

I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

MAIQUEL ÂNGELO DEZORDI WERMUTH

THIAGO ALLISSON CARDOSO DE JESUS

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigner Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direito penal, processo penal e constituição II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro

Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth

Thiago Allisson Cardoso De Jesus – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-085-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constituição, cidades e crise

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. I Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

Apresentação

A pandemia do novo coronavírus exigiu de todos nós, neste ano de 2020, adaptação. Com o CONPEDI, não foi diferente. Precisamos nos reinventar e transformar o contato físico em virtual. O Encontro Virtual do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito entrará para a história como o primeiro evento a reunir, em ambiente eletrônico, pesquisadores da pós-graduação jurídica de todo o Brasil em suas muitas salas virtuais, nas quais temas de altíssima relevância foram amplamente debatidos.

Nesse sentido, temos a honra de apresentar, aqui, aquelas pesquisas que foram apresentadas no âmbito do Grupo de Trabalho “Direito Penal, Processo Penal e Constituição II”, na tarde do dia 29 de junho de 2020.

O artigo de Marcello Doria Costa e Carlos Alberto Menezes, intitulado “A NECESSIDADE DE REFORMA CONSTITUCIONAL DOS PRECEITOS APLICÁVEIS AOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA” aborda os crimes contra a ordem tributária e as disposições específicas relacionadas ao Direito Tributário na Constituição do Brasil de 1988, atendo-se ao atual modelo neoconstitucionalista.

José Antonio Remedio, Davi Pereira Remedio e Wagner Rogério De Almeida Marchi abordam a efetivação do direito à saúde na esfera dos presídios brasileiros no artigo “O DIREITO À SAÚDE DOS DETENTOS NO ÂMBITO DOS PRESÍDIOS DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO”.

Por sua vez, o artigo “O MÉTODO APAC DIANTE DO PRINCÍPIO DA HUMANIDADE”, de autoria de Matheus de Araújo Alves e Jorge Heleno Costa, analisa o surgimento das APACs como uma alternativa ao sistema prisional convencional, focado na pessoa humana e pautado em direitos fundamentais.

O artigo de Airto Chaves Junior – “PROTEÇÃO PENAL DA SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL: DUAS CRÍTICAS” – salienta que a Saúde Pública é um bem aparentemente falso para figurar como objeto de tutela penal e que há desproporcionalidade na resposta do Estado para esses delitos, cominando-se penas diferentes para fatos semelhantes e penas mais rigorosas para fatos de menor (ou nenhuma) danosidade social.

Por seu turno, sob o título “VERDADES IMPROVÁVEIS: DISTORÇÕES DA IMPUTAÇÃO PENAL NOS HOMICÍDIO PELA POLÍCIA EM SERVIÇO”, Diogo José da Silva Flora destaca que os procedimentos judiciais inaugurados pela comunicação do crime de homicídio decorrente de intervenção policial, popularmente denominados autos de resistência, demonstram um tipo de imputação peculiar, particularmente frágil e sem mecanismos de controle de erros judiciais, a que se atribui uma distribuição de responsabilidades criminais incompatíveis com os fatos apuráveis.

No artigo “UMA ANÁLISE CRÍTICA SOBRE O PROJETO DE LEI “ANTICRIME”: É POSSÍVEL RESSIGNIFICAR UMA MUDANÇA NA FORMA DE CONCEBER O CRIME E AS RESPOSTAS A ELE?”, Cristian Kiefer Da Silva apresenta reflexões críticas sobre o projeto de lei “anticrime”, destacando, primordialmente, que diante do populismo penal, de uma lei “ultrapunitivista” e de um pacote de profilaxias, a proposta ostenta um endurecimento da legislação penal e a diminuição das garantias processuais dos réus.

Em suas “NOTAS ACERCA DO INSTITUTO DA COLABORAÇÃO PREMIADA”, Rodrigo Lima e Silva e Victor Américo Alves de Freitas empreendem uma análise crítica da colaboração premiada e dos institutos que gravitam em seu entorno, de forma a permitir uma melhor compreensão do tema, não só a partir do ordenamento jurídico brasileiro, mas também do contexto estadunidense e alemão.

Ana Lúcia Tavares Ferreira, no artigo “INDULTO PRESIDENCIAL E SUPERPOPULAÇÃO CARCERÁRIA: LIMITES E POSSIBILIDADES DA ATRIBUIÇÃO DE GRAÇA” aborda o uso da graça coletiva como instrumento governamental de política criminal para a redução da população carcerária em situações de superpopulação prisional.

No texto intitulado “PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA FRENTE A TEORIA DA RACIONALIDADE PENAL MODERNA, ANÁLISE DA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE Nº 43”, Witan Silva Barros e Mellina Lopes Corrêa Gueiros abordam o princípio de presunção de inocência, a partir do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43 perante o Supremo Tribunal Federal, o qual assentou a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal.

Rafael Silva de Almeida, no artigo “PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE E VERACIDADE NO PROCESSO PENAL: A SÚMULA 70 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO”, salienta que a Súmula 70 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro admite a condenação no processo penal quando a prova oral produzida seja exclusivamente composta pelo depoimento de agentes policiais, propondo uma abordagem

alternativa do valor da prova oral policial sem preconceções que permita avaliar sua credibilidade nos casos concretos.

Em “OLHOS QUE CONDENAM: PRECONCEITO RACIAL, SELETIVIDADE PUNITIVA E RELEVÂNCIA DO ESTADO DE INOCÊNCIA”, Eduardo Puhl e Matheus Felipe De Castro, a partir da repercussão da minissérie “Olhos que condenam”, analisam como o preconceito racial influencia a seletividade punitiva.

O artigo “O TRÂNSITO EM JULGADO DAS AÇÕES PENAIS: SOBRE PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, EXECUÇÃO (PROVISÓRIA) DA PENA E OS SEUS REFLEXOS NO ENCARCERAMENTO EM MASSA BRASILEIRO”, de Caroline Previato Souza e Gustavo Noronha de Avila, com base na Presunção de Inocência, avalia as consequências de sua inaplicabilidade e como seus reflexos contribuem para o número crescente de presos provisórios e para o aumento do encarceramento em massa no Brasil.

Por sua vez, o artigo de Cláudia da Rocha e Elve Miguel Cenci – “O PRINCÍPIO DO NE BIS IN IDEM E A IMPOSSIBILIDADE DE SOBREPOSIÇÃO DE SANÇÕES PENAL E ADMINISTRATIVA EM CRIMES TRIBUTÁRIOS” - avalia as implicações da concepção de independência de instâncias no que se refere à possibilidade de cumulação de sanções administrativas e penais para o mesmo fato, sob a perspectiva do princípio do ne bis in idem, a fim de demonstrar que, no campo dos crimes tributários, há uma administrativização do Direito Penal, que deixa de ser aplicado como ultima ratio e passa a assumir a função de braço de apoio da Administração.

