

JOSÉ FLÁVIO FERRARI _____ 2025

GUIA TEÓRICO E PRÁTICO DE INDULTO E COMUTAÇÃO

1. PERSPECTIVAS GERAIS

O que surgiu como uma prerrogativa do poder soberano, com competência de perdoar penas que reputava injustas, além da natural demonstração de poder daquele que o detinha, em uma espécie de “piedade real” (Zaffaroni; Pierangeli, 2023, p. 650), a figura da “graça” se perpetua até os dias de hoje, embora com outra roupagem. Não se trata de perdoar determinadas penas ou pessoas específicas, mas sim uma forma de controle entre os três poderes cujos efeitos traduzem efetiva medida de redução de danos. Consiste na renúncia ao “direito” (poder) de execução da pena ou no impedimento de execução da pena (Batista, 1975). Trata-se de uma prática muito mais importante e útil nos dias de hoje, com aplicação ampla e, sobretudo, uniforme.

Mais do que isso, o indulto e a comutação são instrumentos importantes de política criminal que têm efeito de aliviar penas muito altas, extinguir penas próximas do seu cumprimento integral e aniquilar aquelas desnecessárias, e, com isso, minimizar os efeitos do cárcere prolongado e amenizar a superlotação carcerária. É uma medida de contenção e redução de danos. Se já é ruim com o indulto e a comutação, imagine sem eles.

O indulto mostra sua face política quando percebemos os efeitos na população carcerária. No entanto, tem um poder muito maior quando atinge a pessoa em cumprimento de pena. Para aquela pessoa, o indulto pode ser um recomeço declarado em tempo. “[C]omo já afirmava von Bar: ‘O injusto poderia possivelmente eliminar-se do mundo de uma forma completamente distinta daquilo que chamamos de pena, por exemplo, perdoando e fazendo bem àqueles que agiram mal’” (Silva Sanchez, 2023, p. 326).

Convém trazer importante lição sobre indulto em sede de controle abstrato de constitucionalidade, no qual o então Ministro Ricardo Lewandowski (acompanhado por unanimidade do Pleno) classificou o indulto como “um instrumento de política criminal de que disporia o chefe

do poder executivo, [...] decisão esta sujeita a critérios de conveniência e oportunidade, a ser empreendida sob a ótica da prevenção criminal”, concluindo-o mais adiante como um “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” (HC 90.364/MG). Diante dessa perspectiva, o instituto do indulto e da comutação têm o propósito de aproximar a realidade do sistema um pouco mais às missões anunciadas da pena, já tão esquecidas.

Seguindo esse raciocínio, na perspectiva do professor Cezar Roberto Bitencourt (2017), o indulto é “o único meio político-criminal utilizado para reduzir a excessiva e insuportável multidão que lotam as nossas penitenciárias”, mostrando-se um verdadeiro meio para a contenção do avanço do poder punitivo, feito que deveria ser próprio do Direito Penal em um Estado Democrático de Direito (Zaffaroni; et. al, 2003, p. 41).

Sob a perspectiva brasileira, “que possui seu sistema penitenciário comprometido negativamente, superlotado e com pouca ou nenhuma capacidade de proporcionar qualquer tipo de reintegração social, o direito de graça se faz necessário para compensar os excessos do cumprimento da pena infligida ao condenado” (Olivé et. al. 2023, p. 431).

A própria Comissão Interamericana de Direitos Humanos, no Relatório sobre os direitos humanos das pessoas privadas de liberdade nas Américas publicado em 2011, aponta várias soluções para o problema da superlotação e inclui, apesar de entender como momentânea, a possibilidade de indultar penas¹.

O professor Silva Sanchez (2023, p. 325) nos apresenta, a título exemplificativo, que o indulto, na Espanha, possui limites legais e justificadores para sua disposição (enquanto no Brasil não são necessários motivos):

No caso espanhol, isso se manifesta, por exemplo, no teor do art. 11 da Lei de 18 de junho de 1870, que estabelece as regras vigentes na Espanha para o exercício do indulto. De acordo com o dispositivo, “o indulto total será concedido aos condenados apenas no caso de existir em seu favor razões

1 CIDH, Relatório sobre os direitos humanos das pessoas privadas de liberdade nas Américas, 2011, § 461.

de justiça, equidade ou utilidade pública, a juízo do Tribunal responsável pela prolação da sentença”. O perdão que se manifesta no indulto tem, portanto, dois fundamentos possíveis: ou se entende como reparação de uma injustiça, ou se sustenta com base em razões de utilidade.

