



ARTIGOS**Anistia, graça e indulto****Álvaro Mayrink da Costa**

Doutorado (UEG). Professor Emérito da EMERJ. Desembargador (aposentado) do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

I – Anistia

1. Uma das mais vetustas formas de *extinção da pretensão punitiva* é a *indulgentia principis*, que é expressa em três instituições: *anistia*, *graça* e *indulto*. Assim, *indulgentia principis* é uma medida equitativa que busca atenuar os rigores da decisão judicial (*supplementum iustitiae*), por força das circunstâncias *econômico-sociais ou políticas*. Como meio de *pacificação social* depois dos períodos de turbulência ou após grandes conquistas para a nação ou seu chefe, indultavam-se os autores de delitos *não graves*. Registre-se que, com a Constituição de 1988, não mais se cita, corretamente, a *graça*, mencionando-se apenas a *anistia* e o *indulto*, tendo a Lei de Execução Penal passado a se referir a ela como *indulto individual*, embora mantida



ARTIGOS

pela Reforma de 1984 (art. 107, II, 2ª figura, CP). É uma forma de prerrogativa soberana do *ius gratiandi* reconhecida ao Poder Legislativo (art. 48, VIII, CF/88), que, uma vez concedida, *não* pode *a posteriori* ser revogada. Apresenta a mais ampla faixa de efeitos, fazendo *desaparecer* o injusto penal, outorgando a *condição de primário* e anulando *todos* os efeitos penais, salvo a *reparação do dano*. É historicamente conhecida como “*a lei do esquecimento*”, consistindo em *ato de clemência*, atendendo a razões de *necessidade* e *conveniência políticas*. Impede qualquer apreciação sobre a materialidade e autoria do fato, pois seria reviver o que foi *esquecido* pelo Poder Público.

2. A anistia, que se refere a *fatos* e não a *pessoas*, pode ser: **a)** *própria*, quando concedida *antes* da condenação, *durante* o processamento da ação penal, ou, *antes*, de sua instauração; **b)** *imprópria*, concedida *após* o trânsito em julgado ou em *grau recursal*; **c)** *plena*, quando beneficia *todos* os envolvidos no crime *sem* destinação de qualidade ou condição pessoal; **d)** *restrita* ou *parcial*, em relação a *determinado* autor típico ou a *certo* crime com exclusão de outros (concurso de tipos); **e)** *internacional*, quando de *crimes políticos* (Lei nº 7.170/83) *sem* qualquer condição; **f)** *condicional*, quando *não* abrange *todos* os efeitos, exigindo-se *bilateralidade*, devendo o beneficiário



ARTIGOS

pronunciar-se sobre a *aceitação*. É medida de *interesse coletivo*, motivada, em geral, por considerações de *ordem política*, inspiradas na *necessidade de paz social*, podendo ser concedida *antes* ou *depois* da condenação; ela alcança o crime em *qualquer* momento procedimental, ou mesmo *antes* que se inicie. Destina-se, com seus *amplos efeitos*, aos crimes *políticos, comuns, eleitorais e militares*, objetivando a *paz social*, e tem o condão do *esquecimento* do fato típico com a *abstração* completa de seu *autor*, em outras palavras, dirige-se ao *fato* e *não* às *pessoas*, diante de seu *caráter objetivo*. Pacelli/Callegari, no *Manual de Direito Penal*, salientam que o *fato* não é anistiado *per se* que pode seguir sendo criminalizado, mas o “*fato então, tal e por quem foi praticado*”, com as características que indicam a movimentação política.

