, não poderia ser concedido a pessoas condenadas pelos crimes impeditivos de graça previstos na Constituição Federal, sendo a liminar referendada para, sem redução de texto, dar ao artigo 7º, parágrafo 2º do decreto interpretação conforme a Constituição, nos termos aqui delineados.⁷⁸

⁷⁸ Segue transcrição do trecho do voto nesse sentido: “*O indulto, modalidade de graça, como elementar, insere-se no exercício do poder discricionário de clemência que detém o Chefe do Poder Executivo, a evidenciar instrumento de política criminal colocado à disposição do Estado para a reinserção e ressocialização dos condenados que a ele façam jus, segundo a conveniência e oportunidade das autoridades competentes. Inaceitável pretender, dessa forma, que haja colisão entre o caput do artigo 6º e o inciso XII do artigo 84 da Constituição. A hipotética e subjetiva alegação de ameaça à segurança da sociedade não pode fundamentar limitação inexistente ao parâmetro constitucional que, como dito, restringe-se, por parte do Chefe do Poder Executivo, aos crimes hediondos, de tortura, tráfico de drogas e terrorismo.*” A íntegra do voto pode ser conferida em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=387203>>. Acesso em: 19 jun. 2020.

Embora tenha sido apreciada pelo pleno, a liminar nunca chegou a ser confirmada no mérito, já que, em decisão de 29 de junho de 2012, o novo relator, Ministro Marco Aurélio, julgou prejudicado o pedido constante da ADI, sob o fundamento de que o decreto consistiria em norma de caráter transitório, cujos efeitos já se exauriram.

O Supremo Tribunal Federal, desde então, vem mantendo o entendimento adotado pelo pleno na referida decisão.⁷⁹

Embora entendimento consolidado até o momento no Supremo Tribunal Federal, a compreensão de que a vedação à graça alcança também o indulto não é pacífica na doutrina. Nesse sentido, Alberto Silva Franco, Francisco de Assis Toledo e Antonio Scarance Fernandes, analisando o dispositivo da Lei dos Crimes Hediondos que acrescenta o indulto como incabível para as pessoas condenadas pelos crimes relacionados no artigo 5º, inciso XLIII da Constituição, apontam para sua inconstitucionalidade, explicando que não pode a legislação comum limitar a competência discricionária dada à Presidência da República pelo artigo 84, inciso XII da Constituição.⁸⁰

Toledo, embora considere que a graça, *lato sensu*, significaria poder de clemência e abrangeria a anistia, o indulto e a graça *stricto sensu*, expõe entendimento expresso de que a vedação à graça trazida no referido inciso XLIII não se estende ao indulto:

“Proibindo o art.5º, XLIII, duas espécies de clemência, ou seja, a anistia e a graça, é óbvio que não se estende a proibição a uma terceira espécie distinta – o indulto -, não contida em qualquer dessas duas espécies. Aliás, se assim não fosse, a lei dos crimes hediondos não precisaria ter mencionado, destacadamente, as três espécies – anistia, graça e indulto –, bastando repetir o texto constitucional.

Anote-se que há uma certa lógica na exclusão do indulto, por se tratar de medida coletiva, que não apaga o crime, como ocorre com a anistia, nem privilegia um certo condenado, como se dá com a graça *stricto sensu*.”⁸¹

⁷⁹ Nesse sentido: HC 85279 / RJ, Relator Ministro Carlos Velloso, julgado em 17/05/2005, publicado em 10/06/2005; HC 118.213, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgado em 06/05/2014, publicado em 04/08/2014; ARE 899195 AgR / DF, Relator Ministro Edson Fachin, julgado em 03/05/2016, publicado em 17/05/2016; RHC 176673 AgR / SP, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 14/02/2020, publicado em 28/02/2020.

⁸⁰ FRANCO, Alberto Silva; TOLEDO, Francisco de Assis; FERNANDES, Antonio Scarance; *apud* JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; FULLER Paulo Henrique Aranda. Legislação Penal Especial – volume 1; 4ª ed., São Paulo: Premier Máxima, 2007, p. 714.

⁸¹ TOLEDO, Francisco de Assis. Crimes hediondos. **Fascículos de ciências penais**, Porto Alegre, v. 5, n. 2, p. 58-69, abr./jun.. 1992, p. 61.

Também nesse sentido, verifica-se importante julgado do Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, ao apreciar a Arguição de Inconstitucionalidade 0288492-04.2011.8.26.0000.

O órgão foi instado a se manifestar sobre a constitucionalidade do dispositivo de um decreto concessivo, aplicável a casos em que a pessoa está condenada por mais de um crime, sendo um deles considerado impeditivo e o outro não. No caso, o decreto estabelecia que seria possível a obtenção do indulto ou da comutação apenas em relação ao crime não impeditivo, depois de cumpridos dois terços da pena correspondente ao crime impeditivo.

O dispositivo foi considerado constitucional, uma vez que acertadamente se verificou que não havia concessão de indulto ao crime impeditivo, mas apenas a necessidade de cumprimento de parte da pena deste crime, como requisito para a obtenção do indulto relativamente ao crime não impeditivo. Em outras palavras, apenas a pena do crime não impeditivo é indultada, restando intacta a pena do crime impeditivo, não havendo que se falar, efetivamente, em inconstitucionalidade por violação ao inciso XLIII do artigo 5º.

Sem desconsiderar a importância do julgamento, que também diz respeito aos crimes impeditivos, assume considerável relevo a fundamentação apresentada pelo Desembargador Campos Mello, que apresentou voto divergente para considerar constitucional tal dispositivo, também sob o entendimento de que a vedação à graça não alcança a vedação ao indulto. Confira-se:

“(…) A Constituição não utilizou o vocábulo graça em sentido amplo, para nele também abarcar o indulto. Em realidade, os institutos têm natureza diversa. A graça é individual, deve ser solicitada e só beneficia quem a postula. Já o indulto tem feição coletiva e é concedido espontaneamente, sem que se saiba de antemão quais os indivíduos destinatários do benefício. Basta isso para acentuar as diferenças e para se concluir que o indulto não pode ser considerado mera espécie do gênero graça. Muito ao contrário, é perfeitamente possível admitir que o constituinte vedou a graça, para evitar a exteriorização de compadrios ditados por motivos nem sempre razoáveis. Quanto ao indulto, ele tem a nota da impessoalidade, o que o faz distinguir do benefício vedado pela Constituição Federal.

Tanto os institutos não são do mesmo gênero que certa doutrina entende que é necessária a interpretação extensiva da Constituição Federal, para que a vedação constitucional à concessão da graça para condenados por certos crimes seja também aplicável aos indultos (Cf. Guilherme de

Souza Nucci, ‘Leis Penais e Processuais Penais Comentadas’, Editora Revista dos Tribunais, 5ª Ed., 2010, p. 680), algo que, porém, não pode ser admitido, uma vez que, nesse campo, que cuida da restrição de um direito, é inadmissível interpretação extensiva ou analógica (cf. Alberto Silva Franco, in ‘Crimes Hediondos’, Ed. Revista dos Tribunais, 7ª Ed., 2011, p. 170)”

Conforme se verifica no trecho acima transcrito, tal qual compreensão de Francisco de Assis Toledo, Campos Mello destaca que o indulto tem nota de impessoalidade, não privilegiando pessoa específica, residindo nesta circunstância a lógica de que apenas a graça não possa alcançar os crimes do inciso XLIII do artigo 5º da Constituição.

Campos Mello relembra, ainda, a necessidade de que normas excepcionais sejam interpretadas restritivamente, sem acréscimos ou supressões, de maneira que o silêncio eloquente da Constituição “*não pode servir para restringir benefício que se insere no rol de direitos e garantias individuais*”.

Para além da regra geral de hermenêutica indicativa de que as normas excepcionais não devem ser interpretadas extensivamente, perfeitamente aplicável ao dispositivo constitucional que veda apenas a concessão de graça e de anistia para alguns crimes, importante pontuar que tal dispositivo tem correlação direta com o direito fundamental à liberdade, do que se extrai que, ainda com mais razão, inadmissível interpretação extensiva no caso.

Sobre esta questão, Eugênio Raúl Zaffaroni aponta que a excepcionalidade da criminalização, decorrência da natureza fundamental do direito à liberdade, implica não apenas a necessidade de que toda e qualquer dúvida na formação da culpa milite em favor do réu, mas tem também por consequência uma regra interpretativa: normas que limitem o gozo do direito à liberdade devem sempre ser interpretadas restritivamente.

A necessidade de que a interpretação seja restritiva está relacionada tanto à amplitude das hipóteses, como ao alcance da definição dos termos:

“(…) dentro do alcance semântico das palavras da lei pode haver um sentido mais amplo para a criminalização ou um mais limitado ou restrito. As dúvidas interpretativas dessa natureza devem ser dirimidas na forma mais limitada da criminalização. Trata-se da mesma razão que dá origem ao princípio processual *in dubio pro reo* (...) as duas

consequências (in dubio pro reo e interpretação restritiva) derivam igualmente da excepcionalidade da criminalização primária.”⁸²

Ainda que uma análise superficial possa sugerir que o indulto ele mesmo é medida excepcional, isso não parece correto. Isso porque o que ele faz é devolver o gozo de direito fundamental, qual seja o direito à liberdade, sendo a pena e a prisão, estas sim, medidas excepcionais, uma vez que implicam suspensão de um dos direitos mais importantes e caros aos seres humanos.

Por conseguinte, a norma constitucional que excepciona a possibilidade de obtenção de graça e anistia, uma vez que redundaria em redução da possibilidade de retomada do exercício pleno do direito à liberdade, não pode ser interpretada extensivamente, para abranger também a impossibilidade de obtenção do indulto.

Tal impossibilidade decorre tanto da necessidade de que não sejam ampliadas as hipóteses previstas no texto constitucional, quanto de que, conforme ensina Zaffaroni, diante de duas possibilidades de compreensão quanto ao sentido da palavra graça, não haja leitura semântica ampliativa de tal termo.

E não há dúvidas, cumpre resgatar, sobre a dubiedade das concepções que envolvem a palavra graça. Ainda que o Supremo Tribunal Federal, no julgado acima mencionado, tenha concebido o termo graça como gênero sob o qual estariam o indulto e a graça *stricto sensu*, possível compreender que o termo graça utilizado pelo constituinte refere-se à modalidade individual do instrumento aqui tratado, entendimento defendido por parte da doutrina e inclusive objeto de preocupação de alguns constituintes, que sugeriram a inclusão do termo “indulto” no dispositivo constitucional, consoante já exposto.

Em suma, a posição que se coaduna com a perspectiva limitadora do poder de punir, perspectiva que exige a interpretação restritiva de qualquer norma que privilegie tal poder em detrimento do direito de liberdade, é a que entende que a exceção prevista no artigo 5º, inciso XLIII da Constituição não abrange o indulto.

No entanto, ainda que se considere desacertada a posição segundo a qual a vedação à concessão de graça abrangeria a vedação à concessão também do indulto, não se pode ignorar o fato de que a Suprema Corte adota tal posicionamento e que ele é igualmente seguido não apenas pelos próprios Juízos de Execução, mas pelos Presidentes

⁸² ZAFFARONI, Eugênio Raul. Et al. **Direito penal brasileiro, primeiro volume: teoria geral do direito penal**. 4 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, pp. 210-211.

da República, que raramente abrem exceções para conceder indulto e comutação para pessoas condenadas pelos crimes do inciso XLIII do artigo 5º.

Assim, necessário compreender as nuances da vedação contida no artigo 5º, inciso XLIII da Constituição Federal e suas implicações.

Inicialmente, necessário observar que o dispositivo em comento é considerado norma constitucional de eficácia limitada⁸³, uma vez que seu alcance depende da tipificação dos crimes específicos nele previstos, bem como da indicação dos tipos penais considerados hediondos.

O crime de tortura foi, então, tipificado pela Lei 9.455/1997, o crime de tráfico ilícito de drogas já era tipificado pela Lei 6.368/1976, a qual foi posteriormente substituída pela Lei 11.343/2006, enquanto o terrorismo foi tipificado apenas na Lei 12.260/2016. O rol de crimes hediondos, por seu turno, foi elencado na Lei 8.072/1990, conhecida como Lei dos Crimes Hediondos.

A Lei dos Crimes Hediondos sofreu modificações significativas, que implicaram inserção de tipos penais no rol de crimes hediondos nos anos de 1994, 1998, 2015 e 2019, esta última através da Lei 13.964/2019, que ficou conhecida como Pacote Anticrime.

Considerando-se a eficácia limitada da norma que veda a concessão de graça para crimes hediondos (e, de acordo com entendimento dominante, que veda a concessão de indulto), necessário atentar-se às exatas datas em que promovidas as modificações na Lei dos Crimes Hediondos para nela inserir novos tipos penais.

Isso porque, considerando-se o princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa (artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal) e o incontestável caráter penal da inclusão de determinada conduta no rol de crimes hediondos, com todas as implicações que isto traz, determinada conduta só passa a ser considerada crime hediondo quando assim classificada como tal, do que decorre que só não pode ser alcançada pela graça (e pelo indulto, para quem assim entende) a pessoa que praticou tal crime depois de sua inserção no referido rol.

⁸³ José Afonso da Silva propôs a classificação das normas constitucionais brasileiras de acordo com sua eficácia e aplicabilidade, apontando ser possível dividi-las em três grupos: as normas de eficácia plena, que não dependem de qualquer complemento legislativo para que sejam aplicadas de imediato e integralmente; as de eficácia contida, que, embora tenham aplicabilidade direta e imediata, não são integralmente aplicáveis, já que passíveis de terem sua eficácia mitigada em razão de previsão contida no próprio dispositivo constitucional; e as de eficácia limitada, por seu turno, que têm aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, uma vez que dependem de uma normatividade ulterior que lhes dê eficácia plena. SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3ª ed. ver. amp. atual., São Paulo: Malheiros, 1998, p. 81-87.

Assim, se à época da prática do crime, ele não estava inserido no rol de crimes hediondos, eventual classificação futura de tal crime como hediondo não excluirá a pessoa condenada do alcance do indulto eventualmente concedido, desde que cumpridos os requisitos previstos no decreto concessivo e desde que o crime, a despeito de não poder ser considerado hediondo, não ocupe o rol de crimes impeditivos (já que pode o Presidente, no exercício de seu poder discricionário, incluir crimes não hediondos no rol de crimes impeditivos).

Há inúmeros julgados no Supremo Tribunal Federal neste sentido, no que se refere ao crime de homicídio qualificado, o qual não figurou inicialmente no rol de crimes hediondos, sendo nele inserido no ano de 1994, com a Lei 8.930/94.⁸⁴

Tais decisões do STF assumem ainda mais relevo no momento atual, considerando-se a ampliação do rol de crimes hediondos, promovida pelo pacote anticrime, e em especial a inclusão dos crimes de roubo majorado pelo emprego de arma de fogo e do próprio crime de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso proibido, já que relativamente comuns.

Dentre os crimes impeditivos, um deles tem bastante relevância no estudo do indulto, seja em razão de sua representatividade no universo de pessoas presas no Brasil, seja porque envolto em diversas controvérsias relacionadas ao indulto: o tráfico de drogas.

Segundo o último levantamento divulgado pelo Depen, relativo ao segundo semestre de 2019, havia no Brasil 175.690 pessoas cumprindo pena pelo crime de tráfico de drogas, o que representa quase um quarto de todas as pessoas presas em razão de decisão condenatória no país, a revelar que o crime de tráfico de drogas tem sido um dos grandes responsáveis pelo aprisionamento de pessoas. Quando se considera apenas a população prisional feminina, aliás, o tráfico de drogas é responsável por quase 40% das mulheres presas no Brasil.⁸⁵

O tráfico de drogas, como se vê, tem sido um dos grandes responsáveis pelos altos índices de aprisionamento no Brasil.

No entanto, a vedação à concessão de graça para o crime de tráfico de drogas vem sendo interpretada pelo Supremo Tribunal Federal como vedação também à concessão

⁸⁴ Nesse sentido: 99727 / RJ, Relator Ministro Eros Grau, julgado em 01/12/2009, publicado em 12/02/2010; HC 97700/ SP, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 05/04/2011, publicado em 30/10/2014; HC 104817/RJ, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgado em 23/11/2010, publicado em 14/12/2010.

⁸⁵ Disponível em: <<https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen/mais-informacoes/relatorios-infopen/relatorios-analiticos/br/brasil-dez-2019.pdf>>. Acesso em 07 out 2020.

de indulto, interpretação que também parece ser abraçada pelos Presidentes da República, já que tampouco se previu, como regra, a concessão de indulto para pessoas condenadas por tráfico de drogas.

Diz-se como regra porque o decreto de indulto de 2008, de maneira inédita, previu expressamente que o indulto alcançava também as pessoas condenadas por tráfico privilegiado, “*desde que a conduta típica não tenha configurado a prática da mercancia*”.

Referido decreto, assim, abriu a possibilidade para que pessoas condenadas pelo crime previsto no artigo 33, com o reconhecimento do privilégio do parágrafo 4º, que não tivessem praticado conduta caracterizadora de comércio, fossem beneficiadas com o indulto e com a comutação nele concedidas.

Apenas anos depois o Supremo Tribunal Federal reconheceu a não hediondez do tráfico privilegiado, pelo que a redação do dispositivo citado foi perspicaz ao viabilizar a concessão de indulto para pessoas que não praticaram o tráfico de drogas propriamente, ainda que tenham incorrido em algum verbo do artigo 33 da Lei de Drogas.

Embora comumente o crime de tráfico de drogas seja associado ao artigo 33, este dispositivo legal não possui *nomen iuris*⁸⁶ e configura o que a doutrina chama de tipo misto alternativo⁸⁷, uma vez que traz em seu bojo uma série de verbos, mas exige a incidência em apenas um dele para que o crime esteja configurado.

Para além de não possuir *nomen iuris*, ademais, não há qualquer indicação de qual destinação deve ter a droga para a caracterização do crime, não havendo a exigência nem sequer de que ela esteja destinada ao comércio e/ou de que o autor busque auferir lucro com a droga, sendo a demonstração de que ela se destinava ao consumo pessoal ou ao compartilhamento eventual com pessoas de seu relacionamento, ao contrário, que deslocam o enquadramento do crime para o artigo 28 ou para o §3º da Lei de Drogas.⁸⁸

Dentre os dezoito verbos que compõem este tipo penal, apenas alguns deles refletem ato propriamente de mercancia, havendo diversos verbos que descrevem conduta não caracterizadora de comércio, ainda que, eventualmente, preparatória para ele de alguma forma. Assim sendo, por exemplo, uma pessoa presa por trazer consigo droga não

⁸⁶ FRANCO, Alberto Silva, *apud* CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil** (Estudo Criminológico e Dogmático da Lei 11.343/06). 5ª ed. ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 233.

⁸⁷ Nesse sentido: JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; FULLER Paulo Henrique Aranda. **Legislação Penal Especial** – volume 1; 4ª ed., São Paulo: Premier Máxima, 2007, p. 217.

⁸⁸ CARVALHO, Salo de. *Op. cit.*, p. 234.

está praticando a mercancia de droga, não está traficando a droga, ainda que se conclua que a droga não se destinava ao consumo próprio. Assim sendo, ainda que esta pessoa incida no artigo 33 da Lei de Drogas, ela não pratica o tráfico de drogas e não pratica, portanto, crime equiparado aos hediondos.

O dispositivo do decreto de 2008 que estendeu o cabimento do indulto a pessoas que praticaram alguma conduta do artigo 33 não caracterizadora propriamente de mercancia não implica, assim, a concessão de indulto ao crime de tráfico de drogas, já que o tráfico equivale a comércio ilegal, sendo constitucional tal dispositivo, ainda que se considere que a vedação à concessão de graça ao tráfico de drogas abrange a vedação à concessão do indulto.

Ainda, embora abandonando a diferenciação entre as condutas do artigo 33 que caracterizam mercancia daquelas que não constituem propriamente ato de comércio, os decretos que se seguiram ao de 2008, até o decreto de 2015, inclusive, não incluíram a prática do chamado tráfico privilegiado no rol de crimes impeditivos da obtenção do indulto. Os dispositivos nos quais arrolados os crimes não alcançados pelo indulto apontam expressamente o caput e o §1º do artigo 33 como conduta impeditiva da obtenção de indulto e comutação, de maneira que o não apontamento do §4º neste rol comunica a possibilidade de obtenção do indulto para esses casos.

Isso significa que manifestado entendimento presidencial, antes mesmo da decisão paradigmática do STF sobre a não hediondez do tráfico privilegiado, no sentido de que seria possível a obtenção de indulto pelas pessoas condenadas por este tipo penal.

Ainda, com a decisão preferida pelo Supremo Tribunal Federal no *habeas corpus* 118.533/MS, em que assentada a posição do STF no sentido da não hediondez do tráfico privilegiado, em junho de 2016, os decretos que sucederam a decisão, inclusive aqueles especificamente voltados às mulheres presas, trouxeram normativa ainda mais clara sobre o cabimento do indulto para pessoas condenadas por tráfico privilegiado, constando da redação dos decretos expressamente o cabimento do indulto em caso de condenação pelo artigo 33, §4º.

A redação mais clara e expressa sobre o cabimento do indulto nestes casos, somada ao entendimento consolidado no STF, aliás, parece ter produzido efeitos nas decisões que apreciam os pedidos de declaração de concessão do indulto.

Em pesquisa realizada exatamente sobre as decisões judiciais que apreciam os pedidos de indulto em casos de pessoas condenadas por tráfico privilegiado, Otávio Fantoni Constantino identificou um número bem mais elevado de concessões com base no decreto de 2017, apontando por hipótese que a técnica jurídica empregada na redação dos decretos pode contribuir com um índice maior de decisões que reconhecem o cabimento do indulto, quando a técnica reduz o espaço de margem interpretativa dado ao Judiciário.⁸⁹

Para além da exclusão do cabimento do indulto para os casos de condenação por crimes hediondos ou equiparados, observa-se ao longo dos anos que alguns dos decretos também inseriram no rol de crimes impeditivos crimes diversos dos hediondos e equiparados.

Os decretos de 1988 e 1989, que antecederam a lei dos crimes hediondos, já apresentaram no rol de crimes impeditivos os crimes relacionados a entorpecentes, quando reconhecida a condição de traficante. Ainda, outros crimes constavam no rol de crimes não alcançados pelo indulto, como o roubo, a extorsão mediante sequestro e o estupro. Os dois decretos de 1988, e o primeiro de 1989, ademais, inseriram a receptação dolosa no rol de crimes impeditivos. Também, os decretos de 1989 também inseriram no rol o crime de racismo, que havia sido tipificado em lei de janeiro deste mesmo ano.

Curioso notar, ainda, que tais decretos previram os crimes de sonegação de imposto e contra a economia popular como crimes que impediam a obtenção do indulto.

O decreto de 1990, editado quando já promulgada a Lei dos Crimes Hediondos, fez menção direta a ela, indicando que ele não beneficiaria as pessoas condenadas por crimes previstos na referida lei, além de apontar diversos outros crimes que impediriam que a pessoa condenada usufruísse do indulto nele concedido.

O decreto de 1991, por seu turno, chama a atenção por ter sido incluído no rol de crimes impeditivos aqueles praticados por funcionários públicos contra a administração em geral, bem como o de corrupção ativa, o que se repetiu apenas no decreto de 1995, 1996 e nos decretos de 2019, sendo que os dois deste último ano incluíram entre os crimes

⁸⁹ CONSTANTINO, Otávio Fantoni. **Compartilhando o poder de perdoar penas: A implementação dos decretos presidenciais de indulto pelo TJSP**. São Paulo: Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, 2020, 168p. Dissertação de Mestrado em Direito e Desenvolvimento. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/29212/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20-%20Ot%C3%A1vio%20Fantoni%20Constantino%20%28COM%20DATA%29.pdf>. Acesso em 08 out 2020.

impeditivos alguns crimes praticados por funcionários públicos contra a administração, além do tráfico de influência e a corrupção ativa.

O que se observa ao longo dos anos, assim, é que, desde a publicação da lei dos crimes hediondos, os decretos concessivos vêm excluindo do alcance do indulto as pessoas condenadas por crimes hediondos e equiparados, o que sugere observância do entendimento consolidado no Supremo Tribunal Federal de que a vedação constitucional à graça abrange também o indulto.

Ainda, embora alguns decretos tenham mantido apenas tais crimes no rol de crimes impeditivos, diversos decretos trouxeram tipos penais diversos, concretizando-se a vontade política e a discricionariedade da Presidência da República na decisão de quais pessoas e quais crimes serão alcançados pelo indulto e pela comutação.

Além dos requisitos a serem observados para a obtenção do indulto ou da comutação, como adiantado, os decretos concessivos usualmente possuem outro elemento que pode ser considerado estruturante: a necessidade de que a análise dos requisitos seja realizada no âmbito do Poder Judiciário, com a manifestação prévia do Ministério Público e da defesa.

Conforme exposto, não há qualquer amarra constitucional ao poder de indultar, nem mesmo amarras procedimentais. Não obstante, todos os decretos expedidos com base na CF previram a jurisdicionalização da análise do preenchimento dos requisitos para a obtenção do indulto e da comutação, pelo que o próprio procedimento previsto nos decretos pode ser visto como um dos elementos estruturantes e demanda, por conseguinte, análise mais acurada.

2.3 Procedimento para a obtenção do indulto

No âmbito dos procedimentos para a concretização do indulto e da comutação através da eliminação ou mitigação da pena, verifica-se que eles são voltados não à própria pessoa apenada, mas à forma pela qual é possível verificar que determinada pessoa condenada foi abrangida pelo decreto concessivo em razão do preenchimento dos requisitos, sendo voltado, pois, a algum ou alguns órgãos públicos.

Conforme exposto acima, não há qualquer elemento obrigatório, nem mesmo procedimental, para a concessão do indulto, havendo apenas no texto da Constituição da República a possibilidade de audiência de órgãos instituídos em lei.

Por conseguinte, considerando-se que a possibilidade de concessão de indulto consiste em competência privativa do Presidente da República, delegável apenas aos Ministros de Estado, ao Procurador-Geral da República ou ao Advogado-Geral da União, possível concluir que cabe exclusivamente ao Presidente estabelecer quais órgãos públicos devem atuar de maneira a viabilizar a efetivação do indulto, bem como estabelecer o procedimento para que se verifique quais pessoas estão abrangidas pela concessão coletiva do indulto.

Em outras palavras, eventuais regras previstas na legislação infraconstitucional que conflitem com o procedimento estabelecido pela Presidência da República para a concessão do indulto sucumbem diante dele, inclusive porque a forma para sua concessão estará intimamente ligada ao seu conteúdo e aos critérios estabelecidos para a sua concessão.

