

PODER DE GRAÇA E SUA DELIMITAÇÃO¹

*Luiz Regis Prado*²

A recente e inusitada concessão de graça pelo presidente da República tem provocado grande debate nos meios jurídicos. Daí o presente texto.

O poder, direito ou prerrogativa de graça³ apresenta antecedentes históricos que se perdem nos tempos.

Já se fazia presente na antiga Roma e na Idade Média, sendo utilizada de forma imoderada no *Ancien Régime*, o que acabou por motivar sua exclusão no período revolucionário. Mas foi, definitivamente, restabelecido pelo *Senatus-Consultum* do 16 *Thermidor*, Ano X (04/agosto/1802).

No Direito Penal romano, a graça (*indulgentia* ou *clementia principis*) suprimia apenas a pena, diversamente da anistia que anulava a acusação, o juízo e a pena. Era exercício de poder soberano, e conforme antigo princípio romano, podia ser exercitado tão-somente pelo povo reunido nos comícios (*provocatio ad populum*).

A Ordenação Criminal francesa (1670) previa, segundo o dicionário medieval, as *lettres de grâce, de pardon ou de rémission*. Na aludida disposição legal, a repartição das funções não poderia ser

¹ Publicado em: <http://genjuridico.com.br/2022/04/27/poder-de-graca-e-sua-delimitacao/poder-de-graca-e-sua-delimitacao-2/>

² Professor Titular de Direito Penal.

³ Com detalhes, PRADO, L.R. *Curso de Direito Penal brasileiro*, 20ª ed., São Paulo: Forense, 2022, p.368-369; *Tratado de Direito Penal brasileiro*, 4ª ed. São Paulo: Forense, v.1, 2021, p. 923-924 (bibliografia ali consignada).

mais clara: “aos juízes, a severidade; ao rei, a clemência e a misericórdia”.

O direito de outorgar a graça pertencia ao soberano (rei), fonte de toda a justiça (administração de justiça, misericórdia).

Ainda no século XVIII, Beccaria se manifesta contra esse direito, por entendê-lo inconciliável com o princípio de legalidade, sendo favorável ao cumprimento da lei, mesmo que severa (*Dos delitos e das penas*, § XX). Também, com outros fundamentos, a escola positiva (Ferri, Garófalo) e a escola correcionalista (Roeder, Concepción Arenal).

Não obstante, o poder de agraciar resiste ao tempo, e é consagrado pela grande maioria das legislações.

Na base desse poder-direito há, primariamente, dois aspectos que merecem destaque: o primeiro concerne à própria natureza humana, vale dizer, à capacidade do homem de perdoar (e punir); o segundo diz respeito à força da teologia cristã do perdão e sua influência na legislação positiva.

A doutrina cristã do perdão contém a ideia de liberdade que liberta da vingança. Sobre o tema, chama atenção Hannah Arendt para o “dato fundamental de que o homem seja incapaz de perdoar o que não pode punir, e de punir o imperdoável”.

Com a consolidação do Estado moderno (monarquia absoluta), agasalha-se não somente o direito de punir (impor pena) como também o de perdoar (conceder graça), no âmbito das competências estatais.

No Estado de Direito, a graça pode ser conceituada como a outorga individual e determinada de indulgência absoluta com eficácia sobre as penas impostas, mas não sobre os outros efeitos da condenação. Através dela, o Poder Executivo (presidente da República) renuncia, no caso concreto, de forma total ou parcial, ao direito de punir. Assim, há remição da pena imposta, mas não das demais consequências da condenação (responsabilidade civil, rol dos culpados, antecedentes, etc.).

No Brasil, as constituições a partir de 1824 têm previsto o poder de graça como atribuição exclusiva do chefe de Estado: Constituição de 1824 (art. 101, 8. *Ipsis litteris*: “O Imperador exerce o Poder Moderador: VIII. Perdoando, e moderando as penas impostas aos Réos condenados por Sentença”); Constituição de 1891 (art. 48, 6º); Constituição de 1934 (art. 56, 3º); Constituição de 1937 (art. 75, f); Constituição de 1946 (art. 87, XIX); Constituição de 1967 (art. 83, XX); Constituição de 1969 (art. 81, XXII) e Constituição de 1988 (art. 84, que dispõe: “Compete privativamente ao Presidente da

República: XII – conceder indulto e comutar penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei”). Contudo, a referida Constituição (1988) veda a concessão da graça em certas hipóteses: crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e os definidos como hediondos (art.5º, XLIII, CF).

