

**Centro Universitário de Brasília – UniCEUB**  
**Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais –**  
**FAJS**  
**Projeto de Monografia**

**JUAN EMANUEL DE ANDRADE SILVA**

**ASPECTOS DOUTRINÁRIOS DA APLICAÇÃO DA**  
**ANISTIA, GRAÇA E INDULTO NO CRIME DE**  
**TORTURA**

**BRASÍLIA**  
**2013**

**JUAN EMANUEL DE ANDRADE SILVA**

**ASPECTOS DOUTRINÁRIOS DA APLICAÇÃO DA  
ANISTIA, GRAÇA E INDULTO NO CRIME DE  
TORTURA**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso, de Bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Professor Mestre José Carlos Veloso Filho.

**BRASÍLIA**

**2013**

## RESUMO

O presente trabalho tem o escopo de analisar os aspectos doutrinários da aplicação de três indulgências estatais, espécies do Direito de Graça, quais sejam a anistia, graça e indulto, no crime de tortura, objeto da Lei n. 9.455/97. Em verdade, para conseguirmos acompanhar os entendimentos doutrinários sobre aplicabilidade ou não das causas extintivas de punibilidade mencionadas, deve-se compreender a natureza de cada um desses institutos, que possuem características próprias, procedimentos específicos e atribuições distintas, situações que, em tese, devem ser esclarecidas, tendo em vista o corriqueiro emprego terminológico de palavras com sentidos diversos, como se fossem iguais, tal como acontece com a graça e o indulto. Não obstante, faremos um estudo sobre as tentativas efetuadas pelo poder legiferante do Brasil na busca de conceituar essa prática atroz e aberrante, que é a tortura, além de um exame sobre as condutas dispostas na Lei de Tortura, as quais possuem particularidades e diferenças, ensejando distintos tratamentos para seus agentes delitivos.

**Palavras-chave:** crime; tortura; anistia; graça; indulto; aplicação; aspectos doutrinários; institutos; características; procedimentos;

À minha mãe, a qual não dedico, tão somente, este trabalho, mas, sobretudo, a minha vida, tendo em vista a importância de sua presença no decorrer de minha história.

## AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus familiares, em especial, aos meus pais e minha irmã, pessoas que se mantiveram como o alicerce e a fundação da minha vida, sem as quais nada teria sentido.

Agradeço a minha namorada, Gabriella, pela compreensão, bem como a disposição de sempre estar ao meu lado, dedicando-se, sobremaneira, para que os nossos projetos se frutifiquem.

Agradeço aos meus amigos, os quais possuem fundamental importância na minha história. Aqui, é imperioso ressaltar duas figuras, Thiago Côrtes Dias e Hugo Marques, indivíduos que fizeram com que essa jornada quinquenal de compreensão e identificação com o mundo jurídico fosse proveitosa e, principalmente, agradável.

Por último, mas não menos importante, agradeço ao Professor Mestre José Carlos Veloso pelo voto de confiança e pela possibilidade de tentar, mediante seus ensinamentos, enriquecer o universo jurídico.

## Sumário

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>5</b>
<b>1. ANÁLISE DO TIPO PENAL DE TORTURA DA LEI N. 9455/97 .....</b>	<b>7</b>
<b>1.1 Introdução e histórico da tortura na legislação brasileira .....</b>	<b>7</b>
<b>1.2 Aspectos gerais da Lei de Tortura .....</b>	<b>13</b>
<b>1.3. Análise das condutas descritas na Lei de Tortura .....</b>	<b>16</b>
<b>2. DA ANISTIA, GRAÇA E INDULTO .....</b>	<b>32</b>
<b>2.1. Da Anistia .....</b>	<b>32</b>
<b>2.2. Da graça e do Indulto .....</b>	<b>40</b>
<b>3. APLICABILIDADE DA ANISTIA, GRAÇA E INDULTO NO CRIME DE TORTURA, SEGUNDO A DOUTRINA.....</b>	<b>50</b>
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>63</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>67</b>

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho irá analisar e examinar a possibilidade ou não da aplicação de três causas extintivas da punibilidade, quais sejam a anistia, graça e o indulto, no crime de tortura. O intuito é compreender e posicionar os argumentos postulados pelos doutrinadores e pela jurisprudência no sentido da viabilidade ou não de serem concedidas essas benesses para os agentes praticantes do injusto penal de tortura.

É cediço, que a dignidade humana, bem jurídico tutelado que impõe vedação à prática de tortura, é um dos fundamentos da Constituição Federal, sendo que outros bens jurídicos gravitam em torno deste fundamento/princípio, o qual ostenta inequívoca importância em um Estado Democrático de Direito.

Inicialmente, o art. 5º, XLIII, da Constituição Federal, determina que os agentes que forem incurso nos crimes hediondos e equiparados (tortura, terrorismo e tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins) são insuscetíveis de serem contemplados pela graça e anistia, deixando a margem o instituto do indulto.

Igualmente, o art. 1º, § 6º, da Lei de Tortura (Lei n. 9455/97), reprisou o mandamento constitucional, aduzindo que o delinquente praticante do crime de tortura não pode ser beneficiado pela graça e anistia, esquecendo-se do indulto.

Todavia, a discussão é gerada quando o art. 2º, I, da Lei de Crimes Hediondos, dispõe que são insuscetíveis de graça, anistia e indulto, os agentes que cometerem os crimes hediondos e assemelhados a estes, ampliando, para alguns doutrinadores, o mandamento constitucional do art. 5º, XLIII.

Com efeito, no primeiro capítulo, tentaremos conceituar essa prática atroz e cruel, que é a tortura. Em seguida, o desejo é de esmiuçar as condutas criminosas constantes na Lei n. 9455/97, mediante uma análise crítica, partindo do advento da Constituição Federal de 1988 até os dias atuais, demonstrando as maneiras pelas quais a tipificação penal dessa prática aberrante e desumana se desenvolveu em nosso país. Não obstante, serão exami-

nadas as tentativas de imposição de conceitos e limites à prática de tortura por algumas leis, no interregno entre a publicação da Constituição Federal de 1988 até a edição tardia da Lei de Tortura.

No segundo capítulo, examinaremos três espécies de indulgências estatais, quais sejam a anistia, a graça e o indulto, por meio de um estudo da competência para concessão dessas benesses, além de suas características e especificidades, bem como os seus procedimentos instruídos pela Lei de Execuções Penais (Lei n. 7210/84), não se olvidando a exposição de algumas ressalvas para uso desses benefícios, que, se subvertidos, podem trazer grave insegurança jurídica e ameaça ao princípio da separação dos poderes.

Ainda sobre o segundo capítulo, faremos uma pequena digressão ao passado com o intuito de entender e criticar algumas peculiaridades da Lei de Anistia (Lei n. 6.683/79), que deixou ilesos determinados agentes estatais que cometeram crimes, dentre eles a tortura, que lesaram frontalmente a humanidade.

Por derradeiro, no terceiro capítulo, tentaremos vislumbrar a possibilidade ou não de aplicação dos benefícios de anistia, graça e, principalmente, do indulto àqueles que cometeram o crime de tortura. Para tanto, nos valeremos de posicionamentos consignados pela doutrina nos dois sentidos, bem como a inserção de alguns julgados que decidiram controvérsias parecidas. Utilizou-se, via de regra, uma visão crítica dos dispositivos penais e constitucionais, tendo em vista que as interpretações dessas normas são muito bem colacionadas, e como o Direito, apesar de ser uma Ciência, não é exato, e comporta várias interpretações, é imperioso que haja vontade no sentido de entender e compreender as duas vertentes jurídicas.

## **1. ANÁLISE DO TIPO PENAL DE TORTURA DA LEI N. 9455/97**

Neste espaço, buscaremos retratar e compreender, de uma maneira criteriosa, alguns aspectos inerentes à Lei n. 9.455/97, sendo que tentaremos demonstrar o panorama geral no qual a prática de tortura se inseriu na legislação brasileira, salientando seus aspectos gerais, históricos e críticos, além das tentativas do legislador infraconstitucional em regulamentar o crime de tortura, culminando em um estudo das condutas dispostas na Lei de Tortura.

### **1.1 Introdução e histórico da tortura na legislação brasileira**

Primeiramente, há de se observar que a dignidade da pessoa humana constitui um dos principais axiomas do ordenamento jurídico brasileiro, sendo que a nossa Constituição deu a este princípio status de princípio fundamental, o qual se funda em várias vertentes de direitos a serem garantidos pelo Estado<sup>1</sup>.

A dignidade humana vem sendo protegida pelos ordenamentos jurídicos internacionais e convenções internacionais há algum tempo, como se vislumbra na Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, em seu artigo V, de 1948, bem como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em seu artigo 5º, n.2. Nessa linha, a Convenção da ONU, de 1984, na tentativa de conceituar a tortura, em seu artigo 1º, disse:

“Qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou uma terceira pessoa tenha cometido, ou seja, suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, por sua instigação, ou com seu consentimento ou aquiescência”<sup>2</sup>.

No contexto mundial, a primeira previsão no intuito de proteger os direitos humanos, mormente condenando as penas cruéis, foi na Declaração dos Direitos do Homem da Virgínia, nos Estados Unidos, em 1776. Alguns anos depois, a primeira Constituição Estadunidense, em seu artigo 7º, dispôs pela proibição de aplicação de penas aberrantes. Na mesma época, no continente

---

<sup>1</sup> ZAFFARONI, E. Raúl. Direito Penal Brasileiro – I, Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 321.

<sup>2</sup> Art. 1º. Convenção da ONU, 1984.

européu, mais precisamente na França, nasce a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão preconizando que “o rigor no tratamento das penas deve ser seriamente reprimido”, o que mais à frente seria consolidado na Constituição Francesa de 1791<sup>3</sup>.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos constitui-se como o texto principal contra a prática de tortura. Três anos após o término da Segunda Guerra mundial houve um grande número de pactos internacionais, que reconheceram a tortura como um crime listado no direito internacional positivo, obrigando os Estados a punir aqueles que, por ventura, fossem violar a norma<sup>4</sup>.

Nesse sentido, podemos citar: A Convenção Europeia de Direitos Humanos (4.11.1950); o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (12.1966); a Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica; a Convenção da ONU (1984) e a Convenção da OEA (1985)<sup>5</sup>.

Apesar de ter aderido as disposições debatidas no Pacto de San José da Costa Rica, o Brasil postergou quase meio século para tipificar o crime de tortura, uma vez que se configurou como signatário da Declaração Universal de Direito Humanos em 1949, e veio a editar a Lei de Tortura em 1997<sup>6</sup>.

A saber, tortura, segundo o jurisconsulto Ulpiano, seria:

“Por *quasestio* [tortura] devemos entender o tormento e o sofrimento do corpo com a finalidade de obter a verdade. Portanto, nem o interrogatório em si nem as ameaças leves dizem respeito a este édito. Assim, a *quaestio* deve ser

---

<sup>3</sup> CIRENZA, Cristina Freitas. NUNES, Clayton Alfredo, texto publicado na obra Direitos humanos, construção da liberdade e da igualdade, Séries Estudos n.11, out. 1998, da Procuradoria-Geral do Estado.

<sup>4</sup> CIRENZA, Cristina Freitas. NUNES, Clayton Alfredo, texto publicado na obra Direitos humanos, construção da liberdade e da igualdade, Séries Estudos n.11, out. 1998, da Procuradoria-Geral do Estado.

<sup>5</sup> CIRENZA, Cristina Freitas. NUNES, Clayton Alfredo, texto publicado na obra Direitos humanos, construção da liberdade e da igualdade, Séries Estudos n.11, out. 1998, da Procuradoria-Geral do Estado.

<sup>6</sup> CIRENZA, Cristina Freitas. NUNES, Clayton Alfredo, texto publicado na obra Direitos humanos, construção da liberdade e da igualdade, Séries Estudos n.11, out. 1998, da Procuradoria-Geral do Estado.

entendida como força e tormento, pois são estas coisas que determinam seu significado”<sup>7</sup>.

(Digesto, XLVII, X, 15, §15)

Não obstante, a tortura seria a infligência de punições direcionadas ao corpo ou ao sistema psicológico da vítima de maneira violenta, através de instrumentos mecânicos, aplicados por agentes públicos ou privados, objetivando compelir determinada pessoa a aquiescer ou não a prática de algum fato lícito ou ilícito<sup>8</sup>.

Com efeito, a tortura mostra-se como um meio extremo de violência. Desta feita, a tortura tem como intuito a anulação da resistência de alguém, reduzindo-se, a tanto, o livre arbítrio e o consentimento, mediante força manual, infligindo sofrimento ao indivíduo, ou mediante ameaças, que influenciam no sistema psicológico do ser humano<sup>9</sup>.

Hélio Pellegrino, nessa esteira, aduz:

“... a tortura busca, à custa do sofrimento corporal insuportável, introduzir uma cunha que leve à cisão entre o corpo e a mente. E, mais do que isto: ela procura, a todo preço, semear a discórdia e a guerra entre o corpo e a mente. O projeto da tortura implica uma negação total e totalitária da pessoa, enquanto ser encarnado. O centro da pessoa é a liberdade. Na tortura, o discurso que o torturador busca extrair do torturado é a negação absoluta e radical de sua condição de sujeito livre”<sup>10</sup>.

A proibição e criminalização da tortura foi uma inovação trazida pela Carta da República de 1988, sendo insculpida nos incisos III e XLIII<sup>11</sup>, do art.5º, resultando em entendimento, finalmente, adequado perante outros textos constitucionais internacionais. Nesse sentido, o inciso XLIII, do art. 5º, da

<sup>7</sup> Edição C.M.Galisset: *Corpus Juris Civilis Academicum Parisiense in quo Justiniani Institutiones, digesta, sive pandectae, códex, authenticæ, seu novellæ constitutiones, et edicta comprehenduntur*. Apud TEIXEIRA, Flávia Camello. Da Tortura. Ed. Del Rey, Bel Horizonte, 2004, p. 65.

<sup>8</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. Constituição Federal Anotada, 10ª edição, Saraiva, 2012, p. 211.

<sup>9</sup> SZNICK, Valdir. TORTURA, Livraria e Editora Universitária de Direito LTDA, São Paulo, 1998, p.108.

<sup>10</sup> Artigo publicado na *Folha de São Paulo* em 5/6/82.

<sup>11</sup> Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante

XLIII – a lei considerará crimes inafiançáveis de graça ou anistia, a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que podendo evitá-los, se omitirem;

Constituição Federal, tratou de impedir a concessão de anistia e graça para quem viesse a praticar tal conduta desviante, porém não conceituou em que consistiria a prática de tortura.

Nesse momento de transição do ordenamento jurídico brasileiro, tem-se que a população relembra com grande pesar as recordações tristes deixadas pelo período da ditadura, mas, ao mesmo tempo, se revigorava com o processo de democratização do país<sup>12</sup>.

Assim, a Assembleia Constituinte possuía dois posicionamentos. O primeiro, máxime composto por progressistas, advogava pela inserção na Constituição de tipificação expressa no sentido de assegurar a sanção para todos os cometessem ações armadas contra a ordem jurídica ou práticas de tortura, efetivadas por razões de cunho político, ideológicos, etc. O segundo, formado por conservadores, defendia a pena de morte e sanções rigorosas contra aqueles que viessem a praticar ações terroristas<sup>13</sup>.

Posteriormente, a Lei 8069/90, qual seja o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 233<sup>14</sup>, já revogado, lançou a primeira tentativa do legislador de tipificar a prática de tortura no ordenamento jurídico brasileiro. Entretanto, a norma penal em comento era muito genérica, ou seja, não estabelecia os institutos concernentes à prática de tortura. É de se notar, todavia, que o dispositivo, hoje revogado, contou com defensores.

Nesse contexto, os que propugnavam pela constitucionalidade do dispositivo do Estatuto da Criança e do Adolescente, rememoravam os crimes como adultério e o aborto, os quais, apesar de serem vagos como o art. 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente, não foram subtraídos do

---

<sup>12</sup> TEIXEIRA, Flávia Camello. Da Tortura. Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 2004, p.83.

<sup>13</sup> TEIXEIRA, Flávia Camello. Da Tortura. Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 2004, p.83.

<sup>14</sup> Art.233. Submeter criança ou adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância a tortura  
Pena – reclusão de um a cinco anos  
§1º Se resultar lesão corporal grave:  
Pena – reclusão de dois a oito anos  
§2º Se resultar lesão corporal gravíssima:  
Pena – reclusão de quatro a doze anos  
§3º Se resultar morte:  
Pena – reclusão de quinze a trinta anos

ordenamento jurídico, buscando-se na doutrina e no direito comparado, a complementação pertinente à aplicação do tipo penal ao caso real<sup>15</sup>.

Francisco Assis de Toledo, em artigo publicado, advogou nesse sentido:

“O Estatuto da Criança e do Adolescente, no art. 233, inovou, criando pela primeira vez um tipo autônomo de crime, com o nome de ‘crime de tortura’. Com isso transformou o modo de execução de um crime (circunstância elementar) no próprio crime. (...) Parece que o dispositivo gerou também outra novidade: só considerou a tortura física, já que prevê a qualificação do crime nos casos de lesões corporais graves ou gravíssimas e morte. Não falou em lesão à saúde, nem a perturbação a mente. (...) Em verdade, o legislador menoril conseguiu transformar o ‘crime com tortura’ como acontece em todas as legislações penais modernas em ‘crime de tortura’”<sup>16</sup>.

Em outra linha, os que estatuíam pela inconstitucionalidade da exegese, vislumbravam que a conduta incriminadora expressa no verbo submeter, que significa subordinar, dispunha, tão somente, de crianças e adolescentes, estes objetos inerentes ao núcleo do tipo. Entretanto, a problemática era: em que consistia a tortura? Quais atos comissivos ou omissivos que dão roupagem a esse tipo penal? Dentre outras perguntas<sup>17</sup>.

Nesse prisma, os que tratavam este tipo penal como inconstitucional, diziam que o art. 233, do Estatuto da Criança e do Adolescente, era muito vago e indeterminado por não estabelecer limitações, dando ensejo a prováveis desvirtuamentos, uma vez que propicia grande atuação de preenchimento do intérprete, negligenciando, por conseguinte, o princípio da legalidade<sup>18</sup>.

As críticas dirigidas ao art. 233, do ECA, continuaram a serem propagadas, sendo que aduziam que esta norma era excessivamente ampla, malversando, por consequência, o norteador da reserva legal, posto que o artigo restringia-se a enunciar “submeter a tortura”, não destrinchando em

---

<sup>15</sup> TEIXEIRA, Flávia Camello. Da Tortura. Ed. Del Rey, Bel Horizonte, 2004, p.83.

<sup>16</sup> TOLEDO. Francisco de Assis. Sobre o crime de tortura na recente Lei n. 9455/97. Informativo Consulex. p.12. vol.11. ago/97.

<sup>17</sup> FRANCO, Alberto Silva. Crimes Hediondos. 3.<sup>a</sup> ed, RT, São Paulo, 1994, p.62-64.