3. Dentro do princípio *favorabilia sunt amplianda* é estendida aos *crimes conexos*. A posição do Supremo Tribunal Federal em relação aos crimes cometidos por *militares* e *ativistas* foram anistiados diante do julgamento da ADPF 153, em que foi afirmada a *constitucionalidade* da Lei nº 6.683/79 e definido o âmbito de sua incidência - *crimes políticos e conexos*, no período de 2.9.1961 a 15.8.1979. Se *não* forem especificados os efeitos civis *expressamente*, permanece a *obrigação de indenizar* pelo dano material e moral. Há dois aspectos *indissociáveis*: a)



ARTIGOS

o *constitucional*, que engloba a soberania e a manifestação do *ius iminens* do Estado, obedecendo a *interesses sociais*, e **b)** o *penal*, diretamente ligado ao *ius puniendi* e repercutindo sobre os crimes e as penas, como matéria de política criminal. É concedida por lei do Congresso Nacional, *ex vi* do art. 48, VIII, da CF/88, *não* é mais exigível a iniciativa do Presidente da República, pois fica ao Judiciário o *direito de examinar* o alcance legal e aplicar à hipótese concreta. É *irrenunciável*, salvo quando *condicionada*. Diz o art. 187 da Lei de Execução Penal que “*concedida a anistia, o juiz de ofício, a requerimento do interessado ou do Ministério Público, por proposta da autoridade administrativa ou do Conselho Penitenciário, declarará extinta a punibilidade*”. Opera efeitos *ex tunc*, exceto os efeitos civis. Pela Constituição Federativa de 1988 (art. 5º, XLIII, CF/88) são *insuscetíveis do direito de graça* a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os crimes definidos como hediondos (art. 5º, XLIII, CF/88).

II – Graça

Embora a Carta Política se refira apenas ao *indulto* e à *comutação de pena* (art. 84, XII, CF/88), o benefício da *graça* está implícito (art. 5º, XLIII, CF/88), *não* tem o poder



ARTIGOS

de *extinguir* o crime nem a *condenação* imposta, apenas *impede a execução da pena* não anulando seus efeitos. O direito de graça era tão só um ato do Poder Público em favor do réu, definitivamente condenado, para conceder-lhe a *extinção, diminuição* ou *comutação da pena* que lhe fora imposta, confundindo-se com o *indulto individual*. Sua origem emana da Idade Média, das denominadas *chartes du pardon*, constituindo-se em verdadeiro *bill of indemnity*, ou melhor, autorização para cometer crime. Foi confundida com o indulto e utilizada nos países que adotaram a pena de morte, a fim de comutá-la para prisão perpétua. *Abrange* somente a pena e sua execução e não o crime, mantendo *todos* os seus efeitos. A concessão pode ser *delegada* ao ministro de Estado, ao Procurador-Geral da República e ao Procurador-Geral da União (art. 188 da LEP: “*O indulto individual poderá ser provocado por petição do condenado, por iniciativa do Ministério Público, do Conselho Penitenciário, ou da autoridade administrativa*”). Hoje, o *direito de graça* abrange o *indulto individual* (pessoa determinada), como *pressuposto* negativo da punição.

III – Indulto



ARTIGOS

1. A *indulgentia principis* recebeu acerbadas críticas de Beccaria, Filangieri, Feuerbach e Florian, como causa de inúmeros abusos na Idade Média e até em tempos mais recentes. Se a *graça*, no dizer de Von Liszt, atende às exigências de *equidade*, é emenda da própria justiça. Seu uso *imoderado* leva ao *descrédito* do Judiciário, *desprestigia* as decisões dos tribunais e *gera* a impressão de impunidade na opinião pública. O valor se encontra no *apaziguamento dos ódios e ressentimentos*, desarmando os ânimos e criando um clima de harmonia após os movimentos *políticos, sociais e econômicos*, objetivando o bem comum. Assim, com a maior discricção e parcimônia, devem ser tratados a *anistia* e o *indulto*. Enquanto a *anistia* extingue o próprio *crime*, fazendo-o desaparecer, a *graça* e o *indulto* só extinguem a *pena, corrigindo injustiças* ou o *excessivo rigor* da resposta penal. Desta forma, *subsistem* os efeitos penais da condenação *não* abarcados pela extinção da punibilidade.