Importante aqui, portanto, que não se confunda forma com conteúdo: embora os indultos sejam concedidos em decretos, tais decretos não tem natureza regulamentar, na medida em que não se prestam a regulamentar qualquer lei, mas trazem conteúdo embasado diretamente na Constituição Federal.

Imperioso, assim, que os decretos estabeleçam não apenas quem serão as pessoas por ele alcançadas, mas também qual o procedimento para que esta pessoa veja efetivado o indulto concedido no decreto, a partir da verificação do preenchimento dos requisitos nele previstos.

Os decretos editados com fundamento na Constituição Federal de 1988, assim, têm previsto um procedimento essencialmente jurisdicionalizado para a efetivação do indulto, no qual há necessidade de oitiva do Ministério Público e da defesa, bem como de prolação de decisão do Juízo das Execuções sobre a concessão, o que possivelmente decorre da natureza dos requisitos usualmente previstos, que envolvem verificação de lapsos, de crime, de comportamento carcerário, todos elementos reunidos no processo de execução, o que, ao menos teoricamente, é indicativo de que a jurisdicionalização facilitaria a verificação dos casos de pessoas alcançadas pelo decreto.

Conforme exposto acima, o procedimento estabelecido no decreto guarda relação estreita com seu conteúdo: a concomitância de requisitos a serem cumpridos para sua obtenção e a natureza de tais requisitos sugere que a melhor forma para verificar quais são as pessoas alcançadas pela concessão é a jurisdicional, no âmbito da execução de penas.

Tal forma pode, contudo, ser dispensada.

Foi o que ocorreu, por exemplo, no decreto 8.172 de 2013. Nele, constou a previsão expressa, em seu artigo 11, parágrafo 6º, de que o próprio Juízo do Conhecimento procedesse à verificação dos requisitos, em casos de pessoas primárias condenadas e desde que a condenação tenha transitado em julgado para o Ministério Público, declarando, se o caso, a concessão presidencial do indulto.

Ainda, por muitos anos os decretos exigiram a oitiva prévia do Conselho Penitenciário Estadual para que o indulto pudesse ser efetivado, o que deixou de ocorrer a partir também do decreto de 2013.

A exclusão do Conselho Penitenciário, aliás, foi bastante questionada judicialmente, tendo o Superior Tribunal de Justiça pacificado a questão⁹⁰, julgando constitucional e legítima tal exclusão, exatamente porque a competência para concessão de indulto é conferida à Presidência diretamente pela Constituição, não podendo, pois, sofrer limitações ou imposições através da legislação ordinária.

Assim sendo, embora a LEP preveja que o Conselho Penitenciário tem a função de emitir parecer sobre indulto e comutação de pena (artigo 70, inciso I), bem como estabeleça, como procedimento, que a petição do indulto seja entregue ao Conselho Penitenciário para emissão do parecer (artigo 189), a interpretação dos dispositivos conforme a Constituição Federal é aquela que enxerga o Conselho como órgão à disposição da Presidência da República, que pode ser acionado para emitir parecer, caso o Presidente assim entenda necessário.

Tem-se, assim, que embora o procedimento para a verificação do preenchimento dos requisitos do indulto seja tradicionalmente jurisdicional no Brasil, não é essencial que o seja, tal qual não é essencial a oitiva do Conselho Penitenciário.

Os decretos dos anos de 2012 a 2017 (exceto o de dia das mães), por preverem expressamente que o Juízo não concederia, mas “declararia o indulto”, aliás, representam,

⁹⁰ Confira-se, por todos: HC 338.394/ SP, Relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 10/03/2016, DJe 30/03/2016.

diferentemente do que se verifica nos outros decretos, emprego verbal consentâneo com a Constituição da República, já que a concessão de indulto é incumbência privativa da Presidência da República e os Juízos da Execução não compõem o rol de órgãos para quem tal incumbência pode ser delegada.

A própria normativa prevista no Código de Processo Penal e na Lei de Execuções Penais, embora anterior à Constituição da República, reflete a competência privativa do Presidente da República, ao dispor que, concedido o indulto, o Juiz declarará extinta a pena ou ajustará a execução aos termos do decreto, em caso de comutação,⁹¹ o que traduz que a incumbência do Judiciário na concessão do indulto está adstrita ao reconhecimento de seus efeitos no âmbito da execução da pena, que é o reconhecimento de que a punibilidade e a pena, por decorrência, estão extintas.

Assim, ainda que todos os decretos de indulto editados com base na Constituição Federal de 1988 tenham incumbido o Poder Judiciário de verificar quais pessoas foram abrangidas pelo indulto concedido nos decretos, não há impedimento constitucional para que o próprio Presidente da República, através da estrutura administrativa do Poder Executivo, por exemplo, faça o levantamento de quais pessoas preenchem os requisitos previstos no Decreto, encaminhado a lista ao Juiz competente para que apenas expeça o alvará de soltura e declare a extinção da punibilidade e do processo de execução da pena.

Embora a adoção deste tipo de procedimento não pareça a mais eficiente, já que, como dito acima, são os Juízes que dispõem de acesso às informações processuais necessárias à verificação do preenchimento dos requisitos, a morosidade com que tramitam os processos de execução afastam a percepção inicial de que o Poder Judiciário atuaria com mais eficiência na identificação dos casos de pessoas alcançadas pelo indulto e pela comutação.

Nas palavras de Cacicedo, analisando os relatórios produzidos pelo Conselho Nacional de Justiça a partir dos mutirões carcerários realizados pelo órgão, o funcionamento das Varas de Execução é “*verdadeiramente caótico*” e a análise sobre o cabimento de direitos da execução comumente demora meses ou até anos para acontecer, o que ocorre também com a análise dos indultos e das comutações, a despeito das recentes

⁹¹ Nesse sentido são os artigos 738 e 741 do Código de Processo Penal e 192 e 193 da Lei de Execuções Penais.

previsões contidas no decreto demandando a análise prioritária de seu cabimento e a realização de mutirões com essa finalidade.⁹²

Assim, embora potencialmente pareça mais eficiente atribuir ao Judiciário a incumbência da verificação dos requisitos, a prática da execução penal vem demonstrando que este procedimento vem esvaziando a efetividade dos indultos e um expressivo número de pessoas seguem cumprindo penas já indultadas, ou seja, seguem cumprindo pena quando a punibilidade já está extinta, pendendo apenas decisão que declare a extinção.

O quadro caótico acima narrado poderia ser atenuado com o cumprimento da Lei 12.714/2012, publicada em 14 de setembro de 2012 e com perspectiva de entrar em vigor 365 dias depois de sua publicação.

Referida lei dispôs sobre a informatização do acompanhamento da execução penal e previu expressamente a necessidade de que o sistema contivesse ferramentas que informassem os casos de enquadramento nas hipóteses de indulto e comutação, viabilizando-se a concretização da soltura e/ou da declaração de extinção de punibilidade no momento oportuno. A lei, contudo, segue não sendo cumprida.

Feitas estas considerações sobre os procedimentos usualmente previstos nos decretos concessivos de indulto e de comutação, de maneira a ser possível uma compreensão sobre este importante elemento estruturante dos decretos, o qual representa a efetivação (ou não) do conteúdo do decreto com a concretização das solturas e extinções de punibilidade, cumpre discorrer sobre os aportes teóricos que negam ou conferem legitimidade ao instituto aqui estudado.

⁹² CACICEDO, Patrick Lemos. O controle judicial da execução penal no Brasil: ambiguidades e contradições de uma relação perversa. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, p. 414-432, jan.-abril. 2018, p. 416-418.

CAPÍTULO 3 – APORTES TEÓRICOS SOBRE O INDULTO: AS FUNÇÕES DA PENA E A TRIPARTIÇÃO DE PODERES

3.1 – Aportes teóricos que negam legitimidade ao indulto

O estudo do indulto exige inevitavelmente que se discorra sobre bases teóricas relacionadas à pena e suas finalidades. Se o indulto nega a possibilidade de se iniciar ou de se prosseguir com a punição, necessário entender o que significa a punição e a pena para diferentes correntes teóricas que se debruçam sobre a questão.

Nessa toada, conforme aponta Ana Lúcia Tavares Ferreira, utilitaristas e retributivistas, que vêm a pena como necessária, seja por razões pragmáticas, como Beccaria e Bentham, seja por razões morais, como Kant, refutam a legitimidade do indulto, criticando a possibilidade de concessão de perdão para pessoas condenadas por crimes. Ainda, dentre aqueles que não negam a possibilidade de concessão de indulto, mas que advogam sua limitação intensa, verifica-se igualmente que as funções da punição se colocam como os elementos primordiais na fixação de tais limites.⁹³

Pontue-se, no entanto, que as perspectivas utilitaristas também podem conferir legitimidade ao indulto, a partir da análise da realidade social concreta na qual efetivado o poder punitivo, o que será explorado mais adiante.

Importante compreender, assim, as razões pelas quais as perspectivas kantiana e utilitaristas da função da pena podem dar sustentação à refutação do indulto.

3.1.1 – Ilegitimidade do indulto a partir da perspectiva kantiana da função da pena

Immanuel Kant nasceu no ano de 1724 e morreu em 1804, aos 79 anos. Sua filosofia esteve embebida por ideais iluministas⁹⁴, tendo conferido ele especial importância à razão como elemento que viabiliza a construção de uma moral universal.

Kant opõe as leis da natureza às leis morais, afirmando que é possível a extração de leis universais da natureza através da experiência, mas que as leis morais dependem

⁹³ FERREIRA, Ana Lúcia Tavares. **Indulto e Sistema Penal: limites, finalidades e propostas**. São Paulo: LiberArs, 2017, p. 28-34.

⁹⁴ MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do Direito**. 5 ed. ver., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2016, p. 208-210.

necessariamente de sua universalização *a priori*, operada através da razão, não sendo possível que sua verificação ocorra a partir da verificação de seus efeitos práticos.

Numa crítica aos utilitaristas, Kant afirma que os preceitos da moralidade não se confundem com a doutrina da felicidade, já que esta é casuística e está ligada às inclinações, variando de pessoa para pessoa, e só pode ser construída a partir das experiências individuais, não viabilizando nunca uma universalização.

Ele sustenta que a razão permite a construção de um mundo ético, a partir de enunciados universais, que podem ser extraídos através do pensamento lógico-racional, o qual viabiliza a identificação dos chamados “*imperativos categóricos*”. Um imperativo categórico corresponde a um “*comando emitido pelo espírito humano e dirigido a si mesmo*”, de caráter “*incondicional*”. O principal imperativo categórico para Kant pode assim ser explicado: “*Age sempre em conformidade com uma máxima que desejaras que pudesse ser ao mesmo tempo uma lei universal*”.⁹⁵

Para Kant, como todos são livres, todos dispõem de razão prática que lhes permite aferir como agir, independentemente de exemplos concretos e de aferição sobre vantagens e desvantagens de determinadas ações.⁹⁶ Os seres humanos são iguados a partir desta liberdade a eles inerente, à qual ele chama de livre-arbítrio. O livre arbítrio corresponde à “*escolha que pode ser determinada pela razão pura*”⁹⁷, que é aquela que se apoia em estruturas comuns a todos os sujeitos e que permitiriam, pois, o desenvolvimento do conhecimento intelectual *a priori*, sem a necessidade da experiência, o que viabilizaria sua universalidade.⁹⁸

Conforme aponta Anitua, a concepção de Kant sobre o fundamento da pena está intimamente ligada à sua convicção, própria, aliás, de todo o pensamento iluminista, de que a conduta humana é autodeterminada, guiada pelo livre-arbítrio. Por conseguinte, explica Anitua, a pena se justifica porque determinada pessoa merece ser castigada, quando viola um imperativo categórico, de maneira autodeterminada.⁹⁹

⁹⁵ Os conceitos foram extraídos do Glossário elaborado na edição na obra *Metafísica dos Costumes* a seguir: KANT, Immanuel. **A Metafísica dos Costumes**. Tradução, textos adicionais e notas Edson Bini. Bauru, SP: EDIPRO, 2003, p. 33.

⁹⁶ KANT, Immanuel. *Op. Cit.*, p. 57-64.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 63.

⁹⁸ MASCARO, Alysson Leandro. *Op. cit.*, p. 210-217.

⁹⁹ ANITUA, Gabriel Ignacio. **História dos Pensamentos Criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008, p. 190-194.

Verifica-se, portanto, que Kant desenvolve uma filosofia moral. E a moralidade está para ele entrelaçada com sua concepção de liberdade, identificada com o livre-arbítrio, que é determinado pela razão.

A concepção filosófica kantiana parte necessariamente da compreensão de que as pessoas são dotadas de livre-arbítrio, sendo ele elemento unificador, que permite exigir comportamentos conforme a moral condensada no imperativo categórico: todas as pessoas são igualmente dotadas de liberdade para agir segundo a máxima universal ou para agir em contrariedade a ela.

Ele pretende, assim, a elaboração de uma moral universal, mas se preocupa com a concretização dessa moral através da ação. Preocupado, pois, com a exteriorização, com o comportamento humano, Kant se debruça de forma inevitável sobre os comportamentos que representam uma quebra de um dever social imanente de agir, na sua compreensão, de forma que sua ação corresponda a uma ação que gostaria que fosse universal.

O crime, assim, corresponderia a um comportamento contrário ao comportamento devido. Acrescente-se que, para Kant, conforme explica Anitua, ao mesmo tempo em que o imperativo categórico é a base que permitirá a identificação de comportamentos criminosos, ele funciona igualmente como um limitador na definição dos crimes, já que comportamentos que não contrariem o imperativo categórico não poderiam ser considerados criminosos.¹⁰⁰

Kant, assim, entende que a escolha por um comportamento imoral representa um mal e deve implicar necessariamente uma retribuição, uma punição. Em face de um mal injusto, impõe-se um mal justo.

A punição, portanto, exsurgiria igualmente como um dever moral, não estando atrelada a qualquer função ou finalidade. Ele refuta a possibilidade de que o ser humano seja utilizado para um fim, devendo ser considerado ele um fim em si mesmo.

A correlação entre crime e punição indicada por Kant exige também que a punição guarde proporcionalidade com o crime.

O que se verifica, portanto, é que embora o imperativo categórico de Kant esteja alocado no âmbito de sua filosofia, ele guarda inegavelmente um propósito social, já que voltado para a ação e para a relação humana. Há uma preocupação com o pensamento e com o sentimento externado em ações e com o impacto de tais ações em outra pessoa.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 193-194.

Assim, ainda que pretenda fugir da ideia de que a pena teria uma função, inegável que ele confere a ela a função de estabilização social, já que compreende que deve haver uma reação social, diante de um comportamento tido por negativo. Por que haveria de se reagir com o chamado “mal justo”, se não porque se afigura necessária a reafirmação do que se considera justo?

Ainda que de forma latente, existe na ideia de punição kantiana uma função social. Zaffaroni, nesse sentido, indica que todas as teorias da pena guardam uma perspectiva de função geral de defesa social, inclusive as teorias chamadas de teorias absolutas, como a teoria de Kant. O autor indica que ainda que Kant tenha buscado negar qualquer função à pena, seu conceito de pena está atrelado à “*necessidade de conservar um estado ético no ser humano, sendo a ética pauta de convivência social*”¹⁰¹, o que indica que há, efetivamente, nuances de defesa social mesmo na teoria kantiana.

Na mesma linha, Anitua afirma:

“É certo que muitos outros autores pretendem que Kant, na realidade, atribuía à pena, em geral, uma função, pois caso contrário a teoria se tornaria irracional ou dogmática, e nada mais distante do irracional e do dogmático que as críticas que este autor realiza com base num profundo estudo do ser humano caracterizado pela liberdade como valor igualitário entre os homens.

(...)

Para Kant, sem dúvida, a lei penal não é menos defensiva social do que para os demais contratualistas, já que a vingança, no seu caso, serve como defesa ou sustentação da sociedade civil, único lugar em que o imperativo categórico pode ser sustentado”.¹⁰²

A pena como defesa social, a partir de uma perspectiva contratualista, fica bastante clara em uma passagem da *Metafísica dos Costumes*, na qual Kant afirma: “*Todo aquele que furta torna a propriedade de todos os demais insegura e, portanto, priva a si mesmo (pelo princípio da retaliação) da segurança em qualquer propriedade possível*”.¹⁰³

Importante repisar, no entanto, que ainda que tais apontamentos revelem que a concepção de pena de Kant não está isenta de uma função de defesa social, tais apontamentos correspondem a análises feitas sobre a obra de Kant, já que sua compreensão

¹⁰¹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p. 114.

¹⁰² *Ibidem*, p. 194-195,

¹⁰³ KANT, Immanuel. *Op. cit.*, p. 176.

expressa em sua obra, ou seja, sua compreensão sobre si mesmo e sobre o seu pensamento é no sentido de negar que a pena tenha alguma finalidade, afirmando que ela deve existir como uma necessidade moral e refutando expressamente que a pena tenha qualquer finalidade positiva para a sociedade ou para o sujeito que pratica o crime.¹⁰⁴

Não obstante tais discussões sobre a existência ou não de uma função à pena, na perspectiva kantiana, sua concepção de pena como a imposição de um mal justo diante de um mal injusto como uma obrigação moral implica a negação do indulto, já que ele representaria o afastamento da necessária retribuição, diante da violação de um imperativo categórico. Kant afirma, aliás, que a lei da punição é ela mesma um imperativo categórico.¹⁰⁵

Em outras palavras, o indulto afastaria a reprovação moral do comportamento injusto e representaria, ele mesmo, uma injustiça inaceitável.

Kant, em seu *Metafísica dos Costumes*, aborda, ainda que brevemente, a questão do indulto, aqui compreendido como a ausência de punição através da concessão de clemência pelo soberano.

Para Kant, jamais é possível que o soberano conceda a clemência, em face de um crime praticado por um súdito contra o outro, já que a ausência de punição constituiria “o maior dos males cometido contra seus súditos”. Ele afirma que seria possível a concessão de clemência apenas em casos de crimes praticados diretamente contra o soberano e, ainda, assim, apenas em casos em que a ausência de punição não implicasse perigo à segurança do povo, bem como de maneira que, com a clemência, o esplendor de sua majestade se sobreponha à injustiça que está sendo cometida através da ausência de punição.¹⁰⁶

Ainda que a abordagem direta de Kant sobre a possibilidade de afastamento ou abrandamento da punição através de ato do soberano seja bastante sucinta, o fato de que sua teoria ecoa ainda nos dias de hoje no sistema penal brasileiro confere atualidade à análise sobre o cabimento do indulto.

A “impunidade” como valor social negativo em si mesmo permeia não apenas o imaginário popular, impulsionado pela cobertura midiática sensacionalista sobre as ocorrências criminais, mas alcança também e com intensidade as decisões judiciais sobre a constitucionalidade de determinados dispositivos dos decretos concessivos.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 174

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 175

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 180.

Como alerta Zaffaroni, o estudo sobre as funções declaradas da pena, inclusive aquelas abarcadas pelas teorias absolutas, segue pertinente, uma vez que, embora tenham sido abandonados os discursos puros sobre esta ou aquela finalidade da pena, eles seguem sendo proferidos a partir de combinações ecléticas que justapõem as diversas teorias, ainda que completamente incompatíveis entre si.¹⁰⁷

Foi exatamente nesse sentido a decisão da então Ministra Presidente do Supremo Tribunal Federal que apreciou o pedido de liminar na ADI 5874, que pleiteava a declaração de inconstitucionalidade de dispositivos do decreto concessivo de indulto do ano de 2017.

Ao conceder a liminar para suspender alguns dos dispositivos, assim afirmou a Ministra Carmen Lúcia: “*Indulto não é nem pode ser instrumento de impunidade.*” A liminar foi concedida sob a preocupação de que o indulto transmudasse-se em “*indolência com o crime e insensibilidade com a apreensão social que crê no direito de uma sociedade justa e na qual o erro é punido e o direito respeitado.*”

Há inegável influência no discurso apresentado na referida decisão da perspectiva kantiana de pena, que vê na punição um imperativo categórico. O erro deve ser punido e o direito respeitado, o que leva à conclusão de que o indulto não deve ser concedido, pois representaria a negativa da necessária punição como imposição moral diante da violação criminosa do direito.

Ainda que a Ministra Presidente não tenha negado a possibilidade do indulto (o que seria inconcebível, já que a possibilidade de sua concessão está prevista expressamente na Constituição), buscou dar ele contornos extremamente limitados exatamente a partir da compreensão de que não se poderia ser indolente com o crime.

A Ministra Presidente afirmou que o indulto teria finalidade apenas “*humanitária*” e deveria ser concedido apenas àqueles/as que “*responderam em parte pelo crime*” e, agora, podem “*reconciliar-se com a ordem jurídica posta*”.

Assim, como posteriormente advertiram outros Ministros, com o voto da Ministra Presidente a vagueza oriunda da ausência de parâmetros constitucionais foi preenchida com suas percepções subjetivas, de maneira que não houve modulação constitucional do decreto, mas apenas substituição de uma decisão política por outra – com a diferença

¹⁰⁷ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Op. cit.*, p. 114.

essencial, é claro, de que a Presidência da República tem legitimidade constitucional para tomar tal decisão política, enquanto o Supremo Tribunal Federal não tem.

Substituiu-se a discricionariedade do então Presidente da República pela discricionariedade da julgadora que apreciou a liminar (o que se repetiu, registre-se, com o voto do Ministro Relator, Luís Roberto Barroso), quando só o primeiro detinha competência constitucional para usar de sua discricionariedade para conceder indulto.

Como se vê, a concepção da pena como uma necessidade e da punição como merecimento tem implicações diretas na avaliação sobre a pertinência ou não da concessão de indulto e sobre seu alcance. O que se busca demonstrar aqui, assim, é a necessária correlação entre a compreensão sobre o significado da punição e a possibilidade de concessão de indulto.

A filiação às teorias absolutas da pena conduz, por decorrência lógica, à compreensão do indulto como instrumento de injustiça, que deve, se não ser eliminado, ter seu alcance limitado ao máximo possível.

Não são apenas as teorias absolutas que levam a uma posição que negam legitimidade ao indulto ou que militam por seu cabimento absolutamente restritivo. As teorias utilitaristas e que legitimam a pena a partir da compreensão de que ela tem função socialmente benéfica igualmente podem levar a tal posicionamento, conforme será adiante exposto.

3.1.2 – Ilegitimidade do indulto a partir das perspectivas utilitarista e positivista da função da pena

Na via contrária da filosofia kantiana, a perspectiva utilitarista pode ser considerada consequencialista, na medida em que a justiça ou injustiça de determinada ação é avaliada a partir das consequências que tal ação pode determinar, das implicações de tal ação no mundo fático.¹⁰⁸

O utilitarismo, que tem como principais expoentes Cesare Beccaria, Jeremy Bentham e, um pouco mais tarde, John Stuart Mill, propõe a análise sobre o acerto e sobre a justeza de determinadas ações a partir da análise de sua utilidade social. As práticas sociais devem buscar a maior felicidade para o maior número de pessoas e devem se

¹⁰⁸ GODINHO, Eduardo. **A regra da maioria e a autonomia individual: um estudo a partir de John Stuart Mill**. Dissertação (Mestrado em Filosofia e Teoria Geral do Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2011, p. 85.

afastar da produção de dor e sofrimento, que só pode (e deve) ser impingido quando os ganhos sociais se afiguram maiores que a dor causada.

John Stuart Mill define a utilidade como “*a solução última de todas as questões éticas*”. Nesse sentido, “*as ações são corretas na medida em que tendem a promover a felicidade e erradas conforme tendam a produzir o contrário da felicidade. Por felicidade, se entende prazer e ausência de dor, por infelicidade, dor e a privação do prazer.*”¹⁰⁹

Mill foi moldado intelectualmente por seu pai desde tenra idade – começou a aprender grego, por exemplo, com três anos de idade –, sendo educado em casa pelo pai e por pessoas de seu círculo de convivências, dentre as quais, Jeremy Bentham.¹¹⁰

Enquanto Mill direcionou seus estudos para o campo da filosofia política, fazendo aportes de suas perspectivas utilitárias para propor sistemas políticos que, em sua visão, concretizariam a um só tempo a “*máxima felicidade repartida por um maior número*”¹¹¹ e estariam pautadas pela defesa das liberdades individuais, Jeremy Bentham e Cesare Beccaria foram os dois grandes precursores do desenvolvimento das ideias utilitárias no campo específico dos crimes e das penas.

Importante dizer que ambos, Beccaria e Bentham, estiveram embebidos por ideias iluministas e compreendiam a possibilidade de punição a partir de perspectivas contratualistas, embora Bentham visse a possibilidade da punição menos como consequência do contrato social e mais como uma forma pela qual o Estado exerce o controle social.¹¹²

Patrick Lemos Cacicedo explica que o liberalismo contratualista tem como principal discurso penal a chamada prevenção geral negativa, uma vez que concebe a possibilidade de punição no âmbito da cessão da liberdade individual como forma de garantia da ordem social e afirma que a punição se justificaria em razão de seu potencial de intimidação em face dos cidadãos.¹¹³

Beccaria escreveu o clássico “*Dos Delitos e das Penas*”, no qual se debruçou sobre as minúcias do exercício do poder punitivo e analisou inclusive especificamente a questão do indulto.

¹⁰⁹ MILL, John Stuart *apud* GODINHO, Eduardo. *Op. cit.*, p. 84 e 85.

¹¹⁰ MILL, John Stuart. **Autobiografia**. Tradução: Flausino Torres. Editora Edições 70, Lisboa, 2018

¹¹¹ BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das penas**. Tradução Vicente Sabino Júnior – São Paulo: Editora CD, 2002, p. 15.

¹¹² ANITUA, Gabriel Ignacio. *Op. cit.*, p. 195-198.

¹¹³ CACICEDO, Patrick Lemos. **Pena e funcionalismo: uma análise crítica da prevenção geral positiva**. 1. Ed. – Rio de Janeiro: Revan, 2017, p. 46-47.