“O ARTIGO 28-A DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL COMO MECANISMO DE CONSAGRAÇÃO DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA”, de autoria de Bruno Dadalto Bellini e Sergio De Oliveira Medici, discute o tema da Justiça Penal Consensual, a qual, no entender dos autores, propicia o restabelecimento da pacificação social, fomentando um maior índice de cumprimento da pena.

No artigo intitulado “DA DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA NOS CASOS DE DESCUMPRIMENTO DE MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA: A SEGREGAÇÃO COMO MEIO DE COMBATE A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER”, Mell Mota Cardoso Conte e Murilo Justino Barcelos discutem a necessidade da segregação nos casos de descumprimento de Medidas Protetivas no âmbito da Violência Doméstica contra a mulher.

Roger Lopes da Silva avalia a viabilidade da aplicação do acordo de não persecução penal estabelecido no artigo 28-A do Código de Processo Penal nos crimes de organização criminosa no âmbito do artigo intitulado “O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E A VIABILIDADE DE APLICAÇÃO NO CRIME DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA”.

Ythalo Frota Loureiro, por sua vez, aborda a adoção, pela legislação brasileira, do “Modelo de Protocolo Latino-Americano de Investigação das Mortes Violentas de Mulheres por Razões de Gênero (femicídio/feminicídio)” no artigo “FEMINICÍDIO E SEUS PROTOCOLOS DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL”

O texto “LEI Nº 13.968/19: REFLEXÕES ACERCA DO CRIME DE INDUZIMENTO, INSTIGAÇÃO OU AUXÍLIO AO SUICÍDIO OU À AUTOMUTILAÇÃO”, de Thiago Gomes Viana, analisa as profundas alterações promovidas pela Lei nº 13.968/19 no art. 122, do Código Penal brasileiro, explorando os conceitos relativos ao suicídio e à automutilação, bem como os dados empíricos de sua ocorrência.

O texto “DO POSITIVISMO À SOCIOLOGIA DO BEM JURÍDICO PENAL: UMA ATUALIZAÇÃO CENTRADA NA CONSTRUÇÃO DA ORDEM PÚBLICA FUNDADA EM UMA DIMENSÃO CIDADÃ ATIVA”, de Claudio Alberto Gabriel Guimaraes e Davi Uruçu Rego, propõe uma melhor configuração teórica do que seja um bem jurídico penal que, em razão de tal qualidade, seja merecedor de proteção através do sistema formal de controle social e, por via de consequência, pelo Direito Penal.

Carlos Henrique Meneghel De Almeida e Daniel Ferreira De Melo Belchior, no artigo intitulado “QUESTÃO DE PROVA: O DIREITO PROBATÓRIO NAS AÇÕES DE HABEAS CORPUS E MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL NO PROCESSO PENAL”, analisam como se comporta o direito probatório nas ações autônomas de impugnação de habeas corpus e de mandado de segurança contra ato judicial no processo penal.

O artigo “ATIVISMO JUDICIAL E A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA NO BRASIL: UMA ANÁLISE DO CASO ADO 26 E MI 4733”, de Amanda Greff Escobar e Willde Pereira Sobral, debruça-se sobre a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 e no Mandado de Injunção nº 4733, sobre a criminalização da homofobia no Brasil, avaliando a expansão da atuação judicial frente às disposições da Constituição Federal de 1988 e confrontando a decisão judicial e o princípio constitucional da legalidade estrita (reserva legal), de observância obrigatória na criminalização de condutas pelo ordenamento jurídico brasileiro.

“AS TEORIAS DA PENA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: UMA RESPOSTA SEGUNDO AS CONJECTURAS DO DIREITO PENALLIBERTÁRIO”, escrito por Marcos Paulo Andrade Bianchini e Felipe de Almeida Campos, analisa qual teoria das finalidades da pena é mais consentânea com o paradigma do Estado Democrático de Direito segundo a ótica do Direito Penal Libertário.

Carlos Eduardo Barreiros Rebelo e Luciana Silva Ramalho, em “CONSIDERAÇÕES SOBRE O INSTITUTO DA DETRAÇÃO E AS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO”, discutem o cabimento ou não do instituto da detração penal nos casos de condenações finais a penas restritivas de direitos de réus que permaneceram todo o processo ou até mesmo parte dele em liberdade, porém cumprindo cautelares alternativas.

“A EXCLUSÃO DA ILICITUDE E OS LIMITES DA DISPOSIÇÃO DO DIREITO À INTEGRIDADE FÍSICA NA ATIVIDADE DE DESPORTO”, de autoria de Lya Maria de Loiola Melo, Lia Mara Silva Alves e Francisco Clayton Brito Junior, questiona os limites da renúncia à integridade física no contexto desportivo.

Dani Rudnicki e Ana Carolina da Luz Proença realizam uma reflexão sobre a sexualidade e a importância da visita íntima no sistema prisional, discorrendo sobre a relação entre as mulheres visitantes, seus companheiros e a instituição prisional, no artigo “A SEXUALIDADE NO SISTEMA PRISIONAL: VISITA ÍNTIMA NO PRESÍDIO CENTRAL DE PORTO ALEGRE”.

Por fim, no artigo “A POSSIBILIDADE DE IMPLEMENTAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA NO BRASIL” Marcello Doria Costa e Carlos Alberto Menezes refletem sobre como a Justiça Restaurativa pode ser aplicada no ordenamento jurídico brasileiro, especificamente na persecução penal de crimes contra a ordem tributária, estabelecendo-se critérios e procedimentos específicos.

O(a) leitor(a), por certo, perceberá que os textos, além de ecléticos, são críticos quanto à realidade do sistema penal, o que reflete o compromisso dos(as) autores(as) na busca pelo aperfeiçoamento do direito material e processual penal em prol da melhor e maior adequação ao texto constitucional e às demandas da contemporaneidade, dentro de um modelo integrado de Ciências Criminais.

Tenham todos(as) ótima leitura, é o que desejam os organizadores!