2. O indulto é da *competência privativa* do Presidente da República (art. 84, XII, CF/88) e têm por destinatário os condenados por *crimes comuns*. A decisão proferida em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 5.874) concedeu *interpretação conforme* à Constituição ao Decreto Natalino de 2017 (Decreto 9.246/2017). Destacam-se fragmentos dos votos do ministro Ricardo Lewandowski:



ARTIGOS

“O ato político é de amplíssima discricionariedade e, portanto, imune ao controle jurisdicional. A impugnação judicial do ato só está autorizada se estiver presente clara ofensa às regras constitucionais, o que não ficou demonstrado na espécie. Não há base constitucional para qualquer intervenção do Poder Judiciário que direta, ou indiretamente, importe juízo de mérito sobre a ocorrência ou não de conveniência ou oportunidade porque o único juiz constitucional dessa matéria é o Presidente da República”; e do ministro Alexandre de Moraes, que concluiu: “O tribunal não pode fixar requisitos, haja vista que, ao Poder Judiciário, também se impõe o império da Constituição Federal. Se o Supremo fixar condições para o decreto analisado, estará fixando, também, para todos os subsequentes e, portanto, estará legislando”.

3. A *graça* (indulto individual) e o *indulto* (coletivo) só podem ser concedidos *depois* da condenação, *extinguindo* ou *comutando* a pena imposta passada em julgado. Questão polêmica é da *natureza jurídica do indulto*, divergindo a doutrina se o *perdão presidencial* se constitui em *causa extintiva da pena ou da punibilidade*. O Decreto nº 4.495/2002 considera o indulto modalidade de *extinção da punibilidade*. O *indulto individual* favorece a *pessoa determinada*, ao passo que a *anistia* é medida de *caráter coletivo*. Enquanto a *graça*, em regra, deve ser *requerida*, o



ARTIGOS

indulto é espontâneo. A anistia e o indulto também extinguem as medidas de segurança (caráter unitário da punição), e o art. 96 do Código Penal é taxativo ao dizer: “Extinta a punibilidade, não se impõe medida de segurança, nem subsiste a que tenha sido imposta”. Quando se trata do indulto, é facultado ao Presidente da República condicionar ou não o benefício à cessação de periculosidade ao internado (submetido à medida de segurança). O Presidente da República pode delegar a atribuição a ministro de Estado ou a outra autoridade (art. 84, XII, e parágrafo único da CF/88). O art. 192 da LEP prevê que “concedido o indulto e anexada aos autos cópia do decreto, o juiz declarará extinta a pena ou ajustará a execução aos termos do decreto, no caso de comutação”. Na hipótese de referência a decreto anterior de indulto coletivo, o juiz da execução deverá avaliar as condições de aplicação no caso concreto. É o mais utilizado, principalmente nas ocasiões das festas natalinas e datas especiais, concedido a um grupo de pessoas e não a uma única, sendo coletivo (Decreto, de 12 de abril de 2017, concede indulto especial e comutação de penas, por ocasião do Dia das Mães, com vistas à implementação de melhorias no sistema penitenciário brasileiro e à promoção de melhores condições de vida e da reinserção social às mulheres encarceradas). Apresenta como ratio da concessão a aplicação de uma política humanitária, por



ARTIGOS

interesse político, social e econômico, teoricamente, podendo corrigir qualquer erro judiciário e, nos tempos atuais, para descongestionar as prisões superlotadas e desumanas (art. 1º, III, CF/88), considerando-se que os beneficiários já teriam cumprido grande parte da resposta penal que lhes foi imposta.

4. Com a edição do Decreto nº 5.295/2004, houve a dissipação de várias dúvidas em relação ao *indulto condicional*, fixando-se a pena privativa de liberdade até 6 (seis) anos, e que não tivesse sido substituída por restritiva de direitos ou multa e *não* aplicada a medida penal do *sursis*, desde que à época, no dia do Natal, tivesse cumprido *1/3 (um terço) da pena, se não* reincidente, ou a metade, se reincidente (no decreto nº 9.246/2017, mais liberal, alargou para: “Art. 1º, I - *um quinto da pena, se não* reincidentes, e *um terço da pena, se reincidentes, nos crimes praticados sem grave ameaça ou violência a pessoa. Art. 2º. O tempo de cumprimento das penas previstas no art. 1º será reduzido para a pessoa: (...) § 1º. A redução de que trata o caput será de: I – um sexto da pena, se não reincidente, e um quarto da pena, se reincidente nas hipóteses previstas no inciso I do caput do art. 1º*”). O indulto fica condicionado à constatação da *inexistência de falta grave nos últimos 12 (doze) meses de cumprimento de pena* (“*Também não é interrompido automaticamente o prazo*



