



•NOVA•
UCSAL

**UNIVERSIDADE CATÓLICA DO SALVADOR
FACULDADE DE DIREITO**

LUCAS REIS DOS SANTOS

**A GRAÇA PRESIDENCIAL NO DIREITO BRASILEIRO:
LIMITES E (IM)POSSIBILIDADE DE ANÁLISE PELA VIA DO
CONTROLE CONCENTRADO**

Salvador

2023

LUCAS REIS DOS SANTOS

A GRAÇA PRESIDENCIAL NO DIREITO BRASILEIRO: LIMITES E
(IM)POSSIBILIDADE DE ANÁLISE PELA VIA DO CONTROLE CONCENTRADO

Artigo apresentado como requisito parcial
para obtenção do título de Bacharel em
Direito pela Universidade Católica do
Salvador.

Orientador: Prof. Ms. Carlos Alberto José Barbosa Coutinho

Salvador
2023

A GRAÇA PRESIDENCIAL NO DIREITO BRASILEIRO: LIMITES E (IM)POSSIBILIDADE DE ANÁLISE PELA VIA DO CONTROLE CONCENTRADO

Lucas Reis dos Santos¹

Prof. Ms. Carlos Alberto José Barbosa Coutinho²

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo compreender e estudar a possibilidade, ou não, de análise do ato normativo que concede a graça presidencial, ou indulto individual, pela via do controle concentrado de constitucionalidade, considerando-se a possibilidade de violação à ordem constitucional vigente quando da sua concessão. Preliminarmente, buscou-se explorar a conceituação da graça individual, seguindo-se, em síntese, de sua origem histórica e natureza jurídica no ordenamento brasileiro, bem como as limitações existentes para justificar a interferência do Poder Judiciário em ato político e discricionário do Poder Executivo. Desse modo, o estudo que segue tem, do ponto de vista técnico, o método científico bibliográfico como parâmetro, uma vez que foram utilizados materiais de mesma ordem já publicados nos diversos acervos existentes. E, paralelamente, foi utilizado o método de pesquisa qualitativa, já que o acervo bibliográfico coletado foi confrontado, interpretado e qualificado diretamente com a abordagem do tema, com vistas a engendrar uma conclusão ao problema explanado.

Palavras-chave: Graça Presidencial. Indulto Individual. Controle Concentrado de Constitucionalidade.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO 2. NATUREZA JURÍDICA DA GRAÇA PRESIDENCIAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. 2.1. O PERDÃO DIVINO E A GRAÇA PRESIDENCIAL NO DIREITO BRASILEIRO. 2.2. LIMITAÇÕES JURÍDICAS NA CONCESSÃO GRAÇA PRESIDENCIAL. 2.3. A AVALIAÇÃO DISCRICIONÁRIA DA GRAÇA E A POSSIBILIDADE DE INCOMPATIBILIDADE POR DESVIO DE FINALIDADE. 3. O CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE DA GRAÇA PRESIDENCIAL. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS

1 INTRODUÇÃO

Apesar de não ser expressamente mencionada no artigo 84, inciso XII, da Constituição Federal, a graça é um ato discricionário e privativo do Presidente da República, capaz de extinguir punibilidade de uma pessoa específica. Com efeito,

¹ Graduando do Curso de Direito da Universidade Católica do Salvador. E-mail: lucasreis.santos@ucsal.edu.br

² Mestre em Estudos Interdisciplinares sobre a Universidade, Pós-Graduado em Processo Civil pela JusPodivm, Bacharel em Direito pela Universidade Católica do Salvador – UCSAL, Professor de Direito da Universidade Católica do Salvador. E-mail: carlos.coutinho@pro.ucsal.br.

embora haja uma divergência terminológica entre "graça" e "indulto individual", tais termos são comumente tratados como sinônimos e para se referir à mesma coisa.

Historicamente, a graça, vista como um poder discricionário e político no Direito Penal, teve sua origem no Brasil na Constituição Imperial de 1824, colocada como uma das atribuições do exercício do Poder Moderador pelo Imperador. Naquele contexto, a graça era um poder que refletia a teocracia e o absolutismo, períodos em que o monarca detinha o poder de perdoar em nome de Deus.

Essa prerrogativa constitucional suscitou debates sobre sua falta de limitações práticas. Enquanto alguns defendiam a necessidade da graça em um sistema com penas severas e rigidez jurídica, outros argumentavam que sua aplicação indiscriminada tornava o direito penal um instrumento de vingança do monarca. Com a transição para o regime republicano, o poder de conceder perdão continuou, porém adaptou-se ao sistema de freios e contrapesos entre os poderes.

Para alguns autores, a graça não está restrita a fins humanitários, mas apenas às limitações de ordem material estabelecidas na Constituição, dependendo a sua concessão do referido julgamento da autoridade acerca do interesse público. Acontece que, apesar da sua natureza política, a concessão do perdão está igualmente sujeita à observância da unidade constitucional, exigindo da autoridade concedente uma avaliação criteriosa para não banalizar essa medida excepcional.

Assim, a discussão gira em torno da relação entre a natureza política da graça e seus limites constitucionais, buscando uma compreensão equilibrada desse instituto no contexto da estrutura jurídica e política do país, pois o ato de concessão de graça presidencial, embora político e dotado de certa discricionariedade, não está isento da observância dos limites constitucionais, inclusive implícitos, o que justificaria, em tese, o controle do ato pelo Poder Judiciário. Deve-se registrar, ademais, que as normas infraconstitucionais que regulam esse poder têm suas origens em períodos autoritários, mas devem ser aplicadas à luz dos princípios da Constituição de 1988.

É ressaltado neste trabalho que o exercício desse poder acima explanado, quando realizado individualmente, pode entrar em conflito com o Texto Maior. Em outras palavras, é preciso que a concessão de graça precisa esteja em conformidade com o interesse público, sem que, por exemplo, seja utilizada para fins diversos ao interesse coletivo. Assim é que ficou estabelecido o problema de

pesquisa deste artigo: É possível ou não, pela via do controle de constitucionalidade concentrado, a análise dos limites constitucionais da graça? E o que se entende por limites desta natureza?

Em suma, o controle judicial sobre o ato de concessão de graça já foi confirmado pelo Supremo Tribunal Federal, que declarou ser possível quando há desvio de finalidade, elemento vinculante da discricionariedade. Esse desvio, por exemplo, ocorre quando o agente público pratica o ato visando a finalidades que não decorrem da lei, como benefício pessoal ou promoção política.

Portanto, a análise da constitucionalidade do ato normativo concedente da graça, segundo o STF, deve verificar a coerência lógica da decisão discricionária com os fatos, evitando arbitrariedades e garantindo sua conformidade com os princípios constitucionais.

2 NATUREZA JURÍDICA DA GRAÇA PRESIDENCIAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A graça presidencial em sentido estrito - ou indulto individual, embora não prevista expressamente na Constituição Federal de 1988, é um instituto implícito no sistema constitucional, decorrente da atribuição de indultar que tem o Chefe do Poder Executivo, nos termos do artigo 84, inciso XII, da Constituição Federal de 1988. Caracteriza-se, pois, como um ato discricionário de competência privativa do Presidente da República, que se efetiva com um Decreto e revela uma exceção à soberania e autonomia do Poder Judiciário, uma vez que extingue a punibilidade de pessoa certa e determinada. Afirma Nucci (2020) que é “clemência destinada a uma pessoa determinada, não dizendo respeito a fatos criminosos.”