Prof. Dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro – ESDHC

Prof. Dr. Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth – UNIJUÍ/UNISINOS

Prof. Dr. Thiago Allisson Cardoso De Jesus – CEUMA/UEMA

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Direito Penal, Processo Penal e Constituição II apresentados no I Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no item 8.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

INDULTO PRESIDENCIAL E SUPERPOPULAÇÃO CARCERÁRIA: LIMITES E POSSIBILIDADES DA ATRIBUIÇÃO DE GRAÇA

COLLECTIVE PRESIDENTIAL PARDON AND PRISON OVERCROWDING: LIMITS AND POSSIBILITIES OF THE PARDON POWER

Ana Lúcia Tavares Ferreira ¹

Resumo

O artigo trata do uso da graça coletiva como instrumento governamental de política criminal para a redução da população carcerária em situações de superpopulação prisional. Propõe-se discutir as diferentes concepções sobre a interação entre a atribuição de graça e o princípio da separação de poderes, além de outros princípios constitucionais no Estado de Direito. O artigo também questiona a noção amplamente aceita de que o poder de perdoar atribuído ao chefe do executivo, embora incluído na maioria das Constituições modernas, deve ser considerado excepcional e, portanto, os presidentes devem se restringir a conceder perdão em casos individuais, raros e peculiares.

Palavras-chave: Encarceramento, Indulto, Superpopulação, Pena, Política criminal, Separação de poderes

Abstract/Resumen/Résumé

This paper deals with the traditional use of collective pardons as governmental criminal politics tools to reduce prison population in overcrowding situations. It aims to discuss different conceptions concerning the interaction between presidential pardons in general and the principle of separation of powers and other constitutional principles in modern rule of law states. It also calls into questioning the broadly accepted notion that executive power to pardon, although included in most modern Constitutions, should be regarded as an exception and, therefore, presidents should be restricted to grant pardons in individual, rare and peculiar cases.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Imprisonment, Overcrowding, Punishment, Criminal policy, Human rights

¹ Doutora em Direito Penal Pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro; Mestre em Direito Penal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro;

INTRODUÇÃO

A constituição da República conferiu ao chefe do poder executivo o poder de extinguir a punibilidade por meio da graça, isentando os contemplados da execução da pena fixada em sentença condenatória, mediante o preenchimento de determinados requisitos.

O texto constitucional não estabeleceu, porém, diretrizes, regras, hipóteses de cabimento ou limitações ao exercício da atribuição, exceto pela vedação expressa no caso dos crimes hediondos e equiparados.

Não obstante a escassez de balizas, decretos de indulto foram editados todos os anos no Brasil desde o fim de República Velha, tradicionalmente na época das festas natalinas, podendo-se observar nas últimas décadas uma tendência de gradual ampliação de alcance e efeitos, para abranger penas mais longas, medidas de segurança e penas restritivas de direitos, além da multa.

A partir da análise dos diversos decretos presidenciais, audiências públicas e estudos que os precederam, depreende-se que o alargamento no exercício da atribuição presidencial ampara-se em decisão político criminal teleologicamente orientada para a redução da população carcerária.

A população carcerária brasileira atual é de 726.712 presos, segundo dados do Departamento Penitenciário Nacional, sendo que o sistema penitenciário possui 368.049 vagas, configurando-se, portanto, grave quadro de superpopulação carcerária.

Apesar do caráter estrutural e sistêmico do problema e da escassez de dados empíricos sobre os reais efeitos dos diversos decretos de indulto editados no Brasil ao longo dos anos, o instituto tem sido utilizado como solução pontual e para a superlotação.

Diversos decretos de indulto foram objeto de controle de constitucionalidade ao longo dos anos, destacando-se, porém, o intenso debate gerado em razão do ajuizamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5.874, na qual se questionou a constitucionalidade do Decreto 9.246 de 21 de dezembro de 2017, editado pelo Presidente Michel Temer.

A controvérsia desenvolveu-se a partir do questionamento da ampliação do âmbito da aplicação do indulto em comparação com os decretos anteriores, por meio da flexibilização dos requisitos temporais e, por consequência, da possível extinção da

punibilidade em relação a crimes praticados contra administração pública, notadamente corrupção passiva.

Dentre os diversos argumentos articulados, o principal fundamento teórico utilizado no debate foi a relação entre a atribuição constitucional de graça e princípio da separação de poderes, podendo-se identificar dois entendimentos contrapostos.

De um lado foi adotada uma perspectiva restritiva, baseada no caráter derogatório do indulto em relação ao princípio da separação de poderes, enfatizando-se o caráter excepcional do instituto e, por consequência, sua inadequação como instrumento político-criminal de redução da população carcerária.

De outro lado, entendeu-se que a atribuição constitui suspensão da separação de poderes pelo próprio poder constituinte originário, que confere ampla margem de discricionariedade ao chefe do Poder Executivo.

Embora tenha prevalecido na jurisprudência uma perspectiva mais ampliativa em relação ao exercício do poder de indultar, a discussão acabou por provocar uma reversão da tendência de ampliação dos decretos editados até então.

Assim, não foi editado decreto de indulto no ano de 2018 e no Decreto 9.706 de fevereiro 2019, a extinção da punibilidade restringiu-se às hipóteses contempladas aos casos de isenção de pena por razões humanitárias, em casos de doenças como paraplegia, tetraplegia, cegueira, doença grave, neoplasia maligna ou síndrome de deficiência imunológica adquirida, desde que em estágio terminal, entre outros.

Foi editado, ainda, o Decreto 10.189 de 23 de dezembro de 2019, concedendo indulto natalino aos agentes públicos que compõem o sistema nacional de segurança pública por crime praticado no exercício da função ou em decorrência dela, que tenham sido condenado por crime na hipótese de excesso culposo e por crime culposo, desde que cumprido um sexto da pena, bem como àqueles que tenham sido condenados por ato cometido, mesmo que fora do serviço, em face de risco decorrente da sua condição funcional ou em razão do seu dever de agir.

Ambos os decretos apresentam uma drástica mudança em relação aos anteriores. Foi adotada uma concepção restritiva em relação ao instituto, em contraste com a tendência anterior de ampliação, deixando-se de utilizá-lo como instrumento de redução da população carcerária.

Nesse contexto, mostra-se necessária uma análise da configuração da atribuição de graça no Estado de Direito, pondo em questão o consenso produzido quanto ao caráter derogatório do instituto em relação ao princípio da separação de poderes e, por

consequência, os discursos que refutam a utilização ampla do indulto como medida desencarceradora.

O presente artigo propõe-se a apresentar os fundamentos teóricos que ampararam os posicionamentos contrapostos no debate jurisprudencial, buscando responder às seguintes questões: 1) se existe uma relação de derrogação entre a atribuição de graça e o princípio da separação de poderes; 2) se atribuição de graça deve ser exercida restritamente, em casos excepcionais, excluindo-se a utilização da modalidade coletiva de forma ampla, visando à redução da população carcerária.