É uma forma de controle do Poder Executivo com o Poder Judiciário. Nesse sentido ensina os professores Pavarini e Giamberardino (2022, p. 332), “a adequação da graça ao Estado Moderno se deu, seguindo Montesquieu, pela via do princípio da separação dos poderes, repartindo-se a competência para seu exercício entre Poder Legislativo (anistia) e Chefe do Poder Executivo (indulto)”.

No mesmo sentido o professor Roig (2024, RB-18.4) ao afirmar que o indulto advém do poder absoluto de clemência do soberano, este dividido, ao longo do tempo, entre os Poderes do Estado Moderno. De toda forma, “numa República, não pode ser considerada como um ato judicial, que lesaria a tripartição dos poderes do Estado, nem um ato administrativo, porque não pode ser objeto de revisão pelo Poder Judiciário. Trata-se de um ato político, que só pode criar responsabilidade política para o Presidente” (Zaffaroni; Pierangeli, 2023, p. 650).

Com enfoque no indulto e comutação de penas, atos privativos do Presidente da República, se enquadram, dentro da teoria dos freios e contrapesos, como uma das formas de controle limitado do Poder Executivo contra atos do Poder Judiciário. É um ato de exercício do poder discricionário do Presidente da República. Não quer dizer, porém, que seja ilimitado. Segundo Lewandowski (1994, p. 36-37) pela “ampla discricionariedade, inobstante seja empreendido para a consecução de fins constitucionalmente pré-ordenados e sujeitar-se ao controle de ‘legalidade pelo Judiciário’”.

O controle, portanto, é limitado. A Constituição Federal de 1988, ao dispor sobre os poderes e, essencialmente sobre indulto, estabeleceu limites ao Presidente da República, os quais devem ser estritamente observados, sob pena de invalidade do ato. Por tal motivo, também é suscetível ao controle do próprio Poder Judiciário - esse controle, como será tratado adiante, igualmente é restrito à constitucionalidade do ato, não podendo fazer incursões sobre regras legais. Isto é, o “soberano” não detém poderes ilimitados e não pode extinguir todas as penas previstas

no nosso Código Penal e Leis especiais, por mais que muitos possam entender de forma diversa.

O Decreto 4.495 de 04/12/2002, por exemplo, previu a possibilidade de concessão do indulto aos crimes hediondos e equiparados, desde que a pena não superasse 4 anos². Duramente criticado em várias oportunidades, o permissivo inserido no Édito Presidencial foi declarado inconstitucional no julgamento da ADI 2795³, uma vez

[r]evela[r]-se inconstitucional a possibilidade de que o indulto seja concedido aos condenados por crimes hediondos, de tortura, terrorismo ou tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, independentemente do lapso temporal da condenação. Interpretação conforme a Constituição dada ao § 2º do artigo 7º do Decreto 4495/02 para fixar os limites de sua aplicação, assegurando-se legitimidade à indulgência *principis*.

Isto é, os limites constitucionais estabelecidos desde 1988, ainda que eventualmente desrespeitados pelo Presidente da República, podem ser controlados pelo Poder Judiciário, seja em sede de controle difuso ou concentrado. “Por ser matéria de competência privativa do Presidente da República, a concessão de indulto não poderá sofrer interferência de outros poderes da república” (Simão, 2023, 188.2). Não há necessidade de declaração de inconstitucionalidade pelo STF, o juízo singular da Execução Penal pode fazê-lo. Bem como, pode ele mesmo afirmar a constitucionalidade da norma, caso o Ministério Público, no caso em análise, sustente tratar-se de norma inconstitucional.