Consoante Cezar Roberto Bitencourt (2012, p. 1926) a Carta Magna não abarca a graça como instituto autônomo e, por tal razão, “na prática, a graça tem sido tratada como indulto individual”. No mesmo entendimento, Nucci (2020, p. 796) entende que, devido à divergência entre os arts. 5º, inciso XLIII e 84, inciso XII, a Constituição Federal entrou em contradição e “o melhor a fazer é aceitar as duas denominações: graça ou indulto individual.”

É preciso ressaltar, com isso, que não é o objetivo deste trabalho esmiuçar a terminologia correta para se referir à graça. Não é o problema de

pesquisa. Desse modo, já é cediço que decorre do poder da graça, em sentido amplo, a concessão do indulto coletivo e o indulto individual, não havendo óbice ao emprego “graça”, claramente em sentido estrito, para se valer da forma individual de indulto (Souza, 1983, p. 01).

Segundo Ana Lúcia Ferreira (2011, p.16), “na doutrina e na jurisprudência, é utilizada, majoritariamente, a expressão direito de graça para designar o gênero do qual são espécies o indulto e a graça em sentido estrito, também chamada de indulto individual”.

Destaca-se, inclusive, que nesse sentido o STF já se manifestou, em sede de exame do HC 77.528/SP, onde concluiu que o termo “graça”, por constar apenas do art. 5º, inciso XLIII, da CF/88, dispositivo constitucional que limita o alcance da aplicação da graça, se trata de gênero do qual são espécies o indulto individual e coletivo, bem como a comutação de penas individuais, em decorrência do exercício do poder de graça.

É só comparar esse inciso XLIII do art. 5º com o inciso XII do art. 84, para ver que, no art. 84, em todo o conjunto do rol de atribuições presidenciais, não há alusão à graça, mas apenas ao indulto e à comutação de penas. O que deixa claro que, usada a expressão “graça” em outro preceito da Constituição, nele se hão de compreender, tanto o indulto quanto a comutação de pena a que alude o art. 84, XII, para confiá-los à competência do Presidente da República.

Nesse viés, como a nossa Carta Magna não menciona expressamente o termo graça no art. 84, inciso XII, a referência terminológica neste trabalho, considerando a problemática, será a utilização da graça em sentido estrito ou graça presidencial para se referir ao indulto individual total, prevista e regulamentada na legislação infraconstitucional.

No plano procedimental, o artigo 734 do Código de Processo Penal dispõe que a graça poderá ser provocada por petição do condenado, de qualquer pessoa do povo, do Conselho Penitenciário ou do Ministério Público, ressalvada a faculdade de o Presidente da República poder concedê-la, ao que reside neste aspecto a principal distinção entre as modalidades do indulto, visto que, diferentemente da forma coletiva, que é concedido espontaneamente e independente de provocação, a partir do estabelecimento de condições ou situações genéricas no Decreto, a graça em sentido estrito, como acima dito, pode ser

provocada e deve obedecer aos procedimentos previstos no mencionado dispositivo processual por atingir pessoa certa. (Távora, 2021, p. 1638).

Além disso, a Lei de Execuções Penais possui menção expressa ao termo “indulto individual” no art. 188, com redação equivalente ao supracitado art. 734 do CPP, estabelecendo os mesmos procedimentos a serem observados para a concessão do instituto ora estudado, mais uma vez estabelecendo que a graça presidencial pode ser pleiteada por petição pelo interessado ou por quem o represente, pelo próprio Ministério Público, pelo Conselho Penitenciário ou por qualquer autoridade administrativa, por petição encaminhada e entregue ao Conselho Penitenciário para elaboração de parecer e posterior envio ao Ministério da Justiça (art. 189 da LEP).

Assim, indubitável que os procedimentos para concessão da graça são fixados no plano infraconstitucional, pelo processo criminal, embora sua natureza tenha amparo constitucional, como escreve Ana Lúcia Ferreira (2011, p.121):

As normas infraconstitucionais que tratam do exercício da atribuição referem-se somente ao aspecto procedimental, em especial para regular o procedimento a ser adotado pelo Poder Judiciário na aplicação do decreto aos indivíduos que façam jus à extinção de sua punibilidade. Assim, tanto o Código de Processo Penal quanto a Lei de Execuções Penais preveem normas procedimentais, sem que isso importe restrição à atribuição constitucional.

Concluindo, cabe ressaltar que, de acordo com Nucci (2020), considerando-se a avaliação discricionária e constitucional da graça, relacionada a fatos, ela não se sujeita a nenhum recurso e, por produzir efeitos no direito penal positivo, deve ser usada com cautela. É, em síntese, é um instituto que maneja seus esforços de entendimento junto ao Direito Penal, que é onde, caso seja utilizada, produz diretamente os seus efeitos, pois ela se materializa com a extinção do poder de punição estatal por perdão do Poder Executivo intervindo diretamente na atividade do Poder Judiciário (Ferreira, 2011, p.11).

2.1 O PERDÃO DIVINO E A GRAÇA PRESIDENCIAL NO DIREITO BRASILEIRO

A graça é um instituto jurídico que esteve presente em todas as Constituições que formaram o Estado Brasileiro e, evidentemente, sempre contrariou

o legalismo, pois, como afirma Arthur Costa (2019, p. 2), ela se concretiza na intrusão de um poder discricionário - e político - no Direito Penal.

Na Constituição Imperial de 1824, a graça se manifestava como uma das formas de exercício do Poder Moderador, exercido pelo Imperador, que se colocava como um fiscalizador dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, sendo previsto no art. 101, inciso VII, daquela Carta.

Por meio dela, “o Imperador poderia facilmente exercer sua tarefa de supervisionar a separação de poderes. Criticar o perdão também significava questionar a santidade do poder moderador.”(Costa, 2019, p.45). Diz-se santidade porque a graça originou-se de um período monárquico, absolutista e teocrático, onde o rei, soberano de Estado, concentrava em suas mãos a totalidade do poder estatal, inclusive de perdoar quem ele quisesse em nome de Deus.

Nessa senda, é relevante assentar que ao fundamento da teoria do Direito Divino dos Reis dos teóricos franceses Le Bret, Jean Bodin, Bossuet, os Estados absolutistas legitimaram diversos atos em nome da religiosidade, inclusive o exercício da graça. Em síntese, tais teóricos defendiam a existência do Estado Absoluto com supedâneo na religião, sendo que o Rei recebia seu poder de Deus, devendo ser obedecido ainda que aparentemente injusto. Referido poder, em tese divino, era concentrado e ilimitado, na medida em que a revolta popular contra o monarca era considerada um sacrilégio (Guimarães, 2000, p. 46).

Com efeito, entendia-se que a inexistência de limitações para concessão da graça era pura manifestação de Deus, sendo o monarca intermediário divino, tendo o poder para perdoar aqueles que eram merecedores da misericórdia (Ferreira, 2011, p. 36). Segundo Arthur Costa (2019, p. 03), a natureza da graça, portanto, é associada ao divino, derivada de um atributo que, nas sociedades teocráticas e monárquicas, pertencia a Deus de perdoar os justos. É, na essência, um claro sentimento de justiça, porém efetivamente discricionário e subjetivo, e que, por corolário, contraria toda objetividade formal jurídica.