Conforme exposto por Anitua e Cacicedo, ele constrói sua concepção acerca da possibilidade de punição sobre bases contratualistas, o que faz explicitamente, ao afirmar: “*somente as leis podem fixar as penas para os delitos; e essa autoridade só pode ser do legislador, que representa a sociedade unida por meio de um contrato social*”.¹¹⁴

Sua posição sobre a questão do indulto decorre diretamente do que enxerga como função da pena: intimidar as pessoas que compõem a sociedade através do temor da punição que adviria com a prática do crime. A prevenção geral negativa, assim, justifica a imposição de pena para Beccaria. Por conseguinte, ele adverte que a pena não precisa ser cruel, mas precisa ser certa, infalível, já que seria a infalibilidade da pena que preveniria a prática de crimes, em razão do temor causado com a certeza de que ela seria praticada, em caso de desvio criminoso. Em suas palavras:

“A certeza de um castigo, ainda que moderado, produzirá sempre uma impressão mais forte do que o temor de um outro mais terrível, unidos à esperança da impunidade; porque os males, ainda que mínimos, quando são certos, intimidam sempre os ânimos humanos, ao passo que a esperança, dádiva celestial que, a miúdo, tudo substitui, afasta sempre a ideia dos males maiores, e mais ainda quando a impunidade, possibilitada pela avareza e pela fraqueza, aumenta-lhe a força.”

Como se vê, as reflexões feitas por Beccaria, não obstante todas as objeções já esmiuçadas pelas críticas criminológicas que lhe sucederam e que serão analisadas adiante, seguem atuais no discurso punitivo.

A impunidade é vista não apenas como um desvalor por si só, como na perspectiva kantiana, mas também como circunstância que enfraquece o suposto potencial dissuasório da pena e, pois, contraria os interesses sociais, na perspectiva utilitária. Assim sendo, Beccaria rechaça a legitimidade do indulto, defendendo que a aplicação de penas brandas, com regularidade e através de procedimento célere eliminaria a necessidade da concessão de indulto, cuja necessidade, pois, decorreria apenas dos absurdos legislativos e das condenações atrozes.¹¹⁵

¹¹⁴ BECCARIA, Cesare. *Op. cit.*, p. 21.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 79-81.

O que se verifica, portanto, é que a concessão de indulto não tem espaço no sistema penal idealmente por ele pensado, já que, colocado em prática, o indulto não apenas seria desnecessário, como geraria situações de impunidade que contrariariam a função intimidatória da pena e abalariam, pois, sua utilidade.

Por outro lado, não se pode deixar de considerar que, em sentido inverso, Beccaria entende a necessidade do indulto a partir da verificação de que o sistema punitivo, concretamente considerado, é desproporcional, cruel, ineficiente, de modo que, exatamente em razão dos princípios utilitários, há espaço para o indulto, quando a análise da experiência punitiva revela que ela produz mais sofrimento que felicidade, coletivamente considerados.

Pelas mesmas razões de Beccaria, Bentham, outro grande expoente do utilitarismo, tece considerações duras sobre a incorporação do indulto ao sistema penal.

Curiosamente, conforme explicam Alex Tuckness e John M. Parrish, embora Kant e Bentham estejam em posições diametralmente opostas, no que se refere à construção teórica sobre princípios morais e sobre as bases teóricas que legitimam a punição e o sistema punitivo, ambos caminham juntos em um aspecto na teoria da pena: uma quase total rejeição à possibilidade de concessão de perdão em casos específicos e de concessão de indulto como instrumento incorporado pelo sistema repressivo.¹¹⁶

Tal qual Beccaria, Jeremy Bentham também ingressou nas minúcias do que entendia como um sistema punitivo ideal, condensando suas ideias na obra *The Rationale of Punishment*, tendo dedicado uma seção de seu livro ao tema do indulto.

Também como Beccaria, Bentham confere centralidade à certeza da punição, considerando-a essencial ao sistema punitivo e à sua finalidade precípua de intimidação, bem como apontando que quanto menor a certeza da pena, mais severa precisa ser a punição¹¹⁷, o que para ele é deletério, na medida em que inicia sua obra afirmando que, por definição, a “*punição, qualquer forma que assuma, é um mal*”¹¹⁸

¹¹⁶ PARRISH, John M. and TUCKNESS, Alex S., **Bentham and the Problem with Pardons**. Western Political Science Association 2010 Annual Meeting Paper. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=1580835>. Acesso em 20 jun 2020.

¹¹⁷ BENTHAM, Jeremy. **The Rationale of Punishment**. London: published by Robert Heward, Wellington Street, Strand. MDCCCXXX, p. 425 e ss. A obra está disponível na íntegra em: <https://books.google.com.br/books?id=7bhCAAACAAJ&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false>. Acesso em: 20 jun 2020.

¹¹⁸ *Ibidem*, p.1.

O autor indica que a prevenção dos crimes pode ocorrer em dois âmbitos, “prevenção particular” e “prevenção geral” – divisão, aliás, clássica na doutrina da teoria das penas –, destacando que a prevenção geral é operada a partir da efetivação da punição sobre um indivíduo, de maneira que sirva de exemplo do que pode acontecer aos demais, caso incorram no mesmo ato.

Para ele, a prevenção geral é a principal função da pena e a ausência de punição pode abrir espaço não apenas para que o próprio delinquente siga praticando crimes, mas também para que outros com os mesmos motivos e as mesmas oportunidades o façam, sendo a punição uma fonte de segurança para todos. Assim, ainda que a punição pareça repugnante e cruel, quando isoladamente avaliada, ela seria um sacrifício indispensável, em nome da segurança comum.¹¹⁹

Como visto, Bentham confere centralidade à prevenção geral e a compreende como de importância ímpar para a defesa social.

Também, ele entende que a certeza da punição é muito mais valiosa, para a consecução de suas finalidades, que a severidade da pena, a qual é vista como um mal e, no entanto, precisaria ser incrementada na mesma proporção em que a certeza da punição fosse diminuída, o que Bentham defende que deve ser evitado, através da adoção de mecanismos que maximizem a certeza da punição e da exclusão de outros, que atuem em sentido contrário.

Por conseguinte, ele critica o indulto, apontando que ele é “*cruel em suas causas e cruel em seus efeitos*”.¹²⁰

A crueldade de suas causas reside para Bentham no fato de que o indulto seria necessário em razão da desproporcionalidade e irracionalidade das penas, com destaque para o abuso das penas capitais, como explicam Tuckness e Parrish¹²¹, e a dos efeitos reside exatamente na implosão que a concessão de indulto provocaria na certeza da pena, a qual é de importância central para o autor.

No entanto, embora Bentham aponte que o indulto não tem espaço, *a priori*, ele reconhece que ele pode ser necessário, exatamente nos casos em que a punição acarretará em mais mal que bem, apontando que há situações em que isso pode ocorrer e que são

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 19-31.

¹²⁰ *Ibidem*, p. 425.

¹²¹ PARRISH, John M. and TUCKNESS, Alex S., *Op. Cit.*, p. 37. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=1580835>. Acesso em 20 jun 2020.

impossíveis de serem antevistas pelo legislador, de maneira que faria sentido que ele concedesse o poder de indultar para outro ator do sistema penal. Ele aponta, por exemplo, para a possibilidade de que a vítima conceda perdão a seu ofensor em casos nos quais a ofensa não ultrapassa a esfera privada e não causa alarde social, situação que inclusive é prevista no Código Penal Brasileiro, nos chamados crimes contra a honra.¹²²

O que Bentham condena, portanto, é a concessão de indulto fora dos parâmetros utilitários, ou seja, do indulto concedido de maneira particularizada, a partir de critérios que não aqueles estabelecidos de forma geral e com a finalidade delineada de prevenção de crimes através do exemplo da punição.¹²³

Assim, embora ele vislumbre espaço para o instituto de indulto, a lógica de legitimação da pena por ele delineada é indicativa de que esse espaço seria bastante diminuto, já que ele parte da concepção de que a punição tem efetivo potencial intimidatório e dissuasório e que sua incidência é necessária para evitar crimes e para garantir, portanto, a segurança social.

Para além das críticas criminológicas que desvelam que o crime não existe ontologicamente e que demonstram que a seletividade penal opera como filtro que retira o caráter universal da incidência penal, o que faz desmoronar, pois, seu suposto potencial intimidatório, há uma crítica prévia à adesão dos utilitaristas à teoria da prevenção geral negativa da pena: se a base de análise da utilidade é a experiência e a demonstração de que determinada norma é capaz de gerar maior felicidade para o maior número de pessoas, necessário seria que se demonstrasse que a punição tem, efetivamente, essa capacidade de produzir maior felicidade através da redução de crimes. Não há possibilidade, todavia, de demonstração empírica¹²⁴ de que, salvo em situações específicas, a previsão de punição abstratamente considerada efetivamente impeça indiscriminadamente a prática de crimes, através do acionamento de tal suposto mecanismo psicológico.

O que se verifica na própria justificativa apresentada por Bentham para sustentar o potencial dissuasório da punição é não a experiência, mas uma concepção prévia de que os

¹²² BENTHAM, Jeremy. *Op. cit.*, p. 426-428.

¹²³ PARRISH, John M. and TUCKNESS, Alex S., *Op. cit.* Disponível em <https://ssrn.com/abstract=1580835>. Acesso em 20 jun 2020.

¹²⁴ ANITUA, Gabriel Ignacio. *Op. cit.*, p. 198.

seres humanos estariam psicologicamente programados para se abster da prática de crimes, a fim de evitar a dor da punição.¹²⁵

Ainda, a constatação de que a prática de condutas tipificadas é infinitamente maior que a sua captura pelo sistema repressivo indica que a certeza da punição (ou mesmo sua maximização extrema) é circunstância absolutamente inatingível, de maneira que a negativa de legitimidade ao indulto sob o fundamento de que enfraqueceria a certeza da punição não se sustenta.

Não obstante tais contradições, importante repisar que Bentham abre espaço para a legitimação do indulto, desde que demonstrável que a punição teria potencial de causar mais sofrimento que felicidade coletiva, o que significa que, no seu entendimento, ao menos abstratamente, a perspectiva utilitária admitiria a concessão de indulto, se verificado que a incidência das penas causa mais infelicidade que felicidade na sociedade.

Em outras palavras, embora Bentham tenha convicção de que a punição é um mal necessário à segurança de todos, não deixa de apontar que, sendo o utilitarismo uma teoria consequencialista, o indulto teria espaço, se demonstrado no caso concreto a ausência de utilidade de determinada punição, ou mesmo se demonstrado abstratamente que Bentham está errado e que sua incidência produz mais sofrimento que felicidade.

A aceitação da teoria negativa da pena, desenvolvida por Zaffaroni, como se detalhará adiante, portanto, não apenas confere legitimidade ao indulto, como recomenda sua adoção em larga escala, a partir inclusive da perspectiva utilitária.

Para além dos utilitaristas, para quem a pena se justifica como instrumento de prevenção negativa do crime, observa-se que os positivistas também analisaram a legitimidade do indulto, a partir da perspectiva da pena não como instrumento de dissuasão social, mas como instrumento de correção do indivíduo criminoso e, em última análise, também como mecanismo de defesa social.

Segundo Vincenzo Maiello, os positivistas igualmente estariam preocupados com a possibilidade de que o indulto enfraquecesse a defesa social a ser operada através da incidência da pena e com o uso classificado como abusivo do instituto.¹²⁶

¹²⁵ PARRISH, John M. and TUCKNESS, Alex S., *Op. cit.* p. 40. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=1580835>. Acesso em 20 jun 2020.

¹²⁶ MAIELLO, Vincenzo apud FERREIRA, Ana Lúcia Tavares. **Indulto e Sistema Penal: limites, finalidades e propostas.** São Paulo: LiberArs, 2017, p. 30-31.

Na mesma linha, Aloysio de Carvalho Filho expõe que os integrantes da escola positiva apresentaram oposição ao “*direito de graça*”, indicando que ele seria instituto anacrônico, uma vez que a Justiça Penal não mais era exercida em nome do rei, mas passara a seguir princípios científicos.¹²⁷

Ele aponta que, nesse sentido, Garofalo compreendia que o indulto seria incompatível com a teoria da pena e com sua função de defesa social, adequável ao tipo de criminosos.¹²⁸

Ana Lúcia Tavares Ferreira registra que Enrico Ferri, por seu turno, embora cauteloso com o indulto, admitia sua concessão como forma de pacificação social e desde que concedido, a princípio, em razão de crimes tidos por político-sociais e não para os considerados “*delinquentes comuns*”, ou quando verificada concretamente a reeducação do criminoso no cárcere, desde que não aplicado aos criminosos considerados mais perigosos.¹²⁹

Carvalho Filho posiciona-se contrariamente ao indulto, afirmando que mesmo a alegação de que ele poderia servir ao princípio da individualização da pena, erigido inclusive pelo positivismo como essencial ao sistema pena, não procederia, considerando-se que haveria outros institutos mais adequados à consecução de tal finalidade, como, o livramento condicional, o perdão judicial etc. Ainda, ele entende que, mesmo existindo os que defendam o instituto, seria entendimento quase geral que ele estaria sendo usado de forma abusiva.¹³⁰

Tal qual os retributivistas, portanto, aqueles e aquelas que se filiam às chamadas correntes relativas da teoria da pena igualmente colocam-se essencialmente contrários/as ao instituto do indulto, admitindo-o, quando muito, apenas em hipóteses excepcionais, como forma de correção de eventuais distorções.

Isso decorre exatamente do fato de que enxergam na pena uma função social importante, qual seja a de defesa da sociedade, ainda que diverjam sobre a forma como ela operaria para realizar esta função. Assim, seja porque entendem que a pena tem potencial intimidatório e dissuasório sobre o próprio indivíduo que praticou o crime e em especial sobre a sociedade como um todo, ou, ainda, que representam a reafirmação da norma, seja

¹²⁷ CARVALHO FILHO, Aloísio de. **Comentários ao Código penal**: decreto lei nº 22.848 de 07 de dezembro de 1940: volume IV, arts. 102 a 120 – 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 111-113.

¹²⁸ *Ibidem*, p. 112.

¹²⁹ FERREIRA, Ana Lúcia Tavares. *Op. cit.*, p. 31.

¹³⁰ CARVALHO FILHO, Aloísio de. *Op. cit.*, p. 113.

porque a concebem como instrumento de correção ou inocuização do indivíduo, os diversos teóricos das funções preventivas da pena abordam o indulto com bastante contrariedade.

Se a pena, ainda que reconhecida como um mal, tem função importante de defesa e pacificação social, o indulto, que em sua essência nada mais é que o instituto que aniquila a pena, deve ser rechaçado, ao menos *a priori*. Esta é a lógica, em suma.

Por outro lado, ainda que o indulto seja rejeitado *a priori*, diversos dos relativistas, quando se voltam à realidade da aplicação da pena em concreto, admitem o instituto de indulto como forma de minimizar ou mesmo de afastar o que seriam distorções provocadas pelo sistema, ou diante da “*reeducação*” do criminoso, como em Ferri, ou, ainda, especialmente a partir de meados do século XX, diante da precariedade do sistema prisional no qual executada a pena.

Nesse sentido, por exemplo, Carvalho Filho resgata artigo de Flávio Fávero, do ano de 1962, no qual ele aponta o indulto não apenas como incentivo à mudança observada nos criminosos e como recurso para suavizar rigores excessivos da letra fria da lei, mas também como “*meio adequado de suavizar a pleora de muitos cárceres, abrindo vagas para outros delinquentes necessitados de terapêutica e esperando nas filas*”.¹³¹

Assim sendo, mesmo para quem vê na pena, em essência, uma função social benéfica, a aplicação do indulto é admitida como forma de corrigir as distorções práticas observadas em razão das deficiências do sistema executório, como forma de buscar minimamente resgatar o Estado de Direito rompido com a execução de penas evidentemente cruéis.

O cenário de encarceramento no Brasil, conforme dados que serão posteriormente expostos, apresenta-se, nessa toada, como realidade legitimante da concessão de indulto, uma vez que acarreta sofrimento para além daquele já inerente à pena e considerando que representa violações múltiplas a lei, de maneira que as prisões no Brasil são todas prisões materialmente ilegais.

Para além do cabimento do indulto como instrumento de correção de supostas distorções do sistema, no entanto, há arcabouço teórico que, ainda que não declaradamente, confere legitimidade ao indulto, uma vez que se direciona exatamente a negar as funções positivas da pena sustentadas pelas teorias absolutas e relativas.

¹³¹ FÁVERO, Flávio, *apud* CARVALHO FILHO, Aloysio. *Op.cit.*, 119.

3.2 – Aportes teóricos que conferem legitimidade ao indulto

Consoante colocado, o indulto pode encontrar legitimidade mesmo em face de teorias que concebem finalidades positivas para a pena, circunstâncias em que o indulto é visto como forma de corrigir o que seriam disfunções práticas do sistema punitivo.

Ainda, a legitimidade do indulto encontra amparo também na compreensão filosófica da própria falibilidade da ideia do direito e das tensões existentes entre as ideias que permeiam o direito e entre elas e outras ideias, em outros campos, como as éticas e religiosas. É nesse âmbito que Gustav Radbruch confere legitimidade ao indulto.¹³²

Radbruch resgata expressão de Jhering no sentido de que a *graça* seria “*a válvula de segurança do direito*”¹³³, de maneira a reconhecer que ela seria instrumento para correção de distorções do sistema punitivo, nos termos acima. Mais além, no entanto, o autor vê no indulto o reconhecimento de que há valores externos ao direito e de que o mundo extrapola o mundo jurídico, resgatando igualmente outra expressão, desta feita de Wolfgang Heimann, que explica o indulto como “*arbitrariedade justa*”¹³⁴.

A expressão é bastante interessante e soa inclusive contraditória, mas revela exatamente a concepção do autor no sentido de que o indulto representa intromissão legítima no mundo do direito e que, embora possa, eventualmente, estar pautado por valores eminentemente jurídicos, tem em sua essência a possibilidade de estar embebido por valores de outra ordem e consolida a concepção filosófica de que a esfera pública é permeada por tensões que extrapolam o mundo jurídico, que por vezes pode sucumbir, diante de outros valores.

O autor chega inclusive a opor a finalidade geral da política em face da finalidade específica da política criminal, apontando a primeira como finalidade legítima para o indulto.¹³⁵

A construção teórica realizada por Radbruch confere, como se vê, suporte teórico inclusive à decisão do Supremo Tribunal Federal que, por maioria de votos, julgou improcedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5874.

¹³² RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. Tradução Marlene Holzhausen – 2º ed. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 255-259.

¹³³ *Ibidem*, p. 259.

¹³⁴ *Ibidem*, p. 297.

¹³⁵ *Ibidem*, p. 256

Ainda que os ministros tenham aventado a possibilidade de que o indulto seja submetido a controle de constitucionalidade, o entendimento da maioria do Supremo foi no sentido de que o Presidente da República teria discricionariedade para decidir os critérios para o indulto e que mesmo a invocação de princípios constitucionais como forma de reformulá-los (o que se verificou nos votos vencidos) não seria legítima, exatamente em razão da compreensão de que são os valores políticos da Presidência que devem nortear a concessão do indulto, não cabendo substituir a discricionariedade do Presidente pela discricionariedade do Judiciário.

Tal qual previsto na Constituição Federal de 1988, ou seja, sem quaisquer amarras, o indulto se revela como entendido por Radbruch: instrumento que pode servir como válvula de escape do direito, mas que pode igualmente servir a outros valores e a outras finalidades políticas.

Exatamente por tal razão, é possível que a legitimidade do indulto resida não apenas na necessidade de correção de distorções, mas também em teorias que negam o *jus puniendi*, seja circunstancialmente, seja em sua própria existência.

Ainda que o sistema punitivo tenha existência normativa, encontrando guarida e detalhamento na lei e na própria Constituição da República, a existência de tensões múltiplas no seio social e a contestabilidade do direito, apontadas por Radbruch, permitem que o indulto esteja legitimado especialmente a partir de aportes teóricos que ampliam a análise do sistema punitivo para além do direito.

Também, embora o sistema punitivo tenha inegável existência normativa no Constituição, isso não significa que ela confira a ele alguma função social positiva à pena. Ao contrário, segundo Salo de Carvalho, o silêncio da Constituição Federal de 1988 e a “ausência de qualquer discurso legitimador da pena” em seu texto se somam aos dispositivos constitucionais sobre a questão, que se direcionam essencialmente à imposição de limites ao poder punitivo, para indicar a adoção de uma “política punitiva de redução de danos”.¹³⁶

Conforme sustenta Salo de Carvalho, ao contrário do que se verifica nas Constituições da França e da Itália, por exemplo, onde são apresentadas expressamente funções da pena tidas por legítimas, não há na Constituição brasileira qualquer

¹³⁶ CARVALHO, Salo de. Teoria agnóstica da pena: Entre os Supérfluos Fins e a Limitação do Poder Punitivo. Em **Crítica à Execução Penal**. 2ª edição, rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 18-21.

apresentação de funções ou justificativas para a pena, de maneira que o texto constitucional parece transparecer a adesão a uma descrença em qualquer função universalizante e positiva da pena, sendo possível, pois, verificar em nossa Constituição “*perspectiva penalógica agnóstica*”.¹³⁷

Esta leitura da perspectiva punitiva na Constituição Federal de 1988 por certo confere legitimidade ao indulto, uma vez que dela se projeta a necessidade de adoção de práticas tendentes a frear o poder punitivo.

Assim sendo, no âmbito da análise jurídica, mas embebida pelas críticas criminológicas que extravasam os limites da dogmática penal, assume especial relevo como teoria que confere legitimidade ao indulto, ainda que não o faça declaradamente, a teoria agnóstica e negativa da pena, desenvolvida pelo argentino Eugênio Raul Zaffaroni.¹³⁸

Na contramão de sua teoria estão aquelas que podem ser agrupadas, em contrapartida, como teorias que concebem a pena como dotada de funções positivas, benéficas, como visto acima.

O autor aponta que as funções gerais e especiais da pena, tidas por positivas, podem ser chamadas de funções manifestas, uma vez que são as funções efetivamente declaradas pelo poder estatal como justificadoras da pena, em decorrência da necessidade de conferir a ela alguma racionalidade. No entanto, revela, tais funções não correspondem, como regra, às funções que a pena efetivamente concretizam na realidade social, chamadas por ele de funções latentes ou reais, e acabam por escamotear estas últimas. Cumpre, segundo ele, sempre trazer à superfície a disparidade entre as funções declaradas e as reais, como forma de controlar a racionalidade do poder.¹³⁹

Zaffaroni expõe que as funções declaradas da pena e agrupadas em funções gerais positivas e negativas e funções especiais positivas e negativas não recebem qualquer suporte empírico, não havendo estudos que demonstrem cientificamente que a previsão e a

¹³⁷ *Loc. cit.*

¹³⁸ ZAFFARONI, Raul Eugênio. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal.** Tradução Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, 5ª edição, 4ª reimpressão, 2015.

¹³⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SKOLAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro I.** Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 88 e 96 e ss.

aplicação da pena efetivamente exerce alguma das diversas funções atribuídas a ela, salvo em situações excepcionais, pelo que elas são “*falsas ou não-generalizáveis*”.¹⁴⁰

As funções reais, por outro lado, indicam que a pena e o exercício do poder punitivo estão inseridos no âmbito do que ele nomeia como Estado de Polícia, o qual coexistiria ao lado do Estado de Direito, ambos em disputa. Conforme explica Patrick Lemos Cacicedo, o autor revela que ainda que o Ocidente tenha buscado formalmente constituir-se como Estado de Direito, o Estado de Polícia segue existindo e constantemente tenta abafar o Estado de Direito.¹⁴¹

O Estado de Polícia, para Zaffaroni, seria aquele no qual a noção do que é bom pertence não à lei, mas a um grupo ou classe social dominante, que detém, então, não apenas o poder de dizer o que é bom e correto, como também exerce dos meios disponíveis para fazer valer tais convicções, exatamente através da aplicação de castigos.

O poder punitivo, assim, representa o Estado de Polícia. Nas palavras de Zaffaroni:

*“O exercício do poder punitivo – com sua seleção de criminalizados e vitimizados por vulnerabilidade, o sacrifício de seus operadores, sua imagem bélica, a reprodução de antagonismos sociais, sua preferência pelo modelo de sociedade verticalista disciplinante (corporativa) – não pode senão identificar-se como um capítulo do modelo de estado de polícia que sobrevive dentro do estado de direito.”*¹⁴²

Por decorrência lógica, tendo-se por horizonte a busca pela construção de um Estado de Direito, permeado por ideias de igualdade formal e material, o arcabouço que compõe o direito penal e todas as nuances que perpassam o exercício do poder punitivo devem estar direcionados à contenção máxima de seu exercício.

Identificando-se o exercício do poder punitivo com o Estado de Polícia e o alocando não no âmbito do Direito, mas como fato do poder, a pena perde na essência sua legitimidade e é encarada como fato negativo na vida social. Destaque-se que Anitua também situa a pena como mero ato ou fato de poder, circunstância que persiste, mesmo com as máscaras que as críticas iluministas lhes tentaram colocar.¹⁴³

¹⁴⁰ Ibidem, p. 96-99.

¹⁴¹ CACICEDO, Patrick Lemos. Op. cit., p. 63.

¹⁴² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SKOLAR, Alejandro. Op. cit., p. 96.

¹⁴³ ANITUA, Gabriel Ignacio, op. cit., p. 199.

Embora reconheça a existência de funções latentes e atribua a elas qualificação negativa, Zaffaroni entende que não é possível conhecê-las completamente, já que correspondem a um fenômeno social total e essencialmente complexo. Para ele, mesmo o conceito sociológico de controle social não seria inequívoco e não permitiria esmiuçar as reais funções da pena, as quais seriam indissociáveis do desempenho do poder punitivo como um todo, que seria melhor representado pela ideia de poder de vigilância.¹⁴⁴

Por conseguinte, sob o entendimento de que não é possível conhecer cientificamente todas as funções latentes que a pena exerce na sociedade, mas tomando-as por essencialmente negativas, Zaffaroni desenha sua teoria agnóstica ou negativa da pena, segundo a qual a pena é essencialmente um mal social e, por conseguinte, o estudo e a aplicação do Direito Penal devem estar voltados à redução máxima de seu alcance, tanto quanto possível.

Assim, ainda que o autor não tenha tratado expressamente sobre o indulto, a compreensão da pena como exteriorização do poder, alocada, pois, essencialmente no âmbito da política, coloca o instituto como um instrumento absolutamente legítimo, na medida em que ele representa exatamente um freio a um instrumento que não serve, em sua essência, ao Estado de Direito, mas representa apenas a imposição de sofrimentos diversos, sem que se colham os frutos alardeados e que seriam socialmente benéficos.

A teoria agnóstica e negativa da pena, portanto, amplia o olhar que recai sobre o sistema punitivo e, sem ignorar que sua existência encontra reconhecimento nos arcabouços normativos de cada país, aloca a pena, em razão de suas facetas reais e concretas, fora do Estado de Direito e, portanto, como realidade perniciosa a ser desconstruída ao máximo.