Após breve introdução, serão identificados e brevemente resumidos os principais fundamentos doutrinários dos posicionamentos adotados no debate jurisprudencial.

Em seguida, serão postas em questão as concepções adotadas, buscando-se identificar a configuração da atribuição de graça no Estado de Direito, investigando a presumida relação de derrogação entre o instituto e o princípio da separação de poderes, bem como seu caráter excepcional.

Será analisada também nessa seção, a alegada relação hierárquica entre a atribuição de graça e os princípios constitucionais, especialmente igualdade e vedação da proteção deficiente.

As reflexões desenvolvidas nos tópicos anteriores servirão de ponto de partida para a seção seguinte, na qual será abordada a questão da utilização do indulto como instrumento desencarcerador.

Ao final, será apresentado um apanhado sintético das questões abordadas, expondo-se as conclusões resultantes do desenvolvimento do tema proposto.

1- Atribuição de graça e separação de poderes

A graça¹ tem sido conceituada como decisão extrajudiciária que impossibilita total ou parcialmente a execução da pena criminal, tratando-se, segundo grande parte da doutrina,

¹CR/88 Art. 84 Compete privativamente ao Presidente da República [...] inciso XII - conceder indulto e comutar penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei. A nomenclatura é errática e pode-se identificar a utilização dos termos clemência e graça para designar o gênero, do qual seriam espécies o indulto e a graça em sentido estrito. Adota-se aqui a graça como termo que indica o gênero, do qual seriam espécies a anistia, o indulto e a graça, por ser a mais usualmente encontrada na doutrina. A atribuição de graça é prevista na Constituição de diversos países, como França, Itália, Portugal entre outros, podendo ser o titular o chefe do poder executivo, como no caso brasileiro (art. 84), ou o Parlamento, como no caso italiano (Ferreira, 2017).

de um resquício do poder divino das monarquias absolutistas, que se caracteriza, até mesmo nos dias atuais, por um inafastável grau de irracionalidade.²

Constituiria, segundo Figueiredo Dias (1993, p.687.), uma “válvula de segurança do sistema”, um ato de tolerância da ordem jurídica perante modificações supervenientes, de “caráter excepcional, das relações comunitárias ou da situação pessoal do agraciado”, ou ainda, “instrumento de correção de erros legislativos ou judiciários, em “casos excepcionalíssimos.”

O instituto deveria ser utilizado, segundo Garcia (2008, p. 341), para a correção de erros do “rigor da justiça”, ou premiar o bom comportamento do apenado, demonstrada a desnecessidade da pena antes do livramento condicional, ou ainda para “eximir de maior sofrimento o preso enfermo que tem os dias contados em razão de algum mal cruciante e incurável”, além de “acomodar situações que normas penais inadequadas tornaram iniquamente gravosas.”

Nessa perspectiva, a graça teria sido mantida no Estado Democrático de Direito em detrimento do princípio constitucional da separação de poderes, na medida em que importa invasão, pelo poder executivo, das esferas de atuação típicas dos poderes legislativo e judiciário.

Adota-se assim, majoritariamente, uma abordagem restritiva, atrelada à concepção clássica da separação de poderes, centrada no conceito iluminista da lei como seu principal ponto de referência.

Nesse contexto, a função legiferante —edição de normas gerais e abstratas— caberia exclusivamente ao poder legislativo, enquanto que aos poderes judiciário e executivo restariam tão somente as funções de aplicar as normas gerais em decisões individuais e implementar as decisões políticas legislativas mediante atuação concreta nos limites da norma jurídica, respectivamente. (PIÇARRA, 1989)

A graça seria incompatível com essa concepção dogmática de repartição de tarefas, constituindo formalmente um ato administrativo, mas materialmente legislativo, visto que inova na ordem jurídica (estabelecendo pressupostos e consequências específicas e criando direitos), ou jurisdicional, já que tem efeitos retroativos, atingindo os efeitos de decisões judiciais.

²No sentido do texto Zagrebelsky (1974, p. 93). Também ressaltando o caráter religioso e irracional do instituto, Zaffaroni (2002); Gemma, (1973). Pulitanò (1970); Garcia Mahamut (2004); Dominguez Garcia, (2002).

Como observou Figueiredo Dias (1993, p. 687), seria uma atribuição reservada a “um poder global, “supraordenado aos três poderes separados, onde o direito e a graça se misturavam”, ressaltando-se a exigência de oitiva do Governo como traço que insere o instituto no Estado de Direito.

Essa perspectiva teórica — baseada na concepção excepcional do instituto, vinculada ao caráter derogatório do princípio da separação de poderes — fundamentou, por exemplo, a posição adotada na decisão de concessão da medida cautelar proferida pela Ministra Carmem Lúcia, no bojo da ADI 5.874.³

O caráter derogatório do princípio da separação de poderes, por sua vez, implicaria, como foi apontado por Barroso (2018), uma suposta relação de inferioridade hierárquica entre a atribuição de graça e os princípios constitucionais, notadamente igualdade e vedação de proteção deficiente, especialmente no que se refere aos crimes contra a administração pública.

Parte da doutrina, porém, adota posição divergente, entendendo que a atribuição de graça conferida ao chefe do poder executivo constitui norma de repartição de poderes estabelecida pelo próprio poder constituinte originário.

A atribuição de graça seria prevista na Constituição, segundo Schätzler (1992), como autêntica norma de repartição de poder, facultando-se ao chefe do executivo o exercício ilimitado e arbitrário da atribuição.

O ato de graça teria, segundo esse autor, natureza *sui generis*, não se enquadrando como atividade administrativa, legislativa ou jurisdicional, de forma que estaria apto a revogar atos jurisdicionais,

Adotando posicionamento semelhante, Brito (2018, p. 8063) admite a natureza administrativa do ato, porém ressalta que sua prática é “de total disponibilidade do presidente, observados os ditamos da conveniência e oportunidade públicas.”

³ De acordo a decisão da Ministra Carmem Lúcia, “Indulto não é nem pode ser instrumento de impunidade. É providência garantidora, num sistema constitucional e legal em que a execução da pena definida aos condenados seja a regra, possa-se, em situações específicas, excepcionais e não demolidoras do processo penal, permitir-se a extinção da pena pela superveniência de medida humanitária. [...] Como repetido acima, o indulto tem a finalidade de realizar benignidade com que 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).