ARTIGOS

pela falta grave no que diz respeito à comutação de pena ou indulto, mas a sua concessão deverá observar o cumprimento dos requisitos previstos no decreto presidencial pelo qual foram instituídos” – STJ, REsp 1.364.192/RS, 3ª S., rel. Min. Sebastião Reis Junior, j. 12.2.2014). As penas restritivas de direitos prescrevem no mesmo prazo das penas privativas de liberdade que for por ela substituídas, cujo início de cumprimento da prestação de serviços à comunidade dar-se-á no dia do comparecimento do apenado à instituição designada pelo juiz da execução para o seu cumprimento.

5. A posição do Superior Tribunal de Justiça, em relação ao *direito de comutação de pena*, decidiu: “*I - Não haverá o direito de comutação de pena, o apenado que praticar falta grave no lapso de 12 meses anteriores à publicação do Decreto Presidencial, desde que homologada a falta, ainda que a decisão seja posterior ao Decreto*”. A *divergência* consiste na possibilidade de se *negar* o benefício de comutação quando o apenado tiver praticado *falta grave* nos 12 (doze) meses *anteriores à publicação* do Decreto, com *decisão homologatória* proferida *posteriormente*. O Ministro Rogério Schietti Cruz ressaltou: “*A questão trazida nos autos cinge-se à possibilidade de homologação de falta disciplinar de natureza grave após a promulgação do decreto*



ARTIGOS

presidencial de indulto a fim de obstar a concessão do benefício. [...] Saliento a necessidade de que o exame do preenchimento dos requisitos necessários ao indulto e a comutação de penas esteja atrelado única e exclusivamente ao respectivo decreto presidencial. Caso, ao tempo do pedido, estejam adimplidas as exigências para o deferimento da benesse, é defeso ao Magistrado da execução penal a desarrazoada postergação da análise do pleito defensivo, o que ensejaria a manutenção injustificada de inúmeros reeducandos no cárcere, incompatível, assim, com os propósitos da indulgência legal” (STJ, EREsp 1.549.544/RS, 3ª S., rel. Min. Felix Fischer, j. 14.9.2016). O indulto não alcançaria os crimes de tortura, terrorismo ou tráfico ilícito de entorpecentes ou drogas afins, os condenados por crimes hediondos, após a edição da Lei nº 8.072/90. O art. 1º, XII, c/c § 2º do art. 5º e parágrafo único do art. 9º do Decreto nº 8.615/2015 ressalvam, no indulto humanitário, a prevalência do princípio da dignidade da pessoa humana, motivo pelo qual a mera hediondez reconhecida em norma infraconstitucional não se sobrepõe ao princípio da humanidade (Art. 1º, III, CF/88), preenchidos os requisitos legais caracterizadores do indulto (doença grave).

6. O Superior Tribunal de Justiça ressaltou, no fragmento do voto do ministro Ribeiro Dantas: “O exercício



ARTIGOS

do jus puniendi encontra limitação não só nas garantias constitucionais que conferem legitimidade a eventual decreto condenatório; é restringido também pelo tempo, cuja inércia ao longo de determinado prazo, fixado pelo preceito secundário do tipo penal, impõe ao Estado o dever de não mais agir. Esse dever estatal constitui a faceta do direito do cidadão agressor ao conceito mais atual de ‘right to be forgotten’ ou ‘right to be let alone’, é dizer, direito ao esquecimento”(STJ, RHC 89.948/RS, 5ª T., rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 18.6.2019). A posição de muito consolidada do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que a *indulto individual* e o *indulto coletivo*, totais ou parciais, nessa última hipótese, a *comutação de penas*, constituem *modalidades do poder de graça* (art. 5º, XLIII, CF/88), vedada a concessão diante do *crime hediondo* (STF, HC 81.565/SC, 1ª T., rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 19.2.2002). A Corte Superior ressaltou que “*O art. 5º, XLIII, da Constituição, que proíbe a graça, gênero do qual o indulto é espécie, nos crimes hediondos definidos em lei, não conflita com o art. 84, XII, da Lei Maior*” (STF, HC 90.364/MG, Pleno, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 31.10.2007). Na hipótese do *crime hediondo* ou *equiparado* praticado *antes* do advento da Lei nº 8.072/90 há possibilidade da concessão do indulto diante do *princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa* (STF, HC 104.817/RJ, 2ª T., rel. Min. Gilmar Mendes, j. 23.11.2010).