O sistema punitivo concretamente verificado não está amarrado pelo Direito, mas opera a partir de outras dinâmicas e valores, numa lógica verticalizada e em absoluta dissonância com a igualdade material. O indulto, assim, porque instrumento também livre de amarras, pode exsurgir como ferramenta apta a aliviar o alcance do Estado punitivo necessariamente ilegítimo, encontrando nessa função sua legitimidade.

Ainda que reconheça que o exercício do poder punitivo está absolutamente atrelado ao Estado de Polícia, que se consubstancia pela imposição de condutas e castigos não a partir de uma perspectiva igualitária, mas com viés verticalizado e em virtude e

¹⁴⁴ Ibidem, p. 98.

benefício de grupos ou classes hegemônicos dominantes, Zaffaroni entende não ser possível enunciar as funções reais da pena, sob pena de simplismo, pelo que propõe que o reconhecimento de que suas funções reais são necessariamente negativas é suficiente para nortear o saber e o fazer penal, que devem estar sempre voltados ao controle do poder punitivo.

O autor, contudo, aponta que as correntes *antropofilosóficas* que buscam conferir legitimidade à pena, como as kantianas e positivistas, por exemplo, foram essencialmente contraditadas exatamente pela sociologia e pelos saberes criminológico,¹⁴⁵ os quais, aliás, representam conteúdos subjacentes à própria teoria agnóstica e negativa da pena, na medida em que contribuem para o desvelamento da falácia que permeia as funções declaradas da pena, sendo que Zaffaroni atribui especial importância à função deslegitimante construída pelo interacionismo simbólico e consubstanciada na inversão paradigmática que direciona o olhar não para o crime e para o criminoso, mas para a reação social e para a teoria da rotulação ou do etiquetamento.¹⁴⁶

Embora o autor discorra sobre as diferentes perspectivas marxistas que buscam umas deslegitimar a pena e o próprio Direito, outras propor a apropriação do Direito pelas classes trabalhadoras¹⁴⁷, confere maior importância à virada sociológica que desloca o olhar para as dinâmicas de criminalização, inclusive as secundárias, e para as agências responsáveis pela seleção das condutas e das pessoas a serem criminalizadas, indicando que foram estas que tornaram a deslegitimação do sistema penal irreversível.

Alessandro Baratta, por seu turno, resgatou os caminhos percorridos por estas críticas criminológicas em seu “*Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*”, no qual didaticamente expõe os diversos estudos e pesquisas que paulatinamente possibilitaram a superação das teorias positivas da pena, culminando na criminologia crítica de bases marxistas.

Ele também discorre sobre a importância da referida virada sociológica, com direcionamento do olhar investigativo criminológico para a reação social, de maneira a causar a ruína inclusive de princípios universalizantes que pretensamente justificariam a aplicação da pena em nome da defesa social.

¹⁴⁵ ZAFFARONI, Raul Eugênio. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. Tradução Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 46.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 60.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 50-59.

Baratta explica que duas correntes sociológicas inicialmente embasam a construção da teoria da rotulação, conhecida como *labeling approach*: o interacionismo simbólico, que guarda relação com a psicologia social, uma vez que entende que a sociedade é constituída por inúmeras interações sociais concretas entre indivíduos, “aos quais um processo de tipificação confere um significado que se afasta das situações concretas e continua a se estender através da linguagem”, bem como a etnometodologia, que vê a sociedade não como um dado objetivo, mas como resultado derivado de processos de definição e tipificação operados por indivíduos e grupos diversos.¹⁴⁸

Especificamente sobre as desconstruções realizadas no âmbito da sociologia, conforme adiantado, há assim um importante movimento que inverte o olhar investigativo para direcioná-lo às reações sociais pelas instâncias oficiais a determinados comportamentos, afastando-se a concepção de que o crime e o criminoso existiriam ontologicamente.

As pesquisas e estudos nesse âmbito desvelam que o comportamento desviante não o é intrinsecamente e não existe, pois, de forma objetiva, mas corresponde a um comportamento rotulado como tal por instâncias com poder para rotulá-lo. Baratta, referenciado em Wolfgang Keckeisen, explica, então, que o paradigma do controle, em oposição ao paradigma etiológico, preocupa-se tanto com as rotulações de comportamentos como desviantes, quanto com o poder de definir, o poder de realizar tais rotulações.¹⁴⁹

No âmbito do *labeling approach*, merecem destaque os estudos de Edwin M. Lemert sobre a distinção entre desvio primário e desvio secundário, segundo o qual o desvio primário teria múltiplas e indefinidas causas, as quais não podem ser identificadas com a estrutura psíquica do indivíduo, enquanto o desvio secundário representaria a tendência de que o indivíduo rotulado e estigmatizado como criminoso passasse a assumir este papel social a ele atribuído, como forma de “defesa, ataque ou de adaptação”, face as implicações decorrentes da primeira criminalização.¹⁵⁰

A virada sociológica explicada por Baratta e vista por Zaffaroni como a construção teórica que, em definitivo, deslegitimou o sistema penal, por certo sustenta a legitimidade do indulto, especialmente porque desvela que a repressão concreta é

¹⁴⁸ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 87.

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 91.

¹⁵⁰ LEMERTZ, Edwin M., *apud* BARATTA, Alessandro. *Op. cit.*, p. 89-90.

necessariamente seletiva e desigual, estando em contradição, portanto, com princípios basilares do próprio Estado de Direito.

Mais além, no entanto, há construções teóricas que buscam complementar o desvelamento proporcionado pelo *labeling approach*, analisando o sistema punitivo com supedâneo na teoria marxista.

Nesse sentido, já na década de sessenta, o *labeling approach* recebe críticas de criminólogos declaradamente marxistas, que a apontam como essencialmente liberal e indicam a necessidade de que o saber criminológico não apenas denuncie as inconsistências da criminologia tradicional, mas também apontem caminhos para sua superação na prática.

É nesse sentido a crítica elaborada pelos professores de Criminologia da Universidade de Cambridge, Taylor, Walton e Young, que iniciam um movimento crítico em relação ao positivismo criminológico e organizam uma obra intitulada “Criminologia Crítica”, a qual é considerada um marco das críticas criminológicas, em especial daquelas declaradamente de base marxista.¹⁵¹

No artigo que inaugura a obra, de autoria de seus organizadores, os aportes teóricos do interacionismo simbólico e da etnometodologia são tidos por fixados num nível apenas descritivo, já que não pleiteariam ou proporiam as mudanças que se mostravam necessárias diante do cenário desvelado. Tendo por referencial teórico o marxismo, os autores criticam a ciência por eles tida como apenas descritiva, indicando que a ciência radical deve estar preocupada em “*encorajar mudanças especificadas pelos preceitos de sua própria teoria radical*”¹⁵².

Para tanto, alguns primeiros traços de um desenho da criminologia radical são apresentados, dentre os quais se destaca a compreensão do crime como tendo natureza essencialmente proprietária, especialmente em razão de sua relação direta com a organização da sociedade capitalista; uma proposta de redefinição do conceito de crime, de forma a abranger crimes contra os direitos sociais, contra os direitos humanos; a identificação da relação promiscua entre Estado e detentores do Capital, de forma que os crimes dos poderosos sejam compreendidos como intrínsecos à sociedade capitalista.

¹⁵¹ ANITUA, Gabriel Ignácio. **Histórias dos pensamentos criminológicos** Tradução: Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008, p. 664.

¹⁵² TAYLOR, Ian; WALTON, Taylor; YOUNG, Jock. Criminologia crítica na Inglaterra: retrospecto e perspectiva. In: **Criminologia Crítica**, p. 26.

Verifica-se, portanto, conforme identificado por Gabriel Ignacio Anitua, que a obra *Criminologia Crítica* é também um marco inicial da vertente da criminologia crítica denominada “*realismo de esquerda*”, uma vez que, em oposição ao abolicionismo, ao identificar a falácia das bases da criminologia tradicional, propõe não a abolição do direito penal, mas a sua instrumentalização pela classe trabalhadora e por aqueles que lutam por uma sociedade livre de classes.¹⁵³

Embora o realismo de esquerda tenha assumidamente viés marxista, é importante destacar que há análises do sistema punitivo a partir do aporte teórico do marxismo que não desembocam no chamado realismo de esquerda e que têm por horizonte a abolição da punição, ao identificar o Estado penal como indissociável do capitalismo.

Zaffaroni expõe que há correntes diversas do marxismo que dão sustentação a diferentes críticas criminológicas deslegitimantes, dando destaque à deslegitimação do sistema penal propiciada por Pachukanis, àquela desenvolvida por Rushce e Kirchreimer, alocada no âmbito da Escola de Frankfurt, e ao que chama de marxismo criminológico, desenvolvido por Quinney, Baratta e Pavarini.¹⁵⁴

Embora Richard Quinney seja apontado por Zaffaroni como um dos pensadores cuja teoria deslegitima o sistema penal, é de se ponderar que Quinney assina um dos artigos do *Criminologia Crítica*, chamado “*O controle do crime na sociedade capitalista: uma filosofia crítica da ordem legal*” obra que, embora apoiada numa corrente marxista, não pode ser definida como deslegitimante do sistema penal, mas apenas como deslegitimante do sistema penal então vigente. Isso porque, como visto, os autores do *Criminologia Crítica* propõem a apropriação do próprio aparato estatal repressivo pela classe trabalhadora, indicando-se a compreensão de que ele pode ser legítimo, se usado a serviço da superação das desigualdades sociais que desvela e em favor de tal classe.

Tal perspectiva abre espaço para a legitimidade do indulto, mas permite, por outro lado, questionamentos sobre o seu uso, inclusive aqueles relacionados à possibilidade de concessão de indulto para pessoas condenadas por determinados tipos penais.

Por outro lado, há outra corrente do marxismo que conduz necessariamente ao total esvaziamento de legitimidade do aparato repressivo e é aquela desenvolvida

¹⁵³ ANITUA, Gabriel Ignacio, *Op. cit.*, p. 713-723

¹⁵⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**, p. 51-53.

inicialmente por Pachukanis, que vê o Estado, incluindo seu braço penal, como indissociável do sistema capitalista.

Sobre esta perspectiva, Alysso Leandro Mascaro¹⁵⁵ explica que o Estado não é um aparato neutro e passivo, passível de ser capturado por alguma das classes, como a classe trabalhadora, e que seria ilusória, pois, a pretensão de uma construção teórica voltada à tomada do Estado e da utilização do direito como mecanismo para a superação do capitalismo. A forma política estatal e a forma de sujeito de direito, dotado de autonomia, de direitos e obrigações não estaria, assim, tomada pela classe dos capitalistas, ela seria, em si, capitalista.

Por decorrência lógica, não se vislumbra a possibilidade da construção de um aparato repressivo que favoreça as classes trabalhadoras, porque ele nada mais é que uma faceta no aparato estatal. Qualquer tentativa neste sentido não apenas seria ilusória, como contribuiria com a afirmação ideológica da legitimidade desse aparato, que nada mais faz que favorecer a reprodução capitalista e os preconceitos existentes na sociedade.

Mascaro¹⁵⁶ explica que o capitalismo tem como unidade base, como seu átomo a mercadoria e sustenta que da forma mercadoria deriva uma forma jurídica igualmente atomizada, havendo uma reprodução dessa atomização no microcosmo de vínculos entre sujeitos. Para que as trocas sejam operadas, os indivíduos são, assim como são as mercadorias, equalizados, considerados livres para a realização de trocas e, a partir da concepção de que têm vontades autônomas, são considerados como sujeitos de direitos, mas também de deveres, numa relação em que não apenas eles constituem as relações sociais capitalistas, mas também são por elas constituídos.

Verifica-se que não é, portanto, por acaso, que o Estado, como garante da reprodução do capital, como garante de suas formas próprias, como a forma mercadoria, confere absoluta centralidade ao sujeito de direito atomizado.

Esta atomização, mesmo e especialmente quando as demandas e conflitos têm caráter nitidamente coletivo, de classe ou de grupo, permite não apenas a própria produção e circulação de mercadorias e do mais valor, mas, em acréscimo, a incidência estatal, a partir de seus aparatos repressores e ideológicos, como forma de garantir a reprodução da sociabilidade capitalista, de maneira, inclusive, a evitar, através do uso da violência

¹⁵⁵ MASCARO, Alysso Leandro. **Estado e forma política**. São Paulo: Boitempo, 2013, pp. 63-68.

¹⁵⁶ *Loc. cit.*

institucionalizada, que conflitos e demandas individuais transbordem da forma jurídica para a luta de classes.¹⁵⁷

Pachukanis faz essa constatação, afirmando que “no direito penal contemporâneo, de acordo com o individualismo radical da sociedade burguesa, temos um conceito de responsabilidade estritamente pessoal”¹⁵⁸, enquanto se observa no direito antigo uma atribuição de responsabilidade coletiva, castigando-se filhos pelos pecados dos pais, responsabilizando-se todo o clã ante um desvio individual etc.

O aparato estatal em sua faceta repressora, portanto, estaria pautado na atomização dos sujeitos de direito o que, por um lado, paralisa qualquer insurgência e, por outro, opera também num nível ideológico, promovendo a adesão “espontânea” dos indivíduos às formas sociais capitalistas.

Conforme expõe Mascaro¹⁵⁹, indivíduos, classes e grupos são etiquetados a partir de formalizações estatais, com conteúdo nitidamente político, havendo uma separação entre o grupo de indivíduos considerado bom e aquele considerado mau, entre os amigos e os inimigos do Estado, recaindo sobre estes últimos a repressão, como ocorre com movimentos sociais e também com pessoas usualmente advindas de estratos pobres e que são individualmente criminalizadas.

Esta perspectiva, portanto, contrapõe-se àquela trazida pelos teóricos do Criminologia Crítica, que veem a possibilidade (e a necessidade) de que o Direito Penal alcance violações graves de direitos humanos.¹⁶⁰ Sendo o direito e o direito penal parte essencial do capitalismo, sua instrumentalização para superação do capitalismo seria um contrassenso.

Por conseguinte, necessário o desenvolvimento de táticas e mecanismos que busquem minar sua incidência, nunca legitimá-la.

Cumprir registrar que as análises sobre a relação entre a forma econômica e a forma política estatal especificamente em sua feição repressiva têm como marco teórico a

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 65.

¹⁵⁸ PACHUKANIS, Evguiéni B. **Teoria Geral do direito e Marxismo**. Tradução Paulo Vaz de Almeida; revisão técnica Alysson Leandro Mascaro, Pedro Davoglio. 1. Ed. São Paulo: Boitempo, 2017, p. 175.

¹⁵⁹ MASCARO, Alysson Leandro. *Op. cit.*, pp. 63-68.

¹⁶⁰ É nesse sentido o artigo de Antony Platt, chamado “*Perspectiva para uma criminologia radical nos EUA*”, bem como aquele desenvolvido por Herman e Julia Schwendinger, intitulado “*Defensores da ordem ou guardiães dos direitos humanos?*”

obra de Georg Rusche e Otto Kirchheimer, intitulada “Punição e Estrutura Social”, pertencente à Escola de Frankfurt e publicada originalmente em 1939.¹⁶¹

No entanto, embora não voltada exclusivamente para a questão do Estado repressivo, conforme já exposto, Evguiéni B. Pachukanis, com sua obra Teoria geral do Direito e Marxismo, publicada originalmente, antes, em 1921, já trazia um capítulo com reflexões acerca da relação entre a forma mercadoria e a punição, intitulado “Direito e Violação do Direito”, no qual anuncia a existência no âmbito da repressão e da punição do “princípio da reparação equivalente”.¹⁶²

Segundo Gabriel Ignacio Anitua, Pachukanis afirma que o direito penal é instrumento de dominação, através do qual as estruturas gerais do capitalismo são mantidas, havendo um aproveitamento de seus mecanismos pela classe burguesa em detrimento da classe trabalhadora, já que, conforme exposto acima, mas agora nas palavras de Anitua, “*exerce-se a função repressiva através da ameaça ou da realidade da pena, que atuará violentamente se a ideologia dos direitos, que por outro lado a ampara, não funcionar*”¹⁶³.

Rusche e Kirchheimer, por sua vez, buscaram demonstrar a existência de correlação direta entre o mercado de trabalho e a quantidade de pessoas presas, estabelecendo relação entre as necessidades do mercado de aumento ou diminuição de mão-de-obra disponível e a concretização dos aprisionamentos. Ainda, apontaram que a pena concretamente verificada no âmbito das prisões exerce ainda a função de disciplinar e direcionar as pessoas presas ao trabalho. Também, indicam que essa funcionalidade exige que as condições de encarceramento sejam sempre piores que as circunstâncias fora dos cárceres, o que corresponderia a denominada “*lei da menor elegibilidade*”.¹⁶⁴

Essa compreensão da pena, em especial a de prisão, como própria do capitalismo e tendo funções claramente vinculadas às necessidades da valorização do valor, através do controle das pessoas e, pois, da mão-de-obra produtiva, especialmente a partir do

¹⁶¹ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 4ª ed. rev. atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, Criminologia, p. 279

¹⁶² PACHUKANIS, Evguiéni B. *Op. cit.*, p. 179.

¹⁶³ ANITUA, Gabriel Ignacio. *Op. cit.*.p. 618.

¹⁶⁴ *Ibidem*, pp. 619-621.

incremento do encarceramento, diante do desemprego, é apontada por Alessandro de Giorgi como típica de uma fase específica do capitalismo: a fordista.¹⁶⁵

Para ele, o advento do pós-fordismo e as transformações das relações de produção típicas dessa fase do capitalismo entram em choque com as leituras feitas sobre as funções das estratégias repressivas contemporâneas e o papel da prisão e conferem a elas um novo significado.

Isso porque, conforme constata De Giorgi, na economia pós-fordista há uma redução drástica da dependência de força de trabalho no processo produtivo, de maneira que o desemprego não mais é falta de trabalho, mas falta do próprio emprego.¹⁶⁶

Nesse contexto, aponta De Giorgi, o encarceramento concretiza-se não mais como forma de controle da população desempregada e não mais se delinea a fim de redirecionar as pessoas presas para a disciplina do trabalho, apresentando-se ante a “*emergência de um domínio imperial construído com base no controle biopolítico da multidão*”,¹⁶⁷ assumindo tendências, nas palavras de Dário Melossi, que escreve uma “discussão à guisa de prefácio” na obra de De Giorgi aqui citada, menos de tipo “*autoritário-ressocializante*” e mais “*detentivo-neutralizante*”, cabendo destacar que, para Melossi, ambas as tendências seguem convivendo no contexto de encarceramento em massa.

De Giorgi, no entanto, entende que, no contexto do pós-fordismo, as estratégias repressivas não mais recaem sobre indivíduos que concretamente afrontam as formas sociais capitalistas, mas se colocam preventivamente contra populações inteiras que representam um fator de risco ao capital. Ela aponta que há, assim, uma racionalidade não mais disciplinar, mas atuarial na operacionalização do aparato repressivo.¹⁶⁸

No pós-fordismo a presença do Estado é intensificada na sua faceta repressiva e a incidência do aparelho penal direciona-se não para a recondução das pessoas presas para a disciplina do trabalho, mas para a vigilância e contenção das massas consideradas potencialmente perigosas.

A constatação da intrínseca relação entre a forma econômica e a forma estatal em sua faceta repressiva não poderia, é claro, levar à conclusão de que um instrumento igualmente à disposição do Estado, como o indulto, revela-se como um instrumento capaz

¹⁶⁵ GIORGI, Alessandro De. **A miséria governada através do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2006, pp. 47-61.

¹⁶⁶ *Ibidem*, pp. 47-71.

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 81.

¹⁶⁸ *Ibidem*, p. 97.

de se colocar efetivamente em contraposição ao aparato repressivo. Os limites do indulto estariam dados pelo fato de que ele é conformado pelo Estado, sendo um instrumento que pode ser utilizado ou não pelos Poderes Executivo e Judiciário, que dão concretude à forma política estatal.

No entanto, a leitura científica proporcionada pelo marxismo sobre a alocação dos aparelhos repressivos no contexto social capitalista e o desenvolvimento de uma teoria sobre as funções das estratégias repressivas no contexto do pós-fordismo fornece apoio teórico que confere legitimidade a um instrumento que representa, em essência, a negação da continuidade do aprisionamento.

Diante do aprisionamento essencialmente detentivo-neutralizante e da compreensão de que ele não tem qualquer potencial socialmente positivo, mas, ao contrário, apenas produz sofrimentos, a negação da continuidade da pena, através do indulto, encontra legitimidade.

No âmbito das críticas criminológicas e da teoria agnóstica e negativa da pena que lhe é sucedânea, portanto, é possível encontrar sólida legitimidade teórica para o indulto, já que ele representa a negação do que é essencialmente negativo.

Em suma, todas as construções teóricas que se prestam a desvelar o funcionamento do sistema repressivo, apontando-o como um sistema verticalizado, desigual e que não guarda potencial de exercer funções socialmente benéficas, mas, ao contrário, que opera de maneira seletiva e promove sofrimento, servem de suporte legitimante ao indulto, exatamente porque ele representa a minimização da incidência da pena na vida das pessoas criminalizadas.

Feitas estas breves considerações sobre os aportes teóricos que negam ou que conferem legitimidade ao indulto e considerando as controvérsias que orbitam o instituto do indulto no âmbito constitucional, as quais inevitavelmente tem correlação com tais aportes teóricos, já que perpassam por compreensões prévias sobre as funções da pena, abstrata e concretamente, parece importante a realização de análise do indulto e sua relação com os Poderes estabelecidos, cotejando-se tais relações com as perspectivas sobre as funções da pena aqui traçadas.

3.3 – Indulto e os três poderes constitucionais

Conforme já colocado, o indulto é instituto objeto de bastante controvérsia, não apenas em razão de suas consequências concretas, que representam a negação do início ou da continuidade da punição – o que, ante as demandas punitivas disseminadas na sociedade, usualmente causa repulsa social –, mas também porque o indulto representa a inserção do Poder Executivo em terreno tipicamente afeto aos Poderes Legislativo e Judiciário, qual seja o da aplicação ou não de punição, diante de determinada conduta humana.

Inevitavelmente, assim, a concretização do indulto suscita discussões envolvendo a tripartição de poderes, prevista no artigo 2º da Constituição Federal, suas funções típicas e atípicas e o controle e a cooperação entre os três poderes.

A compreensão sobre o princípio da separação dos poderes, suas nuances concretas e as releituras que vêm sendo feitas sobre o princípio, diante dos novos arranjos sociais e dos papéis esperados do Estado é mandatória, por conseguinte, para que seja possível analisar a pertinência e a legitimidade do indulto e de seus alcances e eventuais limites, no âmbito constitucional, considerando-se também, as teorias da pena já acima delineadas.

Conforme lembra José Afonso da Silva, embora o princípio da separação de poderes tenha sido lapidado e difundido por Montesquieu, a ideia de divisão dos poderes inerentes a um Estado já estivera presente em Aristóteles, em John Locke e em Rousseau e se consubstancia, basicamente, pela divisão das funções típicas de um Estado, no exercício de seu poder político. Silva ressalta enfaticamente, cumpre registrar, que o poder, em verdade, seria uno e indivisível e que as diferentes funções é que seriam repartidas.¹⁶⁹

A estrutura tripartite, em contraposição à dual, de Locke, foi proposta por Montesquieu, no clássico “O Espírito das Leis”, publicado em 1748. Montesquieu, considerando essencial à liberdade a moderação do poder do Estado e identificando que ele exerce precipuamente três funções diferentes, quais sejam a de legislar, de administrar e de

¹⁶⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2003, p. 109.

julgar, propõe que tais funções sejam repartidas em três órgãos diferentes, repartindo-se o poder, sob o entendimento de que apenas o próprio poder pode controlar o poder.¹⁷⁰

Montesquieu, portanto, confere importância ao controle do arbítrio do poder como forma de preservar as liberdades, apontando ser essencial a tal fim a divisão do poder entre diferentes órgãos. Em suas palavras:

“Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade, pois pode-se temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado apenas estabeleçam leis tirânicas para executá-las tiranicamente.

Não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.”¹⁷¹

Interessante notar que o próprio Montesquieu já indica a necessidade de que tais divisões não sejam estanques, apontando casos em que um poder poderia intervir no outro, como, por exemplo, a possibilidade de que o monarca, para ele o titular do poder executivo, exerça o poder de veto em face de lei aprovada pelo legislativo.¹⁷²

Ainda, embora mencione a necessidade de divisão tripartite, confere especial importância às funções legislativa e executiva, indicando que a função de julgar consistiria apenas em reproduzir o conteúdo da lei, devendo ser exercida por pessoas extraídas do povo circunstancialmente, de maneira que a função de julgar seja constante, mas não os órgãos e pessoas com atribuição para o julgamento.¹⁷³ Como explica Dirley da Cunha Junior, Montesquieu defende uma concepção da função judicial mecanicista, traduzida pela aplicação da lei sem qualquer modulação, não havendo espaço para que se busque equidade através da atividade jurisdicional.¹⁷⁴

Ainda, Montesquieu também se posicionou expressamente sobre o indulto, afirmando que ele seria instrumento especialmente importante e positivo no âmbito da monarquia:

¹⁷⁰ CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª ed. Bahia: Editora JusPODIVM, 2009, p. 516-517.

¹⁷¹ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Do Espírito das Leis**. São Paulo: Editora Abril Cultural, 1973, p. 157.

¹⁷² *Ibidem*, p. 161.

¹⁷³ *Ibidem*, p. 157-158.

¹⁷⁴ CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Op. cit.*, p. 517-518.

“A clemência é qualidade distintiva dos monarcas. Na república, onde se tem como princípio a virtude, ela é menos necessária. No Estado despótico, onde reina o temor, ela é menos costumeira porque é preciso que os grandes do Estado sejam contidos com exemplos de severidade. Nas monarquias, onde se é governado pela honra, que muitas vezes exige o que a lei proíbe, ela é mais necessária.(...) Os monarcas têm tanto a ganhar com a clemência, ela é seguida de tanto amor, eles tiram dela tanta glória, que é quase sempre uma felicidade para eles ter a oportunidade de exercitá-la; e isto quase sempre é possível em nossos países.”¹⁷⁵

Verifica-se, assim, que, preocupado com a contenção do poder e com a garantia das liberdades individuais, Montesquieu considera o indulto instrumento válido e inclusive importante para que o monarca mantenha uma imagem positiva perante a sociedade.