A ofensa à constituição deve ser evidente e direta. A afirmação abstrata de que um Decreto de indulto e comutação é demasiadamente abstrato não pode servir de subterfúgio à sua declaração de invalidade. Podemos tomar como exemplo a ADI 5837, que em sede de Medida

2 Art. 7º Os benefícios previstos neste Decreto não alcançam os: I - condenados por crime hediondo, de tortura e terrorismo; II - condenados por tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins; III - condenados que, embora solventes, tenham deixado de reparar o dano; IV - condenados por crimes definidos no Código Penal Militar que correspondam às hipóteses previstas nos incisos I, II e III deste artigo; e V - condenados por crimes contra o Sistema Financeiro Nacional. § 1º As restrições deste artigo, do § 1º do art. 1º e do art. 3º deste Decreto não se aplicam às hipóteses previstas no inciso V do art. 1º. § 2º Aos condenados a pena privativa de liberdade aplicada não superior a quatro anos, não se aplicam as restrições deste artigo, cumpridas, todavia, as demais exigências (art. 1º, inciso I, e art. 3º, incisos I e II).

3 ADI 2795 MC, Relator(a): MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 08-05-2003, DJ 20-06-2003 PP-00057 EMENT VOL-02115-22 PP-04558 JBC n. 49, 2004.

Cautelar, o Ministro Roberto Barroso estabeleceu limite de 08 anos a uma hipótese de indulto que não previa limite máximo de pena. Mais uma vez podemos nos reportar à importantíssima ADI 2795, que analisou idêntico pedido, uma vez que a norma não estabelecia limite de pena. Na ocasião concluíram os Ministros que “[a]outorga do benefício, precedido das cautelas devidas, não pode ser obstado por hipotética alegação de ameaça à segurança social, que tem como parâmetro simplesmente o montante da pena aplicada”.

Isto é, a simples afirmação de que a norma seria demasiadamente ampla e que, portanto, seria uma ameaça à segurança social, jamais poderá ser fundamento para declarar norma inconstitucional. Em outras palavras, a ofensa à constituição deve ser direta.

Sobre o limite máximo, há quem defenda que sua inexistência ofende ao princípio da proporcionalidade, uma vez que “frente ao direito fundamental à segurança e aos pilares do Estado Democrático de Direito, não podem prevalecer, em face do princípio da proporcionalidade, atos reveladores de uma intromissão ilimitada de um Poder sobre outro” (Gentil, 2003). Mas como mencionado anteriormente, a ofensa abstrata à segurança jamais poderá conduzir à invalidade da norma. E mais, em se tratando de sistema carcerário, já reconhecido inconstitucional na ADPF 347, a proporcionalidade pende para o lado daquele que cumpre pena, jamais para o lado da sociedade. É materialmente ilógico defender abstratamente a segurança social quando individualmente direitos fundamentais estão sendo violados diariamente e pessoas estão sofrendo e morrendo por completo desrespeito estatal.

Para além de todas essas questões, o indulto tem um papel que muitas vezes é deixado de fora dos manuais e livros. Ele alimenta a esperança na população carcerária. Esperança de ter a pena abrandada através de uma comutação; esperança de ter extinta a pena de multa - aquela que impede o cidadão de retomar a vida; esperança de ter alterada a forma de cumprimento de pena para torná-la menos torturante; esperança de ter a progressão de regime adiantada; esperança de se ver livre de todo o poder estatal que já o consome todos os dias. A professora Barkow, R. E. (2015) explica que “A clemência não é apenas um ato privado de graça, mas uma

ferramenta constitucional para garantir que a justiça seja temperada pela misericórdia”⁴.

Ultrapassados todos esses pontos, uma coisa precisa ficar muito clara. Apesar das críticas pairarem sobre o instituto, ele é uma importante ferramenta de contenção de danos colocada à disposição do Poder Executivo, por ter a capacidade de amenizar os efeitos nocivos do cárcere prolongado e conter o crescimento irracional da população carcerária, justamente impulsionado por legislações cada vez mais rigorosas e posicionamentos jurisprudenciais igualmente restritivos.

Como aponta o professor Roig (2023, RB - 18.4)

Na essência, assim como a pena é uma opção política (processo decisional), o indulto é uma contramedida que assim também se apresenta. É, enfim, uma opção política vetorialmente apontada no sentido de reduzir os danos causados pela experiência penal.

Não nega que o instituto contenha apenas os efeitos, em vez de atuar no problema real da questão que orbita o sistema de justiça criminal, esse sim que depende de atuação coordenada dos poderes e, sobretudo, muita vontade política e investimento para minimizar o abismo social.

4 Original: “Clemency is not just a private act of grace but a constitutional tool for ensuring that justice is tempered by Mercy”.