



Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"

GEOVANNA CAROLINE DE SOUZA

**A APLICAÇÃO DO INDULTO COMO CAUSA EXTINTIVA DE
PUNIBILIDADE.**

Assis/SP

2018



Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"

GEOVANNA CAROLINE DE SOUZA

**LEI DE EXECUÇÃO PENAL: A APLICAÇÃO DO INDULTO COMO
CAUSA EXTINTIVA DE PUNIBILIDADE.**

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis – IMESA e a Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA, como requisito parcial para aprovação em curso de graduação em Direito.

Orientador: Fábio Pinha Alonso

Assis/SP
2018

FICHA CATALOGRÁFICA:

S729a SOUZA, Geovanna Caroline

**A APLICAÇÃO DO INDULTO COMO CAUSA EXTINTIVA DE
PUNIBILIDADE/ GEOVANNA CAROLINE DE SOUZA**

Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA – Assis 2018.

Orientador: Ms. Fábio Pinha Alonso

**Trabalho de conclusão de curso – Instituto Municipal de Ensino Superior
de Assis**

1.Indulto 2.Perdão 3.Ressocialização

CDD341.5462

Biblioteca da FEMA

LEI DE EXECUÇÃO PENAL: A APLICAÇÃO DO INDULTO COMO CAUSA EXTINTIVA DE PUNIBILIDADE.

GEOVANNA CAROLINE DE SOUZA

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis – IMESA e a Fundação Educacional do Município de Assis- FEMA, como requisito parcial para aprovação em curso de graduação, analisando pela seguinte comissão examinadora:

Orientador: Professor Fábio Pinha Alonso

Examinador: Carlos Ricardo Fracasso

Assis/SP

2018

DEDICATÓRIA

Dedico primeiramente a Deus por ser sempre meu principal apoio nos momentos mais difíceis, também a todos meus momentos de fraqueza e insegurança, pois sem eles seria impossível conquistar cada objetivo já alcançado. Aos meus professores, mestres que me ensinaram sempre com muita dedicação e sabedoria sobre a vida e o Direito, dentro e fora da sala de aula. Dedico também em especial a minha família que sempre acreditou no meu potencial e não mediram esforços para que fosse possível seguir com meus estudos. Ao meu namorado pela imensa ajuda e paciência, e amigos que sempre estiveram presentes direta e indiretamente em todos os momentos de minha formação acadêmica.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, minha família, professores, orientador, enfim a cada um que ajudou a concluir esta monografia. Por toda paciência, atenção nos momentos mais difíceis, por me auxiliarem para que fosse possível chegar até aqui.

Em especial quero agradecer meus pais Elisete e Demerval, e meu irmão Alessandro que nunca mediram esforços para que eu pudesse realizar o curso, acreditando no meu potencial e nos meus sonhos, sempre me apoiando.

Ao meu namorado Maycon Winicius pela paciência e orientação, que me ajudou nos momentos difíceis, sempre dizendo que eu sou capaz.

Agradeço aos meus colegas de trabalho Gabriely Valiceli e Waldnei Sampaio, também minha colega de classe Karoline Duarte, pois cada um deles me apoiaram e ajudaram de uma forma especial.

Muito obrigada ao meu orientador Fábio Pinha Alonso, pela orientação, correção e imenso auxílio no que precisei durante a pesquisa.

RESUMO

O presente trabalho acadêmico tem por objetivo a análise da Lei de execução Penal (LEI 7.210/84) na qual estabelece as garantias do preso. Juntamente com os institutos elencados no artigo 107 do Código Penal Brasileiro, no qual estabelecem a extinção da punibilidade daquele sentenciado após um delito. Dentro destes benefícios, o presente trabalho analisará especialmente o Indulto, analisando sua causa de extinção, podendo ela ser total ou parcial, a quem compete e quem poderão ser os beneficiários.

Tentará ainda analisar este instituto comparando se o mesmo ainda produz eficácia para apenas a extinção da pena ou se o mesmo se tornou um ato de política criminal com o intuito de diminuir as superlotações no sistema carcerário atual.