Embora o desenho de Montesquieu sobre a separação tripartite de poderes estivesse voltado ao Estado monárquico, considerado por ele o ideal, verifica-se que ele seguiu inspirando o ideal de separação de poderes dos Estados de Direito modernos de viés republicano, notadamente no que se refere à concepção de seu potencial de limitação do poder pelo poder e de garantia dos direitos de liberdade.

O sistema proposto por Montesquieu, conforme explica Clémerson Merllin Cléve, favorecia a consolidação da classe burguesa, que passara a ser hegemônica, mas ainda carecia de poder político, o que se torna possível com a reorganização estrutural deste poder, de maneira que ele ficasse submetido rigorosamente à lei, inclusive com a positivação dos direitos individuais, viabilizando-se uma separação clara entre Estado e sociedade civil. Não por outra razão, explica Cléve, o princípio da separação dos poderes foi positivado pela Constituição de Massachusetts, de 1780, da Virgínia, de 1776, bem como pela própria Constituição Federal Americana, de 1787, sendo igualmente incorporada pela francesa “Declaração dos direitos do homem e do cidadão”, de 1789.¹⁷⁶

Embora proponha a divisão das funções em órgãos distintos, o próprio Montesquieu, como visto, não propunha uma divisão estanque de funções, mas apenas a predominância de cada uma delas em cada um dos poderes, apontando para a necessidade de que o titular de um dos poderes tenha ingerência sobre os demais em algumas situações, como forma de buscar harmonização e equilíbrio entre os poderes.

¹⁷⁵ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Op. cit.*, p. 103-104.

¹⁷⁶ CLÉVE, Clémerson Merlin. **Atividade Legislativa do Poder Executivo** (livro eletrônico). 3ª ed. rev., atual. e ampl – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, não paginado.

A ideia de “freios e contrapesos”, portanto, já fora delineada pelo próprio Montesquieu, como mecanismo necessário à contenção do poder pelo poder, por ele objetivada.

Em “O Federalista”, obra que reúne um conjunto de artigos escritos por James Madison, Alexander Hamilton e John Jay e que dão sustentação à Constituição dos Estados Unidos da América, de 1787, possível verificar a influência de Montesquieu e a defesa de um modelo de freios e contrapesos exatamente como forma de viabilizar o controle recíproco entre os diferentes poderes.

Especificamente no artigo 51, de Madison, o autor não apenas apresenta traços concretos que dariam forma aos diferentes poderes, mas também propostas para a realização do chamado *checks and balances*, retomando-se a ideia de Montesquieu de que o titular do Poder Executivo tenha poder de veto em relação às leis emanadas do Poder Legislativo.¹⁷⁷

O artigo 74, de autoria de Hamilton, por sua vez, trata especificamente da concessão do indulto pelo Poder Executivo, indicando que o instrumento deveria estar sob a competência do Presidente e que deveria ser o menos coibido e complicado possível, reconhecendo-se que as legislações penais seriam demasiado severas e que necessário um mecanismo capaz de suavizar a crueldade típica do sistema punitivo. Destaque-se, ainda, que Hamilton defende que o indulto deve estar nas mãos do Presidente, uma vez que o peso da responsabilidade individual atuaria, por si só, como mecanismo modulador do uso do instrumento, sendo provável que, se ficasse a cargo de um órgão colegiado, como o Legislativo, a diluição da responsabilidade favorecesse sua utilização com menos cautela, sua utilização em proporção exacerbada.¹⁷⁸

Cíntia Morgado¹⁷⁹ e Ana Lúcia Tavares Ferreira¹⁸⁰, apoiadas em Nuno Piçarra, explicam que o princípio da separação de poderes, estruturante nos Estados de Direito, seguiu, em sua acepção clássica, elevado sobre três elementos constitutivos: o conceito iluminista de lei, o ideal de afastamento entre Estado e sociedade e os direitos de liberdade.

¹⁷⁷ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. O Federalista. Tradução de Heitor Almeida Herrera. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1984, p. 417-421.

¹⁷⁸ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **Federalist Papers: Primary Documents in American History**. Disponível em: <https://guides.loc.gov/federalist-papers/text-71-80>. Acesso 17 ago 2020.

¹⁷⁹ MORGADO, Cíntia. **A nova face da separação de poderes – capacidades institucionais, vinculação dos poderes e constitucionalismo cooperativo**, in Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, 2011, volume 66, p. 64-96. Disponível em: <https://pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=MTExMA%2C%2C>. Acesso em 19 ago 2020.

¹⁸⁰ FERREIRA, Ana Lúcia Tavares. *Op. cit.*, p. 92-93.

Especificamente sobre o primeiro elemento constitutivo, Ferreira destaca que ele tem importância central na análise sobre a relação entre indulto e o princípio da separação de poderes. Isso porque a ideia da soberania da lei e da necessidade de que todos os demais poderes e órgãos estatais a ela se curvem, cabendo aos demais poderes nada mais que aplicar a lei, esvaziava a compreensão de possibilidade de desempenho de função política pelos demais poderes.¹⁸¹

Sob essa perspectiva, a possibilidade de concessão de indulto é vista com enormes ressalvas, uma vez que o instituto esvaziaria a previsão legal de punição, diante do reconhecimento da prática de um crime.

Ferreira aponta que há grande oposição doutrinária ao indulto, exatamente sob a compreensão de que ele violaria o princípio da separação de poderes, menos em razão do fato de que a pena teria sido aplicada pelo Poder Judiciário, e mais em razão do fato de que estaria afastando a incidência de lei emanada do Poder Legislativo. A autora aponta, ainda, que, para além do princípio da separação de poderes e o da legalidade, comumente é apontando também o princípio da igualdade como um daqueles fragilizado com a concessão do indulto¹⁸²

Ante a concepção clássica do princípio da separação dos poderes, assim, o exercício do indulto, porque afasta a aplicação da pena prevista em lei, violaria o princípio da separação de poderes e o próprio Estado de Direito, razão pela qual deveria incidir de maneira absolutamente excepcional e restrita.

O que se observa, no entanto, como destaca Ferreira, é que a oposição ao indulto tendo por fundamento o princípio da separação dos poderes está amparada essencialmente na acepção clássica deste princípio, que se coloca como dogma, como “*uma categoria com valor apriorístico, segundo a qual, a cada órgão corresponderia uma função estatal materialmente definida*”¹⁸³, acepção, contudo, que não mais se coaduna com as configurações atuais e concretas do poder estatal e do exercício das diferentes funções pelos diferentes poderes.

Ferreira aduz, aliás, que as críticas realizadas ao instituto do indulto usualmente não se apresentam com efetiva análise da compatibilidade dele com o princípio da

¹⁸¹ *Ibidem*, p. 93-94.

¹⁸² *Ibidem*, p. 90 e 99.

¹⁸³ *Loc. cit.*

separação de poderes, mas apenas afirmam essa violação como “*verdade autoevidente*”¹⁸⁴, sob a alegação de que ele representaria a negação do primado da lei e violação, pois, aos princípios da igualdade perante a lei e da razoabilidade.¹⁸⁵

A crítica ao indulto a partir dessa perspectiva parece ignorar, assim, que o princípio da separação de poderes é indissociável de um sistema que permita o controle do poder pelo poder, buscando-se a harmonização e equilíbrio entre eles.

O que se verifica, portanto, é que a própria concepção clássica de divisão de poderes traz em seu cerne a necessidade de que tal divisão não seja absoluta, mas, ao contrário, que haja possibilidade de contenção de um poder pelo outro, exatamente a partir de ingerências recíprocas.

Nesse sentido, Hamilton, autor de um dos artigos federalistas que aborda o instituto do indulto, coloca-o expressamente como um desses mecanismos de contenção do poder, apontando a necessidade de que o Executivo tivesse um instrumento capaz de amenizar o rigor da punição prevista em lei e aplicada pelo Poder Judiciário.

Não parece, portanto, que o indulto represente uma ameaça ao princípio da separação de poderes, mas, ao contrário, ele guarda potencial de concretizá-lo, exatamente porque confere ao Poder Executivo a possibilidade de controlar a incidência do poder punitivo na vida das pessoas, restaurando um dos direitos, em tese, mais caros à sociedade e que, inclusive, justifica, do ponto de vista clássico, a própria contenção do poder proposta pelo princípio da separação de poderes: o direito de liberdade.

A demonstração feita por Salo de Carvalho e acima descrita, no sentido de que a ausência de qualquer discurso legitimante da pena na Constituição Federal de 1988 aponta para a adesão constitucional a uma perspectiva agnóstica e negativa da pena, ademais, reforça a legitimidade constitucional do indulto e a possibilidade sua ampla aplicação, exatamente como meio de contenção da expansão do sistema punitivo viabilizada pela atuação dos Poderes Legislativo e Judiciário.

Isso porque, como visto, a Constituição Federal brasileira não apresenta qualquer discurso legitimante da pena, como fazem as constituições da França e da Itália, mas traz essencialmente dispositivos que viabilizam o controle do poder punitivo.

¹⁸⁴ *Ibidem*, p. 91

¹⁸⁵ *Ibidem*, p. 125-131.

Ao menos formalmente, a constrição da liberdade através da aplicação da pena ocorre essencialmente a partir da atuação dos Poderes Legislativo e Judiciário. O primeiro atua para prever abstratamente quais comportamentos serão considerados criminosos, enquanto o segundo atua julgando os casos que são selecionados e levados à apreciação do Poder Judiciário, aplicando ou não a pena e modulando a quantidade e intensidade da punição.

Não se pode olvidar, é claro, que o Poder Executivo, em especial na sua dimensão estadual, tem também participação essencial na aplicação concreta da pena, na medida em que organiza, estrutura e, assim, direciona a atuação dos aparatos policiais que realizarão a captura de condutas e pessoas e, portanto, que propiciarão a efetivação da criminalização.

A participação do Poder Executivo estadual nos processos de criminalização concretos é bastante relevante, já que apenas uma ínfima parcela dos crimes é capturada pela esfera oficial, o que ocorre não em razão de sorte e azar, mas em razão de direcionamentos viabilizados por diversos fatores, em especial a construção consolidada do estereótipo da pessoa criminosa e a forma e direcionamento de atuação das policiais, ou seja, em razão de mecanismos que viabilizam a chamada criminalização secundária.¹⁸⁶

Sobre a relação entre a estruturação das polícias e a seletividade na captura de comportamentos tidos por criminosos, por exemplo, pesquisa realizada pelo Instituto Sou da Paz revelou que de todas as prisões provisórias ocorridas na Capital do Estado de São Paulo no segundo trimestre de 2012, período em que se deu a coleta de dados para a pesquisa, 78% delas decorreram da realização de prisões em flagrante, enquanto apenas 22% corresponderam a prisões decorrentes de ordens judiciais, emanadas a partir de investigações realizadas pela polícia.¹⁸⁷

¹⁸⁶ Confira, nesse sentido: THOMPSON, Augusto. **Quem são os criminosos: o crime o criminoso; entes políticos**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 1998, p. 60 e ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SKOLAR, Alejandro. *Op. cit.*, p. 44-51. Sobre a forma como a criminalização secundária é operacionalizada, Zaffaroni apresenta síntese bastante pertinente, em página 49, a seguir transcrita: “O poder punitivo criminaliza selecionando: a) as pessoas que, em regra, se enquadram nos estereótipos criminais e que, por isso, se tornam vulneráveis, por serem somente capazes de obras ilícitas toscas e por assumi-las desempenhando papéis introduzidos pelos valores negativos associados ao estereótipo (*criminalização conforme aos estereótipo*); b) com muito menos frequência, as pessoas que, sem se enquadrarem no estereótipo, tenham atuado com brutalidade tão singular que se tornaram vulneráveis (autores de homicídios intrafamiliares, de roubos neuróticos etc.) (*criminalização por comportamento grotesco ou trágico*); c) alguém que, de modo muito excepcional, ao encontrar-se em uma posição que o tornara praticamente invulnerável ao poder punitivo, levou a pior parte em uma luta de poder hegemônico e sofreu por isso uma ruptura na vulnerabilidade (*criminalização devido à falta de cobertura*).”

¹⁸⁷ Pesquisa disponível em: <https://redejusticacriminal.files.wordpress.com/2013/07/sou-da-paz-prisoos-em-flagrante-na-cidade-de-sao-paulo.pdf>. Acesso em 16 ago 2020.

A pesquisa revelou exatamente que a maior parte das prisões provisórias na Capital ocorreu em contexto flagrancial, havendo baixa representatividade de prisões decorrentes de práticas investigativas e de atividades da polícia judiciária.

Os dados são indicativos de que há uma maior estruturação das polícias militares, em detrimento da polícia judiciária, de maneira que os crimes capturados oficialmente pelo sistema punitivo são aqueles relacionados ao que Zaffaroni chama de *obra tosca da criminalidade*¹⁸⁸, de maneira que crimes praticados com qualquer grau de sofisticação, em ambientes minimamente protegidos, são muito menos alcançados pelo sistema punitivo.

Esta pequena digressão permite verificar que, embora os processos que acarretam a incidência do poder punitivo sejam usualmente vinculados aos Poderes Legislativo e Judiciário, há importante participação do Executivo estadual, através da estruturação do aparato policial, na incidência real da pena.

Para além disso, no entanto, é certo que a punição de determinados comportamentos, operada inicialmente em abstrato, com a previsão legal, e depois em concreto, com a aplicação da pena ao caso levado a julgamento, está formalmente nas mãos dos Poderes Legislativo e Judiciário. Não bastasse, estes dois não apenas têm o poder de promover a incidência da pena, como também decidem a quantidade de pena a ser executada e, pois, o tempo em que determinada pessoa terá sua liberdade mitigada.

Parece absolutamente legítimo, assim, mesmo dentro de uma leitura clássica do princípio da separação de poderes, que o Executivo Federal tenha em mãos instrumento que permita o controle desse poder atribuído essencialmente aos Poderes Legislativo e Judiciário e que, na essência, implica exatamente a restrição do direito fundamental à liberdade, que seria um dos objetos de preocupação que ensejaram a criação do sistema de separação dos poderes.

O indulto, pois, serve ao sistema de freios e contrapesos, na medida em que representa mecanismo a ser usado por um dos Poderes que não é aquele que, formalmente, delinea e aplica a pena, exatamente como forma de contenção da atuação dos demais poderes¹⁸⁹, o que, ademais, encontra respaldo nas previsões normativas trazidas na

¹⁸⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SKOLAR, Alejandro. *Op. cit.*, p. 46.

¹⁸⁹ Maurílio Maldonado também vislumbra o indulto como instrumento de controle pelo Poder Executivo, mas em face apenas do Poder Judiciário, mas de forma mais tímida, afirmando o que segue: “Parece-nos, também, que a faculdade atribuída ao Presidente da República no art. 84, XII, da CF, para a concessão de indulto e comutação de penas, pode ser utilizada como forma de controle de correção da atividade

Constituição de 1988, que se prestam, como visto, essencialmente a limitar a pena, não havendo no texto constitucional discurso que confere a ela função positiva e legitimante.

O voto do Ministro Alexandre de Moraes no julgamento da ADI 5874, destacou exatamente que o indulto consiste em instrumento a serviço do sistema de freios e contrapesos. Confira-se:

“A concessão de indulto não está vinculada à política criminal estabelecida pelo legislativo, tampouco adstrita à jurisprudência formada pela aplicação da legislação penal, muito menos ao prévio parecer consultivo do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, sob pena de total esvaziamento do instituto, que configura tradicional mecanismo de freios e contrapesos na tripartição de poderes. O exercício do poder de indultar não fere a separação de poderes por supostamente esvaziar a política criminal estabelecida pelo legislador e aplicada pelo Judiciário, uma vez que foi previsto exatamente como mecanismo de freios e contrapesos a possibilitar um maior equilíbrio na Justiça Criminal (PINTO FERREIRA, Comentários à Constituição brasileira. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 574 e ss.; ALCINO PINTO FALCÃO. Constituição Federal anotada. Freitas Bastos. v. 2, p. 214).”¹⁹⁰

A concepção do indulto como instrumento a serviço do sistema de freios e contrapesos ganha ainda mais força quando se está diante das novas leituras sobre o princípio, que vê o poder como manifestação concreta de força estatal e a atuação dos órgãos que o exercem como direcionada politicamente, já que do Estado não mais se espera apenas abstenção como forma de garantia dos direitos de liberdade, mas também sua incidência ativa e de caráter prestacional.

Conforme expõe Ana Lúcia Tavares Ferreira, embora as funções estatais tenham inicialmente sido desenhadas a partir de conceitos jurídicos, a função política do Estado, caracterizada pela atuação das diferentes funções estatais com vistas à efetivação de objetivos políticos definidos constitucionalmente é consolidada com os Estados sociais e o princípio da separação de poderes passa não mais a ser compreendido a partir de

jurisdicional, quando não motivada a decisão, apenas pelo juízo de conveniência e oportunidade, mas inspirado, o Chefe do Executivo, pelo caráter controvertido, juridicamente, da sentença condenatória judicial.” MALDONADO, Maurílio. **Separação dos poderes e sistema de freios e contrapesos: desenvolvimento no Estado Brasileiro.** Disponível em: <
https://www.al.sp.gov.br/StaticFile/ilp/separacao_de_poderes.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2018
¹⁹⁰ A íntegra do voto pode ser conferida em:
<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI5874votoAMfinal.PDF> Acesso em: 17 ago 2020.

classificação universal e atemporal, mas a decorrer do desenho concreto elaborado na Constituição de cada país.¹⁹¹

Por conseguinte, não apenas o indulto está em consonância com o princípio da separação dos poderes, em sua acepção clássica, como ele é absolutamente compatível com o sistema concreto previsto na Constituição Federal de 1988, na medida em que permite a contenção da expansão do Estado Penal observada no Brasil, através também de atuação essencialmente política a ser desempenhada pelo Poder Executivo Federal.

A concretização do princípio da separação de poderes nas constituições modernas, inclusive na Constituição brasileira de 1988, confere funções aos órgãos titulares dos diferentes poderes que extrapolam sobremaneira a mera garantia das liberdades individuais, exigindo-se atuação dos três poderes voltada à efetivação também de direitos sociais de cunho prestacional, de maneira que se exige que o Estado atue, através dos três poderes, para a consecução de fins políticos delineados a partir dos direitos garantidos constitucionalmente.

Por conseguinte, a finalidade política de contenção do expansionismo penal, bem como a de frear o estado de coisas inconstitucional que permeia os cárceres brasileiros, nos quais são sistematicamente violados direitos de liberdade e direitos sociais, buscando-se restabelecer um estado de legalidade e constitucionalidade por inegavelmente encontrar amparo constitucional, legitima a concessão presidencial do indulto.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto, analisando as diferentes interferências possíveis entre os três poderes, apresenta classificação oportuna sobre o que orienta os controles recíprocos, sustentando que eles podem consistir em controle de legitimidade, de caráter político, controle de legalidade, de caráter jurídico, e controle misto, que teria caráter juspolítico.¹⁹²

Ainda, ele apresenta classificação sobre os tipos de controle de acordo com seus objetivos, indicando a existência do controle de correção, que seria o que se exerce pelo desempenho de funções atribuídas a um Poder de sustar ou desfazer atos praticados por um outro.¹⁹³

¹⁹¹ FERREIRA, Ana Lúcia Tavares. *Op. cit.*, p. 95-98.

¹⁹² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Interferências entre Poderes do Estado**. Revista de Informação Legislativa, nº 103/13. Brasília: Senado, 1989, p. 13. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181961>>. Acesso em: 08 out 2020.

¹⁹³ *Ibidem*, P. 18.

Nesse sentido, possível concluir que o indulto é instrumento de controle de correção e pode ser utilizado tanto a partir de critérios políticos, em razão da percepção quanto a ilegitimidade da incidência (exacerbada) do sistema punitivo na vida das pessoas, seja a partir de critérios jurídicos, considerando-se o descumprimento da normativa nacional perpetuado nas prisões brasileiras, podendo igualmente conjugar os dois juízos, o de legitimidade e o de legalidade.

A crítica ao indulto como instrumento que violaria o princípio da separação de poderes carece de maior substrato teórico e parece consistir, assim, muito mais na exteriorização de uma perspectiva acrítica de que ele abriria espaço para uma “indesejada impunidade”, como se verificou nos votos de Ministros do STF que acolheram o pleito de limitação do indulto apresentado na ADI 5874.

Esta hipótese encontra respaldo, ainda, no silêncio eloquente ou mesmo no apoio dogmático em face da ideia de que a execução da pena, em especial da privativa de liberdade, é e deve ser conduzida pelo Poder Executivo.

Como visto acima, o controle da disciplina realizado concretamente nos ambientes prisionais tem influência ampla e direta na quantidade de pena a ser cumprida, já que os atestados de bom comportamento não apenas são apresentados a partir de apurações bastante arbitrárias sobre as faltas graves, como também são regulamentados por normativas administrativas. Nesse sentido, bastante perspicaz a reflexão de Otávio Fantoni Constantino, quando observa que a revolta contra a suposta ingerência do Poder Executivo com a concessão do indulto, que implica restabelecimento do direito de liberdade, não encontra paralelo no que concerne à ingerência do Poder Executivo na execução da pena, que acarreta, ao contrário, incremento do tempo de encarceramento.¹⁹⁴

Em ambos os casos o que se verifica é que as ações do Poder Executivo geram impacto direto no tempo de duração da pena e no tempo de encarceramento, ou seja, nas duas situações o Poder Executivo atua de maneira a modular a pena aplicada concretamente com base na pena prevista abstratamente, modificando sensivelmente a quantidade de pena a ser cumprida e o grau de rigor da restrição de liberdade.

¹⁹⁴ CONSTANTINO, Otávio Fantoni. **Compartilhando o poder de perdoar penas: A implementação dos decretos presidenciais de indulto pelo TJSP**. São Paulo: Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, 2020, 168p. Dissertação de Mestrado em Direito e Desenvolvimento. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/29212/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20-%20Ot%C3%A1vio%20Fantoni%20Constantino%20%28COM%20DATA%29.pdf>. Acesso em 08 out 2020.

Todavia, apenas quando está atuação ocorre de maneira a arrefecer a intensidade da pena, como ocorre com o indulto, são apresentadas objeções fundadas na suposta violação do princípio da separação de poderes.

Quando o Poder Executivo atua, por exemplo, para regulamentar o atestado de boa conduta carcerária, criando regramento administrativo segundo o qual apenas depois de doze meses da prática de uma falta grave é que a conduta estará reabilitada e, pois, poderá a pessoa usufruir da progressão de regime prevista legalmente e ter sua liberdade mitigada com menos intensidade, não há, como regra, insurgência contra a ingerência do Poder Executivo na gestão do direito de liberdade das pessoas criminalizadas, sob o fundamento de que ela violaria o princípio da separação de poderes.

Esta comparação permite constatar que a insurgência contra o indulto não decorre, efetivamente, do apreço pelo princípio em questão e da compreensão de que haveria uma ingerência geradora de desequilíbrio entre os poderes, a ameaçar os direitos dos indivíduos que compõem a sociedade.

A insurgência está ligada à adesão a teorias da pena que conferem a ela potencial socialmente benéfico e que já foram desacreditadas por críticas criminológicas que demonstraram que as funções positivas da pena não recebem suporte empírico e que, portanto, não mais deveriam justificar a violência perpetrada através da punição oficial, notadamente daquela concretizada com a privação de liberdade.

As críticas ao indulto pautadas pela concepção de que ele negaria a lei e, assim, os princípios da igualdade e da razoabilidade¹⁹⁵ parecem ignorar as funções concretas exercidas pelo poder punitivo e desveladas pelas críticas criminológicas desenvolvidas ao longo do século XX, as quais demonstram que o poder punitivo atua de forma absolutamente seletiva e desigual e não se presta à consecução de finalidades socialmente e igualitariamente benéficas.

O que viola sistematicamente o princípio da igualdade é o próprio direcionamento do aparato repressivo e a própria aplicação da pena¹⁹⁶, que ocorre a partir de processos altamente seletivos direcionados às camadas mais pobres da população brasileira e com intensidade ainda maior sobre a população não branca.¹⁹⁷

¹⁹⁵ FERREIRA, Ana Lúcia Tavares. *Op. cit.*, p. 125-131.

¹⁹⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SKOLAR, Alejandro. *Op. cit.*, p. 46.

¹⁹⁷ Pesquisa realizada em convênio entre NEV/USP e Geledés-Instituto da Mulher Negra (São Paulo) na década de noventa, denominada “A Criminalidade Negra no Banco dos Réus - Desigualdade no Acesso à

O indulto, por conseguinte, tem potencial de restaurar o princípio da igualdade e da razoabilidade, na medida em que promove a retirada do cárcere daqueles e daquelas que foram selecionados pelo sistema punitivo em razão de ocuparem estratos sociais que constituem a clientela preferencial do aparato repressivo não porque cometem mais crimes, mas porque cometem crimes em circunstâncias que favorecem a captura pelo sistema e porque cometem crimes para os quais os aparatos repressivos preferencialmente estão direcionados e possuem estereótipos igualmente visados por tais aparatos.

A desigualdade material impera na distribuição da “justiça” penal. O indulto, pois, minimiza os efeitos desta distribuição perversa e desigual.

Por fim e não menos importante, o indulto atua para minimizar a ilegalidade que permeia o aprisionamento no Brasil. Como será visto adiante, as condições dos cárceres brasileiros implicam, como regra, absoluta violação à vedação constitucional de aplicação de penas cruéis, estando o sistema penitenciário brasileiro em estado de constante ilegalidade e inconstitucionalidade, como reconheceu o próprio Supremo Tribunal Federal.¹⁹⁸

Diante deste cenário, possível que os três poderes, com os instrumentos que lhe são inerentes, atuem para a modificação desta situação, o que também é indicativo de que não há violação do princípio da separação de poderes com a utilização do indulto pelo Poder Executivo, mas, ao contrário, ele representa sua contribuição com a minimização do estado de coisas inconstitucional que permeia o sistema penitenciário brasileiro, situação reconhecida pelo órgão máximo que compõe o Poder Judiciário e que acontece exatamente

Justiça Penal” revelou que há mais réus brancos respondendo a processo em liberdade (27,0%) que réus negros (15,5%), bem como que há uma maior proporção de réus negros condenados (68,8%) do que réus brancos (59,4%). Informações extraídas de: <<https://www.geledes.org.br/criminalidade-negra-banco-dos-reus-desigualdade-acesso-justica-penal/>>. Acesso em 17 ago 2020. Ainda, pesquisa mais recente, de 2017, voltada a audiências de custódias, realizada pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública, constatou o que segue: “*Entre as pessoas brancas conduzidas à Audiência de Custódia, 49,4% permaneceram presas e 41% receberam liberdade provisória com cautelar. Entre os negros (que são maioria na amostra) 55,5% tiveram a prisão mantida e 35,2% receberam liberdade provisória com cautelar, o que indica que o tratamento judicial é mais duro para os acusados negros, incluindo o que se passa na Audiência de Custódia.*” O sumário executivo da pesquisa está disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2018/01/FBSP_Direitos_Garantias_Fundamentais_Audiencia_Custodia_2017_Sumario.pdf> Acesso em 17 ago 2020.