<sup>18</sup> FRANCO, Alberto Silva. Crimes Hediondos. 3.<sup>a</sup> ed., RT, São Paulo, 1994, p.62-64.

consistia tal ação, isto é, sem dar características necessárias para que se abstraísse o conceito do fato típico de tortura<sup>19</sup>.

O ato normativo de natureza penal deve ser preciso, pois um fato só será considerado como um injusto penal se devidamente subsumido com a norma que o descreve. A lei penal posiciona um ato desviante, capaz de ofender um bem jurídico albergado pelo Direito Penal. Se assim o faz, nega-se que o tratamento de crimes apenados possa ser interpretado de maneira extensiva a uma conduta que se afigura apenas semelhante. Isso decorre do princípio da legalidade, que pondera pela necessidade de definição da conduta antinormativa em todos os seus liames e circunstâncias para que ocorra a punição ao agente envolvido em determinado ato delituoso<sup>20</sup>.

Tipos penais em que há apenas a menção da conduta, não demonstrando os elementos objetivos do comportamento, não possuem congruência com a seara penal. Em artigo publicado no ano de 1994, Ministro Marco Aurélio, do Supremo Tribunal Federal, já se preocupava com a formulação de tipos penais abertos:

“a simples menção à tortura, sem que se defina o comportamento suficiente a configurá-la, deixa ao sabor da capacidade até mesmo intuitiva daquele que exerce o ofício judicante o alcance da normal, a conclusão sobre a prática, ou não, do crime ao qual o contexto jurídico-constitucional impõe consequências das mais gravosas, como são o afastamento da graça, do indulto e da anistia, da fiança, o elastecimento da prisão temporária e o cumprimento da pena, na sua integralidade, no regime fechado. A insegurança grassará e, o que é pior, o julgamento das ações penais correrá à conta da formação do julgador”<sup>21</sup>.

Em outro momento, mas com a mesma intenção, a Lei 8072/90 utilizou-se do preceito constitucional disposto no art. 5º, inciso XLIII, para equiparar o crime de tortura aos crimes hediondos<sup>22</sup>. Contudo, os dois

---

<sup>19</sup> CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal 4 – Legislação Penal Especial, 7ª edição, Saraiva, 2012, p.727.

<sup>20</sup> CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal 4 – Legislação Penal Especial, 7ª edição, Saraiva, 2012, p.727.

<sup>21</sup> Nosso direito positivo e a tortura, *in Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 2 n.8, out-dez-1994,

<sup>22</sup> Art. 2. Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:  
I – anistia, graça e indulto;

preceitos normativos não expuseram como se caracterizava a tortura, não tipificando a prática de maneira clara e objetiva, havendo quem entenda que esses crimes assemelhados aos hediondos – tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins - sejam somente espécie da qual os crimes hediondos são gênero<sup>23</sup>.

Imperioso salientar que com a publicação da Lei n. 11.464/07, a pena do art. 2º, §1º, no preceito relativo aos crimes hediondos e equiparados foi modificada, pois possuía redação no sentido do cumprimento ser realizado integralmente, passando a ser cumprida inicialmente no regime fechado<sup>24</sup>.

Efetivamente, necessário se fazia que o legislador, intrinsecamente ligado ao princípio da legalidade, devesse descrever as práticas a serem subsumidas como tortura, cominando as penas correspondentes aos atos desviantes simples e qualificados. Se isso acontecesse, o previsto na lei de injustos hediondos perderia toda a sua eficácia<sup>25</sup>.

## **1.2 Aspectos gerais da Lei de Tortura**

O advento da Lei n. 9455/97, após o interregno de nove anos, veio conceituar o que viria a ser tortura. No entanto, ao nosso ver, a conceituação estabelecida pela referida lei se mostrou frágil e incompleta, deixando espaço para presunções, estas que são extremamente repudiadas pelo Direito Penal.

Inicialmente, entendemos que a Lei de Tortura inovou no tocante ao crime de tortura, pois nas Convenções Internacionais (Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes e Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura) tal conduta delitativa exigia a presença do agente público para a configuração do

---

II – fiança

<sup>23</sup> BORGES. José Ribeiro. Tortura: Aspectos históricos e jurídicos; O crime de tortura na legislação brasileira; Análise da lei 9455/97, 1ª edição, Romana, Campinas, 2004, p. 139.

<sup>24</sup> Art. 1º. O art. 2º da Lei nº 8072, de 25 julho de 1990, passa a vigorar com a seguinte redação:

§1º. A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado.

<sup>25</sup> BORGES. José Ribeiro. Tortura: Aspectos históricos e jurídicos; O crime de tortura na legislação brasileira; Análise da lei 9455/97, 1ª edição, Romana, Campinas, 2004, p. 139.

crime. Assim, a lei brasileira trouxe atos desviantes que podem ser praticados por qualquer pessoa, não só pelo representante do poder público.

A inovação trazida pelo ordenamento jurídico brasileiro gerou controvérsia, uma vez que ao delimitar as ações delitivas sem exigir a participação de um agente estatal como sujeito ativo do crime, a Lei em testilha se diferencia das normas internacionais, no que diz respeito ao polo ativo do injusto penal. Assim, ao abrir a possibilidade de um agente privado também cometer o crime de tortura, a Lei foi objeto de demasiadas discussões doutrinárias, que perduram até agora. Enquanto um posicionamento é no sentido da possibilidade da tortura ser infligida por qualquer pessoa, o outro destaca que esse ato delitivo requer uma condição específica do agente, ou seja, trata-se de crime próprio<sup>26</sup>.

Alguns doutrinadores postulam que seria benéfico se o crime de tortura fosse classificado como um crime próprio, sob o argumento de que isso evitaria que outros injustos penais viessem a ser tratados como tortura<sup>27</sup>.

Quanto aos dispositivos legais relativos ao crime de tortura, o legislador infraconstitucional trouxe à luz conceitos anteriormente não previstos, e, a seu modo, explicitou as modalidades de tortura que mereceriam sua proteção.

Com efeito, Mario Coimbra posicionou-se quanto às modalidades de tortura previstas na Lei n.9455/97:

“Seis são as modalidades de tortura incriminadas pela Lei 9455/97, quais sejam: constranger alguém, com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental, com o intuito de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa; constranger alguém para provocar ação ou omissão de natureza criminosa; constranger alguém, em razão de discriminação racial ou religiosa (tipo autônomo, simples, anormal, incongruente); submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo (tipo autônomo, simples, anormal,

---

<sup>26</sup> BIERRENBACH, Sheila. Comentários à Lei de Tortura, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2006, p.35/36.

<sup>27</sup> JESUS, Maria Gorete Marques. O crime de tortura e a justiça criminal: um estudo dos processos de tortura na cidade de São Paulo. A autora cita SHECAIRA (1997), FRANCO (1997) e BURHAM (2008).

incongruente); submeter pessoa presa ou sujeita a medida de segurança a sofrimento físico ou mental, por intermédio da prática de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal (tipo autônomo, simples, anormal, congruente); omitir-se em face dessas condutas, quando tinha o dever de evitá-las ou apurá-las (derivado, misto, alternativo, anormal, congruente)”<sup>28</sup>.

O injusto penal da tortura, consubstanciado na Lei n. 9455/97, demonstra, nas várias de suas vertentes, a necessidade da *vis corporalis* (violência), da *vis compulsiva* (grave ameaça), do sofrimento físico e mental, para sua configuração.

*Vis corporalis*, seria a força imposta para minar uma resistência, podendo ser imediata, se realizada diretamente no corpo da vítima, originando a prática de lesão corporal, vias de fato, imobilização física, etc; ou, ainda, mediata ou indireta, quando infligida sobre terceira pessoa ou mesmo algo sensível e ténue à vítima, de modo a mitigar a sua faculdade de ação, caracterizando uma coação pessoal<sup>29</sup>.

Nesse sentido, Valdir Sznick:

“A violência agrava o impulso natural dos seres vivos. A violência é toda iniciativa que procura exercer coação sobre a liberdade de alguém, que lhe tenta impedir a liberdade de reflexão, de julgamento e de decisão: é, sobretudo, a força que é o seu meio de manifestação, seu instrumento. (...) A violência é a coação que atua corporalmente visando remover uma oposição esperada. (...) A violência não é, muitas vezes, meio de se chegar a um objeto: ela se converte no próprio fim, em si mesmo: busca-se a violência pela violência. A violência é todo ato que implica o emprego ilegal e abusivo da força, de modo imprevisível e forte (...)”<sup>30</sup>.

Noutro giro, a *Vis compulsiva*, ou seja, a grave ameaça, seria a violência moral imposta ao sujeito passivo, incutindo-lhe grande temor de sofrer algo grave, ou a alguém de sua família, não obstante, podendo até ser um terceiro, com quem a vítima possuía relação de afinidade<sup>31</sup>.

---

<sup>28</sup> COIMBRA, Mario. Tratamento do Injusto Penal da Tortura, Revista dos Tribunais, 2002, p. 175.

<sup>29</sup> COIMBRA, Mário. Tratamento do Injusto Penal da Tortura, Revista dos Tribunais, 2002, p. 176.

<sup>30</sup> SZNICK, Valdir. TORTURA, Livraria e Editora Universitária de Direito LTDA, São Paulo, 1998, p. 115.

<sup>31</sup> COIMBRA, Mário. Tratamento do Injusto Penal da Tortura, Revista dos Tribunais, 2002, p. 176.

No que concerne à grave ameaça, vislumbra-se que o legislador ordinário, deve compreender como violência somente a violência física (energia dirigida a outro indivíduo). Os outros tipos, tais como violência contra a coisa, que é similar à ameaça, são partes dissociadas da violência<sup>32</sup>.

Desse modo, a ameaça se perfaz como uma coerção que deflagra um temor em alguém, ou seja, a promessa de que se opere um mal à pessoa. Este mal deve ser considerável para a constituição da ameaça. Em outras palavras, a ameaça é uma expectativa de uma ação que está na esfera de poder do agente. Ressalte-se, que a ameaça não se confunde com a advertência, a qual se constitui como apenas um aviso<sup>33</sup>.

Outra configuração elementar, é que se perceba o sofrimento físico ou mental no sujeito passivo. No entanto, há uma enorme dificuldade para aferição do sofrimento físico e mental, pois, na maioria das vezes, os dois se confundem.

Quanto ao sofrimento físico, podemos verificar que este resultaria da violência infligida na vítima, aferindo-se a manifestação feita pelas terminações nervosas que captam uma sensação intensa e insuportável ao ser humano, ao passo que a sensação varia de intensidade, segundo o instrumento desencadeador de tal fenômeno, como espancamento, choques elétricos, etc<sup>34</sup>.

### **1.3. Análise das condutas descritas na Lei de Tortura**

Art. 1º. Constitui crime de tortura:

I - Constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental;

a) Com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa;

b) Para provocar ação ou omissão de natureza criminoso;

---

<sup>32</sup> SZNICK, Valdir. TORTURA, Livraria e Editora Universitária de Direito LTDA, São Paulo, 1998, p. 136/137.

<sup>33</sup> SZNICK, Valdir. TORTURA, livraria e editora Universitária de Direito LTDA, São Paulo, 1998, p. 136/137.

<sup>34</sup> COIMBRA, Mário. Tratamento do Injusto Penal da Tortura, Revista dos Tribunais, 2002, p. 177.

c) Em razão de discriminação racial ou religiosa;

A integridade física, a saúde física e psicológica das pessoas, são os bens jurídicos tutelados por essa exegese, ao passo que, se praticado por agente público, protege-se, concomitantemente, a Administração Pública, traída em seus objetivos de legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência<sup>35</sup>.

O aspecto objetivo deste tipo penal é o mesmo do crime de constrangimento ilegal (CP, art. 146) e cinge-se no verbo “constranger”, ou seja, forçar, compelir. No entanto, a diferença entre as condutas ilícitas, encontra-se no fato de que na tortura os atos, os quais a vítima deve realizar já foram explicitados<sup>36</sup>.

Ademais, para a perfeita subsunção da conduta com o texto legal, não basta que haja a prática do constrangimento por meio do emprego de violência ou grave ameaça, causando à vítima sofrimento físico ou mental. É imprescindível, pois, o especial fim de agir, quais sejam a obtenção de informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa; para provocar ação de natureza criminosa; em razão de discriminação racial ou religiosa.

Cuida-se de crime comum, podendo ser praticado por qualquer pessoa. Se praticado por agente público, o Estado será sujeito mediato, tendo em vista que foi atingido em seus fins de buscar o bem comum e de respeitar a dignidade humana. Não obstante, a lei em análise utilizou-se de um causa de aumento de pena, quando o crime for praticado por agente estatal, uma vez que tal conduta enseja um grau de reprovabilidade maior do que a efetuada por um particular<sup>37</sup>.

Alejandro Del Toro Marzal leciona nessa direção:

“A tortura deve ser castigada em si mesma e por si mesma, em razão de seus detestáveis métodos e por seus fins contrários à

---

<sup>35</sup> CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal – 4. Legislação Penal Especial, 7ª edição, Saraiva, 2012, p. 730.

<sup>36</sup> CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal – 4. Legislação Penal Especial, 7ª edição, Saraiva, 2012, p. 732.

<sup>37</sup> CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal – 4. Legislação Penal Especial, 7ª edição, Saraiva, 2012, p. 732.

liberdade e dignidade. Destarte, não considerar que particulares ou extremistas de qualquer tendência possam também empregar a tortura, tanto em relação a outros indivíduos, como aos próprios funcionários públicos, é limitação demagógica e contrapudemente, pois tal conclusão carece de lógica jurídica, se se consideram crimes internacionais, fatos cometidos por particulares, como, por exemplo, o tráfico de brancas e de drogas, e se ainda, como parece óbvio, nem todos os funcionários públicos de todos os países foram ou serão torturadores. O monopólio do tipo, pelos funcionários públicos, não contribui para melhorar suas atuações, nem para incrementar seu apreço pelos direitos humanos”<sup>38</sup>.

Apesar de não restar dúvidas quanto a possibilidade de um particular realizar condutas que guardam similitude com a tortura, dando ensejo a eventuais punições, parte da doutrina preleciona que este pensamento não é consentâneo com o direito internacional que proíbe tal prática, determinando que essa ação é exclusiva do agente estatal. Dito isto, quanto ao particular, ao menos no Brasil, existe uma gama de condutas delituosas de cunho individual que albergam e protegem a dignidade humana frente a esse tipo de ação ignóbil<sup>39</sup>.

De outra banda, vislumbramos que, por ser um crime doloso, o agente deverá ter a vontade livre e consciente de infligir sofrimento físico ou mental no torturado. E, mais, por se tratar de crime formal, deverá ter um especial fim de agir, pois a obtenção de informação por parte do torturador será meramente para constituição do exaurimento do crime.

Assim, compreendemos ser necessário que haja violência, a qual terá o condão de minar a resistência da vítima, ou grave ameaça, que deverá ser grave, provocando medo e temor na vítima.

No cerne da primeira modalidade, vale tecer algumas diferenciações relativas sobre o que venha a ser uma confissão e uma declaração. A primeira, já foi e, para alguns saudosistas, ainda é conhecida como a rainha das provas. Em verdade, é da natureza do ser humano negar tudo que possa prejudicá-lo, a fim de poder se conservar. Nesse bojo, a

---

<sup>38</sup> MARZAL, Alejandro Del Toro. El nuevo delito de Tortura: La reforma del derecho penal, Universiade Autonoma de Barcelona, 1980, p. 271.

<sup>39</sup> BURIHAN, Eduardo Arantes. A tortura como crime próprio, Editora Juarez de oliveira, São Paulo, 2008, p. 119.

confissão mostra-se como algo que busca refutar esse instinto animal e natural do ser humano, sendo que o confidente é aquele pretende reparar um dano, se arrependendo de determinada conduta, não se olvidando que para a confissão ser válida, esta deve ser espontânea. Já a declaração é uma manifestação de um ato volitivo, uma revelação, podendo ser ainda uma explicação ou uma informação<sup>40</sup>.

A primeira conduta do crime de tortura, disposta na Lei n.9455/97, demanda do agente um aspecto teleológico, qual seja a obtenção de informação ou confissão da vítima ou de terceira pessoa<sup>41</sup>.

Destarte, a finalidade do sujeito ativo é conseguir da vítima informações que levem a um autor de um acontecimento qualquer, do lugar onde pode ser descoberto algo, ou alguma notícia relativa a esse fato, ou à confissão do sujeito passivo da relação criminosa, que é a aquiescência da prática de fatos, eventualmente delituosos, que se suspeita ele tenha cometido<sup>42</sup>.

Por outro prisma, é imprescindível a tipificação do crime de tortura, se esta é aplicada em face da vítima, objetivando que terceiro preste esclarecimento, informações ou até mesmo se declare culpado de determinada infração na presença da vítima<sup>43</sup>.

Analisando o tipo penal seguinte, listado no art. 1º, inciso I, alínea b, pode-se perceber a grande similitude com o ato delitivo anteriormente mencionado, a não ser pelo especial fim de agir.

A propósito este tipo penal tem o especial fim de agir de provocar um ato comissivo ou omissivo com caráter delitivo, sendo imprescindível a caracterização do dolo. Assim, exige-se um *facere* (ação) ou um *non facere* (omissão), não necessitando, contudo, que a vítima do

---

<sup>40</sup> SZNICK, Valdir. TORTURA, Livraria e Editora Universitária de Direito LTDA, São Paulo, 1998, p.172 -173.

<sup>41</sup> BORGES. José Ribeiro. Tortura: Aspectos históricos e jurídicos; O crime de tortura na legislação brasileira; Análise da lei 9455/97, 1ª edição, Romana, Campinas, 2004, p. 175.

<sup>42</sup> BORGES. José Ribeiro. Tortura: Aspectos históricos e jurídicos; O crime de tortura na legislação brasileira; Análise da lei 9455/97, 1ª edição, Romana, Campinas, 2004, p. 175.

<sup>43</sup> BORGES. José Ribeiro. Tortura: Aspectos históricos e jurídicos; O crime de tortura na legislação brasileira; Análise da lei 9455/97, 1ª edição, Romana, Campinas, 2004, p. 175.

constrangimento pratique de forma efetiva uma ação positiva ou negativa, uma vez que em se tratando de crime formal, a consumação ocorre com a conduta, pouco importando o resultado <sup>44</sup>.

Não se pode olvidar que, a vítima agindo sob coação irresistível, para a satisfação dos interesses do agente delitivo, estará amparada pela excludente de culpabilidade, listada no art. 22, primeira parte, do Código Penal<sup>45</sup>.

Importante salientar que, se o torturador coagir fisicamente a vítima à prática de um delito, responderá pelo mesmo, visto que o torturado terá agido como mero instrumento do torturador, não respondendo pelo crime por ausência de vontade, fundamental à caracterização da conduta<sup>46</sup>.

Se a coação for resistível, o coator e o coagido responderão em concurso, sendo que a pena do primeiro será agravada, ao passo que o segundo terá a pena atenuada. Note-se que, desde o nascedouro do crime de tortura, respeitados os elementos do tipo em análise, seja através de violência ou grave ameaça, incidirá sobre o torturador o instituto do concurso material, pela prática do delito por ele realizado, bem como pela conduta desviante efetuada pelo coagido<sup>47</sup>.