Da mesma maneira, vem a ser a dicção gizada na legislação penal brasileira sobre o tema: Código Criminal de 1830 (art.66. “O perdão ou minoração das penas impostas aos réos, com que os agraciar o Poder Moderador, não eximirá da obrigação de satisfazer o mal causado em toda a sua plenitude”); Código Penal de 1891 (art. 72, 2º) e Código Penal de 1940, em vigor (art.107. “Extingue-se a punibilidade: II – pela anistia, graça ou indulto); Código de Processo Penal de 1941, em vigor (art.734 e ss.).

Em sede internacional, apresenta-se regulada de modo similar em diversos países: Constituição da França de 1958 (art.17); Constituição da Espanha de 1978 (art. 62.º); Constituição da Itália de 1947 (art. 87, 11); Constituição de Portugal de 1976 (art.137, e), Lei Fundamental da Alemanha (art.60, §2º), *Rehabilitation of Offenders Act 1974* do Reino Unido, etc.

Na sequência, convém delimitar ainda que brevemente os três institutos que compõem a clemência soberana.

O poder ou direito de graça (termo equívoco) engloba principalmente a anistia, o indulto e a graça em sentido estrito. Todos eles configuram manifestações de indulgência legal (art.107, II, CP - causas extintivas de punibilidade)

A anistia vem a ser a espécie que tem mais amplo alcance jurídico, visto que não só extingue a responsabilidade penal, como também elimina todas as demais consequências da infração. Na anistia, há supressão do crime (como se não tivesse existido), e seus efeitos voltam-se para o passado (*ex tunc*). É da competência exclusiva do Poder Legislativo (art. 48, VIII; 21, XVII, CF), e só pode ser concedida através de lei. Em geral, se destina principalmente ao delito político, e só de modo excepcional ao delito comum.

De sua vez, o indulto e a graça (também chamada de indulto individual) são atos privativos e discricionários do presidente da República (art.84, XII, CF). Todavia, ambos institutos não se confundem, já que o primeiro tem caráter coletivo e a segunda caráter individual. Além disso, a graça pode ser espontânea ou solicitada (art. 188, LEP), enquanto o indulto independe de solicitação.

O indulto e a graça, ao contrário da anistia, pressupõem o trânsito em julgado da condenação, e não extinguem seus efeitos penais. Têm em conta apenas o crime comum.

O poder de graça é de ordem subjetiva ou pessoal, e se endereça a autor determinado. Seus limites formais se encontram disciplinados expressamente na Constituição Federal (art.5º, XLIII, CF).

A natureza jurídica do instituto da graça é de Direito Público, como ato administrativo (de governo ou político). Não tem caráter jurisdicional ou legislativo. Fundamenta-se em considerações de justiça ou de conveniência política ou social.

Em que pese a crítica de que o direito de graça implica violação da separação de poderes, esta observação não se apresenta plenamente correta e satisfatória, haja vista que a atuação do chefe de Estado não apaga o delito nem a condenação do réu, mas tão somente impede a execução da pena.

Tem-se como evidente que a graça é concedida como exercício de um poder soberano e discricionário, sendo os seus limites jurídicos meramente formais (art.5º, XLIII, CF). Com isso, obsta-se a ingerência de outro Poder (Judiciário, Legislativo) em relação ao *meritum causae*. Do contrário, não teria razão de ser.

Outrora, os poderes do Estado se encontravam enfeixados na pessoa do soberano (monarca, imperador), tanto no concernente à titularidade de administrar justiça como a de punir e perdoar. Mais modernamente, no Estado de Direito, essa prerrogativa passa para a figura do chefe de Estado que representa a soberania nacional, a unidade do Estado, a continuidade histórica da nação e a paz social. Nesta condição, como primeiro mandatário do país, deve velar pela independência e a harmonia entre os Poderes da República. No regime presidencialista, o presidente da República é ao mesmo tempo chefe de Estado e chefe de Governo. Já no regime parlamentar, há mais clareza em relação às funções de cada um com a distinção operada entre as figuras de chefe de Estado (presidente da República ou monarca) e chefe de Governo (primeiro-ministro).

Por fim, cabe dizer que o poder ou direito de graça, corretamente administrado, serve de lastro à realização da justiça material, da equidade, como justiça do caso concreto (Aristóteles). Sua concessão deve ser não apenas justa, mas necessária.