Foi essa a concepção que amparou o voto dissidente do Ministro Alexandre de Moraes, que acabou por prevalecer no julgamento da ADI 5.874, com adesão da maioria.⁴

A partir do debate resumido acima, pode-se observar que a divergência decorre de uma concepção dogmática do princípio da separação de poderes que desconsidera a evolução do sistema de repartição de competências.

Impulsionados pelas rápidas transformações da sociedade técnica e pelas necessidades de um Estado garantidor de liberdades positivas, os órgãos legislativos deixaram de atuar exclusivamente na produção de normas gerais e abstratas com caráter prospectivo, segundo o modelo estabelecido com base no conceito iluminista de lei, passando, também, a atuar na persecução dos objetivos do Estado.

A lei perdeu os atributos de generalidade e abstração para atender às necessidades conjunturais mediante medidas econômicas de duração limitada. A utilização da lei como instrumento político desencadeou uma tendência de aumento da produção legislativa e da atuação do Estado por outros instrumentos jurídicos que não a lei, além de instaurar o fenômeno da descentralização legislativa.⁵

No que tange ao poder executivo, o processo de descentralização legislativa se dá de dois modos, a saber: pela intervenção do executivo no procedimento de elaboração (por meio dos institutos de sanção, veto, promulgação e publicação do ato normativo de lei) ou pelo exercício pelo próprio executivo da função de elaborar a lei, em sentido formal ou em sentido material.⁶

⁴ De acordo com o voto do Ministro Alexandre de Moraes, 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).[...] Com o devido respeito às posições em contrário, não compete ao SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL reescrever o decreto de indulto, pois, ou o Presidente da República extrapolou o exercício de sua discricionariedade, e, conseqüentemente, a norma é inconstitucional; ou, entre as várias opções constitucionalmente lícitas, o Presidente da República escolheu validamente uma delas, e, conseqüentemente, esta opção válida não poderá ser substituída por uma escolha discricionária do Poder Judiciário, mesmo que possa parecer melhor, mais técnica ou mais justa.

⁵ A descentralização legislativa é conceituada por Clève (1993) como a possibilidade de criação de atos normativos sob a forma de lei ou não, por outros órgãos que não propriamente o Legislativo. Segundo o autor, a descentralização pode ser decorrente de delegação legislativa ou de atribuição legislativa outorgada pelo Constituinte, transferindo-se a função legiferante para órgãos internos do próprio Poder Legislativo ou para outros órgãos estatais.

Os mecanismos mencionados demonstram a expansão dos poderes executivo e legislativo, assim como a interpenetração das atividades de ambos no desenvolvimento da função política do Estado, indicando que a atual conformação do princípio da separação de poderes é muito diversa da teoria clássica, consolidada pelo Estado liberal.

A necessidade de proteção de liberdades positivas e direitos sociais redimensionou também o papel do judiciário na divisão de poderes estatais.

Na teoria clássica de separação de poderes, reservava-se ao judiciário uma função subalterna ao poder legislativo, competindo-lhe atos de subsunção do fato à norma geral editada pelo poder legislativo soberano.

Neutralizava-se politicamente a atividade jurisdicional, exigindo-se que o juiz fosse imparcial e apertidário no desempenho de suas funções.

Com o desenvolvimento do Estado social e da sociedade tecnológica, atribuiu-se ao judiciário, além do exame da responsabilidade pessoal —atividade voltada para o passado—, o controle do exercício do poder de legislar, tendo em vista a meta de concretização dos objetivos fixados constitucionalmente.

A responsabilidade pela política legislativa tende, nesse contexto, a ser compartilhada entre os três poderes, na medida em que o juiz, abandonando sua antiga posição de neutralidade, desempenha uma “ação corretiva de desvios na consecução das finalidades a serem atingidas por uma política legislativa.” (BARROSO, 2011, p. 81)

Baseada na experiência constitucional superficialmente resumida acima é que a doutrina constitucional aponta o processo de flexibilização da divisão de poderes estatais. Em lugar do equilíbrio entre poderes que se inibem mutuamente, como pretendia a teoria clássica de separação de poderes, o que se observa é uma predominância cíclica de cada um deles em diferentes contextos históricos.

Constata-se que o princípio constitucional de separação de poderes perdeu, ao longo do tempo, o caráter que se lhe conferia de classificação universal e atemporal. Tornou-se, assim, de pouco interesse a elaboração de teorias de classificação das funções estatais,

⁶ O crescente exercício do poder de iniciativa, presente na maioria das Constituições, indica, segundo Clève (1993) uma tendência de colaboração entre Executivo e Legislativo, em sinal de superação da tradicional separação de poderes.

prevalecendo a importância da análise das funções do Estado como princípio materializado no texto de uma determinada Constituição concreta.

Nessa perspectiva, a relação entre a atribuição de graça e o princípio da separação de poderes não pode ser estabelecida aprioristicamente e em abstrato. O sistema de racionalização do poder político por freios e contrapesos, elemento estrutural do Estado de Direito, é concretizado no texto constitucional.

Eventual conflito entre atribuição constitucional de graça e o princípio de separação de poderes somente pode ser apontada em caso de desequilíbrio entre poderes estatais, com a supremacia de um deles em detrimento dos demais, no contexto de uma determinada Constituição.

O caráter excepcional da atribuição de graça não pode ser presumido, portanto, como consequência necessária da divisão de funções estatais. O estabelecimento de pressupostos de excepcionalidade e limitações qualitativas ou quantitativas, como, por exemplo, vedação da modalidade coletiva, pode ser resultado, e não premissa, do processo de interpretação da Constituição.

Não há relação de hierarquia entre a atribuição de graça concretizada como norma constitucional e as demais normas e princípios constitucionais, de forma que não se justifica uma aplicação excepcional ou limitada do instituto com fundamento na Constituição, salvo em caso previsão de limitações concretas no próprio texto. (DIMOULIS, 1996)

As decisões judiciais abordadas deixaram de levar em consideração também que a graça é uma das causas de extinção da punibilidade,⁷ inserindo-se no sistema de penas, de forma que sua aplicação deve ser orientada por princípios constitucionais penais.

A atribuição de graça constitui uma das poucas hipóteses de atuação discricionária do poder executivo no âmbito do sistema penal, de forma que a restrição excessiva da atribuição é que poderia vir a configurar violação do princípio da separação de poderes.

Embora o executivo tenha a oportunidade de intervir em matéria penal por meio do poder de iniciativa e veto presidenciais, predominam, no que se refere à elaboração de leis penais, as decisões político-criminais produzidas no âmbito legislativo.