No Brasil, a ausência de limitações práticas causava um impasse e, sob a égide da Constituição Imperial, era alvo de críticas porque “os amigos da coroa sempre teriam o perdão garantido e o direito penal se tornaria mero instrumento de vingança utilizado pelo Imperador contra seus inimigos.”. (Costa, 2019, p. 16).

Consequentemente, com amparo nas aspirações iluministas incorporadas pela forte influência da cultura jurídica europeia no Brasil, já entendia alguns teóricos que a clemência não era tão necessária em um Estado no qual as penas são menos severas e há respeitabilidade à legalidade. São, essencialmente, estudos derivados das teorias de Beccaria, que já dizia que, embora o direito de conceder graça seja uma prerrogativa, era ao mesmo tempo desaprovação das leis existentes se utilizada em prol de particulares (Beccaria, 2016, p. 70).

Tal afirmativa acima foi principalmente trazida na cultura brasileira por Zacarias de Góis e Vasconcellos (1862, p. 61), em sua obra “Da natureza e limites do poder moderador”, ao dissertar sobre o exercício da graça em face da inexistência de limitações objetivas.

Basta lembrar que o direito de graça, multiplicando-se sem regra e sem medida, importaria nada menos que a aniquilação das leis penaes, para se fazer sentir a necessidade de conter dentro de certos limites, o exercício de um direito, que tão fáltaes consequências póde produzir

De outro vértice, defensores da graça entendiam pela sua manutenção em razão da “rigidez do sistema de penas do código penal brasileiro de 1830.” (Costa, 2019, p.16), pelo qual o Juiz estava obrigado a seguir estritamente à luz de uma orientação totalmente positivista e literal. Quer se dizer que, paradoxalmente, mesmo com alguns ideais iluministas, não havia penas menos severas, e com consequente limitação do judiciário, pelo próprio legalismo exacerbado, o magistrado estaria obrigado à aplicação literal das referidas normas penais, servindo a graça como instrumento à disposição do imperador para, verificadas as particularidades do caso, fazer justiça perante à falibilidade - ou inobservância do legislador quando da produção positiva de normas.

É o que defendia Antônio Herculano de Souza Bandeira Filho (1878, p. 24-25) ao afirmar que a atribuição dada ao Poder Moderador de perdoar as penas não o foi feito para maior concentração de poder. Acerca da graça, em contraste à Zacarias de Góis, defendia que

E' estabelecido á bem da sociedade, para protecção e amparo de todos, e principalmente dos miseraveis. E' um direito constitucional, que não póde ou, pelo menos, que não deve ser renunciado. E se circunstancias especiaes e urgentes podiam exigir imperiosamente essa renuncia, ella não devia ser convertida em regra, com o nome de excepção, tornando-se permanente e comprehendendo uma classe inteira de crimes.

Com efeito, é possível notar que, apesar das divergências, a existência da graça, se não estava condicionada à efetivação de política humanitária criminal excepcional, estava, por outro lado, contemplada desde que com a existência de limitações legais ou positivas.

Hodiernamente, pode-se dizer que não há tantas diferenças práticas e, por isso, se observado friamente e a depender do grau de discricionariedade, é puro resquício de um regime absolutista, sendo a exceção as limitações materiais existentes. Logo, o objetivo é o mesmo: perdoar aqueles que criminalmente foram condenados pelo Poder Judiciário.

Por isso, Aras (2022, p. 03) reforça que a graça passou a se consolidar como um mecanismo e modelo de independência entre os Poderes, amoldando-se ao sistema de freios e contrapesos, mesmo que originariamente atrelado a um Estado Absolutista.

Propriamente, na Carta dos Artigos Federalistas, aos moldes republicanos, a afirmativa acima pode ser visualizada no artigo LXXIV, escrito por Alexander Hamilton (1993, p. 463), para fundamentar que em uma República o poder de conceder perdão por parte de um Presidente da República se justifica porque “o código criminal de todos os países partilham tal grau de severidade que, sem um fácil acesso a exceções em favor da culpa deplorável, a justiça exibiria um semblante demasiado sanguinário e cruel.”.

Ocorre, porém, que a problemática insere-se no grau de discricionariedade e pessoalidade para concessão do indulto individual, que, dependendo da sua forma de utilização, não apenas estaria consolidando um sistema de freios e contrapesos, mas efetivamente intervindo, como próprio moderador, violando princípios e extinguindo a punibilidade de pessoa determinada, às vezes violadora de normas fundamentais e estruturantes de um Estado Democrático, por meio da prática de crimes não contemplados na limitação constitucional do art. 5º, inciso XLIII, da CF/88.

2.2 LIMITAÇÕES JURÍDICAS NA CONCESSÃO GRAÇA CONSTITUCIONAL

Segundo Aras (2022, p. 11), a graça presidencial é a “expressão máxima da politicidade do Estado” e, por isso, a concessão desta clemência não estaria

sujeita à mera realização de fins humanitários referentes à política criminal, cabendo sempre à autoridade o juízo sobre o atendimento ao interesse público, sendo a sua limitação prevista tão somente no texto constitucional.

No mesmo sentido acima, Ana Lúcia Ferreira (2011) disserta que as normas infraconstitucionais são apenas procedimentais a fim de concretizar o exercício da atribuição da graça, concedida por meio de decreto presidencial, de modo que é vedada ao legislador estabelecer qualquer restrição à atividade dada constitucionalmente à autoridade do executivo. É que as “restrições à atribuição de indultar são aquelas estabelecidas pelo próprio poder constituinte originário” (Ferreira, 2011, p. 122).

Desse modo, por lógica, segundo Nucci (2020, p. 796), o exercício da graça “pressupõe sentença condenatória com trânsito em julgado para apagar somente os efeitos executórios da condenação”, sendo que, literalmente, a sua principal limitação é de ordem constitucional e encontra-se inculpada no art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal de 1988, o qual veda a concessão da graça aos crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo, bem como aqueles definidos como crimes hediondos, o que é definido no plano infraconstitucional.

Cabe ressaltar que não se pode estabelecer uma orientação restritiva, literal e totalmente positivista para impedir a possibilidade de concessão da graça ao que apenas está definido em um artigo da Constituição, visto que, mesmo sendo o ato político, há vinculação dos princípios constitucionais e demais normas de mesma força. A essência dos atos políticos é constitucional, os quais propriamente “estão sujeitos a regime jurídico-constitucional” (Di Pietro, 2020, p. 456).

Nessa senda, o ato político é exercido no desempenho de atividades estritamente de governo e segundo Dirley da Cunha Jr. (2021, p. 113)

são aqueles expedidos pelo Estado no exercício de funções tipicamente políticas, como a iniciativa de projeto de lei, a sanção, o veto, o indulto e as deliberações dos órgãos legislativos (...). Os atos políticos, na verdade, são editados pelo Estado no desempenho de funções de governo (...).

Nos ensinamentos perenes de Celso Antônio Bandeira de Mello (2013), o ato político é praticado com ampla margem de discricionariedade, mas com direta obediência à Constituição. Sucede-se que na conceituação do mesmo autor, os atos discricionários são “os que a Administração pratica com certa margem de liberdade

de avaliação ou decisão segundo critérios de conveniência e oportunidade formulados por ela mesma, ainda que adstrita à lei reguladora da expedição deles” (Mello, 2013, p.452).