Em seguida, a Lei n. 9455/97 em seu art. 1º, inciso I, alínea C, instaura a tortura discriminatória, em razão de raça ou religião<sup>48</sup>.

Para Sheilla Bierrenbach discriminação “é ato ou efeito de discriminar, diferenciar, distinguir” <sup>49</sup>. A discriminação, no tipo penal em tela, constitui elemento do tipo.

---

<sup>44</sup> SZNICK, Valdir. TORTURA, Livraria e Editora Universitária de Direito LTDA, São Paulo, 1998, p.172-173.

<sup>45</sup> Art.22. Se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem.

<sup>46</sup> BIERRENBACH, Sheilla, LIMA, Walberto Fernandes de. Comentários à lei de tortura – Aspectos Penais e Processuais Penais, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2006, p. 52.

<sup>47</sup> BIERRENBACH, Sheilla, LIMA, Walberto Fernandes de. Comentários à lei de tortura – Aspectos Penais e Processuais Penais, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2006, p.53.

<sup>48</sup> Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9455.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9455.htm) acessado em 20/11/2012

<sup>49</sup> BIERRENBACH, Sheilla, LIMA, Walberto Fernandes de. Comentários à lei de tortura – Aspectos Penais e Processuais Penais, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2006, p. 54.

Nesse deslinde, no constrangimento realizado em alguém com a aplicação de violência ou grave ameaça, resultando sofrimento físico ou mental, em virtude de discriminação racial ou religiosa, o legislador infraconstitucional não exigiu qualquer ação por parte da vítima<sup>50</sup>.

No entanto, deve-se efetuar a hermenêutica sistemática do inciso I, de maneira que a alínea c não pode ser analisada de forma dissociada das alíneas a e b, momento em que se deve interpretar o dispositivo da seguinte maneira: constranger alguém, causando-lhe sofrimento físico ou mental, a eventualmente fazer ou deixar de fazer qualquer ato, em razão de discriminação racial ou religiosa<sup>51</sup>.

Mais a frente, Sheilla Bierrenbach critica o poder legiferante que deu vida a essa conduta: “Verifica-se que o legislador da Lei ora analisada, apressado, cunhou tipo penal carente de complemento, tornando-o praticamente inaplicável”<sup>52</sup>.

Ao nos depararmos com tal preceito normativo, visualizamos indesculpável omissão legislativa concernente a outros grupos sociais que também poder ser vítimas de tortura, em virtude do preconceito. O preconceito homossexual, ideológico, étnico, de gênero e tantos outros, foram esquecidos pelo legislador pátrio.

Conquanto se conduza a interpretação deste tipo penal de uma forma que dê aplicabilidade ao dispositivo, é de se depreender que este ato normativo é alvo de algumas críticas, tais como a imprecisão da redação, posto que a expressão constranger, elemento essencial do tipo, que significa obrigar alguém a fazer ou deixar de fazer algo, não origina qualquer conduta a ser realizada pela vítima<sup>53</sup>.

Na mesma linha, Miguel Reale Júnior analisa:

---

<sup>50</sup> CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal 4 – Legislação Penal Especial, 7ª edição, Saraiva, 2012, p.735.

<sup>51</sup> CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal 4 – Legislação Penal Especial, 7ª edição, Saraiva, 2012, p.735.

<sup>52</sup> BIERRENBACH, Sheilla, LIMA, Walberto Fernandes de. Comentários à lei de tortura – Aspectos Penais e Processuais Penais, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2006, p. 55.

<sup>53</sup> BORGES. José Ribeiro. Tortura: Aspectos históricos e jurídicos; O crime de tortura na legislação brasileira; Análise da lei 9455/97, 1ª edição, Romana, Campinas, 2004, p. 175-176.

“Na alínea c, o texto é incompreensível, pois se diz que é crime de tortura constranger alguém, por violência ou grave ameaça, impondo-lhe sofrimento em razão de discriminação racial ou religiosa. Altera-se, todavia, o significado da dicção constranger. Ao não se fixar a que é a vítima constrangida em razão de discriminação racial ou religiosa, o verbo ‘constranger’ tem obrigatoriamente seu sentido alterado, não correspondendo mais a compelir ou coagir a algo. Só há sentido se o verbo constranger for entendido como ‘tolher a liberdade de’. É inadmissível que na mesma norma penal incriminadora o verbo, que é seu núcleo, tenha dois significados diversos, apesar de próximos. Faltou ao legislador cuidado e técnica na elaboração da norma”<sup>54</sup>.

A tortura discriminatória, conforme já ilustrado, prevê a conduta praticada em função de discriminação racial ou religiosa, ou seja, determinada pessoa sofrerá constrangimento (núcleo do tipo penal), em razão dessas duas características. No entanto, conforme mencionado anteriormente, nos dizeres de José Ribeiro Borges, “da análise do texto extrai-se um constrangimento vago, sem qualquer conduta imposta à vítima”<sup>55</sup>.

No ato desviante em tela, para fins de melhor tipificação, seria mais benéfico a edição de um ato normativo à parte, uma vez que para a consumação do delito seria apenas necessário o sofrimento físico ou mental infligido na vítima através de violência ou grave ameaça, em virtude de discriminação racial ou religiosa<sup>56</sup>.

Na mesma direção, a inclusão dos grupos sociais rotineiramente vítimas de preconceitos, em virtude de opção sexual, etnia, ideologia, gênero, etc., faz-se imperiosamente necessária para que haja punição severa àqueles que venham infligir sofrimento físico ou mental às figuras acima citadas.

De outra banda, o art. 1º, inciso II, inaugura a chamada tortura-castigo, que é um crime próprio, ou seja, impõe que a vítima esteja sob a

---

<sup>54</sup> JÚNIOR, Miguel Reale, Tipificação da Tortura, Enfoque Jurídico, n. 6, Brasília, Informe TRF - 1ª Região, abr-mai, 1997, p.17.

<sup>55</sup> BORGES. José Ribeiro. Tortura: Aspectos históricos e jurídicos; O crime de tortura na legislação brasileira; Análise da lei 9455/97, 1ª edição, Romana, Campinas, 2004, p. 175-176.

<sup>56</sup> BORGES. José Ribeiro. Tortura: Aspectos históricos e jurídicos; O crime de tortura na legislação brasileira; Análise da lei 9455/97, 1ª edição, Romana, Campinas, 2004, p. 175-176.

guarda ou autoridade do agente, exigindo, assim, característica específica ao sujeito ativo<sup>57</sup>.

A tortura-castigo, quando configurada, negligenciará a incidência do crime de maus tratos, relativos a abusos de meios de correção e disciplina, cuja consumação se materializa com a simples exposição ao perigo. Soma-se a isso que, na tortura o agente tem o *animus* de submeter à vítima a tais sofrimentos, enquanto nos maus tratos, tal fato não acontece. A tortura é mais específica, sendo imprescindível o respeito ao princípio da especialidade, para fins de se solucionar aparente conflito de normas<sup>58</sup>.

No sentir de Ana Paula Nogueira Franco:

“a diferença entre os dois delitos consiste no tipo de ação de quem comete o delito. No delito de maus tratos, a ação é a exposição da vítima ao perigo: privando-a de cuidados necessários ou alimentos: sujeitando-a a trabalho excessivo; abusando de meio corretivo. Já na tortura (inciso II do art. 1º da Lei 9455/97, a ação se resume em submeter alguém (sob sua autoridade, guarda ou vigilância) a intenso sofrimento físico ou mental com emprego de violência ou grave ameaça. Para a autora, a diferença é que no delito de maus-tratos o agressor expõe a vítima ao dano, enquanto que na tortura ele provoca o dano à vítima”<sup>59</sup>.

Contudo, há espaço para divagações, pois deixa-se aberta discricionariedade excessiva ao intérprete para aferir se há tortura ou maus tratos (Art. 136, Código Penal)<sup>60</sup>.

Os limites entre os crimes de maus tratos e tortura castigo, listada no art. 1º, inciso II, da Lei de Tortura são de muito confusos. A dicotomia entre os institutos deve ser realizada, tendo em vista o elemento subjetivo do agente. Neste contexto, se o sujeito abusa do direito de correção, este com fins

<sup>57</sup> Art. 1º. Constitui crime de tortura:

II – submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo.

<sup>58</sup> BORGES. José Ribeiro. Tortura: Aspectos históricos e jurídicos; O crime de tortura na legislação brasileira; Análise da lei 9455/97, 1ª edição, Romana, Campinas, 2004, p.177.

<sup>59</sup> FRANCO, Ana Paula Nogueira. Distinção entre maus-tratos e o art. 1, II, da Lei de Tortura. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n.62, p. 11, 11, jan, 1998 *apud* JESUS, Maria Gorete Marques, O crime de tortura e a justiça criminal, p. 66.

<sup>60</sup> Art.136. Expor a perigo a vida ou a saúde de pessoa sob sua autoridade, guarda ou vigilância, para fim de educação, ensino, tratamento ou custódia, quer privando-a de alimentação ou cuidados indispensáveis, quer sujeitando-a a trabalho excessivo ou inadequado, quer abusando de meios de correção de disciplina

de educação, tratamento ou custódia, irá incidir no tipo penal de maus-tratos. Contudo, se o agente tiver o objetivo de infligir sofrimento à vítima por qualquer que seja o sentimento motivador, incidirá no crime de tortura-castigo<sup>61</sup>.

Na mesma via, faz-se necessário contextualizar e diferenciar os dois institutos em análise, quais sejam a tortura-castigo e os maus tratos. Eis o teor de uma decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo:

“Crime. Tortura e maus tratos. Distinção. A tortura refere-se ao flagelo, ao martírio, à maldade, praticados por puro sadismo imotivado, ou na expectativa de extorquir notícia, confissão ou informação qualquer, sem se ligar a um sentimento de castigo de reprimenda, por ato que repete errôneo, impensado ou mal-educado, ao passo que o delito de maus tratos, diferentemente, diz respeito ao propósito de punir, castigar para censurar ou emendar” – Acórdão do TJSP, Apelação n. 145.497-3/6.

Noutro giro, o art. 1º, § 1º, da Lei de Tortura deflagra a tortura infligida em pessoa que está presa ou que está submetida à medida de segurança. Confira-se:

Art. 1º: Constitui crime de tortura:

§1º. Na mesma pena incorre quem submete pessoa presa ou sujeita a medida de segurança a sofrimento físico ou mental, por intermédio da prática de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal.

Trata-se de figura equiparada, sendo que na hipótese em análise, a vítima está presa legalmente ou submetida à medida de segurança, porém o constrangimento é criminoso. Até a pessoa com a face desfigurada pelo cometimento do ilícito penal e marginalizada da sociedade, em virtude do cárcere, tem o direito de ter sua integridade física e sua dignidade preservadas, uma vez que a pena imposta limita-se à privação da liberdade, não podendo ser complacente à outras medidas que afrontem a dignidade humana do preso<sup>62</sup>.

Aqui o sujeito passivo pode ser o custodiado, preso em caráter provisório, em virtude de condenação ou para cumprir medida de segurança,

---

<sup>61</sup> BIERRENBACH, Sheilla, LIMA, Walberto Fernandes de. Comentários à lei de tortura – Aspectos Penais e Processuais Penais, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2006, p. 90.

<sup>62</sup> CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal 4 – Legislação Penal Especial, 7ª edição, Saraiva, 2012, p.739.

conforme a legislação penal, tanto de natureza material quanto processual, podendo, ainda, decorrer de leis penais esparsas. Apesar de legalmente apreendido e impedido de fruir o direito à livre circulação, não é suprimido do segregado os outros direitos relativos à pessoa humana, sendo que nessa situação, em que está na tutela do Estado, deve-se respeitar sobremaneira tais direitos<sup>63</sup>.

A ação não disposta em lei pode assumir diversas facetas, possibilitando que atos não oriundos dos ditames legais, ultrapassem os limites determinados pelo texto legal<sup>64</sup>.

O delito em questão não se confunde com o previsto no art. 4, alínea b, da Lei de Abuso de Autoridade, tendo em vista não tratar de submeter o detido a ato vexatório, mas de infligir-lhe sofrimento, ou seja, elevado grau de dor física ou mental<sup>65</sup>. Desta forma, mostrar pessoa algemada, sem que se tenha a devida necessidade do uso da algema, configura o crime de abuso de autoridade e não de tortura<sup>66</sup>.

Posteriormente, nos deparamos com outra ação condizente com a tortura, qual seja a tortura imprópria, listada no art. 1º, § 2º, da Lei n. 9455/97. Senão vejamos:

Art.1º. Constitui crime de tortura:

§2º. Aquele que se omite em face dessas condutas, quando tinha o dever de evita-las ou apurá-las, incorre na pena de detenção de um a quatro anos.

A tortura imprópria é considerada um crime omissivo, dirigido àqueles agentes que deveriam evitar o delito, através de um mandamento em contrário, que ostentavam a faculdade de cessar a ordem arbitrária, ou, ainda,

---

<sup>63</sup> BORGES. José Ribeiro. Tortura: Aspectos históricos e jurídicos; O crime de tortura na legislação brasileira; Análise da lei 9455/97, 1ª edição, Romana, Campinas, 2004, p.180.

<sup>64</sup> BORGES. José Ribeiro. Tortura: Aspectos históricos e jurídicos; O crime de tortura na legislação brasileira; Análise da lei 9455/97, 1ª edição, Romana, Campinas, 2004, p.180.

<sup>65</sup> Art.4º Constitui também abuso de autoridade:

b) submeter pessoa sob sua guarda ou custódia a vexame ou a constrangimento não autorizado em lei;

<sup>66</sup> CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal 4 – Legislação Penal Especial, 7ª edição, Saraiva, 2012, p.740.

quando o agente, ciente da ação realizada, podendo investigar a responsabilidade dos agentes criminosos não o faz<sup>67</sup>.

A conivência, se simultânea ao delito, é considerada crime, pois torna-se situação intrinsecamente relacionada ao resultado, sendo que, por consequência, o agente responderá também pelo fato típico<sup>68</sup>.

Ressalte-se que na conduta em análise há espaço para o cabimento de uma omissão penalmente relevante (art. 13, § 2º, do Código Penal), sendo que tanto o sujeito ativo tem o dever de cuidado ou vigilância, quanto àquele que detinha a responsabilidade de evitar o resultado, não se olvidando daquele que com a sua conduta anterior gerou o risco da ocorrência do resultado, podem ser partes integrantes desta figura penal<sup>69</sup>.

Com efeito, a primeira ação disposta no tipo penal em questão, reflete a omissão penalmente relevante, que enseja a participação criminosa, no concurso de pessoas. Tal ato comissivo por omissão pode ser anterior ou simultâneo à conduta positiva. A conduta negativa no sentido de investigar a responsabilidade dos agentes delituosos, é situação de conivência postergada e não de participação<sup>70</sup>.

Ademais, o fato típico ora analisado sofre críticas, uma vez que descreve somente a pena de um a quatro anos ao agente omissivo à tortura de outrem, que deve, por sinal, evitá-la. Prevê a Constituição Federal, em seu artigo 5º, XLIII, que os executores, mandantes e os que, podendo evitar, não o fazem, respondem por crime de tortura<sup>71</sup>.

Contudo, o reitor das leis infraconstitucionais achou por bem que o agente que assiste ao delito deve ser punido com uma pena mais branda do que a estabelecida, por exemplo, a um mandante ou um executor da tortura.

---

<sup>67</sup> BORGES. José Ribeiro. Tortura: Aspectos históricos e jurídicos; O crime de tortura na legislação brasileira; Análise da lei 9455/97, 1ª edição, Romana, Campinas, 2004, p.180-181.

<sup>68</sup> BORGES. José Ribeiro. Tortura: Aspectos históricos e jurídicos; O crime de tortura na legislação brasileira; Análise da lei 9455/97, 1ª edição, Romana, Campinas, 2004, p.180-181.

<sup>69</sup> BORGES. José Ribeiro. Tortura: Aspectos históricos e jurídicos; O crime de tortura na legislação brasileira; Análise da lei 9455/97, 1ª edição, Romana, Campinas, 2004, p.180-181.

<sup>70</sup> BORGES. José Ribeiro. Tortura: Aspectos históricos e jurídicos; O crime de tortura na legislação brasileira; Análise da lei 9455/97, 1ª edição, Romana, Campinas, 2004, p.180.

<sup>71</sup> JURICIC, Paulo. Crime de Tortura, Ed. Juarez de Oliveira, São Paulo, 1999 p.73.

Nesse sentido, o dispositivo examinado destoa não só da teoria do crime, em seu aspecto doutrinário, mas também à Parte Geral do Código Penal<sup>72</sup>.

Mirabete se posiciona a respeito de maneira similar<sup>73</sup>:

“Assim, essas pessoas, concorrendo para o crime de tortura, por omissão, deveriam responder por esse delito, em paridade de tratamento com os autores diretos do crime. Não se justifica absolutamente, por exemplo, que a autoridade, que não concorrendo para o crime por determinação ou induzimento, seja submetida a uma pena menos severa do que aquela prevista para seu subordinado, executor da tortura, quando devia e podia agir para evitá-la”.

Em sentido diverso, existem defensores deste tipo penal, frisando que, se a autoridade realizar o crime de autoria em co-autoria ou mediante participação com funcionário em posição de subordinação inferior, acontecerá o concurso de crimes, tendo em mente que os bens jurídicos tutelados, *in casu*, são diferentes, haja vista que na omissão, cuida-se da moral administrativa, já na tortura, propriamente realizada, alberga-se, principalmente, a dignidade da pessoa humana<sup>74</sup>.

Assim, para essa corrente doutrinária, é imperioso deixar consignado que, se o funcionário hierarquicamente superior agir em co-autoria ou participação no crime de tortura, responderá também por esse delito, ou seja, não se aplica o princípio da consunção ou absorção, mormente por não se visualizar no caso circunstância que demonstre eventual conflito aparente de normas<sup>75</sup>.

A Lei n. 9455/97 sofre algumas críticas, como acima exposto. Além dessas mencionados, outro argumento, como veremos a seguir, seria o fato de que este ato normativo possui incompletudes que ferem o princípio da legalidade, por utilizar a conceituação de tipos penais abertos, como se percebe em seu art. 1º, o qual descreve as condutas desviantes de maneira superficial, deixando a cargo do intérprete tarefa tortuosa para identificar se a conduta é típica ou não, dando espaço a divagamentos semânticos.

---

<sup>72</sup> JURICIC, Paulo. Crime de Tortura, Ed. Juarez de Oliveira, São Paulo, 1999 p.73.

<sup>73</sup> MIRABETTE, Júlio Fabrinni. Tortura: notas sobre a Lei n.9455/97. Revista dos Tribunais, a.86, v.746, dez 1997, p. 477.

<sup>74</sup> COIMBRA, Mário. Tratamento do injusto penal de tortura, Revista dos Tribunais, 2002, p.191.