Também no que diz respeito à aplicação das leis penais, a atuação do poder executivo restringe-se às atividades persecutórias, desenvolvidas pelo Ministério Público e pela polícia,

⁷ Código Penal (CP) Art. 107 - Extingue-se a punibilidade: [...]II - pela anistia, graça ou indulto;

nos estreitos limites impostos pelos princípios da legalidade e da obrigatoriedade da ação penal.

E mesmo no que se refere à execução penal, a atuação do poder executivo é pautada e limitada pelo princípio da legalidade, sendo consideravelmente reduzida a margem de discricionariedade da administração quanto às questões penitenciárias, tendo em vista o reconhecimento do apenado como sujeito de direitos e o caráter jurisdicional da execução. (RODRIGUES, 2000)

A atribuição de indultar constitui, portanto, uma das poucas hipóteses de atuação discricionária do poder executivo na materialização das opções de política criminal estabelecidas em sede constitucional.

A restrição excessiva da atribuição importaria, assim, o desequilíbrio da repartição de poderes no âmbito do sistema penal, configurando violação do princípio da separação de poderes.

Não decorre daí, porém, que a atribuição de graça seja ilimitada e insuscetível de controle. Os princípios constitucionais, elementos que estruturam a Constituição, perpassando sua interpretação em todos os aspectos, condicionam o exercício da atribuição de graça, na mesma medida em que condicionam a interpretação de toda e qualquer norma constitucional.

A graça é instituto jurídico, inserido no Estado de Direito pelo legislador constituinte originário, como oportunidade de intervenção do poder executivo no sistema penal, devendo sua prática orientar-se pelos princípios constitucionais de direito penal relativos à pena.

Nessa perspectiva é que deve ser analisada a relação entre os decretos de indulto e os demais princípios constitucionais penais, especialmente os princípios da vedação da proteção jurídica deficiente e igualdade.

2- Atribuição de graça, vedação de proteção deficiente e igualdade

Muito se tem debatido sobre a relação entre o direito penal e a constituição, em especial no que se refere às obrigações constitucionais explícitas e implícitas de criminalização.

De um lado, tem se reconhecido na Constituição uma dupla faceta. Uma primeira, afinada com as doutrinas liberais, voltada para a proteção do indivíduo contra o arbítrio estatal. Nesse caso, a Constituição atuaria na relação indivíduo/Estado. As constituições

liberal-democráticas exerceriam uma influência racionalizadora, reforçando os limites garantidores que impediriam a instrumentalização do direito penal em detrimento dos direitos fundamentais. No reverso, a constituição atuaria também como protetora ativa do indivíduo contra ataques de terceiros, para proteger efetivamente os valores fundamentais.

Para além de uma função limitadora ou racionalizadora, o texto constitucional desempenharia, na visão de alguns, uma função de fundamento da pena e do direito penal, fornecendo uma espécie de síntese, um “modelo de intervenção penal que se imponha ao Parlamento de fora, de cima. (DIAS, 2001)

Entretanto, o direito penal não tem que ser resposta para qualquer ameaça ou ataque a todos os valores constitucionais. Ao legislador ficaria reservada uma certa margem de decisão. Caber-lhe-ia avaliar se os valores constitucionalmente protegidos podem ser tutelados a contento por outro meio, que não o direito penal e, além disso, selecionar as condutas que constituem ataques ou ameaças graves a esses valores.

Tendo-se estabelecido o bem jurídico digno de tutela penal, abre-se ao legislador, segundo Rodrigues (1995), um leque de opções confiadas à sua discricionariedade política, discricionariedade essa vinculada a critérios de subsidiariedade, fragmentariedade e laicidade.

Inexiste, assim, obrigação de impor pena criminal decorrente do texto constitucional, de forma que não se justifica extrair da tutela constitucional de bens jurídicos a vedação da agraciar ou indultar.

Além disso, mesmo no caso de vedação expressa de concessão de graça em sentido estrito, como ocorre nos crimes hediondos e equiparados, deve ser considerado preservado pelo poder constituinte originário a atribuição de indulto coletivo, sob pena de se conferir interpretação extensiva à norma constitucional de caráter punitivo, deixando-se de observar o princípio da intervenção mínima.

Quanto ao princípio da igualdade, não se questiona a necessidade de adequação do exercício da atribuição de graça. Como ato do poder público, sujeito a controle de constitucionalidade, o provimento de indulto não pode incorrer em discriminações vedadas pela Constituição. (MELLO,2010)

O que se questiona é a restrição do exercício da atribuição de indultar a casos excepcionais e irrepetíveis, em razão da presumida submissão hierárquica do instituto ao princípio da igualdade.

Como observou Alexy (2008), o princípio da igualdade não contém em si um critério de aplicação em situações concretas ou um parâmetro de valoração de bens ou fins que

diferenciam ou igualam as pessoas. Igualdade e diferença são aferidas por meio de critérios como idade, sexo ou capacidade econômica, entre outros.

A diferenciação material que decorre da aplicação dos critérios diversos só pode ser concretizada se for associada a um fim. Nas palavras de Ávila (2008), a aplicação da igualdade depende de um critério diferenciador e de um fim a ser alcançado. Fins diversos levam a diferentes critérios e formas de controle distintas para a diferenciação.

A aferição da observância ao princípio da igualdade pressupõe, portanto, a escolha prévia de fins e meios e a eleição de critérios de discriminação correlata, não podendo ser estabelecida de antemão, como parâmetro de determinação do conteúdo do ato do poder público.

No âmbito do direito penal, portanto, o princípio da igualdade abstratamente considerado institui vedação à discriminação infundada. Fatos típicos idênticos poderiam acarretar sanções distintas desde que tal discriminação seja amparada por critérios razoáveis.

A questão é que tais critérios não são fornecidos pelo próprio princípio, mas dependem de valoração relacionada às finalidades da sanção penal.

Assim, a restrição aos limites da excepcionalidade e irrepetibilidade, como fórmula de determinação do conteúdo do provimento de indulto, não tem fundamento jurídico.

O princípio da igualdade subordina o exercício da atribuição de indulto na mesma medida em que condiciona todo e qualquer ato do poder público, levando em consideração critérios e finalidades político-criminais.

Não cabe, portanto, uma presunção no sentido de que os decretos de indulto coletivos importam violação da vedação de discriminação injustificada, devendo-se analisar cada decreto individualmente, levando em consideração os as decisões político-criminais que ampararam o ato presidencial e os efeitos de sua implementação.

3- Indulto e Superpopulação Carcerária

Como observado acima, o sistema penitenciário brasileiro apresenta a terceira maior população carcerária do mundo e, além disso, um grave quadro de superpopulação carcerária.