Com efeito, sem a intenção de esgotar os estudos, o ato administrativo vincula-se, conforme entendimento majoritário da doutrina, além da competência, pela sua finalidade, que deverá sempre atender ao interesse público. Ao que reside neste aspecto a crítica de Celso Antônio Bandeira de Mello (2013, p. 453), visto que não há certa vinculação se “a qualificação do interesse público comporta certa margem, delimitada, é certo, de juízo discricionário”, subjetiva. O interesse público, neste caso, vai ser a interpretação política dada à Constituição, mediante observância de suas normas pelo Governo para definir os projetos, traçar e praticar seus atos.

Em suma, mesmo sendo a graça um ato político, que decorre da Constituição, no mesmo bojo constitucional há também a sua limitação perante a harmonia que existe ali entre as normas. Sustenta-se que a Constituição é um sistema de natureza jurídica, não devendo ser interpretada em tiras, por ser parte integrante de uma mesma ordem harmônica. “Assim, jamais deve o intérprete isolar uma norma nome do conjunto em que ela está inserida.” (Júnior, 2012, p. 115).

Outrossim, é evidente que o direito “não pode ficar engessado aos métodos arcaicos, engendrados pelo pensamento iluminista do século XVIII” (Cambi, 2008, p.05), o que é uma visão hermenêutica estritamente purificadora do direito, de legitimar tudo que advém ou não é defeso em lei, com pouca margem axiológica à Constituição e por vezes legitimadora de atos não condizentes com o interesse público ou a vontade do constituinte originário.

Aliás, como escreve Streck (2022, p. 05), em parecer acerca do Decreto Presidencial s/n de 21 de abril de 2022:

O Direito não é um apanhado de textos isolados, mas um corpo jurídico que almeja à coerência e à integridade. Todo e cada padrão normativo presente em um ordenamento jurídico deve ser lido, interpretado e aplicado dentro de um contexto maior a que pertence: um paradigma constitucional, fundado e fundamentado no Estado Democrático de Direito, pautado por poderes livres, independentes e harmônicos

E continua a dizer que, se o ato clemente é em sua essência puramente político, fundado no art. 84, inciso XVII, do Texto Maior, a unidade constitucional estabelece um sistema de freios e contrapesos, “de modo que a graça não se limita

apenas pelo que consta no XLIII, do art. 5º, mas, ainda, por exemplo, pelo que diz o inciso XLI, no sentido de que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” (Streck, 2022, p. 05), para o caso de haver perdão a condenados por crimes não contemplados pela limitação literal da constituição e que de certo modo busque a destruturação do Estado Democrático de Direito, por exemplo.

Desse modo, não se pode esvaziar o texto constitucional para limitar apenas literalmente a concessão da graça presidencial. Em outro sentido, ainda que o juízo da graça seja manifestamente político, a autoridade concedente está sujeita à toda unidade constitucional - de normas e princípios - em que ela está inserida.

Por fim, segundo Nucci (2020, p. 796 e 797), “a graça deve ser usada com parcimônia (...) não devendo, pois, ser banalizada a sua concessão”. Note que, o próprio autor, citando a Súmula 6 do Conselho Penitenciário, ressalta que a graça é “medida excepcional para atender condições pessoais de natureza especial”, em decorrência de erro judicial ou ato meritório. Por produzir efeitos no ramo do direito penal, não há como desvincular a atividade política da mera efetivação de direitos fundamentais, cabendo margem discricionária apenas à faculdade do Presidente a concessão ou não da graça.

2.3. A AVALIAÇÃO DISCRICIONÁRIA DA GRAÇA E A POSSIBILIDADE DE INCOMPATIBILIDADE POR DESVIO DE FINALIDADE

Como explanado anteriormente, a margem de conveniência e oportunidade dadas ao Chefe do Executivo para conceder a graça não exclui, de nenhuma forma, a imprescindibilidade de se observar a unidade constitucional.

As normas infraconstitucionais e procedimentais para concessão da graça previstas no Código de Processo Penal são de um período relativamente autoritário sob a égide da Constituição de 1937, onde houve concentração de poder na mão do Presidente da República e, inclusive, a totalidade do perdão em suas mãos.

Veja-se que, na Carta Constitucional acima dita, a graça estava presente no art. 37, no “mesmo rol da indicação de um dos candidatos à Presidência da República, da dissolução da Câmara dos Deputados, nomeação de ministros de

Estado, entre outros” (Ferreira, 2011, p. 62), o que demonstra o seu caráter totalmente autoritário se ausente a limitação.

No contexto atual, a concessão da graça deve obediência aos limites constitucionais. Quer se dizer que a margem de conveniência e oportunidade, a essência do ato puramente político, não deve confrontar a ordem que determina a existência do próprio instituto.

No que tange à Lei de Execuções Penais, por sua vez, tem-se que ela foi editada em 1984, e é também, derivada de um período autoritário, mas iniciado em 1964. Ou seja, nenhum dos normativos procedimentais aqui explanados pôde se sujeitar à observância dos princípios balizadores da Constituição de 1988, especialmente aqueles submetidos à Administração Pública, previstos no art. 37 da CF/88, de onde se efetiva o ato clemente.

Cabe dizer aqui que, segundo os ensinamentos de Kelsen (2000) as normas jurídicas - e princípios - formam um sistema voltado à norma fundamental de uma determinada ordem, imprimindo validade jurídica a todo sistema.

Desse modo, Dirley da Cunha Jr. (2021, p. 41) ensina que “o sistema jurídico consiste na exata reunião ou composição, numa perspectiva unitária, ordenada e organizada, coerente e harmônica, das diversas unidades normativas.”. Princípio, diga-se, é unidade normativa, mas não só, com uma perspectiva pós-positivista, é a mais importante de todas, pois imprime valor axiológico na orientação de toda atividade administrativa e política do Estado, inclusive a que concede a graça.

Quanto à axiologia, cabe dizer que o positivismo jurídico exacerbado culminou no Neoconstitucionalismo, dado que, conquanto inegáveis seus avanços para a lógica do direito, foi legitimadora de diversos regimes totalitários ao purificar do direito as demandas materiais da vida que originam a norma. Segundo Eduardo Cambi (2008, p. 7) houve “a superação do paradigma da validade meramente formal do direito, em que bastava ao Estado cumprir o processo legislativo para que a lei viesse a ser expressão do direito.”.

Assim, retornando aos ensinamentos de Dirley (2021, p. 42), os princípios, pois, “determinam o conteúdo das demais normas e condicionam a compreensão e aplicação destas à efetivação dos valores que eles consagram. São, em síntese, as fundações normativas vinculantes de um dado sistema jurídico”. Em

outras palavras, é a lei das leis, e deve o Judiciário observá-las no exercício de sua jurisdição, o Legislativo no exercício da sua típica função de legislar e o Executivo, por exemplo, quando exerce o poder de clemência.

Desse modo, não dá para deixar de se refletir que o exercício da graça em sentido estrito pode ser incompatível com a ordem constitucional vigente por violação a seus princípios norteadores. Ora, a graça dada individualmente excepciona integralmente o princípio da impessoalidade, posto que dada a pessoa certa e determinada, podendo ser utilizada para satisfazer interesses pessoais e, igualmente, excepcionar a isonomia, por inobservância do caráter genérico e impessoal quando da sua concessão, como ocorre no indulto.

Outrossim, a depender de qual crime foi perdoado, poderíamos estar diante de violação à moralidade, caso a caso, e, ainda, em confronto direto à separação dos poderes. Ou seja, o interesse público, finalidade vinculante do ato político-discrecional, pode estar viciado e incompatível com o Texto Maior, a partir da edição e publicação do decreto concedente da graça.