<sup>75</sup> MOSSIN, Heráclito A. Tortura: Lei n.9455/97. Revista jurídica, ano 45, n. 236, jun. 1997, p. 45-46.

Percebe-se nas condutas listadas no artigo 1º, da Lei n.9455/97 a possibilidade de um número enorme ações se encaixarem no tipo penal, cujo nascedouro ou não do ato criminoso de tortura não se perfaz pela imperfeição da dicção legal, mas sim por um juízo subjetivo do intérprete, que pode ser realizado por um bom ou mau senso<sup>76</sup>.

E não para por aí, além de o ordenamento jurídico ter considerado a tortura como um crime comum, o que é muito controverso na doutrina, conforme mencionamos, a lei em análise esqueceu-se de destrinchar os conceitos inerentes à prática de tortura. O legislador, neste caso, escolheu arquitetar um tipo penal aberto, este que deixa a critério do intérprete excessivo juízo discricionário<sup>77</sup>.

Nesse sentido, o legislador pode determinar o tipo penal, mediante a opção de dois critérios, quais sejam os tipos penais abertos e os tipos penais fechados. O primeiro é constituído de uma descrição robusta das ações delinquentes, não deixando ao intérprete da norma outra missão que não seja a subsunção do fato real com a norma em abstrato. O segundo, que é o caso da Lei de Tortura, configura-se como uma descrição imperfeita da conduta desviante, derivando para o intérprete missão ingrata de complementar a norma<sup>78</sup>.

Note-se que os incisos I e II do artigo 1º da lei em apreço consignam o vocábulo “sofrimento físico e mental”, porém somente o inciso II determina o “intenso sofrimento físico ou mental”, decorrendo de ambas as expressões uma indesejada imprecisão, levando aquele que vai interpretar a lei à tarefa de enquadrar infinitas condutas como crime de tortura pelo simples fato de causarem “intenso sofrimento físico e mental”, em detrimento de outras

---

<sup>76</sup> CABETTE, Eduardo Luiz Santos. A definição do crime de tortura no ordenamento jurídico penal brasileiro *Apud* BORGES, José Ribeiro, Tortura: aspectos históricos e jurídicos; O crime de tortura na legislação brasileira; Análise da lei 9455/97, 1ª edição, Romana, Campinas, 2004, p. 245/283.

<sup>77</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. Alguma notas sobre a nova Lei de tortura –Lei n.9455 de 7 de abril de 1997. Boletim Ibccrim, São Paulo, n.54, maio de 1997 *apud* JESUS, Maria Gorete Marques, O crime de tortura e a justiça criminal, *IBCCRIM*. São Paulo. 2010, p. 61.

<sup>78</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. Alguma notas sobre a nova Lei de tortura –Lei n.9455 de 7 de abril de 1997. Boletim Ibccrim, São Paulo, n.54, maio de 1997 *apud* JESUS, Maria Gorete Marques, O crime de tortura e a justiça criminal, *IBCCRIM*. São Paulo, 2010, p. 61.

ações que podem possuir as mesmas características, porém não acabam sendo abarcadas pela Lei<sup>79</sup>.

Nesse bojo, o ato do pai que bate no filho com intuito de corrigi-lo, ou do agente estatal que impõe ao preso reprimendas corporais, com o argumento de punição, podem ser objeto da Lei de Tortura, tendo em vista que o intérprete pode considerar que tais ações ensejaram um “intenso sofrimento físico e mental” tanto na criança quanto no prisioneiro<sup>80</sup>.

Então, por conseguinte, o crime de maus tratos pode ser analisado pelo hermenauta como um crime de tortura, a depender se os operadores do direito consideram a constatação de um “intenso sofrimento físico e mental” na vítima<sup>81</sup>.

Noutro giro, destaca-se, no estatuto repressivo em análise, a não utilização pelo poder legislativo de um processo bem elaborado de discussão e votação para a edição da Lei n. 9455/97, denotando-se um apressamento desnecessário<sup>82</sup>.

Apesar de por muito tempo figurar como projeto lei no Congresso Nacional, a Lei n. 9455/97 foi debatida de maneira acelerada e votada quase que sumariamente, ainda sob as memórias recentes do episódio ocorrido na Favela Naval, em Diadema, no Estado de São Paulo, onde agentes estatais da polícia militar humilharam e espancaram muitas pessoas, abusando de suas autoridades investidas pelo Estado e causando a morte de uma das vítimas<sup>83</sup>.

---

<sup>79</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. Alguma notas sobre a nova Lei de tortura –Lei n.9455 de 7 de abril de 1997. Boletim Ibccrim, São Paulo, n.54, maio de 1997 *apud* JESUS, Maria Gorete Marques, O crime de tortura e a justiça criminal, p. 63-64. *IBCCRIM*. São Paulo. 2010.

<sup>80</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. Alguma notas sobre a nova Lei de tortura –Lei n.9455 de 7 de abril de 1997. Boletim Ibccrim, São Paulo, n.54, maio de 1997 *apud* JESUS, Maria Gorete Marques, O crime de tortura e a justiça criminal, p. 63-64. *IBCCRIM*. São Paulo. 2010.

<sup>81</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. Alguma notas sobre a nova Lei de tortura –Lei n.9455 de 7 de abril de 1997. Boletim Ibccrim, São Paulo, n.54, maio de 1997 *apud* JESUS, Maria Gorete Marques, O crime de tortura e a justiça criminal, p. 61. *IBCCRIM*. São Paulo. 2010.

<sup>82</sup> LEAL, João José. Lei dos Crimes Hediondos ou Direito Penal da Severidade: doze anos de equívocos e casuísmos, Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 40, 2002, p.166.

<sup>83</sup> LEAL, João José. Lei dos Crimes Hediondos ou Direito Penal da Severidade: doze anos de equívocos e casuísmos, Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 40, 2002, p.166.

O fato de a Lei n. 9455/97 ter sido editada mediante evidente pressão midiática, não se dando tempo de averiguar os mecanismos hábeis de um devido processo de técnica legislativa, resultou em uma norma incompleta<sup>84</sup>.

Ademais, tentando acertar o legislador que editou a Lei n.9455/97 acabou errando no tocante à aplicabilidade deste diploma normativo, ensejando celeumas doutrinárias, além de exacerbada insegurança jurídica<sup>85</sup>.

Diante de todas as críticas supracitadas à Lei n. 9455/97, que revelam uma atecnia legal da referida lei, é seguro retratar a passagem exposta por Luigi Ferrajoli, referente às diferenças entre os Princípios de Legalidade Ampla ou de mera legalidade e o Princípio de Legalidade Estrita ou Princípio de Estrita Legalidade, que, em suma, diz:

“Para a satisfação do primeiro não há necessidade de uma descrição semântica taxativa. Ao contrário ao Princípio da Legalidade Estrita é imprescindível a taxatividade descritiva das condutas incriminadas. Em suma, mera legalidade determina que ao juiz é dado apenas reconhecer como àquilo que é predeterminado pelo legislador tal. Já para a legalidade estrita, não basta que haja uma previsão do legislador para que o juiz possa reconhecer a conduta como criminosa (...). Em suma, não basta que o legislador produza leis de acordo com o processo legislativo, mas é imprescindível que ele produza leis claras, taxativas, com descrições objetivas”<sup>86</sup>.

Enfrentando tais ensinamentos, é possível visualizar que a Lei n. 9455/97 infringe o Princípio da Legalidade Estrita, por não descrever os tipos penais de maneira clara e objetiva, dando espaço interpretações em excessiva desconformidade com a lei.

Dessa forma, objetivando o respeito à legalidade estrita sob uma perspectiva de razoabilidade, o legislador ordinário, por meio do poder constituinte derivado que lhe é atribuído, poderia modificar a lei, adotando, por exemplo, procedimento parecido ao utilizado nas hipóteses constantes dos homicídios qualificados, isto é, um montante de condutas inimagináveis descritas de forma casuística, além de bem delineadas, fechadas por uma abstração genérica, a qual seria completada por uma interpretação que

---

<sup>84</sup> LEAL, João José. Lei dos Crimes Hediondos ou Direito Penal da Severidade: doze anos de equívocos e casuísmos, Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 40, 2002, p.166.

<sup>85</sup> JURICIC, Paulo. Crime de Tortura, Ed. Juarez de Oliveira, São Paulo, 1999, p.71.

<sup>86</sup> FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão. Revista dos Tribunais, p. 305/306.

prestigia a analogia, ao passo que os parâmetros, para tanto, seriam casos determinados normativamente<sup>87</sup>.

---

<sup>87</sup> CABETTE, Eduardo Luiz Santos. A definição do crime de tortura no ordenamento jurídico penal brasileiro *apud* BORGES, José Ribeiro, Tortura: aspectos históricos e jurídicos; O crime de tortura na legislação brasileira; Análise da lei 9455/97, 1ª edição, Romana, Campinas, 2004, p. 245/283.

## 2. DA ANISTIA, GRAÇA E INDULTO

Neste segundo capítulo, examinaremos três espécies do Direito de Graça, que são a anistia, a graça e o indulto. O intuito é compreender as particularidades de cada um desses institutos, os quais possuem grande relevância em um Estado Democrático de Direito, visto que viabilizam a reparação de eventuais injustiças realizadas pelo poder estatal. Ressalte-se, a pretensão de demonstrar as particularidades e as diferenciações de cada uma dessas indulgências, vez que comumente elas são veiculadas indistintamente.

### 2.1. Da Anistia

Anistia significa, etimologicamente, esquecimento. No âmbito penal, passa-se uma esponja sobre o crime cometido<sup>88</sup>. Seria uma ação do soberano estatal que cobre com o véu do olvido alguns atos desviantes, e, por conseguinte, impede ou extingue as respectivas demandas judiciais, transformando os efeitos da condenação em algo inexistente<sup>89</sup>.

Na bem elaborada lição de Giuseppe Maggiore, a anistia se perfaz como:

“uma das mais antigas formas de extinção da pretensão punitiva é a indulgência do príncipe, que se expressa em três instituições: a anistia, o indulto a graça. A *indulgentia principis* se justifica como uma medida equitativa endereçada a suavizar a aspereza da justiça, quando particulares circunstâncias políticas, econômicas e sociais, fariam esse rigor aberrante e iníquo. Desse modo, atua como um ótimo meio de pacificação social, depois de períodos turbulentos que transtornam a vida nacional e são ocasião inevitável de delitos<sup>90</sup>.”

Igualmente, ao nos debruçarmos sobre os pressupostos negativos à punição encontramos o direito de graça (aqui englobando a anistia,

---

<sup>88</sup> GARCIA, Basileu, Instituições de Direito Penal, v. I, tomo II, 4ª edição, Max Limonad, p, 473. *Apud* SHINTATI, Tomaz M., Curso de Direito Penal – Parte Geral, 2ª edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1993, p. 448.

<sup>89</sup> MAXIMILIANO, Carlos, Comentários à Constituição Brasileira, 1954, v. I, p. 155. *Apud* MARQUES, José Frederico, Tratado de Direito Penal, v. III, 2002, Editora Millennium, p.510.

<sup>90</sup> MAGGIORE, Giuseppe. Derecho penal, v. II, 1954, p. 357.

graça e indulto), que assume a tarefa político-criminal de viabilizar uma válvula de segurança do sistema penal, como um ato de indulgência e tolerância à severidade da lei, tendo como finalidade a reabilitação do segregado. Em determinadas ocasiões, o exercício do direito de graça desempenha o caráter geral, abarcando algumas categorias de atos ou agentes; em outras, extingue, modifica, atenua ou suspende a pena disposta e transitada em julgado contra um sentenciado específico<sup>91</sup>.

Desse modo, a anistia é um instrumento legislativo pelo qual o Estado deixa, renuncia seu poder-dever de exercitar o direito de punir perante o autor de um crime. Tal ato se justifica por razões de necessidade ou conveniência no âmbito político. A atribuição para a concessão de anistia é do Congresso Nacional, não obstante a sanção do Presidente da República<sup>92</sup>.

Com efeito, a anistia seria a declaração, dada pelo poder público, de que determinados injustos penais, a partir daquele momento, se tornariam impuníveis, por motivo de utilidade pública, sendo que a ótica do mencionado instituto é destinada aos fatos em detrimento das pessoas<sup>93</sup>.

Substancialmente, a anistia, das três medidas inerentes ao direito de graça, possui o grau de maior importância, buscando, via de regra, atingir os crimes políticos, sendo que a lei que determina a concessão deste benefício tem o condão de apagar as marcas do crime, como se este nunca tivesse acontecido, excetuando-se, a tanto, o dever de reparação do dano<sup>94</sup>.

A anistia, nesse passo, ostenta a natureza de generalidade, atingindo um grupo indeterminado de indivíduos, e tem efeitos *ex tunc*, isto é, alcança fatos pretéritos, extinguindo tudo, até a decisão condenatória transitada em julgado, dando ensejo, por consequência, que se o possível

---

<sup>91</sup> COSTA, Álvaro Mayrink da, *Direito Penal – Parte Geral – Consequências Jurídicas do Injusto*, v. 3, 7ª edição, Editora Forense, 2007, p. 699-700.

<sup>92</sup> DOTTEI, René Ariel, *Curso de Direito Penal – Parte Geral*, 3ª Edição, Revista dos Tribunais, 2007, p. 765.

<sup>93</sup> NUCCI, Guilherme de Souza, *Manual de Direito Penal – Parte Geral*, 7ª Edição, Revista dos Tribunais, 2011, p. 598.

<sup>94</sup> VARGAS, José Cirilo de, *Instituições de Direito Penal – Parte Geral*, Volume I, Tomo II, 1ª Edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1999, p.198-199.

anistiado cometer outro crime, não será abrangido pelos efeitos da reincidência<sup>95</sup>.

Sob uma perspectiva histórica, a anistia é conhecida como a “lei do esquecimento”, visto que se materializa como um ato de clemência concedido aos responsáveis por diversos tipos de atos desviantes, a título de exemplo pode-se citar os crimes da imprensa, anteriormente previstos na Lei 5.250/67, sendo declarada inconstitucional pela ADPF130-7<sup>96</sup>.

Sem embargos, quanto às características, segundo René Ariel Dotti:

“Trata-se de causa extintiva da punibilidade que alcança também a medida de segurança (CP, art.96, parágrafo único) e tem caráter mais abrangente que o indulto e a graça posto que se destina a *fazer desaparecer* o caráter reprovável do fato punível e a *perdoar* os seus autores, impedindo o reconhecimento da reincidência quanto aos ilícitos futuros. Concedida antes, durante ou após o processo penal, a anistia tem o condão de extinguir os efeitos da infração penal, com exceção da obrigação de indenizar o dano resultante do fato (CP, art. 91, I, e CC, arts. 927 e ss.)”<sup>97</sup>.

Esta causa extintiva de punibilidade, qual seja a anistia subdivide-se em espécies, podendo ser própria ou imprópria, plena ou restrita, incondicional ou condicional.

A anistia será própria quando concedida em momento anterior à condenação, isto quer significar que a concessão deverá ser feita no curso da ação penal ou até mesmo antes de sua instauração<sup>98</sup>.

A anistia será imprópria se concedida em momento posterior à sentença condenatória, tendo ela transitado em julgado ou, ainda, em grau de recurso<sup>99</sup>.

---

<sup>95</sup> VARGAS, José Cirilo de, Instituições de Direito Penal – Parte Geral, Volume I, Tomo II, 1ª Edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1999, p.198-199.

<sup>96</sup> DOTTI, René Ariel, Curso de Direito Penal – Parte Geral, 3ª Edição, Revista dos Tribunais, 2007, p. 765.

<sup>97</sup> DOTTI, René Ariel, Curso de Direito Penal – Parte Geral, 3ª Edição, Revista dos Tribunais, 2007, p. 765-766.

<sup>98</sup> DOTTI, René Ariel, Curso de Direito Penal – Parte Geral, 3ª Edição, Revista dos Tribunais, 2007, p. 766.

<sup>99</sup> DOTTI, René Ariel, Curso de Direito Penal – Parte Geral, 3ª Edição, Revista dos Tribunais, 2007, p. 766.

A benesse em análise pode ser plena (geral), momento em que beneficia todos os agentes do ato criminoso, não importando a qualidade ou condição pessoal dos mesmos, abarcando, inclusive, os reincidentes<sup>100</sup>.

Em sentido contrário, a anistia restrita (parcial) se restringe a determinados atores da infração penal, vez que o delito permanece punível em relação aos demais agentes, podendo ocorrer, ainda, em relação a determinados atos desviantes, excluindo-se outros, situação em que se cuida de concurso de crimes<sup>101</sup>.

A anistia, ainda, pode ser incondicional, caracterizando-se pela faculdade de ser concedida sem que determinada lei estabeleça qualquer tipo de condição, tendo em vista possui um caráter de perdão, ou seja, busca apagar as memórias de acontecimentos passados, como ocorreu com as infrações políticas (Lei n. 7.170/83) ou, por fim, esquecer as ofensas irrogadas, como se deu com os crimes de imprensa (Lei n. 5.250/67)<sup>102</sup>.

Por fim, a anistia terá natureza condicional quando o possível favorecido recusar a incidência desta causa extintiva de punibilidade. Tal fato acontece, por exemplo, nos crimes de insubmissão e deserção, tipificados no Código Penal Militar, respectivamente nos artigos 183 e 187 a 192, quando a apresentação ou a incorporação são condições alternativas para que o benefício seja deferido<sup>103</sup>.

Cabe pontuar a irrenunciabilidade da anistia, excetuando-se a anistia condicionada, situação em que possível renunciar essa contemplação. A Lei de Execução Penal (Lei n. 7210/84), em seu art. 187, é imperativa ao dispor que “*concedida a anistia, o juiz de ofício, a requerimento do interessado ou do*

---

<sup>100</sup> DOTTI, René Ariel, Curso de Direito Penal – Parte Geral, 3ª Edição, Revista dos Tribunais, 2007, p. 766.

<sup>101</sup> DOTTI, René Ariel, Curso de Direito Penal – Parte Geral, 3ª Edição, Revista dos Tribunais, 2007, p. 766.

<sup>102</sup> DOTTI, René Ariel, Curso de Direito Penal – Parte Geral, 3ª Edição, Revista dos Tribunais, 2007, p. 767.

<sup>103</sup> DOTTI, René Ariel, Curso de Direito Penal – Parte Geral, 3ª Edição, Revista dos Tribunais, 2007, p. 767.

*Ministério Público, por proposta da autoridade administrativa ou do Conselho Penitenciário, declarará extinta a punibilidade*<sup>104</sup>.

Dessa forma, com relação ao seu procedimento, concedido o benefício da anistia, o magistrado extingue, mediante declaração, a punibilidade do condenado. Ressalte-se, a espécie de anistia condicionada, concedida na norma para apurar seus efeitos em face dos agentes condenados que incorreram na prática de injustos penais mencionados na lei a ser aplicada. Entretanto, conforme salientamos, com relação à anistia condicionada, a natureza da indulgência impõe que se averigue, com o possível anistiado, a sua concordância ou não em se submeter às regras que serão impostas. O juiz deverá declarar extinta a punibilidade somente após a aceitação do réu ou condenado. Se o agente aceitar a anistia e o juiz declarar extinta a punibilidade por sentença irrecorrível, é defeso ao magistrado revogá-la, em virtude do respeito à coisa julgada, mesmo que não sejam atendidas, posteriormente, as condições impostas, havendo apenas a possibilidade de ser imputado ao agente, nesse caso, a prática do crime do art. 359 do Código Penal<sup>105</sup>.