Trata-se de problema estrutural, uma vez que, não obstante a introdução na legislação de substitutivos penais e alternativas à privação de liberdade, persiste, como demonstrou Japiassú (2013), a tendência de crescimento da taxa de encarceramento no Brasil, “não se identificando, porém, projetos de longo prazo destinados ao enfrentamento da questão, além

de um esforço governamental para a ampliação do número de vagas e a edição de indultos natalinos.”

A taxa de ocupação excessivamente elevada implica condições de detenção marcadamente precárias, insalubres e promíscuas, falta de espaço vital, além da escassez de prestações essenciais, como alimentação, cuidados de saúde, educação e segurança.

A superlotação importa, ainda, uma acentuada desproporção entre o número de pessoas presas e de funcionários da administração prisional, intensificando-se o risco de episódios de violência entre os detentos, ou contra aqueles, por parte dos agentes do Estado.

Além de configurar-se, portanto, um quadro grave de violação de direitos fundamentais, as taxas de ocupação elevadas e a precariedade das condições de detenção impossibilitam que o Estado garanta a segurança no ambiente prisional.

A falta de segurança no cárcere resulta, por sua vez, na lesão aos bens jurídicos cuja proteção justifica e legitima o próprio direito penal e, mais especificamente, na frustração das finalidades da pena.

Sabe-se que a dignidade constitui postulado fundamental do Estado Democrático de Direito e alcança ainda maior destaque no que se refere ao Direito Penal, tendo em vista que o condenado mantém todos os seus direitos fundamentais não atingidos pela condenação.

A pena de prisão implica, como bem observou Shecaira (2002) a perda da liberdade e não da dignidade⁸ e de outros direitos inerentes ao ser humano.

Constituem manifestações da dignidade, a vedação de tortura e tratamento desumano ou degradante, da pena de morte salvo em caso de guerra declarada, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis, assegurando-se aos presos o respeito à integridade física e moral (CR/88 art. 5º, VI, XLVII, XLIX, L).

A vedação constitucional de tortura e tratamento desumano ou degradante reproduz o texto de diversos documentos internacionais aos quais o Brasil se vincula, como a Declaração Universal de Direitos Humanos (art. V), Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos- (Art. 7º), Regras Mínimas para o Tratamento de Presos das Nações Unidas ou Regras de Mandela, Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Art. 5/2), a qual faz referência expressa à dignidade da pessoa presa.

⁸ A dignidade, segundo Sarlet (2001, p.60), é “a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos.”

Em que pese a vedação absoluta, não se dispõe de definição de tratamento desumano ou degradante na normativa interna ou internacional. O conceito vem sendo desenvolvido gradualmente, na jurisprudência dos órgãos internacionais e regionais de direitos humanos, destacando-se, dentre as hipóteses identificadas nas decisões judiciais, os casos de superpopulação carcerária.

Nesse contexto, vários órgãos internacionais como o Comité de Direitos Humanos das Nações Unidas, (CAT) o Comité Europeu para a Prevenção da Tortura (CPT), a Corte Europeia de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos reconhecem que a superpopulação carcerária constitui (em si, ou conjugada com outros fatores relativos às condições de detenção) violação dos artigos que proíbem a tortura e as penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes.

O consenso internacional sobre o tema baseia-se na presunção de que uma prisão superlotada significa, para a pessoa privada de liberdade, a imposição de permanência em espaços insalubres, com ausência constante de iluminação, limitação de atividades fora da cela em razão de uma demanda que supera a capacidade de pessoal e infra estrutura disponível, escassez de serviços de saúde, uma tensão intensa e maior frequência de episódios de violência entre detentos ou entre pessoas presas e pessoal penitenciário.⁹

O mesmo entendimento tem sido adotado na jurisprudência nacional, reconhecendo-se que se impõe ao Estado o dever de proporcionar condições de encarceramento compatíveis com o princípio da humanidade, especialmente no que se refere à taxa de ocupação.¹⁰

⁹ Não existe, porém, um consenso quanto aos parâmetros de aferição de situações de superpopulação carcerária. Assim o (CAT) recomenda em matéria de espaço vital por pessoa privada de liberdade, um mínimo de seis metros quadrados em caso de célula individual e quatro metros quadrados em casos de célula coletiva. Já a CtEDH vem decidindo que um espaço inferior a três metros quadrados por pessoa em celas individuais e quatro metros quadrados em celas coletivas constitui tratamento desumano ou degradante. A partir dessas medidas, a Corte entende que devem ser levadas em conta outros fatores, como a possibilidade de caminhadas ao ar livre. O CPT, por sua vez, adota um espaço mínimo de sete metros quadrados para celas individuais e quatro metros quadrados em celas coletivas. O mesmo padrão foi adotado pelo Comité de Ministros na recomendação R(99)22. Sobre o tema ver Scalia (2014). No nível Interamericano, a CtIDH considerou configurada a superlotação, no Caso Montero Aranguren e outros (Retén de Cátia) v. Venezuela independentemente das outras condições de detenção, com base no conceito do Comité Europeu para a Prevenção da Tortura e das penas ou tratamentos Desumanos ou Degradantes (CPT) e a jurisprudência da CEDH, uma vez que cada preso dispunha do espaço individual equivalente a trinta centímetros quadrados Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Montero Aranguren e outros (Retén de Catia) v. Venezuela, 2006. Também configuraram superlotação, segundo a decisão da Corte, os casos Velez Loor v. Panamá, no qual se atingiu a taxa de ocupação de cento e vinte por cento e o Caso Tibi v. Ecuador, no qual a vítima foi mantida em espaço de 120 metros quadrados com 120 a 300 pessoas, durante 45 dias. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Tibi v. Ecuador, 2004. Sobre o tema ver Ferreira (2019).

¹⁰ No mesmo sentido, afirmando que o quadro de superlotação em nosso país tem natureza estrutural e sistêmica, Roig (2014).

Além da jurisprudência interna, também os Órgãos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos tem atuado nos casos envolvendo o problema de superlotação do sistema penitenciário brasileiro, determinando a tomada de providências para redução da taxa de ocupação, como ocorreu, por exemplo, na Resolução da Corte IDH de 13 de fevereiro de 2017, em relação ao Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, e na Resolução 40 de 2019 da Comissão IDH ,relativa ao Presidio Evaristo de Moraes.

Diante da vedação de tratamento desumano ou degradante e do conseqüente dever do Estado de fornecer condições dignas de detenção, mostra-se indispensável a atuação dos poderes legislativo, judiciário e executivo para a redução da população carcerária.