É oportuno ressaltar que em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº5874, o STF firmou o entendimento de ser possível o controle judicial do ato executivo que concede o perdão quando presente o desvio de finalidade. No caso em comento, estava a Corte diante de um indulto coletivo concedido pelo então Ex-Presidente Michel Temer e que teve questionada a sua constitucionalidade.

Com efeito, embora o STF tenha julgado improcedente referida ADI ao declarar a constitucionalidade do indulto, deixou-se claro, por maioria, a possibilidade de interferência do Poder Judiciário quando presente o desvio de finalidade. Desse modo, o desvio de finalidade está evidente quando o agente pratica o ato visando outra finalidade que não decorre da lei, como, por exemplo, a sua satisfação pessoal e na sua promoção política.

Na oportunidade, o relator da citada ADI, Alexandre de Moraes, destacou em seu voto, seguido pela maioria, que a análise constitucional de decretos concedentes de indulto pode ser relacionada a fatos, com a finalidade de se observar se há coerência lógica do ato clemente com o ordenamento jurídico, a fim de se evitar arbitrariedade, o que é vedado pelo sistema jurídico.

A análise da constitucionalidade do Decreto de Indulto deverá, igualmente, verificar a realidade dos fatos e também a coerência lógica da decisão

discricionária com os fatos. Se ausente a coerência, o indulto estará viciado por infringência ao ordenamento jurídico constitucional e, mais especificamente, ao princípio da proibição da arbitrariedade dos poderes públicos que impede o extravasamento dos limites razoáveis da discricionariade, evitando que se converta em causa de decisões desprovidas de justificação fática e, conseqüentemente

3. O CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE DA GRAÇA PRESIDENCIAL

Sem o objetivo de esgotar o assunto, é por meio do controle de constitucionalidade - ou da jurisdição constitucional - que o Poder Judiciário fiscaliza a validade de leis e atos do Poder Público perante o texto de uma Constituição rígida (Cunha Jr., 2008, p. 38), pois, como afirma o professor Paulo Bonavides (2007, p. 297), sem a possibilidade de verificar se as leis estão de acordo com a Constituição, perderíamos a eficácia da norma constitucional, prejudicando a principal vantagem de uma Constituição rígida que estabelece limites claros ao poder, o que, inclusive, é essencial para o funcionamento equilibrado dos órgãos do Estado e, principalmente, para proteger os direitos fundamentais das pessoas.

Desse modo, segundo Dirley da Cunha Jr. (2008, p. 37), “o controle de constitucionalidade, portanto, revela-se como uma importante garantia da supremacia da Constituição, haurindo daí a sua própria razão de ser.”

No Brasil, o sistema de controle de constitucionalidade é misto, podendo ser exercido na via direta ou concentrada ou na via difusa ou incidental, como bem ressalta Lenio Streck (2018, p.183), ao dizer que “a Constituição de 1988 manteve a fórmula de controle misto de constitucionalidade (controle direto, “abstrato”, incidental, concreto)”.

Nesse enfoque, pela via difusa, a verificação de compatibilidade pode ser exercida por qualquer Juízo ou Tribunal, por meio de um incidente, uma vez que, processualmente falando, há uma existência de conflito subjetivo, por meio de uma lide. Assim, em relação à via difusa, aduz Lenio Streck (2018, p.183) que

Pelo controle difuso de constitucionalidade, permite-se que, no curso de qualquer ação, seja arguida/suscitada a inconstitucionalidade da lei ou de ato normativo, em âmbito municipal, estadual ou federal. Qualquer das partes pode levantar a questão da inconstitucionalidade, assim como também o Ministério Público e, de ofício, o juiz da causa. Afinal, não há questão de ordem pública mais relevante que a inconstitucionalidade de um texto normativo.

É de se registrar que, no caso acima, a objeção de inconstitucionalidade é levantada pela parte em prol da defesa de sua causa, sendo que o que ocorre, em verdade, é uma não-aplicação da lei entendida como inconstitucional, não havendo anulação *erga omnes* (Bonavides, 2008, p. 302).

Na via concentra, por seu turno, o manejo das ações é direto no STF e há uma tese em razão da natureza objetiva da demanda, havendo um rol de legitimados para propor. É também chamada de controle abstrato, em tese ou por via de ação (Bonavides, 2008, p. 307). Nesse caso há a defesa objetiva da Constituição através de um exame vertical de compatibilidade feito pelo STF (Júnior, 2008, p. 168)

O modo acima é, conforme Paulo Bonavides (2008), um controle direto, onde há impugnação de determinado ato normativo perante determinado tribunal, ao que referido ato normativo pode perder a sua validade, sendo considerado como nunca existente no ordenamento jurídico ou, por outro lado, ser declarado como compatível com a Constituição, possuindo sempre efeito vinculante *erga omnes* e *extunc*. Tal exercício jurisdicional, repisando-se, é feito por meio de ações diretas, quais sejam, Ação Direta de Inconstitucionalidade por ação (ADI), Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), Ação Direta de Constitucionalidade (ADC) e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).

Como já dito, sem o intuito de esgotar o assunto e indo direto ao ponto, o controle ato normativo que concede a graça deve ser realizado, em regra, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade, visto que, por meio dessa ação, “se busca eliminar do sistema uma lei ou ato normativo em contraste com a Constituição, com a pronúncia de sua inconstitucionalidade” (Júnior, 2008, p. 171), pois, como ressalta Lenio Streck (2018) referida ação direta é destinada à decretação em abstrato de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo federal ou estadual, consoante previsão no art. 102, I, “a” da Constituição de 1988.

Neste caso, o objetivo daquele que demanda a jurisdição constitucional é de que o Decreto concedente da graça seja declarado inconstitucional pelo STF, porquanto concedido diante das circunstâncias materiais não permitidas literalmente pela Constituição Federal no art. 5º, inciso XLIII. Seria, hipoteticamente, no caso de graça concedida a pessoas condenas por crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo ou aqueles definidos como hediondos.

Assim, conforme Aras (2022, p. 13), “se algum presidente agraciar um condenado por qualquer desses crimes, será evidente a violação direta ao teto constitucional e o ato poderá ser invalidado pelo Poder Judiciário”, o que é feito com o manejo da ADI.

Para exemplificar o caso acima, mas se tratando de um indulto coletivo, foi por meio da ADI nº 5874 que o STF declarou a constitucionalidade do indulto de natal concedido pelo Ex-Presidente da República Michel Temer através do Decreto de nº 9.246/2017 e, diga-se, ficou registrada a possibilidade de interferência quando existente o desvio de finalidade, o que não se constatou naquele momento, conforme a maioria dos votos.

Excepcionalmente, muito por conta do seu caráter subsidiário, é possível lançar mão da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), visto que, sistematicamente, a Constituição Federal é uma unidade normativa e que não pode ser analisada e interpretada isoladamente. Assim, a grosso modo, “a arguição de descumprimento objetiva compelir o Poder Público a se abster de realizar um ato abusivo e violador do Estado.” (Streck, 2020, p. 579) ou a reparar lesão ocasionada a preceito fundamental por ato já praticado, nos termos do art. 1º da Lei 9.882/99.