Relativamente ao procedimento, o Ministério Público e o interessado possuem a prerrogativa de requererem a extinção da punibilidade, mediante a anistia, propondo-a à autoridade administrativa, segundo as leis locais. A autoridade administrativa poderá ser o diretor do presídio, o coordenador dos estabelecimentos, o Conselho Penitenciário, etc. Ressalte-se, por último, a possibilidade do juiz atuar de ofício<sup>106</sup>.

Contudo, antes de decretar extinta a punibilidade, o magistrado deve ouvir o *parquet*, que é o fiscal da lei. Cabe agravo em execução, a ser interposto pelo Ministério Público ou pelo interessado, da decisão que determina ou não a extinção da punibilidade pela anistia<sup>107</sup>.

Sob outra perspectiva, há que se ponderar que a rejeição do instituto da anistia aos crimes que lesaram a humanidade, praticados no Brasil

---

<sup>104</sup> COSTA, Álvaro Mayrink da, *Direito Penal – Parte Geral – Consequências Jurídicas do Injusto*, v. 3, 7ª edição, Editora Forense, 2007, p. 702.

<sup>105</sup> MIRABETE, Júlio Fabbrini, *Execução Penal*, 2004, 11ª edição, Editora Atlas, p. 783.

<sup>106</sup> MIRABETE, Júlio Fabbrini, *Execução Penal*, 2004, 11ª edição, Editora Atlas, p. 783-784.

<sup>107</sup> MIRABETE, Júlio Fabbrini, *Execução Penal*, 2004, 11ª edição, Editora Atlas, p. 783-784.

em regimes políticos autocráticos, abre espaço para considerações, tais como: a quem pertence o monopólio do *ius puniendi*? A titularidade deve ser dada a sociedade ou ao Estado? Não se deve olvidar que os crimes que afrontam bens jurídicos da humanidade possuem uma dimensão social e coletiva<sup>108</sup>.

Sabe-se que a anistia possui a natureza de jurídica de “perdoar” determinados crimes. Entretanto, a sociedade teve acesso a real verdade dos fatos para eventualmente perdoar os agentes responsáveis nas esferas judiciais ou extrajudiciais<sup>109</sup>?

Essas indagações ensejam o reconhecimento de que, no Brasil, houve uma autoanistia (caso se entenda o artigo 1º da Lei 6.683/79 deve ser estendido aos agentes de governo), uma vez que praticados diversos crimes por um governo ilegítimo, este se autoimunizou. Ora, não existe perdão em relações interpartes. Não estando o governo daquela época legislando para sua autoconsciência, tem-se que tal imunidade é inválida em face de todo o povo brasileiro e, principalmente, em face das vítimas<sup>110</sup>.

Com efeito, a Lei 6.683/79, que trata da anistia, considera conexos, com seus devidos efeitos, quaisquer crimes de diversas naturezas que possuem relação com crimes políticos ou perpetrados em virtude de uma motivação política (art.1º, §1º). Os juristas da ditadura interpretaram o dispositivo em comento, e se utilizaram de um argumento que beneficiava todos aqueles que torturaram e mataram em nome do Estado<sup>111</sup>.

A propósito é mister, mediante os ensinamentos de Hélio Bicudo, analisar a relação do que venham a ser os crimes conexos em face da Lei de anistia (Lei n. 6.683/79):

---

<sup>108</sup> ROCHA, Joceli Scremin da. Anistia – limites e possibilidades para a responsabilização jurídica dos agentes violadores de direitos humanos no Brasil. Disponível em: [bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/34968/anistia\\_limites\\_possibilidades\\_rocha.pdf?sequence=1](http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/34968/anistia_limites_possibilidades_rocha.pdf?sequence=1). Acesso em: 12 de agosto de 2013.

<sup>109</sup> ROCHA, Joceli Scremin da. Anistia – limites e possibilidades para a responsabilização jurídica dos agentes violadores de direitos humanos no Brasil. Disponível em: [bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/34968/anistia\\_limites\\_possibilidades\\_rocha.pdf?sequence=1](http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/34968/anistia_limites_possibilidades_rocha.pdf?sequence=1). Acesso em: 12 de agosto de 2013.

<sup>110</sup> MARX, Ivan Cláudio. Operação Condor: crimes impunes? Juízes para a Democracia, a.12, n.47, dez. 2008 a fev. 2009, p.07.

<sup>111</sup> BICUDO, Hélio, Anistia desvirtuada, v. 13, n. 53, mar. 2005 a abr. 2005, Revista Brasileira de Ciências Criminais, Revista dos Tribunais, pg. 88-89.

“Vem, de seguida, a conceituação do que sejam crimes conexos. Crimes conexos contemplam as ações de uma ou mais pessoas objetivando o mesmo resultado. Daí se infere que uma é a finalidade daqueles que praticam crimes políticos ou a ele assemelhados (a lei fala, impropriamente, em crimes conexos aos políticos), bem outra é a meta daqueles que torturam e matam em nome do Estado ou com seu consentimento. Como falar-se em conexidade, se os crimes de uns vão num sentido e o de outros em sentido diverso?”

“Tudo isto quer dizer que a anistia contempla crimes cometidos contra o Estado, que ao Estado convém esquecer para encontrar a pavimentação imprescindível ao desenvolvimento harmônico da sociedade”.

“Beneficia aqueles sobre os quais o Estado impôs sua vontade, excluindo-os da convivência social ou, extravasando em sua atuação, torturando-os ou matando-os. Assim, a anistia dispensa a aplicação das leis penais a determinadas pessoas, considerando não puníveis os atos que praticaram, tipificados, embora nos códigos penais ou leis extravagantes. Tudo isto tendo em vista a motivação que leva à prática de delitos, depois considerados inexistentes pelo próprio Estado”<sup>112</sup>.

Desta feita, os crimes anistiados não foram realizados em causas, mas em condições para que agentes públicos, subordinados do Estado, fossem quais fossem, infligissem àquelas pessoas abrangidas pela lei de anistia, o tratamento ignóbil e degradante a que foram submetidas. Assim, não existe entre uns e outros a alegada conexidade, que deve decorrer de umnexo causal entre as ações cometidas por uma ou mais pessoas, buscando-se o mesmo fim<sup>113</sup>.

O Brasil ao subscrever e ratificar o Pacto de São José da Costa Rica reconheceu a competência da Comissão Interamericana de Direitos Humanos sobre assuntos relacionados a esta matéria, sendo que a Comissão mencionada repudia a não investigação e punição de agentes que cometeram crimes que lesam a humanidade, como, de fato, aconteceu no período de regime autoritário abrangido pela Lei de Anistia<sup>114</sup>.

Igualmente, a Corte Interamericana já asseverou que “os Estados não podem, para não dar cumprimento a suas obrigações

---

<sup>112</sup> BICUDO, Hélio, Anistia desvirtuada, v. 13, n. 53, mar. 2005 a abr. 2005, Revista Brasileira de Ciências Criminais, Revista dos Tribunais, pg. 90.

<sup>113</sup> BICUDO, Hélio, Anistia desvirtuada, v. 13, n. 53, mar. 2005 a abr. 2005, Revista Brasileira de Ciências Criminais, Revista dos Tribunais, pg. 92.

<sup>114</sup> BICUDO, Hélio, Anistia desvirtuada, v. 13, n. 53, mar. 2005 a abr. 2005, Revista Brasileira de Ciências Criminais, Revista dos Tribunais, pg. 93.

internacionais, invocar disposições existentes em seu direito interno” como é a hipótese da Lei de Anistia, a qual dificulta a investigação e o acesso à justiça, ao passo que existe a obrigação estatal de averiguar as infringências aos direitos humanos, devendo-se processar os agentes delituosos, evitando-se a não punição<sup>115</sup>.

É seguro afirmar que houve vários crimes contra a humanidade no período da ditadura, vez que estes são caracterizados pela incidência de ações desumanas, tais como o homicídio, as execuções sumárias, a tortura e os desaparecimentos compelidos, todos praticados com um intuito de ataque à sociedade civil, em tempo de paz ou de guerra. Ao final, esse é o conceito efetivo dos crimes contra a humanidade, que podem ser chamados também de crimes de lesa-humanidade<sup>116</sup>.

Nessa linha de raciocínio, é bem verdade que uma característica específica dos crimes contra a humanidade é a motivação que anima o agente para cometê-los. Tais delitos atentatórios à humanidade são cometidos respeitando uma linha regular abrangente e repetitiva de acossamento a alguns segmentos da população, por objetivos políticos, religiosos, raciais, etc<sup>117</sup>.

No período posterior à Segunda Guerra Mundial, as Nações Unidas fixaram que o crime contra a humanidade é uma ação ignóbil, em desrespeito à condição humana, praticado contra a sociedade, através de uma perseguição por razões raciais, políticas, etc, sendo prescindível a ocorrência de genocídio, bastando, para tanto, que algum grupo social seja objeto de repressão<sup>118</sup>.

Assim, deveria o Brasil ter sancionado e punido os criminosos do regime, uma vez que há uma obrigação internacional assumida pelo Estado.

---

<sup>115</sup> BICUDO, Hélio, Anistia desvirtuada, v. 13, n. 53, mar. 2005 a abr. 2005, Revista Brasileira de Ciências Criminais, Revista dos Tribunais, pg. 94.

<sup>116</sup> WEICHERT, Marlon Alberto, Lei de Anistia e prescrição penal, v.16, n.74, set. 2008 a out. 2008, Revista Brasileira de Ciências Criminais, Revista dos Tribunais, pg. 174 -177.

<sup>117</sup> WEICHERT, Marlon Alberto, Lei de Anistia e prescrição penal, v.16, n.74, set. 2008 a out. 2008, Revista Brasileira de Ciências Criminais, Revista dos Tribunais, pg. 174 -177.

<sup>118</sup> WEICHERT, Marlon Alberto, Lei de Anistia e prescrição penal, v.16, n.74, set. 2008 a out. 2008, Revista Brasileira de Ciências Criminais, Revista dos Tribunais, pg. 174 -177.

O descumprimento dessa obrigação, realizada através de inadmissível interpretação da lei, por motivos nebulosos, não pode ser admitido, posto que essa lamentável omissão não se presta a servir como pretexto para que seja entregue a quem torturou e matou naquele interregno cargos públicos<sup>119</sup>.

Portanto, a exposição de motivos constante no projeto da Lei de Anistia foi feita no sentido de acudir os políticos repressores do Estado ditatorial. As pessoas que trabalhavam em nome do Estado, as quais violaram os direitos humanos não aparecem, em hipótese alguma, no bojo da lei. Aqueles que torturavam pessoas no interregno da ditadura não praticaram crimes políticos, e, sim, ações atentatórias à humanidade, estas que não devem achar respaldo na norma. Trocando em miúdos, os crimes de lesa-humanidade são reprovados com veemência pelos órgãos internacionais, não devendo, assim, serem reconhecidos por um Estado<sup>120</sup>.

Ante o exposto, a anistia reserva-se especialmente para o tratamento de crimes políticos, não obstante a possibilidade ter como objeto os crimes comuns. Apesar de ser medida com a natureza *objetiva*, no sentido de ser aplicada a acontecimentos e não a pessoas, não se exclui a possibilidade de que, em algumas situações, as condições pessoais do agente, bem como outras circunstâncias particulares influenciem na concessão ou não do benefício<sup>121</sup>.

## 2.2. Da graça e do Indulto

Entende-se como indulto a possibilidade outorgada ao Presidente da República (art. 84, XII, CF), que pode atribuir a Ministro de Estado ou autoridades mediante delegação, de eliminar penas ou extinguir a punibilidade de forma coletiva; a graça seria uma ação de indulgência ou

---

<sup>119</sup> BICUDO, Hélio, Anistia desvirtuada, v. 13, n. 53, mar. 2005 a abr. 2005, Revista Brasileira de Ciências Criminais, Revista dos Tribunais, pg. 94.

<sup>120</sup> BICUDO, Hélio, Anistia desvirtuada, v. 13, n. 53, mar. 2005 a abr. 2005, Revista Brasileira de Ciências Criminais, Revista dos Tribunais, pg. 96.

<sup>121</sup> FILHO, Aloysio de Carvalho, Comentários ao Código Penal, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1958 v. IV, p. 118 e 122 *Apud* MARQUES, José Frederico, Tratado de Direito Penal, v. III, 2002, Editora Millennium, p.512.

clemência do poder soberano destinada, precipuamente, a uma determinada pessoa<sup>122</sup>.

Nesse sentido, Zaffaroni, com relação à natureza jurídica do indulto, preconizou:

“A faculdade de indultar e de comutar penas, ou seja, de extinguir a punibilidade, ou de substituí-la por uma punição menor, provém das antigas atribuições do monarca, exercidas em nome da piedade real. Numa república, não pode ser considerada como um ato judicial, que lesaria a tripartição dos poderes do Estado, nem um ato administrativo, porque não pode ser objeto de revisão pelo Poder Judiciário. Trata-se de um ato político, que só pode criar responsabilidade política para o Presidente. A natureza de ato político fez com que não fosse ele visto com simpatia por muitos doutrinadores, a começar pelo próprio Beccaria, que o considerava desnecessário num Estado em que não existisse penas atrozes”<sup>123</sup>.

Ao passo que a anistia põe fim ao próprio injusto, fazendo com que este desapareça, a graça e o indulto somente extinguem a pena, consertando injustiças ou atenuando uma resposta penal muito rigorosa. Assim, continuam existentes os efeitos penais da condenação não abarcados pela extinção da punibilidade. É ato de competência do Presidente da República, tendo como destinatários os sentenciados por crimes comuns. Saliente-se que a graça e o indulto só podem ser concedidos em momento posterior à condenação, declarando extinta ou comutando a pena exequível transitada em julgado<sup>124</sup>. Atualmente, entretanto, tem-se firmado o entendimento no sentido de ser cabível a concessão de indulto em momento anterior à decisão condenatória transitar em julgado, somente nos casos que não ensejam a possibilidade de recurso de acusação<sup>125</sup>.

Historicamente, o direito de graça sempre foi um ato do poder soberano em face de um sentenciado de forma definitiva, tendo o escopo de extinguir, diminuir ou comutar a pena imposta ao réu. Este direito surge na

---

<sup>122</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl, PIERANGELI, José Enrique, Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral, 4ª edição, Revista dos Tribunais, 2004, p. 753.

<sup>123</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl, PIERANGELI, José Enrique, Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral, 4ª edição, Revista dos Tribunais, 2004, p. 753-754.

<sup>124</sup> COSTA, Álvaro Mayrink da, Direito Penal – Parte Geral – Consequências Jurídicas do Injusto, v. 3, 7ª edição, Editora Forense, 2007, p. 702.

<sup>125</sup> JESUS, Damásio E. de, Direito Penal – Parte Geral, v. 1, 23ª edição, Editora Saraiva, 2002, p. 696.

Idade Média, oriundo das chamadas *chartes du pardon*, configurando-se na realidade como *bill of indemnty*, melhor dizendo, uma permissão para cometer determinado crime. Teve sua denominação misturada com indulto e foi veiculada nos países que aderiram a pena de morte, objetivando comutá-la para a prisão perpétua<sup>126</sup>.

Desta forma, a graça foi por várias vezes confundida com o indulto, sendo utilizada em nações onde eram aplicadas penas capitais, comutando-as por uma mais branda, o que, inclusive, aconteceu na Bélgica, resultando na abolição da pena de morte. No país tupiniquim, a princesa Isabel comutava a pena de morte, quase sempre, tornando-a inócua<sup>127</sup>.

O indulto possui a característica de ser medida de caráter geral e a graça de ordem individual, não se olvidando que, rotineiramente, as duas palavras sejam empregadas de maneira indistinta para demonstrar ambas as hipóteses de clemência soberana<sup>128</sup>.

Há diferenças entre a graça e o indulto. A primeira é individual, o segundo é coletivo. A graça (regra geral) é solicitada, ao passo que o indulto é espontâneo. O indulto possui natureza de generalidade, recaindo sobre fatos, já a graça é individual, atingindo somente determinado agente criminoso. Também conhecida como indulto individual, a graça, em regra (há exceções), deve ser solicitada, em sentido antagônico o indulto é concedido de forma espontânea pelo Poder Público<sup>129</sup>.

A graça pode ser geral, momento em que circunda toda a pena e seus efeitos legalmente estabelecidos; parcial, situação em que abarca só a pena. A graça ou o indulto individual – disposição constante na Lei de Execuções Penais (Lei 7.210/84) – busca a extinção ou atenuação de certa pena, não podendo, em regra, ser recusada pelo beneficiário (a graça e o

---

<sup>126</sup> COSTA, Álvaro Mayrink da, *Direito Penal – Parte Geral – Consequências Jurídicas do Injusto*, v. 3, 7ª edição, Editora Forense, p. 703.

<sup>127</sup> SZNICK, Valdir, *Manual de Direito Penal – Parte Geral*, Livraria e Editora Universitária de Direito, 2002, p.598.

<sup>128</sup> MARQUES, José Frederico, *Tratado de Direito Penal*, v. III, 2002, Editora Millennium, p.512.

<sup>129</sup> JESUS, Damásio E. de, *Direito Penal –Parte Geral*, v. 1, 23ª edição, Editora Saraiva, p. 695.

indulto podem ser recusados, desde que se trate de comutação de pena ou indulto condicionado). Existe, todavia, a possibilidade de revisão do benefício<sup>130</sup>.

A graça pode ser pleiteada por petição pelo condenado, sendo que tal pedido não precisa obedecer às fórmulas pré-determinadas, prescindindo para o condenado a invocação de razões de direito, podendo se materializar em simples súplica ou apelo ao órgão competente para a concessão do benefício<sup>131</sup>.

Uma das condições de procedibilidade para a concessão do benefício de graça é a submissão do pedido à apreciação do Conselho Penitenciário, nas linhas do art. 189 da Lei de Execução Penal<sup>132</sup>.

Nesse primeiro instante, não há a atuação do juízo das execuções penais, acontecendo, neste turno, o processamento do pedido nas instâncias administrativas. O Juízo de Execução Penal só atuará se o benefício for concedido ao sentenciado<sup>133</sup>.

Desse modo, o Conselho Penitenciário, no intuito de efetivar uma instrução adequada ao procedimento, realizará diligências, bem como um relatório resumindo a conduta delituosa cometida pelo condenado, além dos fundamentos que embasaram o édito condenatório, não obstante a declaração dos antecedentes do sentenciado e seu comportamento no cárcere, emitindo, por fim, um parecer sobre a admissibilidade do pedido e o mérito da questão<sup>134</sup>.