Conclui-se, assim, que o exercício da atribuição de graça, manifestada na edição de decretos coletivos com amplo alcance, destinado à redução da população carcerária, constitui mecanismo de concretização do princípio da humanidade das penas e de respeito à vedação de tratamento desumano e degradante.

Além disso, ao deixar de exercer a atribuição de graça na modalidade coletiva, o chefe do Poder Executivo deixa de utilizar o único meio que a Constituição disponibiliza de enfrentamento da superpopulação carcerária, tratando-se de omissão que importa grave violação da vedação de tratamento desumano ou degradante.

4- Conclusões

O caráter excepcional da atribuição de graça não pode ser presumido como consequência necessária da divisão de funções estatais. O estabelecimento de pressupostos de excepcionalidade e limitações qualitativas ou quantitativas, como, por exemplo, vedação da modalidade coletiva, pode ser resultado e não premissa do processo de interpretação da Constituição.

Não há entre a atribuição de graça concretizada como norma constitucional e as demais normas e princípios constitucionais relação de hierarquia, de forma que não se justifica uma aplicação excepcional ou limitada do instituto com fundamento na Constituição, salvo previsão de limitações concretas no próprio texto.

Inexiste, assim, obrigação de impor pena criminal decorrente do texto constitucional, de forma que a tutela constitucional de bens jurídicos não implica a vedação da agraciar ou indultar.

Além disso, mesmo no caso de vedação expressa de concessão de graça em sentido estrito, como ocorre nos crimes hediondos e equiparados, deve ser considerado preservado pelo poder constituinte originário a atribuição de indulto coletivo, sob pena de se conferir interpretação extensiva à norma constitucional de caráter punitivo, deixando-se de observar o princípio da intervenção mínima.

Quanto ao princípio da igualdade, não se questiona a necessidade de adequação do exercício da atribuição de graça. Como ato do poder público, sujeito a controle de constitucionalidade, o provimento de indulto não pode incorrer em discriminações vedadas pela Constituição.

O princípio da igualdade subordina o exercício da atribuição de indulto, na mesma medida em que condiciona todo e qualquer ato do poder público, levando em consideração critérios e finalidades político-criminais.

Não cabe, portanto, uma presunção no sentido de que o exercício da atribuição de indultar importa violação da vedação de discriminação injustificada, devendo-se analisar cada decreto individualmente, levando em consideração os as decisões político criminais que amparam o ato presidencial e os efeitos de sua implementação.

Considerando o caráter estrutural e sistemático do problema da superpopulação no sistema carcerário brasileiro, o exercício da atribuição de graça, manifestada na edição de decretos coletivos com amplo alcance e destinado à redução da população carcerária, constitui mecanismo de concretização do princípio da humanidade das penas e de respeito à vedação de tratamento desumano e degradante, em conformidade com os princípios constitucionais penais.

Ao deixar de exercer a atribuição de graça na modalidade coletiva, o chefe do Poder Executivo deixa de utilizar o único meio que a Constituição disponibiliza de enfrentamento da superpopulação carcerária, tratando-se de omissão que importa grave violação da vedação de tratamento desumano ou degradante.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo, 2008. p. 400

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luís. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Anotações para o Voto Oral. Disponível em <<<https://luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/uploads/2018/12/Anotac%CC%A7o%CC%83es-para-o-voto-oral-ADI-5874-Indulto.pdf>>>. Acesso em 13 de abril de 2020.

BRASIL. Decreto 10.189 de 23 de dezembro de 2019. Brasília, DF, Diário Oficial da União: p. 1. 24/12/2019.

_____. Decreto 9.246 de 21 de dezembro de 2017. Brasília, DF. Diário Oficial da União: p. 3. 22/12/2017.

_____. Decreto 9.706 de 08 de fevereiro de 2019. Brasília, DF. Diário Oficial da União: p.4. col. 1.11/02/2019.

BRITO, Alexis Couto de . *Execução Penal*. São Paulo: Saraiva, 2018.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

DIAS, Jorge Figueiredo. *Temas Básicos de Doutrina Penal: Sobre os fundamentos da Doutrina Penal sobre a Doutrina Geral do Crime*. Coimbra: Coimbra, 2001.

DIMOULIS, Dimitri. *Begnadigung in Vergleichender Perspektive*. Berlim: Duncker & Humblot, 1996.

DOMINGUEZ GARCIA, Fernando. *El indulto como Acto del Gobierno: Una Perspectiva Constitucional* (Especial análisis del “caso Liaño”, *Revista de Derecho Político* (53), p. 25-73, 2002.

FERREIRA, Ana Lúcia Tavares. *Encarceramento e Sistema Penal*. São Paulo: LiberArs, 2019.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Direito Penal Português: Consequências Jurídicas do Crime*. Coimbra: Coimbra, 2005.

GARCIA MAHAMUT, Rosario. *El indulto. Un análisis Jurídico-constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 2004.

GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. V. 1, tomo II. São Paulo: Saraiva, 2008.

GEMMA, Gladio. *Principio Costituzionale di Eguaglianza e Remissione della Sanzione*. Bologna, 1973.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. São Paulo: Malheiros, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional*. Lisboa: Coimbra, 1989.

PULITANÒ, Domenico. Il Significato della Clemenza. *Quale Giustizia*. Firenze, 2, p. 109, marzo-aprile 1970.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *A Determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade*. Coimbra: Coimbra, 1995.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *A Posição Jurídica do Recluso na Execução da Pena Privativa de Liberdade: seu fundamento e âmbito*. São Paulo: ICCrim, 2000).

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução Penal: Teoria Crítica*. São Paulo: Saraiva, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCALIA, Damien. *Droit International de la détention: Des droits des prisonniers aux devoirs des Etats*. Paris: Helbing Lichtenhahn, 2014.

SCHÄTZLER, Johann-Georg. *Handbuch des Gnadenrechts*. München: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1992.

SHECAIRA, Sérgio Salomão e CORRÊA JUNIOR, Alceu. *Teoria da Pena: Finalidades, Direito Positivo, Jurisprudência e outros estudos de ciência criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais., 2002.

STF. ADI 5874. Relator: Min. LUÍS ROBERTO BARROSO. DF, 28 de dezembro de 2017. Número único: 9034789-84.2017.1.00.0000. Disponível em: < 81 <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=722029863&prcID=5336271#>>.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: EDIAR, 2002.

ZAGREBELSKY, Gustav. *Amnistia, Indulto e Grazia: Profili Costituzionali*. Milano: Giuffrè, 1974.