¹⁹⁸ Ao apreciar a medida cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347 MC/DF, o plenário do Supremo Tribunal Federal reconheceu que a realidade do sistema carcerário brasileiro configura o que pode ser chamado de “estado de coisas inconstitucional” e, ainda, deferiu parte das medidas cautelares pleiteadas, com determinações voltadas ao Poder Judiciário e ao Poder Executivo, reconhecendo-se a responsabilidade de todos os poderes na adoção de providências voltadas a reversão do quadro constatado. A íntegra dos debates e da decisão pode ser conferida em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur339101/false>. Acesso em: 17 ago 2020.

em razão da atuação intensa dos Poderes Legislativo e Judiciário com vistas à criminalização primária e secundária de pessoas.

A partir do final do ano de 2017, no entanto, observou-se reação contrária ao instituto no âmbito dos três poderes, por influência da chamada Operação Lava-Jato e em nome de um suposto combate a corrupção.

Como visto, ainda no final do ano de 2017 e logo após a edição do Decreto de Indulto n.º 9.246/2017, o Supremo Tribunal Federal foi instado pela Procuradoria-Geral da República a se manifestar sobre o alcance do indulto e discutiu, na ADI proposta, que recebeu o número 5874, a constitucionalidade de alguns dispositivos do decreto concessivo e a própria possibilidade ou não de que ele, instrumento cujo uso é de atribuição exclusiva do Presidente da República, seja limitado pelo Poder Judiciário.

A discussão levada pela Procuradoria-Geral da República indicava que haveria princípios, como os da Separação de Poderes e o da vedação da proteção insuficiente, que imporiam limites à atribuição de indultar da Presidência da República, sendo possível e necessário, no entender da PGR, que o Supremo Tribunal Federal impusesse limites, norteado por tais princípios, ao indulto.

Prevaleceu no STF o entendimento de que não caberia ao Supremo Tribunal Federal “escrever” outro indulto em substituição à Presidência, delineando, segundo critérios do Tribunal, os requisitos para a sua obtenção, destacando-se que a concessão de indulto estaria abrangida pelo sistema de freios e contrapesos inerente ao princípio da separação de poderes.

A vedação da proteção insuficiente, por seu turno, está diretamente ligada à concepção doutrinária de bem jurídico como estrutura que legitima processos de criminalização¹⁹⁹, havendo, por outro lado, sólida doutrina que sustenta que sua função é não legitimante, mas limitadora do bem jurídico, a qual, por decorrência lógica, não impede a concessão do indulto para os mais diferentes crimes.²⁰⁰

O Poder Executivo tampouco deixou de ser afetado pela Operação Lava-Jato, no que se refere ao indulto. Isso porque de forma inédita, desde a Constituição da República

¹⁹⁹ A Ministra Presidente do STF Carmen Lúcia, ao conceder a medida cautelar na ADI 5874/DF, durante o recesso do Poder Judiciário, manifestou expressamente entendimento de que, ao menos a princípio, alguns dos termos do decreto de indulto 9.246/2017 implicariam violação a um suposto dever constitucional de proteção suficiente a bem jurídico acolhido no sistema.

²⁰⁰ Cf. BECHARA, Ana Elisa Liberatore. **Bem Jurídico-Penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2014, pp. 117-144 e ZAFFARONI, Eugênio Raul. Et al. **Direito penal brasileiro, primeiro volume: teoria geral do direito penal**. 4 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 216-220.

de 1988, deixou o Presidente da República de conceder indulto em um determinado ano, como ocorreu no ano de 2018.

Embora tenha havido discussões e formulação de minuta de decreto de indulto no Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP)²⁰¹, a minuta não foi acolhida e nenhum decreto concessivo de indulto foi publicado no ano de 2018, o que teria ocorrido como consequência da judicialização do decreto de 2017²⁰², a qual, por sua vez, ocorreu sob o fundamento de que o decreto violaria dispositivos constitucionais e representaria desvio de finalidade ao supostamente ser direcionado ao aproveitamento de condenados por crimes de corrupção e correlatos, no âmbito da Operação Lava-Jato.

No âmbito do Poder Legislativo, por seu turno, a partir da Proposta de Emenda Constitucional (PEC) n.º 19²⁰³, de 2018, assinada por Senadores e Senadoras da República de treze partidos diferentes, dos mais diversos campos, verificou-se movimentação que pretende retirar da Presidência da República a atribuição de concessão de indulto, concedendo-a ao Conselho Nacional de Justiça.

Ao justificar a apresentação da PEC, o grupo de Senadores e Senadoras indica reconhecer que o indulto pode ser instrumento a serviço do sistema de freios e contrapesos, mas expõe entendimento de que haveria uma concentração exacerbada de poder nas mãos do Presidente da República e que isso poderia ferir a Separação de Poderes, vislumbrando como solução, pois, conceder tal atribuição ao Conselho Nacional de Justiça, pois ele teria composição mais plural.

O Conselho Nacional de Justiça é órgão que compõe o Poder Judiciário, por expressa previsão constitucional, sendo formado por quinze membros, dentre os quais oito oriundos do Poder Judiciário, dois do Ministério Público, dois indicados pelo Congresso Nacional e dois pela Ordem dos Advogados do Brasil. Não há, pois, qualquer membro oriundo do Poder Executivo no CNJ e o Poder Judiciário detém mais da metade dos

²⁰¹ A ata da reunião em que discutida e aprovada a minuta do Decreto de Indulto do ano de 2018 pelo CNPC está disponível em: <<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/cnccp/resolucoes/2018/Resoluon4de8denovembrede2018registropessoasprivadasdeliberdadeparte2.pdf>>. Acesso em: 7 jan. 2019.

²⁰² Embora não tenha havido declaração oficial sobre a não promulgação do decreto de indulto, inédita no âmbito da Constituição Federal de 1988, veiculou-se notícias no sentido de que a decisão de não promulgação decorreu da pendência judicial sobre o decreto de 2017, subentendendo-se que esteve relacionada também à repercussão midiática negativa sobre um possível uso do decreto para favorecer pessoas condenadas por corrupção. Confirma-se notícia nesse sentido: <https://www.conjur.com.br/2018-dez-31/michel-temer-desiste-conceder-indulto-natalino-neste-fim-ano>. Acesso em 28 ago 2020.

²⁰³ A íntegra da proposta está disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/134782>> Acesso em: 20 dez 2018.

assentos do Conselho, circunstâncias indicativas, assim, de que a aprovação da emenda esvaziaria o sistema de freios e contrapesos, já que concentraria nas mãos do Poder Judiciário o poder de indultar, quando o Judiciário já atua tipicamente na definição sobre a aplicação da pena concreta e seu tempo de duração.

A retirada do indulto das mãos do Presidente da República parece, esta sim, causar desequilíbrio no princípio da separação de poderes, já que implica esvaziamento do controle da incidência punitiva pelo Poder Executivo, mecanismo que tem potencial de arrefecer a atuação intensa dos Poderes Legislativo e Judiciário com implicações no direito fundamental à liberdade dos indivíduos e que, portanto, representa importante instrumento à serviço do sistema de freios e contrapesos com vistas à restaurar o direito de liberdade mitigado com o poder estatal repressivo.

Por conseguinte, ante a norma prevista no artigo 60, §4º, inciso III da Constituição Federal, referida PEC não poderia seguir tramitando.

Referido dispositivo constitucional visa a impedir não apenas emendas que acabem com a separação de poderes, mas também aquelas com tendência nesse sentido. Assim sendo, não apenas uma emenda constitucional que declara a extinção da Federação ou a extinção da separação de poderes é proibida, mas também aquela que suprime elementos que dão forma à Federação e à separação de poderes.²⁰⁴

Nessa toada, uma reforma que esvazie por completo a possibilidade de controle por um dos Poderes sobre os outros em temática tão importante quando a do sacrifício do direito de liberdade através da atuação do poder punitivo, atribuindo-se ao Poder Judiciário, que tem por atividade típica a aplicação da pena e a definição de quanto tempo ela deve durar, parece esvaziar igualmente elemento essencial da separação de poderes, que é o controle de um poder sobre o outro, com vistas a preservar ou a promover direitos.²⁰⁵

Ainda que não se descarte que o estudo do indulto ganhou outro feixe de relevância, em razão das consequências operadas no âmbito dos três Poderes a partir da operação Lava-Jato, importante que sua avaliação não tenha por conteúdo subjacente a

²⁰⁴ CUNHA JR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª ed., ver., ampl. e atual – Salvador: Ed. JusPODIVM, p. 250-251.

²⁰⁵ Ana Lúcia Tavares Ferreira sustenta que o poder de indultar conferido ao Poder Executivo não pode sofrer qualquer restrição por meio de emenda constitucional, sob os fundamentos de que limitar a margem de decisão da Presidência causaria desequilíbrio entre os poderes e violaria o princípio da *ultima ratio*. *Op. Cit.*, p. 117.

exceção correspondente aos crimes de colarinho branco, que permearam a atuação da Lava-Jato, mas que, considerando-se especialmente a realidade do encarceramento no Brasil, seja avaliado como instrumento com potencialidade de minimizar o estado de coisas inconstitucional que permeia os cárceres brasileiros e, pois, minimizar o sofrimento inerente à punição.

Assim, necessária a compreensão sobre a realidade dos aprisionamentos no Brasil e a avaliação quanto a imperiosidade e possibilidade de que o indulto seja utilizado como instrumento de política criminal e com vistas à redução do rigor punitivo através da promoção massiva de desencarceramento.

A ausência de parâmetros constitucionais para a concessão do indulto e a consequente abertura que se coloca para o Presidente da República, no exercício da atribuição de indultar, somadas às consequências concretas decorrentes da concessão do indulto, indica que ele tem feições claramente políticas. Por conseguinte, repetindo Zaffaroni, para quem “*de toda criminologia se deduz uma política mesmo quando isso não é feito expressamente,*”²⁰⁶ no próximo capítulo pretende-se avaliar, a partir da perspectiva das críticas criminológicas acima descritas e da teoria agnóstica e negativa da pena, a possibilidade e a necessidade da utilização do indulto como instrumento que freia a incidência do poder punitivo promovendo desencarceramento.

²⁰⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A palavra dos mortos**: conferências de criminologia cautelar, coord. Luiz Flávio Gomes, Alice Bianchi – São Paulo: Saraiva, 2012 (Coleção Saberes Críticos), p. 31.

CAPÍTULO 4 – INDULTO E DESENCARCERAMENTO NO BRASIL

Verificou-se que a negação teórica de legitimidade ao indulto está diretamente ligada à adoção de teorias positivas da pena, ou seja, de teorias que veem na pena instrumento legítimo a ser utilizado pelo Estado com vistas à pacificação social, seja a partir de perspectivas absolutas, seja de relativas.

Ainda, a adesão a tais teorias também explica a defesa de que o indulto seja utilizado apenas em situações excepcionais, diante de razões humanitárias ou como forma de corrigir distorções do sistema penal, funcionando, nas palavras de Radbruch, como a “*válvula de segurança do direito*”²⁰⁷.

Por essa perspectiva, o indulto poderia ser utilizado para corrigir injustiças na aplicação da pena presentes desde o início ou surgidas em razão de alterações fáticas observadas no curso de seu cumprimento, ou, ainda, em face de necessidades políticas.²⁰⁸ Nesses casos, a pena, genericamente considerada, é vislumbrada como necessária por ter funções socialmente positivas, mas a análise do caso concreto, do ponto de vista individual e/ou coletivo, aponta para o descabimento de sua manutenção.

Como visto, também, a teoria agnóstica e negativa da pena e as críticas criminológicas que lhe dão respaldo justificam a utilização do indulto, mas independentemente da análise das situações concretas de execução da pena, uma vez que ela é vista, em sua essência, como manifestação de poder verticalizado, desigual, desempenhando funções necessariamente negativas, como regra geral. Por decorrência lógica, a adoção de medidas que visam à redução da incidência do poder penal necessariamente favorece o Estado Democrático de Direito e encontra, portanto, legitimidade constitucional.

A adesão à teoria agnóstica e negativa da pena, portanto, confere legitimidade ao indulto mesmo em países nos quais não há cumprimento de pena privativa de liberdade em condições de superlotação, em ambientes insalubres, sem garantia de direitos individuais e sociais, ou seja, em países onde a execução da pena observa formalmente os ditames legais, convencionais e constitucionais direcionados aos ambientes privativos de liberdade.

²⁰⁷ RADBRUCH, Gustav. Op. cit., p. 259.

²⁰⁸ FERREIRA, Ana Lúcia Tavares. Op. cit., p. 133-134.

Mesmo a partir da perspectiva de que a pena tem funções socialmente positivas, no entanto, o indulto exsurge como instrumento legítimo e válido, quando se está diante de condições de encarceramento que tornam a pena privativa de liberdade materialmente violadora de direitos e/ou quando se observa um uso exacerbado e não excepcional da pena privativa de liberdade e, pois, índices massivos de encarceramento, que redundam inevitavelmente na violação sistemática de direitos no ambiente prisional, como ocorre na realidade brasileira.

A partir dos aportes teóricos que indicam, portanto, a legitimidade da utilização do indulto, seja porque se compreende que a pena possui funções essencialmente negativas, seja porque se verifica concretamente que ela vem implicando violações sistemáticas a direitos garantidos constitucionalmente, cumpre discorrer sobre o estado de coisas inconstitucional que permeia o encarceramento no Brasil e que justifica, pois, a adoção ampla do indulto, bem como analisar a possibilidade concreta de que ele seja utilizado como forma de promover desencarceramento massivo e os entraves a esta utilização.

A possibilidade de adoção por algum dos Poderes que não o Judiciário de medida que exclui ou ameniza a pena aplicada pelo Poder Judiciário está presente na legislação de diversos países, embora com nuances diversas em vários deles.

Diferentemente do que ocorre no Brasil, há países que admitem apenas sua concessão em caráter individual, como a França, e há países em que a atribuição de conceder indulto recai sobre o Poder Legislativo e não sobre o Executivo, como nos casos da Itália e de Portugal, que reservam ao Presidente apenas a possibilidade de concessão de graça.²⁰⁹

Assim, importa para análise da utilização do indulto como instrumento capaz de contribuir com a redução dos níveis altos de encarceramento menos a forma pela qual ele é concedido, se individual ou coletivamente, se pelo Poder Executivo ou pelo Poder Legislativo (com a ressalva, aqui, de que parece mais adequado que esteja nas mãos do Poder Executivo, considerando-se o sistema de freios e contrapesos) e mais o seu potencial de contribuir com este objetivo.

²⁰⁹ FERREIRA, Ana Lúcia Tavares. *Op. cit.*, p. 79-88.

Um olhar sobre a utilização ou sobre a demanda pela utilização desses instrumentos em outros países pode contribuir com a compreensão sobre o potencial do indulto com vistas à redução dos índices de encarceramento.

Nils Christie destaca um exemplo bastante emblemático da adoção de medidas assemelhadas ao indulto brasileiro, como forma de redução significativa da população carcerária, que é o da Rússia, país que guarda semelhanças com o Brasil em extensão territorial, população total e população prisional.

Christie afirma que no final dos anos noventa e início dos anos dois mil foram adotadas pelo Poder Legislativo russo diversas medidas com a finalidade de reduzir a população prisional russa em um terço e que elas tiveram efetividade significativa, o que fica exemplificado pelo fato de que o espaço destinado a cada preso aumentou de 1 metro quadrado para 3,5 metros quadrados.²¹⁰

Em *Uma Razoável Quantidade de Crime*, Christie segue sustentando que a quantidade de pessoas encarceradas não tem correlação direta com a quantidade de crimes praticados em determinado país, mas com “*a cultura geral*”, indicando que o volume de presos e a qualidade do encarceramento e da dor infligida como decorrência permitem a identificação de aspectos centrais sobre determinados Estados. O autor aponta, assim, que a redução da população prisional russa decorreu de uma decisão política dos poderes russos, que atuaram objetivamente para que ela acontecesse.²¹¹

Os esforços para a redução da população prisional russa no final dos anos noventa e início dos anos dois mil viabilizaram uma redução na população prisional de cerca de 200.000 pessoas na ocasião, número bastante significativo e que foi possível graças a uma ampla reforma no sistema punitivo russo e em razão da adoção de diversas medidas, dentre as quais a concessão de indultos, *lato senso*, pelos poderes Executivo e Legislativo. Conforme relatou o político russo Yuri Ivanovich Kalinin, que esteve à frente de tais reformas, foi, a título de exemplo, concedida anistia pelo Poder Legislativo russo a aproximadamente 25.000 pessoas, entre adolescentes e mulheres encarceradas, no final do

²¹⁰ CHRISTIE, Nils. **Uma razoável quantidade de crime**. Tradução, apresentação e notas André Nascimento – Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 89.

²¹¹ *Ibidem*, p. 153 e 165.

ano de 2001, o que permitiu o arrefecimento da superpopulação prisional desses grupos, sem qualquer impacto negativo nas taxas de crime do país.²¹²

Segundo Todd Foglesong, a Rússia comporta duas medidas alheias ao Poder Judiciário que implicam a não execução da pena, sendo que uma delas, por ele chamada de *pardon*, é assemelhada à graça brasileira, já que depende da solicitação individual e de ato oriundo do Poder Executivo para ser implementada, enquanto a outra, a *amnesty*, decorre de ato do Poder Legislativo, de caráter coletivo e abrangente, assemelhada, portanto, ao nosso indulto e à nossa anistia.²¹³

Foglesong descreve que, para além das liberações promovidas pelo Legislativo através da concessão de *amnesty*, Boris Yeltsin, já em 1993, criara a Comissão Presidencial do Perdão, com a função de analisar pedidos individuais, tendo ela atuado intensivamente concedendo os pedidos que chegavam. Nesse sentido, entre os anos de 1995 e 2000, pelo menos 25.000 pessoas foram soltas através da concessão presidencial de graça. Ainda, Foglesong indica que diversos relatórios revelavam que apenas no ano 2000 cerca de 12.000 pessoas também receberam graça e que uma fonte anônima teria indicado que 96% dos pedidos individuais submetidos à comissão naquele ano foram acolhidos.²¹⁴

O autor observa que a graça passou a ser utilizada não apenas como forma de mitigar sentenças demasiado severas, sendo também direcionada a grupos inteiros de pessoas condenadas, levando inclusive jornalistas a confundir a graça com os indultos/anistias concedidos pelo Legislativo. Ele afirma que o Governo Russo efetivamente passou a utilizar tais instrumentos como forma de frear o crescente aumento da população prisional russa, sendo que entre nos anos de 1997 e 2000 foram concedidos ao menos três indultos/anistias²¹⁵ que redundaram na redução de aproximadamente 50.000 presos provisórios e 150.000 pessoas condenadas.²¹⁶

²¹² As informações foram apresentadas por ele em palestra proferida em 2002, sob o título “*Russian Penal System: past, presente and future*”, no King’s College, Universidade de Londres, a qual foi posteriormente publicada na íntegra pelo *International Centre for Prison Studies* (ICPS), vinculado à Birbeck, Universidade de Londres, e está disponível em: <https://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/website_kalinin.pdf>. Acesso em 30 set 2020.

²¹³ Confira em <https://www.vera.org/downloads/Publications/pardons-and-amnesties-in-russia-clarifying-the-differences/legacy_downloads/Pardons_in_Russia.pdf>. Acesso em 30 set 2020.

²¹⁴ Loc. cit.

²¹⁵ Entende-se possível compreender a medida também como indulto, uma vez que, embora tenha sido adotada pelo Poder Legislativo, verifica-se que ela não teve contornos de pacificação social em razão de confrontos declaradamente políticos, mas objetivava a redução da população prisional. Ainda que a anistia possa ser, no Brasil, concedida a crimes comuns, considerando-se que ela usualmente é associada “*com*

Essa massiva liberação de pessoas presas contribuiu, aliás, para o arrefecimento dos sucessivos aumentos da população prisional russa observados anualmente, que chegou a atingir a marca de um milhão de presos no final da década de noventa e início dos anos 2000 e que, já em 2002, correspondia a menos de um milhão de presos, embora as taxas de encarceramento ainda fossem bastante altas na ocasião.²¹⁷

Registre-se que a população prisional russa seguiu decrescendo e correspondia, em 2018, a cerca de 600.000 pessoas presas, atingindo, em agosto de 2020, pouco mais de 496.000 pessoas presas²¹⁸, patamar de quantidade ainda bastante alta, mas também bem distante da marca de um milhão, observada no início do segundo milênio.

A redução drástica dos índices de aprisionamento na Rússia decorre de uma série de mudanças adotadas²¹⁹ e não apenas da concessão de graças, indultos e anistias, mas os dados acima expostos revelam que ele possui papel relevante nessa mudança de paradigma que tem implicado ano-a-ano a redução da população prisional do local.

Também, embora o parlamento italiano não tenha atendido à demanda do então Presidente da Itália, Giorgio Napolitano, ele buscou sensibilizar o parlamento para a possibilidade e necessidade de que a superlotação prisional da Itália fosse superada com a adoção de uma série de medidas, com especial destaque para o indulto e para a anistia, já que tais instrumentos estão sob a competência do Poder Legislativo, neste país.

Depois da condenação da Itália pela Corte Europeia de Direitos Humanos ao pagamento de diversas indenizações fixadas em razão da violação de direitos decorrentes da superlotação, bem como e especialmente depois que a Corte fixou o prazo de um ano para que a Itália reduzisse sua população carcerária, Giorgio Napolitano encaminhou mensagem ao parlamento italiano, destacando que o indulto, se concedido nos termos por

momentos históricos nos quais se pretende repactuar critérios de convivência” (Nesse sentido: SALVADOR NETTO, Alamiro Veludo e REALE JÚNIOR, Miguel, *apud* SALVADOR NETTO. Op. cit., p. 310), parece adequado equiparar a medida adotada pelo parlamento russo também ao instituto do indulto.

²¹⁶ Confira em < https://www.vera.org/downloads/Publications/pardons-and-amnesties-in-russia-clarifying-the-differences/legacy_downloads/Pardons_in_Russia.pdf>. Acesso em 30 set 2020.

²¹⁷ Confira em: <https://www.prisonstudies.org/country/russian-federation>. Acesso em 01 out 2020.

²¹⁸ Loc. cit.

²¹⁹ Artigo publicado em 2019, no *Centre for Easter Studies* indica que a quantidade de pessoas presas na Rússia naquele ano corresponderia a 467.000 e que, dentre as medidas que vem contribuindo com a redução das taxas de encarceramento russas, estão a aplicação de penas alternativas para crimes considerados leves, redução e envelhecimento da população russa total e fechamento de colônias penais. Confira em < <https://www.osw.waw.pl/en/publikacje/osw-commentary/2019-02-07/russia-behind-bars-peculiarities-russian-prison-system>> Acesso em 01 out 2020.

ele propostos, teria potencial de reduzir em 24.000 pessoas a população prisional italiana, de maneira a atender a capacidade de lotação das prisões do país.²²⁰

Em sua mensagem, o presidente italiano explicou que o indulto atingiria apenas as pessoas já julgadas pelo Poder Judiciário e que, portanto, seria importante que ao lado dele fosse concedida também anistia, de maneira que não apenas fossem liberadas as pessoas já condenadas, mas também que fossem resolvidos processos relativos a crimes mais leves, permitindo-se o julgamento mais célere de processos por crimes mais graves e com acusados cumprindo prisão provisória.

O tema da necessidade de adoção de políticas desencarceradoras, percebe-se, transcende as fronteiras do Brasil, o que revela a importância da construção de bases teóricas que sustentem medidas que promovam o desencarceramento, como parece ser o indulto, dada a relatada experiência russa e a ausência de amarras constitucionais ao poder de indultar, circunstância reconhecida recentemente pelo próprio Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 5874.

Diante do potencial de desencarceramento decorrente das características do indulto, cumpre demonstrar a pertinência de sua utilização com esta finalidade, através do apontamento de dados sobre o aprisionamento no Brasil, cujas condições de superlotação e de degradação são notórias e merecem ser destacadas.

A preocupação com a realidade do aprisionamento no Brasil, como já adiantado, foi levada ao Supremo Tribunal Federal, através de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 347), proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), já tendo havido, ainda que em caráter cautelar, reconhecimento por parte do STF de que o sistema prisional brasileiro é permeado por um estado de coisas inconstitucional.²²¹

De fato, os dados existentes à época do julgamento da medida cautelar pleiteada no âmbito da ADPF e existentes também no momento atual são indicativos de que as condições de encarceramento no Brasil são alarmantes, estando as unidades prisionais, como regra, superlotadas, e havendo violação sistemática de direitos básicos das pessoas encarceradas.

²²⁰ A íntegra da mensagem enviada pelo então Presidente italiano ao Parlamento pode ser conferida em: <<https://www.conjur.com.br/2013-out-09/presidente-italia-propoe-soltar-24-mil-presos-resolver-superlotacao>>. Acesso em 01 out 2020.

²²¹ Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo798.htm#Sistema carcerário: estado de coisas inconstitucional e violação a direito fundamental - 6](http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo798.htm#Sistema%20carcerario%20estado%20de%20coisas%20inconstitucional%20e%20violacao%20a%20direito%20fundamental)>. Acesso em 01 out 2020.

Nesse sentido, segundo os dados mais recentes do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), extraídos de relatório pertinente ao segundo semestre de 2019²²², a população prisional brasileira atingiu a marca de 755.274 presos e uma taxa de aprisionamento de 359 presos por 100.000 habitantes. Desse total, 222.558 constituem presos provisórios e 362.547 cumpriam pena em regime fechado, o que significa que 585.105 pessoas, ou seja, mais de 77% da população prisional brasileira está em regime de encarceramento total.

Ainda, chama à atenção as condições de superlotação do sistema prisional brasileiro, já que o mesmo relatório indica que o Brasil possui oficialmente 442.349 vagas, o que aponta para um nível de ocupação é de 170%.

Estes números colocam o Brasil na 3ª posição de país que mais encarcera seus cidadãos e cidadãs no planeta, conforme quadro comparativo disponibilizado pelo *International Centre For Prison Studies* (ICPS)²²³, estando atrás apenas dos Estados Unidos da América e da China. A Rússia, que já ocupou a terceira posição e atingiu no início dos anos dois mil a marca de um milhão de presos, tem hoje 496.791 presos, aproximando-se da Índia, que já conta com 478.600 pessoas encarceradas.