Quanto à demora da emissão do parecer pelo Conselho Penitenciário, é necessário demonstrar o que acontece na prática. Não olvidando a existência de posicionamentos contrários, *data vênia*, temos como certa a posição tomada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que observou:

---

<sup>130</sup> SZNICK, Valdir, Manual de Direito Penal – Parte Geral, Livraria e Editora Universitária de Direito, 2002, p.598.

<sup>131</sup> NORONHA, E. Magalhães, Curso de Direito Processual Penal, São Paulo, Saraiva, 1964, p. 625 *apud* MIRABETE, Júlio Fabbrini, Execução Penal, 2004, 11ª edição, Editora Atlas, p. 784.

<sup>132</sup> JESUS, Damásio E. de, Direito Penal –Parte Geral, v. 1, 23ª edição, Editora Saraiva, 2002, p. 697.

<sup>133</sup> SILVA, Haroldo Caetano da, Manual da Execução Penal, 1ª edição, Editora Bookseller, Campinas, 2001, p. 320.

<sup>134</sup> SILVA, Haroldo Caetano da, Manual da Execução Penal, 1ª edição, Editora Bookseller, Campinas, 2001 p. 320.

“a não apresentação de parecer pelo Conselho Penitenciário, opinando sobre a concessão de indulto, após a abertura de prazo razoável pelo juízo da execução, não tem o condão de obstar a atuação do juiz na prestação jurisdicional, concedendo o benefício a sentenciado que preencha os requisitos objetivos e subjetivos para a obtenção do favor legal, pois, a jurisdição, além de não estar adstrita ao conteúdo de tal parecer, não pode, também render ensejo à eternização de processos, máxime em sede de execução penal, aguardando, indefinidamente, a manifestação do citado Conselho”<sup>135</sup>.

Terminada a elaboração do parecer pelo Conselho Penitenciário, este distribuirá a petição ao Ministério da Justiça, que recebendo, submeterá o pedido a um despacho do Presidente da República ou a autoridade que tiver sido delegada a praticar tal ato<sup>136</sup>.

Ao decidir o Chefe do Poder Executivo ou seu delegado para execução do ato, não precisa ficar adstrito ao parecer do Conselho Penitenciário, podendo, inclusive, decidir discricionariamente sobre a concessão ou não do favor. Se concedido, será feito um decreto que estabelece a fruição do indulto individual (graça) pelo condenado<sup>137</sup>.

Após a concessão da graça e o anexo aos autos da réplica do decreto, em sede do juízo de execuções, o magistrado irá dispor pela extinção da pena ou a ajustará aos ditames do decreto, em virtude da comutação da pena<sup>138</sup>.

Na prática, tem-se como corriqueira a concessão de indulto individual aos doentes terminais, em respeito à dignidade da pessoa humana, bem como pela falência do nosso sistema prisional, que não possui os recursos para oferecimento de um tratamento razoável ao enfermo<sup>139</sup>.

O indulto destina-se a um número de sentenciados tempo de duração da pena em concreto, não obstante a exigência de requisitos de ordem subjetiva (primariedade, boa conduta social etc.) e de ordem objetiva, tais como

---

<sup>135</sup> TACrimSP, AE1157459/8, 7ª Câmara, rel. Juiz S. C. Garcia, j. em 19-8-1999, v. u., RT, 773/602 *apud* MARCÃO, Renato Flávio, Curso de Execução Penal, São Paulo, Saraiva, 2004, p.278-279.

<sup>136</sup> SILVA, Haroldo Caetano da, Manual da Execução Penal, 1ª edição, Editora Bookseller, Campinas, 2001, p. 321.

<sup>137</sup> SILVA, Haroldo Caetano da, Manual da Execução Penal, 1ª edição, Editora Bookseller, Campinas, 2001, p. 321.

<sup>138</sup> MARCÃO, Renato Flávio, Curso de Execução Penal, São Paulo, Saraiva, 2004, p. 279.

<sup>139</sup> MARCÃO, Renato Flávio, Curso de Execução Penal, São Paulo, Saraiva, 2004.p. 279.

o cumprimento de uma parcela da pena, bem como não ter sido contemplado anteriormente com a indulgência<sup>140</sup>.

O indulto pode ser total, quando há a extinção das penas, ou parcial, hipótese em que as penas são atenuadas ou substituídas. A comutação da pena não extingue a sanção, mas apenas diminui o quantitativo da pena, abrandando-a<sup>141</sup>.

Saliente-se, em síntese, que o indulto é gênero e a comutação da pena é espécie, também chamada de indulto parcial, sendo que ambos são distintos e não se confundem.

Ademais, no indulto individual (graça) ou coletivo a punibilidade se encerra por total, ao passo que na comutação da pena apenas um espaço da pena a ser cumprida é extinto ou, ainda, a reprimenda imposta é substituída por outra mais branda. Não obstante, a comutação da pena caracteriza-se como meio de política penitenciária, que visa passar ao condenado um ar de esperança para com a liberdade<sup>142</sup>. A comutação da pena pode ser individual, mediante pedido do condenado, ou coletiva, hipótese em que serão agraciados os condenados legitimados ao recebimento da benesse<sup>143</sup>.

Em seguida, quanto a sua forma, o indulto pode ser condicional, situação em que o decreto exige que o condenado obedeça a determinadas condições para obter a benesse, podendo o sentenciado não anuir com tais exigências; o indulto pode ser também incondicional, momento em que não há quaisquer exigências para aceitação e obtenção do favor legal<sup>144</sup>.

Não há proibição para aquele que se encontra fruindo as benesses do *sursis* ou livramento condicional seja contemplado com o indulto, sendo que no *sursis* abre-se uma possibilidade para o sentenciado que tenha

---

<sup>140</sup> MIRABETE, Júlio Fabbrini, Execução Penal, 2004, 11ª edição, Editora Atlas, p. 785.

<sup>141</sup> MIRABETE, Júlio Fabbrini, Execução Penal, 2004, 11ª edição, Editora Atlas, p. 785.

<sup>142</sup> COSTA, Álvaro Mayrink da, Direito Penal – Parte Geral – Consequências Jurídicas do Injusto, v. 3, 7ª edição, Editora Forense, 2007, p. 707.

<sup>143</sup> MARCÃO, Renato Flávio, Curso de Execução Penal, São Paulo, Saraiva, 2004.p. 284.

<sup>144</sup> MARCÃO, Renato Flávio, Curso de Execução Penal, São Paulo, Saraiva, 2004.p. 280-281.

cumprido uma quantidade da pena imposta, e em respeito à detração, preencha o requisito objetivo, parte que deve constar no decreto concessivo<sup>145</sup>.

Destarte, não há impedimento àquele que está investido com a competência de conceder o indulto e a graça, em se tratando de condenado por crime de ação penal privada, posto que, aqui é permitido ao ofendido a persecução da ação penal, ou seja, uma substituição processual, e não o monopólio do direito de punir<sup>146</sup>.

Em verdade, se a punibilidade for declarada extinta pela graça ou pelo indulto, ressalvadas disposições contrárias, não se executa as medidas de segurança, posto que os efeitos executório-penais desses favores legais fazem com que aquele tipo de sanção não subsista<sup>147</sup>.

Na matéria concernente ao concurso de crimes, tem-se que na negativa de concessão da benesse a um dos delitos, o sentenciado fica impedido de receber a clemência soberana nos outros injustos, ainda que atenda todos os requisitos relativos aos demais atos desviantes<sup>148</sup>.

Conforme falamos anteriormente, a existência de uma condenação reveste-se como pressuposto indispensável para a concessão do indulto e, nesse sentido, quando da situação relativa à tangibilidade do indulto em se cuidando de édito condenatório que ainda suporta recurso, a matéria é de muito controversa<sup>149</sup>.

Com efeito, a doutrina clássica sustentava que o indulto só poderia ser concedido em momento posterior ao trânsito em julgado da sentença condenatória. Assim, Renato Flávio Marcão concorda com os mais antigos dizendo:

“Filiamo-nos entre aqueles que sustentam que somente após o trânsito em julgado definitivo da sentença condenatória, vale dizer, para a acusação e para a defesa, é que poderá o condenado ser indultado. Tal conclusão, em tese, é mais

---

<sup>145</sup> JESUS, Damásio E. de, Direito Penal –Parte Geral, v. 1, 23ª edição, Editora Saraiva, 2002, p. 697.

<sup>146</sup> JESUS, Damásio E. de, Direito Penal –Parte Geral, v. 1, 23ª edição, Editora Saraiva, 2002, p. 697.

<sup>147</sup> JESUS, Damásio E. de, Direito Penal –Parte Geral, v. 1, 23ª edição, Editora Saraiva, 2002, p. 697.

<sup>148</sup> MARCÃO, Renato Flávio, Curso de Execução Penal, São Paulo, Saraiva, 2004.p. 283.

<sup>149</sup> MARCÃO, Renato Flávio, Curso de Execução Penal, São Paulo, Saraiva, 2004.p. 281.

benéfica ao condenado, já que, como o indulto extingue apenas as consequências penais, e nos limites especificados no decreto concessivo, persistem os efeitos extra-penais, entre os quais a obrigação de reparar o dano, e, sendo assim, se incidente o indulto o condenado teria obstada a possibilidade de discutir na instância recursal eventual tese a ele mais benéfica que poderia afastar, inclusive, a possibilidade de ação civil *ex delicto* na hipótese de reconhecida em seu favor a inexistência material do fato”<sup>150</sup>.

Em outra via, a orientação da doutrina hodierna é pelo cabimento da concessão do indulto, antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, desde que não haja mais possibilidade de manejo recursal pela acusação, o que impede que o magistrado reforme a decisão para pior, em respeito ao princípio da não *reformatio in pejus*<sup>151</sup>. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal já se posicionou, dizendo ser: “admissível em tese a aplicação de decreto de indulto coletivo, quando a condenação, embora pendente de recursos de defesa, já não pode ser exasperada, à falta de recurso da acusação”<sup>152</sup>.

De outra sorte, juristas e cientistas penais não veem com bons olhos a concessão sucessiva do indulto, sob o argumento de que tal ação possa se tornar e respaldar uma afronta à ordem jurídica existente, além de uma infringência ao princípio de separação dos poderes. Em compensação, entretanto, vislumbra-se que se utilizada de maneira virtuosa, seguindo os ditames da lei, assume um papel importante no atendimento de propostas de Política Criminal, uma vez que diminui a superpopulação carcerária que temos nos Brasil<sup>153</sup>.

Destarte, a fundação jurídica do indulto e da graça é, em si mesma, sem sombra de dúvidas, o reconhecimento da fraqueza de todo o instituto do Direito. Exatamente, em virtude disso, é que, fazendo uma digressão ao passado, as propensões dogmáticas que cultuaram a soberania da razão (época do jusnaturalismo e Iluminismo), eram absolutamente

---

<sup>150</sup> MARCÃO, Renato Flávio, Curso de Execução Penal, São Paulo, Saraiva, 2004.p. 281-282.

<sup>151</sup> COSTA, Álvaro Mayrink da, Direito Penal – Parte Geral – Consequências Jurídicas do Injusto, v. 3, 7ª edição, Editora Forense, 2007, p. 707.

<sup>152</sup> STF, HC 71.691/1, 1ª T., rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 9-8-1994,v.u., DJU, 30-9-1994, p.26169 *apud* MARCÃO, Renato Flávio, Curso de Execução Penal, São Paulo, Saraiva, 2004.p. 281.

<sup>153</sup> DOTTI, René Ariel, Curso de Direito Penal – Parte Geral, 3ª Edição, Revista dos Tribunais, 2007, p. 767.

contrárias ao direito de indultar. Como exemplo, temos Kant, que vislumbrava que o direito de perdoar o criminoso era “o mais escandaloso de todos os direitos do soberano”<sup>154</sup>.

Álvaro Mayrink da Costa corrobora com estes argumentos, sintetizando o posicionamento de alguns autores clássicos:

“A *indulgentia principis* recebeu acerbadadas críticas de Beccaria, Filangieri Feuerbach e Florian, como causa de inúmeros abusos na Idade Média e até em tempos mais recentes. Se a graça, no dizer de Von Liszt, atende às exigências de equidade, é emenda da própria justiça. Seu uso imoderado leva ao descrédito do Judiciário, desprestigia as decisões dos tribunais e gera a impressão de impunidade na opinião pública. O valor se encontra no apaziguamento dos ódios e ressentimentos, desarmando os *animus* e criando um clima de harmonia após os movimentos políticos, objetivando o bem comum. Assim, com a maior discricão e parcimônia, devem ser tratados a anistia e o indulto”<sup>155</sup>.

É imperioso que estas indulgências soberanas estatais não sejam destituídas de suas razões de ser, não tornando tais institutos em instrumentos de supercontrole que possam negligenciar o que há de específico e inerente à atividade jurisdicional. Os favores legais, quais sejam a graça e o indulto, não foram idealizados para o que o Poder Executivo interfira como poder de revisão das decisões manifestadas pelo Poder Judiciário, pelo contrário, ele se configura como mecanismo de correção de excessos ou rigores da interpretação e aplicação da lei, buscando-se sempre a equidade. Portanto, há que se ter atenção para que não haja subversão por parte do Poder Executivo no princípio da separação dos poderes<sup>156</sup>.

Por isso, a graça e o indulto precisam ser empregados com cuidado para que não haja o desvirtuamento de seus sentidos e objetivos. Devem ser provenientes de fundamentos excepcionais que fujam do âmbito de apreciação do magistrado, porque dá fim a medida de política penitenciária, norteada minoritariamente pelo aspecto positivo do princípio da legalidade ou pelo aspecto metafísico da justiça de que por razões que envolvem juízos de

---

<sup>154</sup> RADBRUCH, Gustav, Filosofia do direito, WMF, 2010, p.335 *apud* MARCÃO, Renato Flávio, Curso de Execução Penal, São Paulo, Saraiva, 2004, p. 277.

<sup>155</sup> COSTA, Álvaro Mayrink da, Direito Penal – Parte Geral – Consequências Jurídicas do Injusto, v. 3, 7ª edição, Editora Forense, 2007, p. 706.

<sup>156</sup> MARQUES, José Frederico, Tratado de Direito Penal, v. III, 2002, Editora Millennium, p.514.

conveniência. Portanto, são providências subsidiárias, complementares que podem ser partes integrantes na individualização da pena, objetivando a correção de inconvenientes resultantes da punição<sup>157</sup>.

---

<sup>157</sup> LIRA, Roberto, Comentários ao Código de Processo Penal, vol. IV, Editora Forense, Rio de Janeiro, p. 359 *apud* MARQUES, José Frederico, Tratado de Direito Penal, v. III, 2002, Editora Millennium, p.512.

### 3. APLICABILIDADE DA ANISTIA, GRAÇA E INDULTO NO CRIME DE TORTURA, SEGUNDO A DOCTRINA

Para compreender a problemática, faz-se necessário transcrever os dispositivos normativos a serem analisados. Senão vejamos:

“Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”;

Reproduzindo aquele mandamento constitucional, a Lei de Tortura, em seu art. 1º, § 6º, relata que: “O crime de tortura é inafiançável e insuscetível de graça e anistia”.

A controvérsia surge quando o art. 2º, I, da Lei de Crimes Hediondos destaca que: “Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de anistia, graça e indulto”.

Aqui, inicialmente, cabe ressaltar, antes de nos debruçarmos sobre a problemática, um princípio de grande relevo para o Direito Penal, qual seja o da proporcionalidade, o qual se desdobra no princípio da dignidade humana. Este princípio é verificável diversas vezes na Carta Magna, quando esta impõe a individualização da pena imposta (art. 5º XLVI), quando marginaliza certos tipos de punições (art. 5º, XLVII), quando demanda maior severidade a infrações mais gravosas (art. 5º, XLII, XLIII), e, finalmente, quando requer abrandamento nas condutas de menor gravidade (art. 98, I)<sup>158</sup>.

No momento em que o legislador constrói um novo crime, determina um ônus à população, consectário da iminência de uma sanção que passa a atingir a todos da sociedade. No entanto, há um viés positivo, uma vez que editado um fato típico incriminador, este tutelar um bem jurídico

---

<sup>158</sup> CAPEZ, Fernando, Curso de Direito Penal 4 – Legislação Penal Especial, 7ª edição, Saraiva, 2012, p. 194-195.

importante da sociedade. Assim, o Estado e seus jurisdicionados têm restringidos certos tipos de atos, mediante a cominação de uma sanção legal, porém, em outra via, têm apreciados alguns bens, agora albergados pela seara penal<sup>159</sup>.

Nesse diapasão, no princípio da proporcionalidade o nascedouro de condutas antinormativas demanda um exercício compensador para a sociedade. Então, um sistema penal democrático não pode deixar que a edição de qualquer que seja a conduta criminosa venha a causar mais restrição social e mais medo do que benesses à população, ou seja, a tipificação de uma conduta do homem só poderá acontecer na situação em que tal comportamento se revele mais vantajoso à sociedade<sup>160</sup>.

Inclusive, é de se destacar, que a sanção penal é obrigada a manter íntima relação com a ação que atingiu negativamente a coletividade, devendo ser proporcional ao prejuízo causado, inadmitindo-se penas iguais a tipos penais que lesionam bens jurídicos diferentes<sup>161</sup>.

Destarte, o legislador constitucional, em um juízo de ponderação feito em homenagem ao princípio da proporcionalidade, achou por bem ser mais severo com determinadas condutas<sup>162</sup>.

Conforme colacionado em momento anterior, a Carta Magna de 1988 achou por bem ser severa com alguns tipos penais e dispôs que a tortura, o terrorismo e o tráfico de drogas seriam considerados crimes equiparados à hediondos, ou se quiser, crimes hediondos constitucionais, ao passo que os crimes assim estabelecidos pelo legislador infraconstitucional (Lei 8.072/90 –

---

<sup>159</sup> CAPEZ, Fernando, Curso de Direito Penal 4 – Legislação Penal Especial, 7ª edição, Saraiva, 2012, p. 194-195.

<sup>160</sup> CAPEZ, Fernando, Curso de Direito Penal 4 – Legislação Penal Especial, 7ª edição, Saraiva, 2012, p. 194-195.

<sup>161</sup> CAPEZ, Fernando, Curso de Direito Penal 4 – Legislação Penal Especial, 7ª edição, Saraiva, 2012, p. 194-195.

<sup>162</sup> CAPEZ, Fernando, Curso de Direito Penal 4 – Legislação Penal Especial, 7ª edição, Saraiva, 2012, p. 194-195.

Crimes Hediondos) terão como proibidas a concessão de graça e anistia (art. 5º, XLIII)<sup>163</sup>.

Assim, estando a par dos mecanismos de proteção institucionalizados pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, materializados em vários atos normativos de natureza internacional, a Constituição Federal estatuiu a proibição de concessão dos benefícios de graça e anistia àqueles que viessem a praticar crimes hediondos e assemelhados, como o crime de tortura<sup>164</sup>.

No entanto, a Lei de Crimes Hediondos (Lei 8.072/90), em seu artigo 2º, I, institui a impossibilidade de concessão de anistia, graça e indulto aos crimes hediondos, diferenciando-se da Carta Constitucional, que proibiu, tão somente, a concessão da anistia e da graça, nada falando sobre o indulto<sup>165</sup>.