ARTIGOS

7. O indulto pode ser *classificado* em: **a)** *total* – remissão total da pena; **b)** *parcial* – remissão de parte da pena, onde o apenado já cumpriu *satisfatoriamente* certa quantidade a critério do Presidente da República (orientação ditada pelo Ministério da Justiça). O *indulto coletivo* objetiva nos *crimes comuns* beneficiar uma *coletividade* de condenados. No caso de *indulto individual*, poderá ser provocado pelo próprio condenado, por iniciativa do Ministério Público, do Conselho Penitenciário ou da autoridade administrativa (arts. 187 a 193 da LEP). Na hipótese de *indulto parcial ou restrito*, a doutrina majoritária entende tratar-se de *comutação de pena*. O indulto pode ser concedido mais de uma vez ao mesmo condenado e *não* cabe nos casos de *sentença condenatória recorrível* se não houver especificação própria. A *anistia* concedida por lei ordinária *não* gera *reincidência*, ao *contrário* da *graça* e do *indulto coletivo*. O art. 1º, VIII, do Decreto nº 6.706/98 tem repercussão geral sobre a legitimidade do indulto aos internados em cumprimento de medidas de segurança.

8. Entre o *indulto* e a *anistia* há as seguintes *distinções*: enquanto a *anistia* é ato do Estado (lei federal) na *renúncia* ao direito de punir, o *indulto* é ato *privativo* do Presidente



ARTIGOS

da República (decreto), pelo qual beneficia determinada pessoa ou diversas pessoas como ferramenta de descompressão e progressiva liberdade. A *anistia*, cujo Poder competente é o *Legislativo*, é *irrenunciável*, abarcando os *crimes políticos*, admitida *antes* ou *depois* do trânsito em julgado, *retroativa*, atinge efeitos penais *principais* e *accessórios*. Já o *indulto*, da competência do *Executivo*, *provocado* ou *espontâneo*, retroativo, somente atinge os *efeitos penais principais da condenação*, nos *crimes comuns*, sendo, pois, *condicional*. Em alguns casos, o exercício do direito de graça assume o *caráter geral*, abrangendo determinadas categorias de atos ou de agentes; ao passo que, em outros, apenas faz *extinguir*, *diminuir*, *alterar* ou *suspender* a pena aplicada e transitada em julgado contra um condenado *individualmente* determinado. No primeiro caso, tem-se a *anistia* e, no segundo, o conceito de *indulto*. Portanto, a *anistia* tem caráter *geral*, já o *indulto*, *individual*. Também neste sentido, na *anistia extingue-se o procedimento* e, no caso de ter ocorrido a condenação, *cessa a execução da pena* e seus efeitos. Já no *indulto*, *extingue-se a pena*, no todo ou em parte, ou pode-se substituí-la por outra prevista em lei. Há *incompatibilidade* do *indulto* com o cometimento de *falta grave* diante do sistema do merecimento jungido ao cumprimento da pena. De resto, podendo ser *total* ou *parcial*, o indulto deverá se referir também de *forma*



ARTIGOS

expressa à pena pecuniária, pois no silêncio a ela não se estende. Atinge o apenado que está cumprindo medida de execução penal do *sursis*, bem como poderem-se *somar* as penas para atingir o limite previsto no *direito de indulto*. As sanções não previstas no decreto conservam seus efeitos penais e civis. É um ato *abstrato* que regula situação em tese em que apenas são *destinatários* aqueles que se encontram nos limites de sua regulação e pode ser objeto de *controle de constitucionalidade* (*crimes hediondos*). A concessão do benefício do *indulto individual* ou *coletivo* é uma faculdade *privativa* do Presidente da República *ex vi* do art. 84, XII, da Carta Política, não requerendo o balisamento dos *princípios da isonomia e proporcionalidade* (STF, HC 96.475/PR, 2ª T., rel. Min. Eros Grau, j. 14.4.2009), sendo possível a exigência de condições para aperfeiçoá-lo em conformidade com a Constituição (STF, AI 701.673 AgR/MG, 1ª T., rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 5.5.2009).