Não se ignora que os países que ocupam as cinco primeiras posições no ranking dos encarceradores são igualmente países com população total elevada. No entanto, a taxa de encarceramento do Brasil, que equaliza os países, na medida em que corresponde ao número de presos por cem mil habitantes, também é bastante alta.

A taxa de encarceramento do Brasil, por exemplo, é a mais alta dentre todos os países da América do Sul e, na comparação com todos os 223 países que compõem o quadro comparativo, o Brasil ocupa a 21ª posição.

Ainda, a realidade da taxa de encarceramento é ainda mais alarmante, quando se verifica apenas a população prisional do Estado de São Paulo²²⁴, responsável por 233.089 pessoas presas, do total, o que corresponde a quase 1/3 do total. A taxa de encarceramento, quando considerado apenas São Paulo, é de 507, 61 presos por 100.000 habitantes, o que colocaria o Brasil no 8º lugar do ranking.

²²² Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen/mais-informacoes/relatorios-infopen/relatorios-analiticos/br/brasil-dez-2019.pdf>. Acesso em 02 out 2020.

²²³ Disponível em: https://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison-population-total?field_region_taxonomy_tid=All. Acesso em 02 out 2020.

²²⁴ Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen/mais-informacoes/relatorios-infopen/sao-paulo>. Acesso em 02 set 2020.

Também, as taxas de crescimento da população prisional brasileira indicam um crescimento bastante acelerado, quando comparado com o resto do mundo. O crescimento observado na primeira década do atual milênio (de 2001 a 2010), por exemplo, foi de 112,2%, enquanto a população brasileira, no mesmo período, cresceu 12,3%, segundo dados do IBGE. A título de exemplos, no mesmo período a Argentina teve uma variação de 2,8% na sua população prisional, o México de 32,2%, o Chile de 58,9%, a Itália de 23%, a Austrália de 32,2%, a França de 43,7%, os EUA de 15,6%. A taxa de aumento da população prisional brasileira, de 2010 até 2019, por sua vez, foi de 52,2%, taxa menor que aquela observada na primeira década, mas que ainda indica um crescimento acelerado da população presa no Brasil.²²⁵

A superlotação prisional no Brasil vem acompanhada de condições notoriamente insalubres e degradantes de encarceramento e violação sistemática de direitos, situação amplamente demonstrada na petição inicial que deu ensejo à ADPF 347 e que redundou na concessão de medidas cautelares, em razão do reconhecimento pelo STF da verossimilhança do conteúdo apresentado na inicial.

A partir de relatórios produzidos por diferentes órgãos com incidência na questão penitenciária e que realizaram inspeções em unidades prisionais brasileiras, nos anos de 2013 e 2014, como o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o Conselho Nacional do Ministério Público, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Defensoria Pública de São Paulo, o Professor Juarez Tavares elaborou parecer que instrumentalizou referida ação, detalhando as inúmeras violações de direitos observadas nas prisões brasileiras.²²⁶

Os relatórios e o parecer produzidos apontam, como é notório, para a sistemática violação de direitos individuais e sociais nos cárceres brasileiros, destacando-se a inobservância dos direitos à integridade física e moral, à intimidade, à saúde, à educação e ao trabalho, circunstâncias que tendem ao agravamento com o acréscimo na população prisional observado anualmente no país, conforme acima demonstrado.

²²⁵ POSSAS, Mariana Thorstensen (org.). **5º Relatório Nacional sobre os Direitos Humanos no Brasil, 2001-2010**. Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo. Disponível em <<https://nev.prp.usp.br/wp-content/uploads/2015/01/down265.pdf>>, acesso em: 02 set 2020, p.153.

²²⁶ Confira a íntegra da petição inicial e referido parecer em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seq_objetoincidente=4783560>. Acesso em 04 out 2020.

A partir da análise do aprisionamento no Brasil, Juarez Tavares propõe, em seu parecer, que se reconheça, ao lado da pena abstratamente prevista na legislação e fictamente aplicada a um caso concreto, a existência de uma *pena real*, que é aquela verificada empiricamente, a partir da análise das condições em que é cumprida e do quão distante isso ocorre da “mera” mitigação do direito à liberdade, própria de uma pena de prisão executada com observância de todos os ditames legais.

Por conseguinte, propõe que se considere “*a vivência concreta no cárcere como dado empírico deslegitimante*”, o que, para ele, demanda dos Juízes da Execução que adotem estratégias de descarcerização como forma de restabelecer o estado de legalidade e constitucionalidade da pena aplicada, o que pode ser feito, exemplifica, com a substituição das prisões em estabelecimentos prisionais por prisões domiciliares em hipóteses que extrapolam a literalidade do artigo 117 da Lei de Execução Penal (LEP).

O critério da *pena real* proposto por Tavares como critério a ser observado pelos Juízes da Execução parece igualmente válido, assim, para embasar a elaboração dos decretos concessivos de indulto pela Presidência da República, com vistas a uma maior aproximação entre a pena real e a pena ficta.

A demanda pela descarcerização decorre da necessária correlação entre superpopulação prisional e violação de direitos. As condições degradantes de aprisionamento, embora possam estar presentes mesmo em situações em que não há superlotação carcerária, são severamente intensificadas em razão dela. Há em efeito cascata gerado pelo excesso de presos: a ausência do espaço mínimo para a vivência digna redundando em condições de insalubridade decorrentes da manutenção de número elevado de pessoas em ambientes pequenos, fechados, pouco ventilados, sem oferta de água em volume adequado, o que usualmente é acompanhado da negativa de acesso à saúde, à educação, ao trabalho, à convivência familiar e comunitária.

Assim, ainda que se adira a teorias positivas da pena, entendendo-se que ela é necessária à estabilização social e à proteção de bens jurídicos relevantes previstos na Constituição Federal, a *pena real* é fator que deslegitima a pena ficta exatamente porque representa violações múltiplas e intensas a direitos fundamentais garantidos constitucionalmente, fazendo ruir qualquer coerência teórica na defesa de sua aplicação em nome da defesa do Estado Democrático de Direito.

O parecer de Juarez Tavares aponta para a necessidade de que os Juízes da Execução, verificando a pena real, restabeleçam o estado de constitucionalidade fazendo cessar a violação de direitos em sua raiz, ou seja, retirando do cárcere as pessoas submetidas às violações de direitos, o que faz inclusive invocando a decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos no caso italiano, para quem “*a melhor forma de reparação possível é a cessação rápida da violação do direito de não ser submetido a tratamento inumano e degradante*”.

Não por acaso, aliás, como visto, o então presidente da Itália, diante de tal decisão, conclamou o parlamento italiano a conceder indulto e anistia a presos italianos, como forma de fazer cessar imediatamente a violação reconhecida pela Corte Europeia, já que, também como visto no caso russo, ele é instrumento que guarda potencial de promover o desencarceramento massivo, necessário diante de um encarceramento massivo.

O estado de coisas inconstitucional observado no sistema prisional brasileiro e necessariamente atrelado à situação de superpopulação prisional demanda, assim, medidas que promovam a soltura massiva de pessoas, como o indulto.

Não obstante, a alocação constitucional do indulto e sua classificação como instrumento a serviço do sistema de freios e contrapesos sugere não ser dado ao Poder Judiciário se imiscuir no poder de indultar. O indulto previsto na Constituição brasileira serve exatamente à modulação pelo Executivo da incidência do poder punitivo exercido pelos Poderes Legislativo e Judiciário, a partir de critérios políticos e político-criminais²²⁷ delineados pelo Presidente da República democraticamente eleito.

Assim, tal qual não cabe aos Poderes Judiciário e Legislativo limitar o poder de indultar conferido ao Presidente pela Constituição Federal, não parece possível que tais poderes imponham a obrigação de indultar, ainda que diante do estado de coisas inconstitucional observado no sistema brasileiro.

Isso, é claro, não significa que não seja possível exigir judicialmente a imediata soltura de pessoas em razão das condições degradantes de encarceramento. Parece mais adequado, no entanto, que outras medidas desencarceradoras sejam objeto de jurisdicionalização, como aquelas sugeridas por Juarez Tavares e pleiteadas na ADPF 347, não se vislumbrando como adequada decisão judicial que imponha a obrigação de indultar.

²²⁷ RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. Tradução Marlene Holzhausen – 2º ed. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 255-259.

Isso tampouco significa, é claro, que a Presidência da República não deva indultar. O dever atrelado ao indulto, contudo, dada sua natureza essencialmente política e de controle dos Poderes Legislativo e Judiciário pelo poder Executivo, é dever moral, dever político, de maneira que pode ser politicamente exigido, mas não jurisdicionalmente.

Seria um contrassenso que um poder a ser utilizado como forma de restabelecer o direito fundamental à liberdade em face da incidência da punição promovida pelo Poder Judiciário, no âmbito do sistema de freios e contrapesos, pudesse ser manejado pelo próprio Judiciário.

Ainda, a abertura para o controle jurisdicional das situações em que necessário o indulto viria acompanhada necessariamente da possibilidade contrária, não parecendo ser sustentável teoricamente a dissociação das duas situações. Isso porque ambas as análises estão relacionadas à pertinência da incidência da pena, a partir de um juízo essencialmente político e multifacetado, atribuído apenas ao Presidente da República, de maneira que a decisão de indultar não parece comportar amarras estritamente jurídicas.²²⁸

Abrir caminho para que o Judiciário decida quando se deve indultar significaria abrir caminho não apenas para que decidisse quando se deve, mas também para quando não se deve, o que inclusive foi objeto recente de discussão, no âmbito da ADI 5874, ocasião em que o Supremo Tribunal Federal reafirmou que o indulto é instrumento à disposição do Presidente da República, não cabendo substituir a vontade política do Presidente pela vontade política do STF.

Feitas estas considerações, cumpre verificar os entraves à concretização do potencial desencarcerador do indulto.

A realidade do encarceramento no Brasil, como visto, oferece substrato que legitima a concessão de indulto e aponta para a pertinência de sua utilização com vistas a promover descarcerização massiva. Ainda, a abertura normativa para sua concessão, dada a ausência de limites constitucionais ao poder de indultar, indica que ele efetivamente tem potencial de promover a soltura de número elevado de pessoas.

São bastante escassas, contudo, informações que permitam estimar o número potencial de pessoas presas a serem alcançadas pelo indulto, verificar os indultos efetivamente concretizados e, então, realizar uma comparação entre os números projetados e as solturas ocorridas.

²²⁸ *Ibidem.*

Há, no entanto, duas pesquisas recentes que permitem um olhar mais detalhado para os números envolvendo o indulto e, pois, reflexões sobre a concretização das solturas através do indulto e alguns entraves a ela.

Uma das pesquisas, realizada pela Pastoral Carcerária Nacional, debruçou-se exclusivamente sobre o indulto concedido às mulheres, por ocasião do dia das mães, no ano de 2017.²²⁹

No que se refere ao indulto concedido às mulheres por ocasião do Dia das Mães do ano de 2017, o próprio Governo Federal lançou cartilha²³⁰ estimando que cerca de 14.000 mulheres seria potencialmente alcançada pelo decreto, ocasião em que, conforme relatório da Pastoral Carcerária, a população prisional feminina era de aproximadamente 42.000 mulheres, o que indica que a projeção era de que o indulto poderia reduzir em cerca de um terço o número de mulheres presas.

Embora a pesquisa referida tenha encontrado dificuldades no levantamento das informações, em razão do silêncio por parte de alguns órgãos consultados através da Lei de Acesso à Informação (foram consultadas as secretarias estaduais responsáveis pela administração penitenciária, o Tribunal de Justiça local e a Defensoria Pública correspondente), ou mesmo em razão de terem informado que não dispunham especificamente dos dados relativos ao indulto de mulheres, foi possível a obtenção de informações que correspondem a 70% da população prisional feminina presa, o que já viabiliza uma verificação importante sobre a efetivação do indulto.

A partir das respostas ofertadas pelas Secretarias Estaduais, contudo, verificou-se que o número de mulheres identificadas como possíveis beneficiárias do indulto, a partir do levantamento das secretarias, era significativamente mais baixo que aquele projetado pelo governo federal. Em números totais, as secretarias somadas indicaram 3.001 mulheres como potenciais alcançadas pelo indulto, o que representava 7,1% do total de mulheres encarceradas.

As respostas obtidas das Defensorias Públicas foram indicativas também da realização de um número bastante reduzido de pedidos de indulto. A pesquisa revela, ademais, que a maior parte das Defensorias não dispõe de mecanismos de controle dos

²²⁹ O relatório da pesquisa está disponível em: https://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2018/08/relatorio_indulto_dia_das_maes_2017.pdf. Acesso em 05 set 2020.

²³⁰ Confira a cartilha em: <https://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2018/08/cartilhaindultomulheres-7-1.pdf>. Acesso 05 out 2020.

pedidos de indulto realizados, o que compromete a análise das informações. No entanto, dentre as Defensorias que dispunham da informação solicitada e a forneceram, foram identificados apenas 513 pedidos específicos.

Por fim, a partir dos dados fornecidos pelos Tribunais de Justiça estaduais, a pesquisa buscou identificar a quantidade de decisões judiciais que concretizaram o indulto concedido através do decreto de 2017. A pesquisa revelou que o número de indultos concedidos foi ainda menor que aquele identificado pelas secretarias estaduais como o número de potenciais beneficiárias. Os tribunais informaram um total de apenas 508 indultos concretizados através de decisões judiciais.

Assim, enquanto a projeção do Governo Federal era a de que 14.000 mulheres seriam potencialmente alcançadas pelos termos do indulto, os resultados da pesquisa, ainda que ressalvadas todas as dificuldades e falhas no fornecimento de informações sobre a questão, são indicativos de que o número de mulheres efetivamente soltas em razão da concessão presidencial do indulto foi reduzido.

O número bastante reduzido de solturas com base no decreto de indulto de dia das mães do ano de 2017 decorre, segundo relatório da pesquisa, não apenas dos diversos filtros burocráticos que obstam a apreciação do caso pelo Poder Judiciário, mas também de postura refratária dos próprios Juízes, já que os números levantados na pesquisa indicam um número significativo de pedidos rejeitados pelo Poder Judiciário: os Tribunais que prestaram informações sobre o teor das decisões indicaram um total de 76,5% de pedidos de declaração de concessão de indulto indeferidos.

Otávio Fantoni Constantino também realizou pesquisa quantitativa em sua dissertação de mestrado, investigando a concretização de indultos no âmbito do Tribunal de Justiça de São Paulo e com o recorte específico de pessoas condenadas por tráfico de drogas, em especial depois da decisão do Supremo Tribunal Federal, no *habeas corpus* 118.533/SP, que dissociou tráfico privilegiado e hediondez.

A pesquisa de Constantino, assim, não se debruçou sobre casos de pessoas potencialmente beneficiárias de indulto, mas analisou casos levados ao Poder Judiciário e as decisões prolatadas. O autor identificou 833 sentenças que tratavam do tema indulto/comutação em tráfico de drogas entre 12/02/2016 e 13/09/2019 (sendo que 826 foram prolatadas após a decisão do STF no HC 118.533/SP) e, destas, analisou uma

amostra de um quarto dos casos, o que corresponde a 206 sentenças, das quais 200 trataram especificamente do indulto no âmbito da execução da pena.

Essa pesquisa apontou para resultado bastante diverso daquela realizada pela Pastoral Carcerária, já que, dos pedidos analisados, a maioria foi deferida, identificando-se que as decisões de indeferimento corresponderam a 11,75% dos casos.

No entanto, Constantino aponta que, dos 175 em que houve decisão de procedência, apenas 67 deles culminaram na soltura de pessoas presas, já que, em 10 deles a prisão foi mantida em razão de outros processos e em 98 as pessoas já se encontravam em liberdade, em razão da efetivação de outros direitos de execução, como a progressão ao regime aberto, o livramento condicional, penas restritiva de direitos e mesmo o cumprimento integral da pena aplicada.

Verificou-se, ainda, que as pessoas que foram indultadas através de um decreto concessivo e que posteriormente obtiveram decisão judicial favorável declarando a concessão do indulto cumpriram em média 215 dias a mais de pena, sendo que, em média, houve uma demora de 139 dias para a formulação do pedido e o seu processamento demorou, em média, 43 dias.

Essa constatação aponta para a importância do tempo de formulação e de tramitação dos pedidos de indulto no âmbito da execução, como fator determinante para que o indulto contribua com a promoção de desencarceramento de pessoas.

As duas pesquisas quantitativas acima brevemente descritas apontam, assim, para a existência de três filtros impeditivos importantes para a concretização dos indultos concedidos nos decretos presidenciais, ou seja, na efetiva e célere soltura das pessoas presas que cumprem os requisitos neles previstos: a ausência de realização de pedidos, a demora na feitura e na apreciação dos pedidos feitos e o indeferimento de pedidos com base em requisitos e entendimentos estranhos ao decreto.

No que se refere ao primeiro entrave, tem-se por hipótese a existência de grande disparidade entre o número de pessoas que cumpre os requisitos previstos nos decretos pretéritos e o número de pessoas efetivamente beneficiada com eles.

Embora os decretos não venham acompanhados de estudos empíricos que demonstrem o potencial de beneficiários dos indultos, a manifestação do Governo Federal sobre o decreto de dia das mães de 2017 e o levantamento feito pelas secretarias estaduais

e coletado na pesquisa da Pastoral Carcerária conferem um panorama geral sobre a disparidade existente entre o potencial do indulto e sua efetivação.

Ainda, embora a pesquisa realizada por Constantino não tenha recaído sobre os potenciais beneficiários, uma comparação entre o número de pessoas condenadas por tráfico de drogas no Estado de São Paulo e o número de pessoas soltas em razão do indulto também demonstra que o potencial de soltura de indulto é muito maior que as solturas efetivamente observadas.

Nesse sentido, destaca-se que no relatório relativo ao primeiro semestre de 2018 disponibilizado pelo DEPEN, período que coincide com uma parte do período sobre a qual recaiu referida pesquisa, havia no Estado de São Paulo 78.117 pessoas condenadas por tráfico de drogas. Ainda que não se ignore que uma parcela dessas pessoas incidiu não no tráfico privilegiado, mas no *caput* do artigo 33, bem como que uma parcela delas fora condenada recentemente, de maneira que não cumprira até 25/12/2017 um quarto da pena, no caso dos homens, e um sexto da pena, no caso das mulheres, conforme exigido pelo inciso IV do artigo 1º do decreto 9.246/2017, é de se presumir que, por outro lado, uma parcela considerável do total já havia cumprido ao menos 25% da pena.

Sobre o primeiro ponto, pesquisa encomendada pelo Conselho Nacional de Justiça e realizada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), com publicação no ano de 2015, dá uma pista, já que identificou que o crime de tráfico de drogas não tem alta representatividade entre os condenados reincidentes, mas, ao contrário, o crime de tráfico de drogas tem maior porcentagem entre as pessoas presas não reincidentes,²³¹ o que aponta, assim, para um número significativo de pessoas primárias condenadas por tráfico de drogas.

Por conseguinte, possível presumir a existência de número também significativo de pessoas condenadas pelo tráfico privilegiado e, sendo comum em tais casos a aplicação de pena de 01 ano e 08 meses, extrai-se que qualquer pessoa dentre as mais de 78.000 cumprindo tal pena em razão de condenação ocorrida até 26 de julho de 2017 faria jus ao indulto concedido no decreto de 2017.

As informações aqui descritas, embora não permitam precisar quantas pessoas estavam condenadas por tráfico privilegiado até 25 de dezembro de 2017 e haviam

²³¹ Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/trafico-drogas-baixa-reincidencia.pdf>. Acesso em 06 set 2020.

cumprido os requisitos do decreto, certamente permitem projetar um número muito maior que aquelas que efetivamente foram alcançadas pelo indulto.

Não obstante a existência de mais de 78 mil pessoas presas pelo crime de tráfico de drogas no Estado de São Paulo, no primeiro semestre de 2018, a pesquisa de Constantino localizou pouco mais de 800 sentenças tratando do tema (e isso não apenas no ano de 2018, mas entre 2016 e 2018) e apontou para o deferimento do pedido em cerca de 90% delas, o que indica a existência de 720 decisões concedendo indulto por tráfico privilegiado no período.

Tais dados apontam que uma porcentagem inferior a 1% das pessoas condenadas por tráfico de drogas teve seu direito ao indulto concretizado, projeção realizada, reconhece-se, de maneira bastante deficiente, ante a imprecisão dos dados aqui utilizados, mas que ainda assim parece apontar para um número aproximado do real, já que bastante assemelhada ao número levantado pelo próprio IPEA na pesquisa mencionada, quando avaliada a representatividade do indulto na extinção dos processos de execução: segundo a pesquisa, do total de processos analisados, o indulto representou apenas 2,2% do motivo para a “*baixa no processo de execução*” de pessoas não reincidentes condenadas, representando apenas 1,6% dos processos, no caso de reincidentes.

A pesquisa revelou, ainda, que 78,1% das baixas decorreram do cumprimento total da pena, enquanto 11%, número assustadoramente elevado, decorreram da morte da pessoa condenada.

Os dados do IPEA, que avaliaram o indulto de maneira geral, apontam para a crua realidade de que há muito mais chances de uma pessoa condenada ter seu processo de execução extinto por ter morrido, que pelo indulto.

Diante de tais dados, enquanto a pesquisa de Constantino aponta que o maior gargalo para a efetivação do indulto estaria na própria ausência de formulação dos pedidos ao Judiciário ou na demora para que ela ocorra, a pesquisa da Pastoral Carcerária também identifica estes gargalos, mas igualmente revela uma resistência grande do Poder Judiciário no deferimento dos pedidos formulados, o que ocorre com frequência, consoante demonstrado nesse trabalho, porque juízes assenhoram-se de competência que não lhes pertence, apontando ausência de preenchimento de requisitos alheios aos efetivamente previstos nos decretos concessivos.

Embora as razões para que os decretos concessivos de indulto não sejam efetivados e não concretizem seu potencial de desencarceramento massivo sejam múltiplas, passando pelas deficiências no processamento dos processos de execução penal, pela não estruturação completa das Defensorias Públicas e pela resistência de juízes ao instituto do indulto, é de se considerar, que tal qual a quantidade de presos de um determinado país decorre de fatores político-culturais, como sustenta Nils Christie²³², também a efetivação de mecanismos que atuam para a redução de sua população prisional estão atreladas a tais fatores.

As solturas massivas ocorridas na Rússia e também movimentos de arrefecimento do encarceramento observados em Portugal e no Chile revelam, assim, que encarceramento e desencarceramento “*são produto de escolha substancialmente política*”, compreendida menos como “*vontade política*” e mais como aquela resultante de fatores político-culturais, nas palavras de Christie, ou de “*dinâmicas do quadro real de forças sociais*”, conforme destacou Rodolfo de Almeida Valente, em relatório resultado de pesquisa realizada pela Pastoral Carcerária, sobre experiências de redução da população prisional no mundo.²³³

A mera vontade política, assim, consubstanciada na elaboração de decreto que teria potencial de alcançar cerca de um terço da população de mulheres presas, não foi suficiente para que as solturas massivas ocorressem, eis que a concretização da soltura depende tanto do decreto concessivo, quanto dos mecanismos estruturais e culturais que permeiam também as instituições e segmentos sociais com atuação na execução da pena.

²³² CRISTHIE, Nils. **Elementos para uma geografia penal**. *Rev. Sociol. Polit.* [online]. 1999, n.13, pp.51-57. ISSN 0104-4478. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/rsocp/n13/a05n13.pdf>>. Acesso em 06 out 2020.

²³³ A pesquisa intitulada “*Luta antiprisional no mundo contemporâneo: um estudo sobre experiências de redução da população carcerária em outras nações*” está disponível em: https://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2018/09/relatorio_luta_antiprisional.pdf. Acesso em 06 out 2020.

CONCLUSÃO

Embora o indulto tenha raízes históricas que remontam à Idade Antiga, sua presença na Constituição Federal de 1988 e as possibilidades atuais de sua incidência permitem sua ressignificação, para que seja equiparado não mais à ideia de perdão, mas a um instrumento de controle do poder punitivo, a ser utilizado seja em razão de leituras políticas sobre a ilegitimidade da incidência desse poder e da proporção em que ela ocorre, seja em razão da verificação do estado de ilegalidade que permeia o cumprimento da pena, em especial a de prisão.

A possibilidade de que a Presidência da República afaste a incidência da pena ou mitigue sua intensidade esteve presente em todas as constituições brasileiras e, na Constituição atual, verifica-se do texto normativo que não há quaisquer amarras à sua concessão.

Ainda que não se ignore a existência de dispositivo constitucional que veda a concessão de graça a pessoas condenadas por alguns crimes, a concessão de indulto estritamente considerada, por seu turno, não encontra qualquer restrição.

A análise dos anais da constituinte permitiu verificar que, embora não haja indicação expressa das razões pelas quais se optou pela utilização de apenas um dos termos em cada um dos dispositivos legais, de maneira a não ser possível afirmar categoricamente se houve opção deliberada de diferenciá-los, foi possível identificar a existência de algumas propostas de redação que objetivavam a inclusão do termo indulto no inciso XLIII do artigo 5º, exatamente sob a preocupação de que a ausência da menção a ele significava a possibilidade de sua concessão irrestrita.

Assim, ainda que, como visto, não tenha havido debate sobre este ponto específico, é certo que alguns constituintes externaram preocupação com a ausência do termo indulto no rol do inciso XLIII – uma delas, inclusive, indicando que a graça seria espécie de indulto – e que esta preocupação não foi considerada na redação final, já que se vedou apenas a concessão de graça e não de indulto para determinados crimes.

Também, a ausência do termo graça no rol que estabelece as competências privativas do Presidente da República sugere que o indulto foi considerado termo mais abrangente que a graça, não o contrário.

Para além das discussões sobre a interpretação constitucional da referida vedação a partir do critério da vontade do legislador, a qual sugere que a vedação à concessão de graça não abrange o indulto, deve-se considerar que o indulto orbita essencialmente em torno do direito de liberdade, o que exige que este importante direito fundamental norteie a interpretação sobre o alcance da vedação à graça e, pois, sobre o alcance do indulto. Nesse sentido, considerando-se seu potencial de controle do sistema punitivo e de restabelecimento da liberdade, imperioso que não haja interpretação ampliativa da restrição à possibilidade de concessão de graça.