Sobre a celeuma em análise, determinados juristas adotam o entendimento de que a concessão do indulto aos apenados por crimes hediondos e equiparados encontra-se defesa na Constituição Federal, apesar de não estar expressamente listada. Em outra via, outros juristas entendem que o legislador infraconstitucional não poderia ter aumentando a amplitude da lei constitucional, posto que no Direito Penal a interpretação é restritiva<sup>166</sup>.

Com efeito, a primeira vertente determina que a Carta Magna caracteriza-se por ser genérica, não exigindo um exacerbado requinte legal em suas disposições, tendo em vista que, neste caso, qual seja a menção da graça e anistia, deixando-se de lado o indulto, a Constituição utiliza o vocábulo “graça”

---

<sup>163</sup> LEAL, João José, Crimes Hediondos – Aspectos político-jurídicos da Lei n.8072/90, São Paulo, Editora Atlas, 1996.

<sup>164</sup> COIMBRA, Mário. Tratamento do Injusto Penal da Tortura, Revista dos Tribunais, 2002, p. 196.

<sup>165</sup> CAPEZ, Fernando, Curso de Direito Penal 4 – Legislação Penal Especial, 7ª edição, Saraiva, 2012, p. 217.

<sup>166</sup> SILVA, Marisya Souza, Crimes Hediondos & progressão de regime prisional, Curitiba, Juruá, 2008, p. 152.

em seu sentido ampliado, abarcando tanto a graça *strictu sensu* ou indulto individual quanto o indulto, propriamente dito, ou indulto coletivo<sup>167</sup>.

Na realidade, no âmbito prático, os termos são mencionados de forma confusa, ou seja, indistintamente, servindo para demonstrar os tipos de clemência soberana. Dessa forma, por exemplo, no artigo 84, XII, da Lei Maior, achou-se por bem empregar o termo “indulto”, nada dispondo sobre a “graça”, pois, em verdade, esta também se acha albergada pelo artigo em análise<sup>168</sup>.

Isto quer dizer, que a concessão do indulto coletivo, da mesma forma como a do indulto individual (graça), já era defesa no corpo do texto constitucional, sendo que nem o mandamento normativo da Lei dos Crimes Hediondos é inconstitucional ao dispor sobre o indulto, nem a disposição constitucional é omissa, ao não declará-lo<sup>169</sup>.

Nesse contexto, ao interpretarmos, teleologicamente, o artigo 5º, XLIII, tem-se que a vedação constitucional traduz a proibição de concessão de indulgência soberana aos agentes que cometeram crimes hediondos. É desarrazoado, interpretando a Constituição, afastar do Presidente da República a possibilidade de conceder a benesse individualmente, mas, permitir o benefício somente pelo fato de que no decreto concessivo foram contemplados outros indivíduos. Ressalte-se o caráter extremamente reprovável dos crimes hediondos e assemelhados, sendo incompatível, a tanto, a concessão dessa indulgência<sup>170</sup>.

Na Lei de Tortura, mais precisamente em seu artigo 1º, § 6º, há o mandamento normativo pela inviabilidade de concessão somente da graça e

---

<sup>167</sup> CAPEZ, Fernando, Curso de Direito Penal 4 – Legislação Penal Especial, 7ª edição, Saraiva, 2012, p. 217.

<sup>168</sup> CAPEZ, Fernando, Curso de Direito Penal 4 – Legislação Penal Especial, 7ª edição, Saraiva, 2012, p. 217.

<sup>169</sup> MONTEIRO, Antônio Lopes, Crimes Hediondos – Textos, comentários e aspectos polêmicos, Saraiva, 9ª edição, 2010, p. 172.

<sup>170</sup> CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Direito Penal na Constituição, 2ª edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1994, p. 172.

da anistia, silenciando o texto legal, como a Constituição Federal, quanto ao indulto<sup>171</sup>.

Relativamente à norma supracitada, existe o entendimento de que o indulto, como as outras benesses (anistia e graça) também é vedado para aqueles cometem o crime de tortura, posto que a palavra “graça” foi veiculada de maneira ampla, sendo ineficaz a omissão da Lei de Tortura quanto à impossibilidade de concessão de indulto, uma vez que tal proibição decorre diretamente da Constituição Federal<sup>172</sup>.

Com efeito, os que defendem a imbricação da graça com o indulto, aduzem que a partir de uma análise sistêmica do ordenamento jurídico, vislumbra-se que entendimento diverso daquele mencionado anteriormente, importa na destituição da razão de ser dos artigos 188 e 189, da Lei de Execuções penais<sup>173</sup>.

No mais, não há razão àqueles que propugnam pela inconstitucionalidade do art. 2º, I, da Lei de Crimes Hediondos, sob o argumento de que o legislador do dispositivo em comento restringiu-se a reproduzir o que já estava positivado no art. 5º, XLIII, da Carta Política, a qual, apesar de expor diretamente o indulto, o faz de forma transversa, posto que este é espécie da graça estatal<sup>174</sup>.

É fato, pois, que a Lei de Crimes Hediondos, no momento em que cita o indulto, abarca os seus dois tipos, parcial e total, isto é, veda a concessão de comutação da pena aos condenados por crimes hediondos e equivalentes<sup>175</sup>.

---

<sup>171</sup> CAPEZ, Fernando, Curso de Direito Penal 4 – Legislação Penal Especial, 7ª edição, Saraiva, 2012, p. 218.

<sup>172</sup> CAPEZ, Fernando, Curso de Direito Penal 4 – Legislação Penal Especial, 7ª edição, Saraiva, 2012, p. 218.

<sup>173</sup> MONTEIRO, Antônio Lopes, Crimes Hediondos – Textos, comentários e aspectos polêmicos, Saraiva, 9ª edição, 2010, p. 173.

<sup>174</sup> TOVIL, Joel, A (nova) Lei dos Crimes Hediondos comentada, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008, p.64.

<sup>175</sup> TOVIL, Joel, A (nova) Lei dos Crimes Hediondos comentada, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008, p.67.

O constituinte de 1988 agiu de forma estranha, por não ter disposto a expressão “indulto” entre os benefícios negados aos sentenciados por crimes hediondos equiparados. Tem-se que esta clemência estatal é bem similar à graça, e muito mais restrita que a anistia. Desta forma, foi correta a inclusão, por parte do legislador ordinário, do indulto dentre as benesses que os condenados por crimes hediondos e equiparados não podem usufruir, embora este benefício não esteja expresso na Carta Magna<sup>176</sup>.

Nesse sentido, faz-se necessário transcrever precedentes do Superior Tribunal de Justiça e do Superior Tribunal Federal, que discutem sobre a possibilidade ou não da concessão de indulto aos crimes hediondos e assemelhados:

“RECURSO ESPECIAL – COMUTAÇÃO DA PENA – CRIME HEDIONDO – VEDAÇÃO EXPRESSA – IMPOSSIBILIDADE.

- É cediço, nesta Corte, que a comutação da pena é espécie de indulto (trata-se de indulto parcial), não podendo ser concedida nos casos em que a lei excepciona. Na espécie, tanto o art. 2º, inciso I, da Lei nº 8072/90, quanto o Decreto nº 3.326/99 (art.7º, inciso I, vedam, expressamente, a concessão de indulto aos condenados por crimes hediondos, tortura, terrorismo e tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, hipótese dos autos (estupro e atentado violento ao pudor, mediante violência real e grave ameaça). Recurso desprovido”

(REsp nº 269.820/SC, Ministro Jorge Scatezzini, Quinta Turma, 20/02/2001).

“HABEAS CORPUS. VEDAÇÃO AO BENEFÍCIO DA COMUTAÇÃO DA PENA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INOCORRÊNCIA. HABEAS CORPUS INDEFERIDO. O disposto no art. 5º, inc. XLIII, bem como o art. 2º, inciso I, da Lei nº 8072/90, vedam a concessão de graça ou anistia aos condenados pela prática dos crimes definidos como hediondos. A questão do presente *writ* já foi largamente discutida por esta Corte, encontrando-se pacificado, em ambas as Turmas, o entendimento de que, sendo a comutação da pena espécie de indulto parcial, o Decreto Presidencial nº 3226, de 29.10.1999, não se aplica ao condenado pela prática de crime hediondo. Precedentes. Ordem indeferida (STF, HC 86615/RJ, 2ª Turma, Relator Ministro Joaquim Barbosa, j. em 14.2. 2006, DJU de 24. 11. 2006, p. 88)”.

“Crime hediondo: vedação da graça: inteligência. I. Não pode, em tese, a lei ordinária restringir o poder constitucional do

---

<sup>176</sup> BARBOSA, Lício, Direito Penal e Direito de Execução Penal, Brasília, Zamenhof, 1993, p. 203, *apud* SILVA, Marisya Souza, Crimes Hediondos & progressão de regime prisional, Curitiba, Juruá, 2008, p. 153.

Presidente da República de 'conceder indulto e comutar penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei' (CF, art. 84, XII), opondo-lhe vedações materiais não decorrentes da Constituição. II. Não obstante, é constitucional o art. 2º, I, da L. 8072/90, porque, nele, a menção indulto é meramente expletiva da proibição de graça aos condenados por crimes hediondos ditada pelo art. 5º, XLIII, da Constituição. III. Na Constituição, a graça individual e o indulto coletivo- que ambos tanto podem ser totais ou parciais, substantivando, nessa última hipótese, a comutação da pena – são modalidade do poder de graça do Presidente da República (art. 84., XII) – que, no entanto, sofre a restrição do art. 5º, XLIII, para excluir a possibilidade de sua concessão, quando se trata de condenação por crime hediondo (...)" (STF, HC 81565/SC, 1ª Turma, Relator Ministro SÉPULVEDA PERTENCE, j. em 19. 2. 2002, DJU de 22.3.2002, p. 32.

Não obstante, os indultos presidenciais, especialmente os natalinos, não admitem a concessão do indulto para os sentenciados pela prática de crimes hediondos e equiparados, não importando se a prática de tais crimes se deu antes ou depois da Lei de Crimes Hediondos. É o que dizia o Decreto n. 1.294/94, bem como o Decreto n. 3226/99, além do Decreto n. 3667/00<sup>177</sup>.

Inicialmente, a proibição saltou os olhos, sendo que, para muitos, não havia possibilidade de aplicação daquela vedação, em respeito ao princípio da irretroatividade da lei mais severa. Entretanto, mediante um olhar mais específico do instituto do indulto, visualizou-se que não se deve agregar esse princípio com os requisitos subjetivos para a concessão da benesse, posto que esse princípio não alberga o decreto indultivo pelo fato de que este não se caracteriza com uma norma penal, sendo, em verdade, um decreto *sui generis*, no qual se perfaz a indulgência estatal<sup>178</sup>.

Por isso, é legítima a imposição de quesitos objetivos e subjetivos aos sentenciados que querem ser contemplados com o benefício, ao passo que tal medida não é inconstitucional, não invadindo indevidamente

---

<sup>177</sup> MONTEIRO, Antônio Lopes, Crimes Hediondos – Textos, comentários e aspectos polêmicos, Saraiva, 9ª edição, 2010, p. 173.

<sup>178</sup> MONTEIRO, Antônio Lopes, Crimes Hediondos – Textos, comentários e aspectos polêmicos, Saraiva, 9ª edição, 2010, p. 173-174.

nenhuma regra constitucional, podendo, assim, instaurar condições para os possíveis contemplados<sup>179</sup>.

Noutro caminho, parte significativa dos juristas argumenta pela impossibilidade da Lei de Crimes Hediondos proibir a concessão de indulto, em que pese a Constituição Federal, no artigo. 5º, XLIII, somente coibir a concessão de anistia e a graça<sup>180</sup>.

Este posicionamento diverso reclama que como termo “indulto” não foi colocado no texto legal, não há objeção para que tal benefício seja concedido aos delinquentes praticantes do crime de tortura, pois se o legislador tivesse o desejo de proibir o indulto, o teria feito de maneira expressa, como fez na Lei de Crimes Hediondos (Lei 8.072/90)<sup>181</sup>.

Não se deve olvidar que, de forma correta ou não, o legislador foi demasiadamente indulgente com o injusto de tortura em detrimento dos crimes hediondos e os assemelhados a estes<sup>182</sup>.

Ademais, no que diz respeito à Lei n. 9455/97, o tipo penal de tortura, com base no art. 5º, XLIII, da Carta Maior, é insuscetível de graça e anistia, sendo que o art. 1º, § 6º, da Lei Tortura, configura mero reprise da norma constitucional, esta que possui aplicabilidade imediata, desonerando imediação por lei de infraconstitucional<sup>183</sup>.

Para alguns, o fato de a Lei de Tortura não ter mencionado expressamente o instituto do indulto, dá ensejo à aplicação desta indulgência soberana, que não se confunde com a anistia e a graça (estas sim proibidas por ato normativo)<sup>184</sup>.

---

<sup>179</sup> MONTEIRO, Antônio Lopes, Crimes Hediondos – Textos, comentários e aspectos polêmicos, Saraiva, 9ª edição, 2010, p. 173-174.

<sup>180</sup> CAPEZ, Fernando, Curso de Direito Penal 4 – Legislação Penal Especial, 7ª edição, Saraiva, 2012, p. 217.

<sup>181</sup> CAPEZ, Fernando, Curso de Direito Penal 4 – Legislação Penal Especial, 7ª edição, Saraiva, 2012, p. 749.

<sup>182</sup> BIERRENBACH, Sheilla, LIMA, Walberto Fernandes de. Comentários à lei de tortura – Aspectos Penais e Processuais Penais, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2006, p. 177.

<sup>183</sup> FRANCO, Alberto Silva, Leis penais e sua interpretação jurisprudencial, 7ª edição, v. 2, 2001, Revista dos Tribunais, p. 3.109-3.110.

<sup>184</sup> FRANCO, Alberto Silva, Leis penais e sua interpretação jurisprudencial, 7ª edição, v. 2, 2001, Revista dos Tribunais, p. 3.109 - 3.110.

Nesse sentido, apesar das proibições da Lei de Tortura e da Constituição da República consistentes na concessão do benefício da graça, tais vedações não se estendem ao indulto coletivo, uma vez que a Lei não pode ser analisada em sentido ampliativo quando o legislador utiliza determinado termo, estando ciente de sua acepção técnica, e mais, inadmitese, neste sentido, a analogia *in malam partem*<sup>185</sup>.

Em sendo as indulgências soberanas, quais sejam o indulto e a graça, de competência do Presidente da República, essas não se misturam, vez que a graça possui caráter individual e o indulto natureza coletiva<sup>186</sup>.

Aliás, a Carta Popular, em seu art. 84, XII, dispõe de forma clara que o indulto é de atribuição do Presidente da República. Mas, o poder discricionário erigido ao Presidente da República é limitado pela própria Constituição, impossibilitando a ingerência do legislador infraconstitucional. Tais limitações foram efetuadas pelo constituinte, que restringiu a anistia e a graça, não mencionando o indulto<sup>187</sup>.

Nessa direção, seria contraditório utilizar, no art. 84, XII, da CF, o termo indulto abarcando a graça e, em seguida, nas próprias linhas da Constituição, alterar o raciocínio para abstrair que a graça abrange o indulto<sup>188</sup>.

Se o legislador veiculasse, no art. 5º, XLIII, da CF, o termo graça em sua ampla acepção, significando o “direito de graça”, de certo não teria consignado a palavra “anistia”, que constitui um dos tipos de exercício do poder de graça<sup>189</sup>.

---

<sup>185</sup> GOMES, Luiz Flávio, Estudos de Direito Penal e Processo Penal, 1ª edição, Revista dos Tribunais, p. 127-128.

<sup>186</sup> PRADO, Luiz Régis, Curso de Direito Penal Brasileiro- Parte Geral, Revista dos Tribunais, p. 558.

<sup>187</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. Crimes Hediondos (alguns aspectos importantes). Livro de estudos jurídicos, v. 3, p. 204-218 *apud* FRANCO, Alberto Silva, Crimes Hediondos: anotações sistemáticas à lei 8.072/90, 4ª edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, p.141-142.

<sup>188</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. Crimes Hediondos (alguns aspectos importantes). Livro de estudos jurídicos, v. 3, p. 204-218 *apud* FRANCO, Alberto Silva, Crimes Hediondos: anotações sistemáticas à lei 8.072/90, 4ª edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, p.141-142.

<sup>189</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. Crimes Hediondos (alguns aspectos importantes). Livro de estudos jurídicos, v. 3, p. 204-218 *apud* FRANCO, Alberto Silva, Crimes Hediondos: anotações sistemáticas à lei 8.072/90, 4ª edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, p. 141-142.

Com efeito, parece incompreensível, a alegação de que o constituinte empregou as palavras “graça” e “indulto” com significados iguais ou inversos. Aliás, o art. 2º, I, da Lei de Crimes Hediondos, repeliu, de forma contraditória, o entendimento de que a graça e o indulto são sinônimos, pois mencionou em seu texto a “anistia, graça e indulto”, uma vez que não teria sentido falar em indulto, se este fosse entendido como graça<sup>190</sup>.

Tem-se, por conseguinte, que o art. 2º, I, da Lei de Crimes Hediondos não deveria ter imposto limitação a um exercício decorrente da constituição, que não pode ser renunciado e de competência exclusiva do Chefe do Poder Executivo, no que diz respeito à proibição do indulto, ensejando, inclusive, a hipótese de impugnação desse ato normativo por uma ação direta de inconstitucionalidade<sup>191</sup>.

Desse modo, segundo este posicionamento, a restrição de ocorrência de algumas causas extintivas de punibilidade foi viabilizada pela Constituição, não devendo ser alargada por lei ordinária, caracterizando, em face do art. 2º, I, da Lei de Crimes Hediondos, visível inconstitucionalidade no tocante à proibição da concessão de indulto<sup>192</sup>. O Chefe do Poder Executivo não será limitado de exercer sua atribuição constitucional de conceder indulto ou, ainda, de comutar pena, no que toca aos crimes hediondos, ao tráfico ilícito de entorpecentes, ao terrorismo, e, finalmente, à tortura<sup>193</sup>.

Antônio Scarance Fernandes é entusiasta de tal posicionamento, e diz que a Carta Magna só mencionava a proibição da concessão de graça ou anistia, não dispendo sobre o indulto. “Assim, não podia o legislador ordinário aumentar a restrição, ainda mais que, nos termos

---

<sup>190</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. Crimes Hediondos (alguns aspectos importantes). Livro de estudos jurídicos, v. 3, p. 204-218 *apud* FRANCO, Alberto Silva, Crimes Hediondos: anotações sistemáticas à lei 8.072/90, 4ª edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, p. 141-142.

<sup>191</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. Crimes Hediondos (alguns aspectos importantes). Livro de estudos jurídicos, v. 3, p. 204-218 *apud* FRANCO, Alberto Silva, Crimes Hediondos: anotações sistemáticas à lei 8.072/90, 4ª edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, p.141-142.