A delimitação terminológica de preceito fundamental decorre da própria subsidiariedade da ADPF, sendo, portanto, mais amplo, compreendendo e abarcando, segundo Dirley da Cunha Júnior (2008), uma violação indireta ao Texto Constitucional em decorrência da prática de um ato lesivo a determinada norma fundamental do Texto Maior, diferente do que ocorre na ADI, quando a lei ou ato normativo é diretamente lesivo a disposição constitucional.

Quanto à graça, embora o ato clemente do Chefe Executivo seja discricionário, o mesmo é vinculado quanto à sua finalidade, que deve sempre atender ao interesse público e não o do próprio do político. Nesse caso, a conveniência e a oportunidade seguem preservadas, já que a autoridade concedente escolhe quem será atingida com a clemência e quando o seu momento, a depender da sua motivação que o vincula com base na teoria dos motivos determinantes, sendo que tais elementos não devem, nunca, serem suscitados para legitimar atos em desconformidade com a unidade normativa da Constituição Federal. Seria uma arbitrariedade, podendo haver violação a algum preceito fundamental do Texto Maior, como o regime democrático.

Embora o quanto explicitado acima seja o entendimento do STF para que o Judiciário possa se imiscuir no ato político da graça, conforme trataremos a seguir e com a qual concordamos, Aras (2020) entende que a figura do desvio de finalidade só é relativa aos atos administrativos, e não políticos. Segundo ele a interferência só é cabível quando a graça é concedida em hipótese não permitida, insculpida no art. 5º, inciso XLIII da Constituição, visto que, na sua acepção, os decretos de clemência se enquadram na categoria conceitual de ato político, sendo seu juízo de discricionariedade igualmente e unicamente político.

Ainda consoante Aras (2020, p.13), a compreensão do controle judicial sobre o ato clemente não pode se balizar em compreensões principiológicas equivocadas, o que resultaria “em substituição da vontade política da autoridade competente pela vontade do órgão jurisdicional”. Segundo o mesmo autor, tentativas judicantes fora dos parâmetros procedimentais (forma) e materiais (limites expressos na Constituição) é adentrar ao mérito da decisão política.

As ponderações envolvidas no exercício da competência constitucional de perdoar são eminentemente políticas, daí porque foram atribuídas ao Presidente da República (ou ao Congresso Nacional, no caso de anistia), de modo que o escrutínio judicial não deve adentrar em conjugações principiológicas ou valorativas realizadas pelo Chefe de Estado, vale dizer, o seu juízo político.

Diversamente, em caso de violação a preceito fundamental é possível a análise Judiciária do ato que concede a graça, como ocorreu no julgamento das ADPFs de nº 964, 965, 966 e 967, no qual o STF enfrentou a matéria por conta do Decreto s/n do dia 21 de abril de 2022, no qual o Ex-Presidente da República Jair Messias Bolsonaro havia concedido a graça ao Ex-Deputado Daniel Silveira, condenado, nos autos da Ação Penal 1.044/DF, pelos crimes previstos nos art. 344 e 359-L do CPB, este último inserido no rol dos crimes contra o Estado Democrático de Direito.

As supracitadas ADPFs para impugnar o ato clemente foram reunidas e julgadas em conjunto, sendo a relatora a Ministra Rosa Weber, que entendeu ser possível a interferência do judiciário quando presente o desvio de finalidade. Segundo a ministra:

O reconhecimento do importante papel desenvolvido pelo legislador infraconstitucional e a existência de ampla margem de discricionariedade conformadora não excluem, contudo, a necessidade de observância e respeito às balizas constitucionais.

Ademais, a Ministra, constituindo-se em um *obiter dictum*, pelas razões impostas retoricamente, considerou o indulto individual um instituto incompatível com o ordenamento jurídico vigente, porquanto evidenciar um “instrumento apto a fazer prevalecer simpatias ideológicas, pessoais e políticas, além de se caracterizar pela prevalência de interesses particulares, tanto do Presidente da República quanto do beneficiário, em prejuízo do interesse público.”.

O Ministro Alexandre de Moraes, no mesmo entendimento, quanto ao desvio de finalidade, defendeu a possibilidade de interferência do Poder Judiciário quando há violação ao que chamou de limites implícitos ao poder de indultar, conforme trecho do seu voto.

Em um sistema republicano, não existe poder absoluto, ilimitado, pois seria a negativa do próprio ESTADO DE DIREITO, que vincula a todos – inclusive os exercentes dos poderes estatais – com a exigência de observância às normas constitucionais (...) Assim, apesar de o indulto ser ato discricionário e privativo do Chefe do Poder Executivo, a quem compete definir os requisitos e a extensão desse verdadeiro ato de clemência constitucional, a partir de critérios de conveniência e oportunidade, não constitui ato imune ao absoluto respeito à Constituição Federal e é, excepcionalmente, passível de controle jurisdicional.

Esse exercício de hermenêutica, conforme tenho defendido academicamente ao comentar o artigo 5º, inciso XLIII, leva-nos à conclusão de que compete, privativamente, ao Presidente da República conceder indulto, desde que não haja proibição expressa ou implícita no próprio texto constitucional

É claramente um método hermenêutico que tem como parâmetro a unidade e coerência constitucional, o que, decerto, é justificativa de utilização da ADPF para invalidar decretos clementes em desconformidade com o Texto Maior, como bem destacado pelo Ministro Luís Barroso em seu voto proferido no julgamento das respectivas ADPFs.

E a mim me parece clara a possibilidade de ajuizamento de arguições de descumprimento de preceito fundamental, porque é um ato do Poder Público que não é passível de questionamento no plano objetivo por nenhum outro tipo de ação.

Ademais, é, evidentemente, hermenêutica, essencialmente falando, como assevera Lenio Streck (2022, p. 19):

O Direito não precisa antever todas as possibilidades de subversão do próprio Direito para proibi-la. Faz parte do próprio jogo de linguagem a noção de que não se pode degradar o Direito em nome do Direito, pois a validade do Direito enquanto Direito são os princípios que o fundam.

Retomando, para justificar o seu voto, em consonância com as orientações até então suscitadas pela Ministra relatora das ADPFs, Rosa Weber, o Ministro Alexandre de Moraes concluiu que indulto concedido para atentar contra a democracia, por não constar expressamente como limitação, o é uma circunstância implícita da ordem jurídica, conforme trecho do seu voto.

Não é possível a concessão de indulto presidencial cuja finalidade seja referendar frontal ataque a outro Poder do Estado; não é possível indulto cuja finalidade seja atentar contra a independência do Poder Judiciário e a própria Democracia (...) Nem uma emenda constitucional pode atentar contra a independência dos Poderes, quanto mais um indulto, um ato privativo do chefe do Executivo.

De modo semelhante entendeu o Ministro Dias Toffoli, ao abordar que o interesse público, vinculante do ato político, é de fundamental observância quando da concessão da graça, visto que a despeito do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição somente contemplar limite expresso ao ato clemente apenas relativamente os crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e os definidos em lei como crimes hediondos, não há coerência permitir que condenados por crimes contra a ordem constitucional e o estado democrático de direito sejam agraciados, já que o inciso XLIV do art. 5º, do mesmo Texto Maior, o considera inafiançáveis e imprescritíveis.

Dito de outro modo, não vislumbro coerência interna em ordenamento jurídico-constitucional que, a par de impedir a prescrição de crimes contra a ordem constitucional e o estado democrático de direito, possibilita o perdão constitucional, a clementia principis, aos que forem condenados por tais crimes. Pergunto: que interesse público haveria em perdoar aquele que foi devidamente condenado por atentar contra a própria existência do estado democrático, de suas instituições e institutos mais caros?