Como explica Zaffaroni, a excepcionalidade da criminalização primária e a primazia do direito de liberdade implicam não apenas a observância do princípio do *in dubio pro reo*, mas também a necessidade de que o alcance semântico dos termos constitucionais não seja ampliado de maneira a favorecer a punição.

Tem-se, contudo, que a interpretação prevalente no Supremo Tribunal Federal segue sendo a de que a vedação à graça abrange ao indulto. Não obstante tenha se verificado que a decisão paradigma usualmente mencionada para sustentar a ampliação do alcance da vedação não mais subsiste, já que prolatada no âmbito de medida cautelar que perdeu a eficácia em razão do arquivamento da ação direta de inconstitucionalidade sem julgamento do mérito, o STF segue sustentando esta posição.

A análise das nuances concretas dos indultos concedidos a partir da Constituição Federal de 1988, assim, demanda a análise dos crimes não elegíveis para a obtenção do indulto e da comutação, já que todos os decretos trouxeram rol de crimes impeditivos e usualmente atrelaram este rol aos crimes hediondos e equiparados, nos termos da vedação contida no artigo 5º, inciso XLIII, da CF.

Ainda, embora não haja amarras ou elementos cuja presença é determinada pela Constituição Federal para a concessão de indultos, seu caráter coletivo e generalizante exige a elaboração de regras que lhe confirmam este caráter, sendo possível afirmar que os decretos comumente repetem uma determinada fórmula, trazendo elementos que podem ser considerados estruturantes para a obtenção do indulto.

São apresentados nos decretos, assim, requisitos a serem preenchidos pelos potenciais beneficiários, de um lado, e procedimentos a serem observados por órgãos públicos para a verificação do preenchimento de tais requisitos, por outro.

Dentre os requisitos, usualmente há a necessidade do preenchimento de requisitos objetivos, que correspondem ao cumprimento de determinado lapso da pena e a um limite de pena máxima à qual a pessoa foi condenada. A comutação, por seu turno, é usualmente concedida a pessoas que não preenchem os requisitos para o indulto, mas cumpriram um lapso de pena menor que aquele necessário ao indulto, não havendo, como regra, limitação de pena máxima para sua obtenção.

Ainda, como visto, os decretos preveem rol de crimes que impedem a obtenção do indulto. Verificou-se que os Presidentes da República demonstram adesão, como regra, à interpretação que estende a vedação de concessão de graça ao indulto, uma vez que o rol de crimes impeditivos costuma trazer os crimes previstos no dispositivo constitucional que prevê esta vedação, havendo, por diversos anos, a inserção no rol também de outros crimes impeditivos, a partir da discricionariedade do Presidente da República responsável pelo indulto.

A exceção a esta adesão esteve vinculada ao tráfico de drogas privilegiado. Antes mesmo da decisão paradigma do Supremo Tribunal Federal que dissociou o tráfico privilegiado da hediondez, os decretos já vinham excluindo o parágrafo quarto do artigo 33 da Lei de Drogas do rol de crimes impeditivos, exclusão que ganhou força a partir da decisão do STF, com a menção expressa à possibilidade de obtenção de indulto e comutação por pessoas condenadas por tráfico privilegiado.

Paralelamente aos requisitos objetivos, os decretos também trouxeram como regra a necessidade do preenchimento de um requisito chamado subjetivo, uma vez que inicialmente associado à adesão a um suposto programa de ressocialização ofertado durante o cumprimento de pena e, posteriormente, à demonstração de bom comportamento carcerário, situações cuja análise demanda grau de subjetividade.

Os primeiros decretos expedidos com base na CF de 1988 ressonaram os objetivos de ressocialização que declaradamente inspiraram a recém-elaborada Lei de Execução Penal, já que exigiram para a obtenção do indulto, muito além do bom comportamento, a demonstração de engajamento com o processo de ressocialização e a demonstração de evidências que fizessem presumir que a pessoa não mais voltaria a delinquir.

Já na década de 70 havia a percepção de que eram inúmeras as violações de direitos ocorridas nos presídios brasileiros, o que inclusive levou à instauração de uma CPI no âmbito da Câmara dos Deputados para levantamento da situação penitenciária do país.

As conclusões da CPI corroboraram a percepção inicial e são indicativas, inclusive, de que muitos dos problemas hoje verificados, como a superlotação, a representação desmedida de prisões provisórias no total de prisões, a morosidade processual e a violação de direitos, já estavam então presentes.

A comissão, contudo, parecia também apostar na individualização da execução da pena através da classificação dos condenados e da oferta de programa ressocializador como algo a ser buscado, indicando, contudo, a necessidade de redução da população prisional como medida essencial a esta finalidade.

Contudo, não obstante a posição declarada dos integrantes da CPI e dos redatores da LEP sobre a função da execução da pena e a aposta que levou ao desenho na legislação de métodos classificatórios de condenados com vistas à implementação de programa individualizado, a realidade de superlotação nas prisões brasileiras, já identificada na década de 70, agravou-se consideravelmente ao longo dos anos.

Esta realidade tornou insustentável a defesa de qualquer função ressocializadora da pena e a inércia diante da inexecução das normas previstas na LEP voltadas a esta função representa a admissão, ainda que tácita, de que a pena de prisão representaria mera contenção física.

Por conseguinte, igualmente insustentável qualquer exigência de demonstrações subjetivas de engajamento com a chamada ressocialização, o que levou ao abandono paulatino nos decretos de indulto de requisitos de cunho efetivamente subjetivo. Observou-se ao longo dos anos, assim, o que se chamou aqui de processo de objetivação do requisito subjetivo, que passou a ser identificado com o bom comportamento carcerário caracterizado pela ausência de prática de falta grave.

Não se pode desconsiderar, no entanto, a existência de faltas graves que violam o princípio da taxatividade, nem tampouco o fato de que há dinâmicas de poder no interior dos cárceres que redundam em uma dissociação entre a pessoa que efetivamente praticou a falta e aquela a quem a falta será imputada, circunstâncias agravadas pela ausência de apuração efetivamente jurisdicionalizada das faltas.

Considerando-se as consequências concretas da anotação de uma falta grave, deve ela ser classificada como espécie de infração penal, do que resulta a necessidade de que elas sejam apuradas judicialmente, tendo havido inclusive um esforço nos últimos decretos

nesse sentido, já que exigiram ao menos a oitiva judicial do condenado acusado de falta da grave como condição para que ela fosse considerada obstativa da obtenção do indulto.

Tem-se, assim, que mesmo o processo de objetivação do requisito subjetivo não representa a garantia de que o preenchimento deste requisito reflita a realidade do comportamento da pessoa encarcerada, o que não parece, em verdade, possível, já que as dinâmicas aqui descritas são próprias das instituições totais e não meras distorções passíveis de correção.

O estudo do indulto perpassa necessariamente pelo das funções da pena também porque é a partir delas que se compreende o indulto como instrumento legítimo ou ilegítimo, ou, ainda, que se advoga a sua utilização ampla ou excepcional.

As diversas teorias da pena que a concebem como necessária e benéfica, seja do ponto de vista moral, seja do ponto de vista utilitário, apontam, como regra, para a ilegitimidade do indulto, ou, ao menos, para a necessidade de seu uso bastante controlado e restrito. A compreensão da pena como dotada de qualidades positivas, assim, uniu Kant, de um lado, e Beccaria e Bentham, do outro, no rechaço ao indulto. Para aquele, sendo a pena um imperativo categórico, o indulto representaria essencialmente um mal. Para estes, a pena seria necessária e a certeza da punição era elemento essencial à consecução da finalidade de prevenção geral negativa e o indulto representaria abalo, portanto, a esta função.

Por outro lado, os aportes teóricos, com destaque para o *labeling approach* e para os de inspiração marxista, que promoveram o desmonte das alardeadas funções positivas da pena e, ao contrário, enxergam-na como essencialmente negativa, como expressão de um poder verticalizado, desigual, seletivo, conferem legitimidade ao indulto, exatamente porque ele representa a negação daquilo que é essencialmente negativo.

A teoria agnóstica e negativa da pena de Zaffaroni, assim, também porque identifica a pena como instrumento de um Estado de Polícia que sobrevive dentro do Estado de Direito, a indicar que sua incidência deve ser sempre a menor possível, cabendo aos poderes constituídos orientarem-se a partir desta compreensão, representa justificativa para a utilização do indulto em larga escala.

Possível inclusive compreender, na esteira de Salo de Carvalho, que a Constituição Federal de 1988, porque não apresenta qualquer discurso legitimador da pena,

mas traz apenas dispositivos voltados à sua limitação – ao contrário, por exemplo, das Constituições italiana e francesa – acena para uma perspectiva agnóstica da pena.

A partir da perspectiva que compreende a necessidade de contenção do poder punitivo, assim, a ideia de que o indulto representa violação ao princípio da separação de poderes parece ignorar a própria concepção clássica deste princípio, para a qual a contenção do poder exige exatamente a interferência de um poder no outro, através de um sistema de freios e contrapesos que objetiva o controle do poder em nome da garantia das liberdades individuais.

Ainda, as concepções mais atuais do princípio apontam para a necessidade de atuação não apenas jurídica, mas também política e prestacional dos poderes. Conforme explica Diogo de Figueiredo Moreira Neto, a atuação dos controles recíprocos pode estar orientada não apenas juridicamente, buscando-se a reafirmação ou restabelecimento da legalidade, mas também politicamente, buscando-se conferir legitimidade à incidência estatal na vida das pessoas, orientações que dependem essencialmente do texto normativo da Constituição de cada país.

Por conseguinte, a norma constitucional sobre o indulto, porque o coloca como instrumento livre de amarras parece viabilizar que ele seja utilizado tanto como instrumento político, como jurídico, sendo possível ainda a conjugação de ambas as orientações.

Assim, o indulto pode ser orientado pela percepção de que a incidência do poder punitivo, especialmente na proporção em que vem ocorrendo, e tendo em vista seu caráter verticalizado, desigual e seletivo, carece de legitimidade, bem como pode ser orientado pela necessidade de minimizar o estado de coisas inconstitucional que permeia os cárceres brasileiros.

Ressalte-se que ainda que o indulto possa ser orientado por questões eminentemente jurídicas, no entanto, não parece possível que sua concessão seja judicializada, seja para limitá-lo, seja para obrigar sua concessão em determinados casos.

Mesmo a judicialização para obrigar sua concessão, o que seria, para este trabalho, a princípio benéfica, não merece prosperar, já que não parece ser sustentável a admissão da jurisdicionalização apenas nesse sentido e o sentido contrário, ou seja, o da limitação do uso do indulto, contrariaria sua função no sistema de freios e contrapeso, configurando-se um contrassenso o manejo do instituto pelo poder a ser controlado por ele.

A realidade das prisões brasileiras identificada pela CPI do ano de 1975 já era bastante dura, tendo sido agravada pelo aumento vertiginoso da população carcerária nos anos que se seguiram. Os cárceres brasileiros estão superlotados e a situação de superlotação segue sendo acompanhada da violação de direitos individuais e sociais, de maneira que o cumprimento do que Juarez Tavares chama de pena real deve ser critério para a concessão de indulto com vistas ao desencarceramento massivo.

A realidade do encarceramento no Brasil e o desenho constitucional do indulto em nossa Constituição, assim, indicam que a definição usualmente dada ao indulto deve ser lida de maneira reversa: com o indulto, o Estado não concede, mas pede perdão.

A demanda pela utilização do indulto com a finalidade de liberação massiva de presos pelo presidente italiano, diante da condenação da Itália pela Corte Europeia de Direitos Humanos e a efetiva utilização do indulto com esta finalidade pela Rússia, medida que somada a outras redundou em redução expressiva da população prisional daquele país, sugerem que o indulto efetivamente tem este potencial.

As poucas pesquisas orientadas a identificar a concretização dos indultos concedidos indicam, no entanto, a existência de alguns filtros à consecução dessa finalidade. Elas apontam para a realização de pedidos de indulto em número muito menor que aquele correspondente ao de potenciais beneficiários do indulto, o que reflete a desorganização dos processos de execução penal e a ausência de estruturação dos legitimados a formular os pedidos, bem como a resistência do Poder Judiciário em reconhecer o preenchimento dos requisitos necessários à sua obtenção.

Há que se considerar, ainda, a reflexão proposta por Nils Christie, no sentido de que a quantidade de pessoas presas em determinado país não está ligada a quantidade de crimes praticados, mas a fatores político-culturais, do que se extrai que a concretização dos indultos com a efetivação de desencarceramento de grande número de pessoas depende não apenas da edição de decretos que viabilizem estas solturas massivas, mas também de alterações em todas as estruturas vinculadas ao cumprimento de pena no Brasil.

BIBLIOGRAFIA

ABRAMOVAY, Pedro Vieira; BATISTA, Vera Malaguti (org.). **Depois do grande encarceramento**. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

ALVES, Reinaldo Rossano. **Punir e perdoar: Análise da política pública na edição dos decretos de indulto**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

ANDRADE, Vera Regina P. **Pelas mãos da criminologia - o controle penal para além da (des)ilusão**. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

ANITUA, Gabriel Ignacio. **História dos Pensamentos Criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BARROS, Carmen Silvia de Moraes. **A individualização da pena na execução penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 8. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BAUMAN, Zygmunt. **Em busca da política**. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 2000.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das penas**. Tradução Vicente Sabino Júnior – São Paulo: Editora CD, 2002.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore. **Bem Jurídico-Penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

BENTHAM, Jeremy. **The Rationale of Punishment**. London: published by Robert Heward, Wellington Street, Strand. MDCCCXXX. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=7bhCAAAAcAAJ&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false>.

BÍBLIA, Português. **Bíblia Sagrada**. Nova versão internacional, 2ª ed. São Paulo: Sociedade Bíblica Internacional, 2005.

BRASIL. **Anais da Assembleia Constituinte**. Disponível em: <https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/asp/CT_Abertura.asp>.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5874/DF**, Relator Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5336271>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347**. Relator Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>.

_____. **Constituições Brasileiras**. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/portal-legis/legislacao-historica/constituicoes-anteriores-1>>.

_____. Ministério da Justiça. Secretaria de Assuntos Legislativos. **Dar à luz na sombra: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão**. Brasília: Ministério da Justiça, IPEA, 2015. Disponível em: < <https://www.justica.gov.br/news/201clugar-de-crianca-nao-e-na-prisao-nem-longe-de-sua-mae201d-diz-pesquisa/pesquisa-dar-a-luz-na-sombra-1.pdf>>

_____. **Decreto 11/1991**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1980-1989/D98389.htm>.

_____. **Exposição de motivos da Lei de Execuções Penais.** Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7210-11-julho-1984-356938-exposicaodemotivos-149285-pl.html>>.

_____. Senado Federal. **Proposta de Emenda Constitucional n.º 19 de 2018.** Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/134782>>

_____. A história da Câmara dos Deputados: **Registros do período de 1815 a 1822.** Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/a-camara/conheca/historia/reinounido.html>>

BRITO, Alexis Couto de. **Execução Penal.** 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

CACICEDO, Patrick Lemos. **Pena e Funcionalismo: uma análise crítica da função geral positiva.** Rio de Janeiro: Revan, 2017.

_____. O controle judicial da execução penal no Brasil: ambiguidades e contradições de uma relação perversa. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, p. 414-432, jan.-abri. 2018.

CARVALHO, Salo. **A política criminal de drogas no Brasil** (Estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06). 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. (Org.). **Crítica à execução penal.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CARVALHO FILHO, Aloísio de. **Comentários ao Código penal:** decreto lei nº 22.848 de 07 de dezembro de 1940: volume IV, arts. 102 a 120 – 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

CHRISTIE, Nils. **Uma razoável quantidade de crime.** Trad., apres. e notas André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

_____. **Elementos para uma geografia penal.** *Rev. Sociol. Polit.* [online]. 1999, n.13, pp.51-57. ISSN 0104-4478. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/rsocp/n13/a05n13.pdf>>.

CLÉVE, Clémerson Merlin. **Atividade Legislativa do Poder Executivo** (livro eletrônico). 3ª ed. rev., atual. e ampl – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, não paginado.

CONSTANTINO, Otávio Fantoni. **Compartilhando o poder de perdoar penas: A implementação dos decretos presidenciais de indulto pelo TJSP.** São Paulo: Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, 2020 (Dissertação de Mestrado em Direito e Desenvolvimento) Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/29212/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20-%20Ot%C3%A1vio%20Fantoni%20Constantino%20%28COM%20DATA%29.pdf>.

CRUZ, Marcus Vinicius Gonçalves da; SOUZA, Letícia Godinho de; BATITUCCI, Eduardo Cerqueira. Percurso recente da política penitenciária no Brasil: o caso de São Paulo. **Rev. Adm. Pública**, Rio de Janeiro, v. 47, n. 5, p. 1307-1325, Oct. 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122013000500011&lng=en&nrm=iso>.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional.** 3ª ed. Bahia: Editora JusPODIVM, 2009

DIAS, CAMILA NUNES. **Disciplina, controle social e punição: o entrecruzamento das redes de poder no espaço prisional.** *Revista Brasileira de Ciências Sociais* (Impresso). v. 29, p. 113-127, 2014, p. 118. Disponível em <<https://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v29n85/08.pdf>>.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 3. ed. ver., atual. e ampl. com colaboração de Alexandre Knopfholtz e Gustavo Britta Scandelari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FERREIRA, Ana Lúcia Tavares. **Indulto e Sistema Penal: limites, finalidades e propostas**. São Paulo: LiberArs, 2017.

FOGLESONG, Todd. **Pardons and amnesties in Russia: clarifying the differences**. New York: Vera Institute of Justice, 2002.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Direitos e Garantias Fundamentais nas Audiências de Custódia**. (Sumário Executivo) – Justiça Pesquisa. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2018/01/FBSP_Direitos_Garantias_Fundamentais_Audiencia_Custodia_2017_Sumario.pdf>

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. 3. Ed. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2002.

_____. **Vigiar e punir: história da violência nas prisões**. Trad. Raquel Ramalhete. 40. ed. Petrópolis: Vozes, 2012.

FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael de Souza; FELIX, Yuri. **Crimes hediondos**. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GARLAND, David. **A Cultura do Controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea**. Trad., apres., e notas André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

GIORGI, Alessandro De. **A miséria governada através do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2006.

GODINHO, Eduardo. **A regra da maioria e a autonomia individual: um estudo a partir de John Stuart Mill**. Dissertação (Mestrado em Filosofia e Teoria Geral do Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2011.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; Jay, John. **O Federalista**. Tradução de Heitor Almeida Herrera. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1984.

_____. **Federalist Papers: Primary Documents in American History**. Disponível em: <https://guides.loc.gov/federalist-papers/text-71-80>.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; FULLER Paulo Henrique Aranda. **Legislação Penal Especial** – volume 1; 4ª ed., São Paulo: Premier Máxima, 2007, p. 714.

KALININ, Yuri Ivanovich. **Russian Penal System: past, presente and future**, in Palestra proferida no King's College, Universidade de Londres, 2002. Disponível em: <https://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/website_kalinin.pdf>

KANT, Immanuel. **A Metafísica dos Costumes**. Tradução, textos adicionais e notas Edson Bini. Bauru, SP: EDIPRO, 2003, p. 33.

LYRA, Roberto. **Comentários ao Código de Processo Penal** (Decreto-lei n.º 3.689, de 3 de Outubro de 1941, vol. VI. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1944.

MALDONADO, Maurílio. **Separação dos poderes e sistema de freios e contrapesos: desenvolvimento no Estado Brasileiro**. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/StaticFile/ilp/separacao_de_poderes.pdf>.

MASSALI, Fábio (editor). **Temer desiste de assinar indulto de Natal de 2018**. **Agência Brasil**, 2018. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2018-12/temer-desiste-de-assinar-indulto-de-natal-de-2018>>

MASCARO, Alysson Leandro. **Estado e forma política**. São Paulo: Boitempo, 2013.

_____. **Filosofia do Direito**. 5. ed. rev., atual, e ampl. – São Paulo: Atlas, 2016.

MAUER, Marc; CHESNEY-LIND, Meda (editors). **Invisible Punishment**: the collateral consequences of mass imprisonment. New York: The New Press, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32ª ed. ver. atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2014.

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e Fábrica** – As origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX). Trad. Sérgio Lamarão. 2. Ed. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**. Trad. Ana Prata. Lisboa: Estampa, 2005.

MILL, John Stuart. **Autobiografia**. Tradução: Flausino Torres. Editora Edições 70, Lisboa, 2018

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Do Espírito das Leis**. São Paulo: Editora Abril Cultural, 1973.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Interferências entre Poderes do Estado**. Revista de Informação Legislativa, nº 103/13. Brasília: Senado, 1989. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181961>>.

MORGADO, Cíntia. **A nova face da separação de poderes – capacidades institucionais, vinculação dos poderes e constitucionalismo cooperativo**, in Revista de Direito da

Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, 2011, volume 66, p. 64-96. Disponível em: <https://pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=MTE%2C%2C>.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. “O indulto e o decreto n. 4.495, de 4 de dezembro de 2002”, in **Boletim IBCCRIM**, ano 11, n. 123, fevereiro 2003, p. 6. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/209-O-indulto-e-o-decreto-no-4495-de-4-de-dezembro-de-2002>. Acesso em 21 dez 2018.

NEV – Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo; GELEDÉS – Instituto da Mulher Negra. **A Criminalidade Negra no Banco dos Réus - Desigualdade no Acesso à Justiça Penal**. Disponível em: <<https://www.geledes.org.br/criminalidade-negra-banco-dos-reus-desigualdade-acesso-justica-penal/>>.

PACHUKANIS, Evguiéni B. **Teoria Geral do direito e Marxismo**. Tradução Paulo Vaz de Almeida; revisão técnica Alysson Leandro Mascaro, Pedro Davoglio. 1. Ed. São Paulo: Boitempo, 2017

PAIXÃO, Antônio Luiz. Uma saga carcerária. **Temas IMESC: Sociedade, Direito, Saúde**, São Paulo, v. 2, n. 2, p. 97-110, dez.. 1985.

PARRISH, John M. and TUCKNESS, Alex S., **Bentham and the Problem with Pardons**. Western Political Science Association 2010 Annual Meeting Paper. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=1580835>. Acesso em 20 jun 2020.

PASTORAL CARCERÁRIA. **A Luta Antiprisional no Mundo Contemporâneo: um estudo sobre experiências de redução da população carcerária em outras nações (relatório de pesquisa)**. 2018a. Disponível em: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2018/09/miscelaneas46987.pdf>

PASTORAL CARCERÁRIA. **Em defesa do desencarceramento de mulheres: pesquisa sobre o impacto concreto do indulto do dia das mães de 2017**. São Paulo: Pastoral

Carcerária, 2018b. Disponível em: http://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2018/08/relatorio_indulto_dia_das_maes_2017.pdf.

PAVARINI, Máximo; GIAMBERARDINO, André. **Teoria da pena e execução penal: uma introdução crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PIÇARRA, Nuno. **A Separação dos Poderes como doutrina e Princípio Constitucional** - Um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

PINHEIRO, Aline. **Presidente italiano propõe soltar 24 mil presos**. Conjur, 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-out-09/presidente-italia-propoe-soltar-24-mil-presos-resolver-superlotacao>.

POSSAS, Mariana Thorstensen (org.). **5º Relatório Nacional sobre os Direitos Humanos no Brasil**, 2001-2010. Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo. Disponível em <<https://nev.prp.usp.br/wp-content/uploads/2015/01/down265.pdf> >

QUEIROZ, Paulo. **Direito penal: parte geral**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. Tradução Marlene Holzhausen – 2º ed. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

REALE JÚNIOR, Miguel (Org.). **Código Penal Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2017,

REGIS PRADO, Luiz. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral**. v.1. 9.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

ROCHA, Camilo. O vaivém de Temer sobre o indulto de Natal de 2018. **Nexo Jornal**, 2018. Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/expresso/2018/12/30/O-vaiv%C3%A9m-de-Temer-sobre-o-indulto-de-Natal-de-2018> Acesso em: 22 maio 2019.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Direito e prática histórica da execução penal no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

_____. **Execução Penal**: teoria crítica. São Paulo: Saraiva, 2014.

RUSCHE, Geord; KIRSHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. 2. ed. Trad. Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SÁ, Alvino Augusto de. **Criminologia Clínica e Execução Penal**: proposta de um modelo de terceira geração. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Direito Penal e Propriedade Privada**. São Paulo, Atlas: 2014.

_____. **Finalidades da pena**: conceito material de delito e sistema penal integral. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

_____. O decreto de indulto de 2013. In.: **Boletim IBCCRIM**, v. 22, 2014.

SALLA, Fernando Afonso. De Montoro a Lembo: as políticas penitenciárias em São Paulo. **Revista brasileira de segurança pública**, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 72-90, 1º sem.. 2007, p. 74. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=75591. Acesso em 29 maio 2020.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

_____. **Pena e política criminal**. A experiência brasileira. In. SHECAIRA, Sérgio Salomão; SÁ, Alvino Augusto de. *Criminologia e os problemas da atualidade*. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. Tolerância zero. In **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 17, n. 77, 2009.

_____, Sérgio Salomão; SHIMIZU, Bruno. Para erro político-criminal não há perdão! O indulto natalino e a liminar da Ministra Carmen Lucia. **Jota**, São Paulo, 30 dez. 2017. Disponível em: <https://www.jota.info/?pagenome=paywall&redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/para-erro-politico-criminal-nao-ha-perdao-30122017>.

SHIMIZU, Bruno. A jurisdicionalização perversa na execução penal: reflexão crítica sobre a transformação de uma garantia fundamental em um entrave a mais ao exercício de direitos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 27, n. 152, p. 19-64, fev.. 2019, p. 27-30. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=149815.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Editora Malheiros, 2013.

TAYLOR, Ian, WALTON, Paul e YOUNG, Jock (org). **Criminologia Crítica**. Tradução Juarez Cirino dos Santos e Sérgio Tancredo. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1980.

THOMPSON, Augusto. **Quem são os criminosos?** Rio de Janeiro: Achiamé, 1983.

TOLEDO, Francisco de Assis. Crimes hediondos. **Fascículos de ciências penais**, Porto Alegre, v. 5, n. 2, p. 58-69, abr./jun.. 1992, p. 61.

VASCONCELOS, Francisco Thiago Rocha. Transições na história da criminologia no Brasil: redes acadêmicas, circulação de ideias e problemas públicos entre 1947-1980. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 27, n. 152, p. 349-381, fev.. 2019. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=149868.

WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres**: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos (A onda punitiva). Trad. Sérgio Lamarão. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Almir Lopes da Conceição. 5.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

_____. **A palavra dos mortos**: conferências de criminologia cautelar. Coord. Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013.