<sup>192</sup> FRANCO, Alberto Silva, Crimes Hediondos: anotações sistemáticas à lei 8.072/90, 4ª edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, p. 142.

<sup>193</sup> FRANCO, Alberto Silva, Crimes Hediondos: anotações sistemáticas à lei 8.072/90, 4ª edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, p.142.

do art. 84, a Constituição dá ao Presidente da República poderes para conceder o indulto, sem limitações”<sup>194</sup>.

É de se enfatizar, na mesma direção, que a benéfica política criminal, no seu âmbito lógico-formal, como um mecanismo norteador de técnica legislativa, ordena uma disposição simples, qual seja a de não proibir inicialmente, de maneira total, direitos cuja esporádica concessão deve se sujeitar ao poder discricionário estatal. Toda vez que uma lei que impõe um comportamento negativo desse caráter se torna vigente no ordenamento jurídico, este limita o poder de exposição das relações sociais, ao passo que o Direito, ao invés de ser o protagonista na proteção das garantias de liberdade, torna-se um instrumento de repressão e de injustiça<sup>195</sup>.

Nesse passo, no decorrer dos anos, vislumbra-se que o indulto vem sendo empregado com parcimônia, não beneficiando, em regra, os agentes que cometem crimes hediondos e equiparados. Então, mostra-se perceptível a impropriedade, em se tratando de política criminal, de uma lei que veda a concessão da benesse, como é o caso da Lei de Crimes Hediondos, que não tem sido concedida aos agentes que são incursores nesses tipos penais, ao passo que a concessão pode se materializar em situações extremas, tais como os casos de prisioneiros com enfermidades graves, com avançada idade e longo tempo de cumprimento na penitenciária<sup>196</sup>.

Corroborando com tal vertente, temos que a lei infraconstitucional não pode exarar limitação concernente a uma norma constitucional, posto que a intenção do legislador da Carta Magna, ao criar uma condicionante ao princípio da individualização da pena, que é garantia fundamental, era a de delimitar, precisamente, as fronteiras de ação do poder

---

<sup>194</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. Considerações sobre a Lei 8072/90, de 25 de Julho de 1990 – Crimes Hediondos, Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 660, 1990,

<sup>195</sup> LEAL, João José, Crimes hediondos: aspectos político-jurídicos da Lei nº 8.072/90, Atlas, 1996, p. 100.

<sup>196</sup> LEAL, João José, Crimes hediondos: aspectos político-jurídicos da Lei nº 8.072/90, Atlas, 1996, p. 100-101.

legiferante, isto é, seu âmbito de atuação é restrito pelo mandamento da Lei Maior, o qual não pode ser contestado por norma de hierarquia inferior<sup>197</sup>.

A interpretação jurisdicional hodierna preconiza que a hermenêutica do Direito deve respeitar a um procedimento dinâmico, que leve o hermenêuta a mentalizar a verdadeira razão de ser da matéria normativa. Tal dinâmica hermenêutica não pode restringir-se apenas ao silogismo lógico-gramatical do Direito constante na lei, devendo se atentar a uma perspectiva histórico-evolutiva, além de sistêmica, da norma interpretada<sup>198</sup>.

Quanto à análise sistêmica, é necessário que o intérprete entenda a finalidade e o sentido da lei interpretada em relação aos demais atos normativos, dando relevo, especialmente, a adequação desta norma ao sistema normativo como um todo, mormente às disposições constitucionais<sup>199</sup>.

Por conseguinte, saliente-se, a contrariedade do art. 2º, I, da Lei de Crimes Hediondos em relação ao mandamento constitucional elencando no art. 84, XII, uma vez que é firme a interpretação principiológica que as leis constitucionais, sobretudo as que protegem as garantias individuais, são de eficácia imediata, sendo despiciendo que normas ordinárias venham a regulamentar e dar efetividade a elas. As normas infraconstitucionais que não se amoldam ao comando de leis superiores, infringem o princípio da subordinação da norma ordinária à matéria constante na Constituição<sup>200</sup>.

Na prática, por motivos de política criminal, é difícil que os indivíduos que pratiquem crimes hediondos e assemelhados sejam contemplados com esta indulgência estatal, qual seja o indulto. Entretanto, não se deve impedir que, em situações excepcionais, a benesse venha ser concedida aos condenados pelos crimes citados. Nesse caso, a concessão do benefício pode ser feita por grande necessidade para extinguir algumas

---

<sup>197</sup> LEAL, João José, Crimes hediondos: aspectos político-jurídicos da Lei nº 8.072/90, Atlas, 1996, p. 101.

<sup>198</sup> LEAL, João José, Crimes hediondos: aspectos político-jurídicos da Lei nº 8.072/90, Atlas, 1996, p. 101.

<sup>199</sup> LEAL, João José, Crimes hediondos: aspectos político-jurídicos da Lei nº 8.072/90, Atlas, 1996, p. 101.

<sup>200</sup> LEAL, João José, Crimes hediondos: aspectos político-jurídicos da Lei nº 8.072/90, Atlas, 1996, p. 101.

hipóteses cruéis e perversas, derivadas da aplicação severa do ato normativo em testilha<sup>201</sup>.

Ao cabo, é impossível negligenciar os dois posicionamentos, tanto o que pondera pela inconstitucionalidade do art. 2º, I, da Lei de Crimes Hediondos, vez que a Constituição não declarou a impossibilidade de concessão do indulto, quanto o que entende que o termo “graça”, utilizado no art. 5º, XLIII, da Carta Magna, tem o condão de abranger as duas indulgências soberanas, quais sejam a graça e o indulto.

---

<sup>201</sup> LEAL, João José, Crimes hediondos: aspectos político-jurídicos da Lei nº 8.072/90, Atlas, 1996, p. 102.

## CONCLUSÃO

Aprioristicamente, destaque-se que a tortura foi um instrumento consternador, empregado ostensivamente contra populações de inúmeras gerações, sempre objetivando, à custa do sofrimento físico ou psicológico, a declaração de alguma informação ou confissão de determinado ato.

Nesse bojo, ainda sentindo os vestígios trazidos pela Segunda Guerra Mundial, a comunidade internacional consentiu em coibir, de forma imperativa, a prática de tortura ou qualquer tratamento desumano ou cruel ao ser humano, deixando bem claro a todos os países o mandamento de regulação e proibição da conduta ignóbil da tortura.

Todavia, o Brasil, somente após quarenta anos, na Constituição da República de 1988, proibiu o ato de tortura, dando a este tipo de conduta um caráter mais severo do que outros crimes do ordenamento jurídico penal, deixando, no entanto, uma lacuna a respeito de como se daria e em que consistia o crime de tortura.

Foram efetuadas algumas tentativas do legislador infraconstitucional emanar um entendimento consistente da prática do delito de tortura, tal como no art. 233, do ECA (Lei n. 8069/90), corretamente revogado, que restringia absurdamente a prática de tortura às crianças e os adolescentes, sendo um tipo penal excessivamente aberto, que infringia, flagrantemente, o princípio da legalidade. Posteriormente, a Lei n. 8072/90 equiparou o crime de tortura aos crimes hediondos, mas, da mesma forma, não deu roupagem ao crime de tortura.

Finalmente, após imenso e incômodo atraso, foi publicada a Lei n. 9455/97, que tratava especificamente do crime de tortura, deixando a sociedade com grande expectativa, posto que agora havia uma lei que tratava, exclusivamente, de uma das maiores violações à dignidade humana, que é a prática de tortura.

Tanta expectativa não foi correspondida pela lei em comento, haja vista que a lei, feita de maneira apressada, negligenciando a correta técnica legislativa, deixou inúmeras lacunas, e foi objeto de diversas críticas.

Uma das críticas diz respeito à inovação trazida pela Lei n. 9455/97, que deu possibilidade a um particular praticar o crime de tortura, entrando em dissenso com as disposições internacionais, as quais propugnavam que a tortura só se materializaria como um crime se praticada por um agente público. Nos não coadunamos com as leis internacionais, nesse contexto, entendendo, por conseguinte, acertada a proposição do legislador brasileiro.

Outro ponto a ser delineado, é a indesculpável omissão legislativa no art. 1º, alínea c, quanto a outros segmentos sociais que podem sofrer discriminação, dando ensejo ao preconceito discriminatório homossexual, étnico, etc., estes que são rotineiramente alvos de violação de direitos humanos e que deveriam ser protegidos em face dessas condutas.

No entanto, a maior crítica a ser realizada contra a Lei de Tortura, que deixa claro o indevido manuseio da técnica legislativa, são os tipos penais abertos que ela originou, os quais entregam tarefa árdua ao intérprete, vez que há excessivo espaço discricionário para decidir, dando ensejo a possíveis malversações da norma. Além disso, esta lei possui ínfima aplicabilidade e prestigia a insegurança jurídica.

De outra sorte, uma situação de bastante relevância que deve ser ventilada é a impropriedade da utilização das indulgências soberanas, espécies do direito de graça (anistia, graça e indulto), estas que possuem a finalidade dirimir a falibilidade do direito, impondo o abrandamento de determinado preceito legal ou ato normativo, objetivando a justiça, eventualmente, não empregada.

A anistia, a graça e o indulto devem ser veiculados com parcimônia, o que acontece, regra geral, porém isso não impede que ocorram excessos e verdadeiros casos de impunidade, tal como se deu na Lei de Anistia (Lei n. 6.683/79), que, se utilizando dessa causa extintiva de punibilidade, acudiu atores de condutas bárbaras frontalmente opostas aos

preceitos normativos tanto nacionais e internacionais. Quanto a graça e o indulto, não se deve permitir que estas clemências estatais sejam pretextos para a infringência do princípio da separação de poderes, ou até mesmo, um mecanismo controlador das decisões do judiciário.

Sob outra perspectiva, a aplicação das causas extintivas de punibilidade em análise, que são a anistia, graça e indulto aos agentes que cometem crimes hediondos e equiparados, dentre eles a tortura, originou acalourada discussão doutrinária, visto que o legislador não foi preciso ao demarcar a incidência dessas indulgências na norma.

A anistia, em si, gera menor discussão, pois não há divergência, quanto a ela, nos dispositivos analisados, ou seja, a Constituição Federal, a Lei de Crimes Hediondos e a Lei de Tortura consentiram pela não contemplação da benesse de anistia aos sentenciados por crimes hediondos e assemelhados.

A controvérsia nasce, preponderantemente, em relação à graça e o indulto, tendo em vista que uns entendem que os dois vocábulos se confundem, sendo a graça uma espécie do indulto, conforme a Lei de Execuções Penais e, principalmente, a Constituição, e outros, preconizam que os institutos são diferentes, ao passo que se o constituinte originário não vedou expressamente a concessão do indulto, não deveria o legislador infraconstitucional, como foi o caso no art. 2º, I, da Lei de Crimes Hediondos, ampliar o texto constitucional, tendo em vista não possuir competência e não ser legitimado para tanto.

Conquanto a existência de posicionamento diverso, bem como, conforme colacionado, com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, nos filiamos àqueles que advogam pela possibilidade de concessão do indulto aos agentes que cometem crimes hediondos e equiparados, visto que a norma ordinária deve obedecer, precipuamente, o que a Constituição expressa, não podendo ampliar, principalmente, vedação às liberdades individuais não reconhecidas pela Carta Magna.

Ora, o constituinte foi cuidadoso, por exemplo, ao listar no art. 84, XII, a atribuição ao Presidente da República para conceder indulto, não impondo limites para tal atuação. Seria contraditório, a Carta Popular não

limitar em nenhum momento tal atribuição no dispositivo analisado, e, em seguida, restringir o exercício desta competência por intermédio do art. 5º, XLIII.

Por mais que a Lei de Execuções Penais trate a graça como espécie do indulto, ou seja, um indulto individual, existem diferenças quanto a esses institutos, e, mais, se a Constituição quisesse abranger o indulto como graça, no sentido de representarem o direito de graça estatal, também o faria com relação à anistia, vez que esta também é espécie do direito de graça.

Portanto, foi indevida a ampliação efetuada no art. 2º, I, da Lei de Crimes Hediondos, tendo em vista que vai a contrassenso com o que a Constituição expressamente declarou, ensejando, eventualmente, a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade do ato normativo ora impugnado.

## REFERÊNCIAS

- BARBOSA, Lícínio, **Direito Penal e Direito de Execução Penal**, Brasília, Zamenhof, 1993.
- BICUDO, Hélio, **Anistia desvirtuada**, v. 13, n. 53, Revista Brasileira de Ciências Criminais, Revista dos Tribunais, mar. 2005 a abr. 2005
- BIERRENBACH, Sheilla, LIMA, Walberto Fernandes de. **Comentários à lei de tortura – Aspectos Penais e Processuais Penais**, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2006.
- BORGES, José Ribeiro, **Tortura: aspectos históricos e jurídicos; O crime de tortura na legislação brasileira; Análise da lei 9455/97**, 1ª edição, Romana, Campinas, 2004.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**, 10ª edição, Saraiva, 2012.
- CAPEZ, Fernando, **Curso de Direito Penal 4 – Legislação Penal Especial**, 7ª edição, Saraiva, 2012.
- CERNICCHIARO, Luiz Vicente. **Direito Penal na Constituição**, 2ª edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1994.
- COIMBRA, Mário. **Tratamento do Injusto Penal da Tortura**, Revista dos Tribunais, 2002.
- COSTA, Álvaro Mayrink da, **Direito Penal – Parte Geral – Consequências Jurídicas do Injusto**, v. 3, 7ª edição, Editora Forense, 2007.
- DOTTI, René Ariel, **Curso de Direito Penal – Parte Geral**, 3ª Edição, Revista dos Tribunais, 2007.
- FERNANDES, Antonio Scarance. **Considerações sobre a Lei 8072/90, de 25 de Julho de 1990 – Crimes Hediondos**, Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 660, 1990.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. Revista dos Tribunais, 3ª edição, 2010.
- FILHO, Aloysio de Carvalho, **Comentários ao Código Penal, v. IV**, 4ª edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1958.
- FRANCO, Alberto Silva, **Crimes Hediondos: anotações sistemáticas à lei 8.072/90**, 4ª edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000.
- FRANCO, Alberto Silva, **Leis penais e sua interpretação jurisprudencial**, 7ª edição, v. 2, Revista dos Tribunais, 2001.
- FRANCO, Ana Paula Nogueira. **Distinção entre maus-tratos e o art. 1, II, da Lei de Tortura**. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n.62, p. 11, 11, jan. 1998.
- GOMES, Luiz Flávio, **Estudos de Direito Penal e Processo Penal**, 1ª edição, Revista dos Tribunais, 1999.
- JESUS, Maria Gorete Marques, **O crime de tortura e a justiça criminal**, IBCCRIM. São Paulo. 2010.

- JESUS, Damásio E. de, **Direito Penal – Parte Geral**, v. 1, 23ª edição, Editora Saraiva, 2002.
- JÚNIOR, Miguel Reale, **Tipificação da Tortura**, Enfoque Jurídico, n. 6, Brasília, Informe TRF -1ª Região, abr-mai, 1997.
- JURICIC, Paulo. **Crime de Tortura**, Ed. Juarez de Oliveira, São Paulo, 1999.
- LEAL, João José, **Crimes hediondos: aspectos político-jurídicos da Lei nº 8.072/90**, Atlas, 1996.
- LIRA, Roberto, **Comentários ao Código de Processo Penal, vol. IV**, Editora Forense, Rio de Janeiro.
- MAGGIORE, Giuseppe. **Derecho penal, v. II**, Bogotá, Manzini, 1954.
- MARCÃO, Renato Flávio, **Curso de Execução Penal**, São Paulo, Saraiva, 2004.
- MARQUES, José Frederico, **Tratado de Direito Penal, v. III**, Editora Millennium, Campinas, 2002.
- MARX, Ivan Cláudio. **Operação Condor: crimes impunes? Juízes para a Democracia**, a.12, n.47, dez. 2008 a fev. 2009.
- MARZAL, Alejandro Del Toro. **El nuevo delito de Tortura: La reforma del derecho penal**, Universiade Autonoma de Barcelona, 1980.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini, **Execução Penal**, 11ª edição, Editora Atlas, 2004.
- MONTEIRO, Antônio Lopes, **Crimes Hediondos – Textos, comentários e aspectos polêmicos**, Saraiva, 9ª edição, 2010.
- MOSSIN, Heráclito A. **Tortura: Lei n.9455/97**. Revista jurídica, ano 45, n. 236, jun. 1997, p. 45-46.
- Nosso direito positivo e a tortura**, Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 2 n.8, out-dez-1994.
- NUCCI, Guilherme de Souza, **Manual de Direito Penal – Parte Geral**, 7ª Edição, Revista dos Tribunais, 2011.
- PRADO, Luiz Régis, **Curso de Direito Penal Brasileiro- Parte Geral**, Revista dos Tribunais, 11ª edição, 2012.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Alguma notas sobre a nova Lei de tortura – Lei n.9455 de 7 de abril de 1997**. Boletim Ibccrim, São Paulo, n.54, maio de 1997.
- SHINTATI, Tomaz M., **Curso de Direito Penal – Parte Geral**, 2ª edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1993.
- SILVA, Haroldo Caetano da, **Manual da Execução Penal**, 1ª edição, Editora Bookseller, Campinas, 2001.
- SILVA, Marisya Souza, **Crimes Hediondos & progressão de regime prisional**, Curitiba, Juruá, 2008.
- SZNICK, Valdir, **Manual de Direito Penal – Parte Geral**, Livraria e Editora Universitária de Direito, 2002.

STF, **HC 71.691/1**, 1ª T., rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 9-8-1994, v.u., DJU, 30-9-1994, p.26169.

RADBRUCH, Gustav, **Filosofia do direito**, 2010, WMF.

ROCHA, Joceli Scremin da. **Anistia – limites e possibilidades para a responsabilização jurídica dos agentes violadores de direitos humanos no Brasil**. Disponível:

vel :bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/34968/anistia\_limites\_possibilidades\_rocha.pdf?sequence=1 . Acesso em: 12 de agosto de 2013.

TACrimSP, **AE1157459/8**, 7ª Câm., rel. Juiz S. C. Garcia, j. em 19-8-1999, v. u., RT, 773/602.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Crimes Hediondos (alguns aspectos importantes)**. Livro de estudos jurídicos, v. 3, 1991.

TOLEDO. Francisco de Assis. **Sobre o crime de tortura na recente Lei n. 9455/97**. Informativo Consulex. p.12. vol.11. ago/97.

TOVIL, Joel, A (nova) **Lei dos Crimes Hediondos comentada**, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008.

VARGAS, José Cirilo de, **Instituições de Direito Penal – Parte Geral**, Volume I, Tomo II, 1ª Edição, Rio de Janeiro, Editora Forense 1998, p.198-199.

WEICHERT, Marlon Alberto, **Lei de Anistia e prescrição penal**, v.16, n.74, set. 2008 a out. 2008, Revista Brasileira de Ciências Criminais, Revista dos Tribunais.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl, PIERANGELI, **José Enrique, Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral**, 4ª edição, Revista dos Tribunais, 2004.