Seguindo a linha de entendimento, a Ministra Cármen Lúcia ponderou que o indulto volta-se para cumprir o interesse público, e o juízo políticos de conveniência e oportunidade do ato concedente passam pelo crivo constitucional, já que a lei não pode excluir da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça a direito. Para ela, impedir e limitar a atuação do judiciário a um dispositivo constitucional, isoladamente, sob a justificativa de ampla margem de discricionariedade é obstar a efetividade e aplicação do Texto Constitucional.

Apesar de também seguir a relatora, o Ministro Edson Fachin, entendeu e acrescentou que o exercício da graça, no sistema jurídico brasileiro, tem seu

fundamento no erro judicial, o que, de todo modo, efetivaria o sistema de freios e contrapesos.

A graça está, portanto, ligada à pena de morte. Não por acaso, na única Constituição que expressamente fez menção ao “poder de graça”, a Constituição autoritária de 1937, houve também expressa previsão da aplicação da pena de morte. Por outro lado, o indulto individual é o que é expressamente motivado e tem fundamento nos casos de erro judicial, comprovados por novos elementos após o trânsito em julgado.

Também acompanhando a relatora, Rosa Weber, o Ministro Gilmar Mendes preocupou-se com as interpretações equivocadas que são dadas por um instituto, segundo ele, não previsto no rol de competências privativas do Presidente da República e que remonta aos períodos ditatoriais do Estado Brasileiro, cuja aplicabilidade sujeita-se a procedimento penal legislado no Estado Novo e que arbitrariamente pode ser utilizado para “validar expedientes subversivos praticados pelo agraciado em detrimento do funcionamento de instituições centrais da democracia”.

Divergindo dos julgadores acima citados, o Ministro André Mendonça, definiu que o ato político não é espécie de ato administrativo e, por ser ato político, a graça possui viés ideológico-político assegurado constitucionalmente, o qual não deve ser revisado pelo judiciário, sob pena de estar-se diante de violação à separação dos poderes. Para ele, o sistema de freios e contrapesos é exercido, neste caso, do Poder Executivo para com o Judiciário:

A fiscalização quanto ao acerto ou desacerto do ato, de natureza política, e que se consubstancia em inquestionável mecanismo de freio e contrapeso ao Poder Judiciário, deve se dar de maneira igualmente política, mediante o escrutínio popular periódico, e, no limite, pela atuação do Poder Legislativo por meio da abertura do processo de *impeachment*.

No mesmo entendimento, o Ministro Nunes Marques suscitou que o ato político nada guarda relação ao ato administrativo e com uma orientação totalmente positivista, concluiu que o exercício da Graça apenas estaria sujeita aos limites expressos da Constituição, o que, nesse caso, permitiria a interferência do Poder Judiciário. Segundo ele:

Logo, constitui prerrogativa do Presidente da República, se assim o desejar, conceder o indulto e a graça constitucional, ficando submetido o Chefe de Estado e de Governo a excepcionalíssimo controle jurisdicional apenas para aferição dos limites explicitamente impostos na Constituição Federal ao exercício dessa prerrogativa.

É de se registrar que o julgamento realizado pelo Ministro Nunes marques segue a compreensão de Aras (2022, p. 22) que defende que “o ato presidencial que concede graça é passível de controle judicial dentro dos limites estabelecidos pela Constituição.”. No caso, o único limite expresso é a vedação de perdoar crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e os definidos como crimes hediondos, vide art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal. Cabe reforçar, por fim, que não foi este o entendimento seguido pela maioria do STF nos autos do julgamento conjunto das ADPFs 964, 955, 966 e 967, que entendeu haver limites implícitos ao exercício da clemência pelo Presidente da República.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar de não ser explicitamente mencionada na Constituição Federal de 1988 como uma atribuição privativa do Presidente da República no art. 84, a graça é considerada implícita no sistema constitucional por conta da menção existente no inciso XLIII do art. 5º, que traz limitações ao poder de indultar. Assim, é uma atribuição discricionária do Presidente, permitindo-lhe perdoar crimes e extinguir a punibilidade de uma pessoa específica por meio de um Decreto.

Os procedimentos para concessão da graça são estabelecidos pelo Código de Processo Penal e pela Lei de Execuções Penais, podendo haver uma petição específica para sua solicitação. Ademais, ao contrário do indulto coletivo, no qual é estabelecido condições gerais no ato normativo, o indulto individual pode demandar uma petição e seguir procedimentos específicos, visando atingir pessoa específica.

Historicamente, a graça é um instituto jurídico presente no Brasil desde a Constituição Imperial de 1824, quando esteve associada ao Poder Moderador, estando presente até os dias atuais. Com efeito, inicialmente ligada ao poder discricionário do monarca, a graça mundialmente já foi criticada por favorecer aliados e punir opositores. É que, originada em períodos monárquicos, absolutistas e teocráticos, a graça representava o poder divino, arbitrário, do monarca de perdoar em nome da religiosidade, e não da racionalidade.

Atualmente, a graça pode ser vista como um meio de independência entre os Poderes, mas sua concessão individual levanta questões sobre o nível de

discricionariedade e possíveis violações de princípios democráticos ao extinguir a punibilidade de certos indivíduos. É que o debate persiste sobre como conciliar a graça com os princípios de um Estado Democrático, especialmente no contexto do indulto individual, que pode interferir no sistema judicial e violar normas fundamentais.

É de se registrar, ainda, que, as normas processuais para sua aplicabilidade são originadas de períodos autoritários da história brasileira, sendo crucial respeitar os princípios da Constituição atual ao aplicá-las. Assim, embora a graça seja um ato político, sua concessão não pode se desvincular dos princípios constitucionais e a sua limitação não está restrita apenas ao texto literal de um dispositivo da Constituição. A clemência não deve ser concedida ignorando o contexto e a harmonia do ordenamento jurídico, isto é, a unidade normativa. É o que vai justificar a interferência do Poder Judiciário pela via direta.

Desse modo, a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) é o meio principal para contestar a constitucionalidade de um decreto presidencial de concessão da graça. Nesse caso, quando concedido em face de uma violação direta aos limites constitucionais do artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, visando agraciar indivíduos condenados por crimes gravíssimos como tortura, tráfico de drogas, terrorismo ou crimes hediondo.

A possibilidade de utilização da Arguição de Descumprimento de Preceito fundamental, por sua vez, vai ocorrer quando o ato clemente é concedido em desobediência às limitações implícitas e não objetivamente elencadas no art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, estando, por exemplo, o claro desvio de finalidade e a consequente violação a preceito fundamental, conforme o entendimento do STF.

É de relevo registrar que a análise hermenêutica adotada por diversos ministros do Supremo Tribunal Federal demonstra a busca por uma coerência constitucional pós-positiva. Desse modo, a reflexão sobre a possibilidade de limitar o exercício da graça por meio de preceitos fundamentais não expressamente delineados na Constituição, como a preservação do regime democrático, reforça a importância do equilíbrio entre os poderes e a necessidade de se preservar os

princípios essenciais que fundamentam o Estado de Direito, o que, certamente é justificativa para fiscalização de compatibilidade do ato político clemente.