9. Denegado o pedido de indulto e transitada em julgado a decisão, poderá o interessado *renová-la* com a adição de *novas* provas. Cabe *agravo em execução* a respeito da decisão sobre a aplicação. Não mais se questiona a necessidade do trânsito em julgado da sentença condenatória para a sua concessão, nem para a progressão do regime ou do livramento condicional (STF, HC



ARTIGOS

87.801/SP, 1ª T., rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 2.5.2006). Repita-se: o indulto *não* pode em regra ser recusado, excetuando-se quando *condicional* ou mera *comutação de pena*. Aduza-se a possibilidade de sua *retratabilidade*. Se *extinguir* ou *reduzir* a pena aplicada, *não* pode ser recusado, *salvo* quando ocorrer *substituição* de pena. A *indulgentia principis* pode abranger condenação transitada em julgado em ação penal pública de iniciativa privada. Como o *sursis* é uma medida de execução penal, o condenado poderá ser beneficiário do indulto, *salvo* cláusula expressa em contrário no decreto presidencial. Extingue somente a pena; se o beneficiário cometer *novo* crime, será considerado *reincidente*, pois o benefício *não* lhe outorga a condição de *primário*. Nada impede que seja deferido quando o condenado cumpre a medida de execução penal do *livramento condicional*, pois são institutos diversos e compatíveis. O condenado poderá pleitear os dois benefícios, ao mesmo tempo, em pedido cumulativo.

10. No *indulto*, há *perdão da pena*, ao passo que, na *comutação*, há tão só a *dispensa* do cumprimento de parte da pena. Só o indulto, *ex vi* do art. 107, II, do Código Penal, é *causa de extinção da punibilidade*. A comutação de pena (“*indulto parcial*”) constitui-se em uma estratégia de política penitenciária para alimentar a *esperança na liberdade* e, com isso, levantar a autoestima dos



ARTIGOS

condenados a longas penas privativas de liberdade, evitando apagar no convívio carcerário ausência de uma *luz no final do túnel*. A posição do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que a *comutação da pena* nada mais é do que uma *espécie de indulto parcial* em que apenas se reduz a pena, daí a vedação nos crimes hediondos (STF, HC 103.618/RS, 1ª T., rel. Min. Dias Toffoli, j. 24.8.2010).

11. Na questão da exigibilidade ou não da *reparação do dano*, deve ser observado que o indulto constitui faculdade *privativa* do Presidente da República (art. 84, XII, CF/88). A sua imposição como condição *estimula a composição dos danos* causados pela realização do injusto penal. A *indisponibilidade dos bens* ou o seu *sequestro* não tornam o condenado insolvente para eximi-lo da satisfação do dano. Há que se observar, ainda, que a *ausência* da reparação do dano diante da absoluta impossibilidade financeira do condenado *não* tem o condão de impedir a concessão do benefício presidencial.

12. São *modalidades* do indulto: **a)** indulto comum; **b)** etário; **c)** indulto pelo cumprimento ininterrupto da pena privativa de liberdade; **d)** indulto assistencial; e) por saídas temporárias ou trabalho externo; **f)** indulto pelo estudo; **g)** indulto pela conclusão de curso; **h)** da pena de multa; **i)**



ARTIGOS

indulto humanitário; **j)** indulto de medida de segurança; **k)** indulto por tempo de prisão, na hipótese de substituição por pena restritiva de direitos ou substituição condicional da pena; **l)** indulto por tempo de prisão provisória; **m)** indulto por tempo remanescente da pena; **n)** indulto por crime contra o patrimônio cometido sem grave ameaça ou violência à pessoa; **o)** indulto por ter sido vítima de tortura praticada por agente público no curso da execução da pena.