REFERÊNCIAS

ARAS, Augusto. Graça Presidencial: Natureza Política do Ato e Controle Jurisdicional. Vol. 2. Rio de Janeiro: **Revista Científica do CPJM**, 2022. Disponível em: <https://rcpjm.cpjm.uerj.br/revista/article/viewnal>. Acesso em: 08/06/2023.

BANDEIRA FILHO, Antônio Herculano de Souza. **O recurso de graça segundo a legislação brasileira: contendo a indicação e análise das leis, decretos, avisos do governo e consultas do Conselho de Estado sobre a matéria**. Rio de Janeiro: Tipografia do Imperial Instituto Artístico, 1878. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/21637>. Acesso em: 15/10/2023.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Trad. Paulo M. Oliveira. Rio de Janeiro. Editora Nova Fronteira. 2016.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 17. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo. Editora Saraiva, 2012.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21ª ed., atual. São Paulo. Editora Malheiros Editores. 2008.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10/06/2023. Acesso em 10/06/2023.

BRASIL. **Lei 7.210 de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal)**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em 10/06/2023.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal)**. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 10/06/2023.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 10/06/2023.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus 77.528/SP**. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginad>. Acesso em 31/08/2023

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Penal.1044/DF**

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental 964, 965, 966 e 967**.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade: Teoria e Prática**. 3º ed. revista, amp. e atual. Salvador. Editora Juspodivm. 2008.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. re. ampl. e atual. Salvador. Editora Juspodivm. 2012.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Administrativo**. 19. ed. re. ampl. e atual. São Paulo. Editora Juspodivm. 2021

COSTA, Arthur Barrêto de Almeida. Poder e Punição Através da Clemência: O Direito de Graça Entre Direito Penal e Constitucional na Cultura Jurídica Brasileira (1824-1924). **Revista IHGB**, Rio de Janeiro. Disponível em: <https://ihgb.org.br/revista-eletronica/artigos-481/item/108668-poder-e-punicao-atraves-da-clemen/108668-pode> Instituto Histórico Geográfico Brasileiro. Acesso em: 01/09/2023.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro. Editora Forense, 2020.

FERREIRA, Ana Lúcia Tavares. **Indulto e Sistema Penal: Limites, Finalidades e Propostas**. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ. Rio de Janeiro. Orientador: Prof. Dr. Carlos Eduardo Adriano Japiassú. Disponível em: <https://www.bdt.d.uerj.br:8443/handle/1/9625r>. Acesso em: 01/09/2023.

GUIMARÃES, José Dorival da Veiga. **Ciência Política - Princípios Fundamentais do Estado**. São Paulo. Editora EDIPRO, 2000.

HAMILTON, Alexander. **Os Artigos Federalistas 1787-1788**. Edição integral/James Madison, Alexander Hamilton, John Jay. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro. Editora Nova Fronteira, 1993

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo. Editora Martins Fontes. 1998

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. Ed. São Paulo. Editora Malheiros Editores. 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 16. ed. Rio de Janeiro. Editora Forense, 2020.

SOUZA, Jarbas Fidelis de. Breves considerações sobre a graça, o indulto e reduções de penas. **Revista de Informação Legislativa**. Rio Grande do Sul. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181478g.br>.

STRECK, Lenio. **Comissão de Estudos Constitucionais de Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil: Indulto Concedido Pelo Decreto Presidencial S/N de 21 de Abril de 2022**. Ordem dos Advogados do Brasil, Brasília, 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/graca-silveira>. Acesso em: 15/09/2023.

STRECK, Lenio. **Jurisdição Constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro. Editora Forense, 2018.

TÁVORA, Nestor. **Curso de processo penal e execução penal**. 16. ed. reestrut., revis. e atual. Salvador. Editora Juspodivm. 2021.

VASCONCELLOS, Zacarias de Góis e. **Da natureza e limites do poder moderador**. Rio de Janeiro: Typ. Universal de Laemmert, 1862. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/2242110.leg.br>. Acesso em: 15/10/2023.



Versão do CopySpider: 2.2.0

Relatório gerado por: lucasreis.santos@ucsal.edu.br

Modo: web / normal

Arquivos	Termos comuns	Similaridade
TCC versão final - Lucas Reis dos Santos.pdf X https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/o-significado-da-expressao-preceito-fundamental-no-ambito-da-argueicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-prevista-no-artigo-102-1-da-cf	211	1,54
TCC versão final - Lucas Reis dos Santos.pdf X https://www.mprj.mp.br/documents/20184/2490901/ReisFriede.pdf	141	1,02
TCC versão final - Lucas Reis dos Santos.pdf X https://jus.com.br/artigos/90079/recurso-de-amparo-constitucional	142	0,95
TCC versão final - Lucas Reis dos Santos.pdf X https://repositorio.ufba.br/bitstream/ri/18661/1/DISSERTA%C3%87%C3%83O%20ALINE%20ALVES%20BANDEIRA.pdf	332	0,88
TCC versão final - Lucas Reis dos Santos.pdf X https://www.politize.com.br/indulto	82	0,85
TCC versão final - Lucas Reis dos Santos.pdf X http://www.jansen.adv.br/noticia/stf-anula-indulto-de-bolsonaro-que-extinguiu-pena-imposta-ao-ex-deputado-daniel-silveira	68	0,84
TCC versão final - Lucas Reis dos Santos.pdf X https://www.cnj.jus.br/poder-judiciario/panorama-e-estrutura-do-poder-judiciario-brasileiro	74	0,69
TCC versão final - Lucas Reis dos Santos.pdf X https://www.conjur.com.br/2020-out-01/fraga-preceito-fundamental-conceito-ainda-indefinido	54	0,61
TCC versão final - Lucas Reis dos Santos.pdf X https://www.politize.com.br/concessoes-o-que-sao-e-como-funcionam	25	0,27
TCC versão final - Lucas Reis dos Santos.pdf X https://jus.com.br/artigos/47407/o-direito-de-peticao-e-pedido-de-reconsideracao	12	0,10

Arquivos com problema de download

https://www.procurarencontrar.com/article/importancia-pesquisa-social-f0ce2864ffa41af?utm_content=params%3Ao%3D1673072%26ad%3DdirN%26qo%3DserpIndex&utm_source=grs-expanded-v1&ueid=ccd9b662-92d1-4617-846e-ebfd002e5889	Não foi possível baixar o arquivo. É recomendável baixar o arquivo manualmente e realizar a análise em conluio (Um contra todos). - Erro: Parece que o documento não existe ou não pode ser acessado. HTTP response code: 403 - Server returned HTTP response code: 403 for URL: https://www.procurarencontrar.com/article/importancia-pesquisa-social-f0ce2864ffa41af?utm_content=params%3Ao%3D1673072%26ad%3DdirN%26qo%3DserpIndex&utm_source=grs-expanded-v1&ueid=ccd9b662-92d1-4617-846e-ebfd002e5889
https://www.gamevicio.com/videos/2022/10/lego-bricktales-o-inicio-de-gameplay-no-xbox-series-x-em-portugues-pt-br-video	Não foi possível baixar o arquivo. É recomendável baixar o arquivo manualmente e realizar a análise em conluio (Um contra todos). - Index 30 out of bounds for length 30



<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/746845>

Não foi possível baixar o arquivo. É recomendável baixar o arquivo manualmente e realizar a análise em conluio (Um contra todos). - Erro: Parece que o documento não existe ou não pode ser acessado. HTTP response code: 403 - Server returned HTTP response code: 403 for URL:
<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/746845>