Palavras-chave: Lei de execução penal (Lei 7.210/84) - Indulto - perdão - política criminal.

ABSTRACT

The objective of this academic work is to analyze the Criminal Enforcement Law (LEI 7.210/84), which establishes the prisoner's guarantees. Together with the institutes listed in article 107 of the Brazilian Penal Code, in which they establish the extinction of the punishment of the person sentenced after an offense. Within these benefits, the present study will especially analyze the Indult, analyzing its cause of extinction, being it total or partial, who is the responsibility and who the beneficiaries may be.

It will also try to analyze this institute by comparing whether it still produces efficacy for just quitting or whether it has become an act of criminal policy in order to reduce overcrowding in the current prison system.

Keywords: Criminal execution law (Law 7,210 / 84) - Indult - pardon - criminal policy.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	11
2. A LEI DE EXECUÇÃO PENAL - Lei 7.210/1984.....	12
2.2. ESPÉCIES DE PENAS	13
2.2.1. A origem e a finalidade da LEP.....	13
2.3. OS PRINCÍPIOS NORTEADORES DA EXECUÇÃO PENAL.....	14
2.3.1. Princípio Da Legalidade.....	15
2.3.2. Princípio Da Isonomia.....	15
2.3.3. Princípio Da Intervenção Mínima.....	16
2.3.4. Princípio Da Culpabilidade	16
2.3.5. Princípio Da Proporcionalidade	16
2.3.6. Princípio Da Humanidade.....	17
2.3.7. Princípio Da Jurisdicionalidade.....	17
2.3.8. Princípio Da Individualização Da Pena.....	18
2.4. A LEI DE EXECUÇÃO PENAL COMO UMA GARANTIA LEGAL ...	18
2.4.1. Quanto As Garantias E Direitos Do Preso.....	19
2.4.2. Sobre Os Direitos Da Gestante Presa.....	21
3. CONSIDERAÇÕES SOBRE O INDULTO: APLICAÇÃO E LEIS..	26
3.1. O PERDÃO.....	26
3.1.1. Indulto como faculdade do perdão	27
3.2. O INDULTO PRESENTE NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS..	27
3.2.1. A Constituição do Império do Brasil (1824).....	27
3.2.2. Constituição brasileira de 1891 (Constituição Republicana).....	28
3.2.3. Constituição de 1934 (Democrática)	29
3.2.4. A Constituição do Estado Novo (1937).....	30
3.2.5. A Constituição de 1946	30
3.2.6. A Constituição de 1967	31
3.2.7. A Constituição de 1988	31
3.3. A EXTINÇÃO DE PUNIBILIDADE.....	32
3.4. ANÁLISE DOS INSTITUTOS DO INDULTO, GRAÇA E ANISTIA COMO CAUSAS EXTINTIVAS DE PUNIBILIDADE.....	34
3.4.1. Anistia.....	34
3.4.2. Graça e Indulto.....	35

3.4.3. Pontos relevantes quanto aos institutos: Diferenças quanto sua aplicação e efeitos	36
4. A APLICAÇÃO DO INDULTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	38
4.1. O INDULTO QUANTO AOS CRIMES HEDIONDOS	38
4.2. OS DECRETOS DE INDULTOS POR QUESTÃO HUMANITÁRIA.	39
4.2.1. O caso do médico Roger Abdelmassih	40
4.3. O INDULTO NATALINO	41
4.3.1. Diferenças Entre O Indulto E A Saída Temporária.....	42
4.3.2. O Decreto 9.246/17 Do Presidente Michel Temer.....	43
4.3.3. O posicionamento do STF	43
4.4. QUANTO AO TRÁFICO PRIVILEGIADO.....	44
4.5. O INDULTO COMO UMA GARANTIA LEGAL OU UM REMÉDIO PARA ESVAZIAR PRISÕES	45
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	47
REFERÊNCIAS.....	48

1. INTRODUÇÃO

A presente monografia tem como tema “ Lei de execução Penal: A aplicação do indulto como causa extintiva de punibilidade.”

O Tema busca enfatizar as garantias do preso apresentadas na Lei 7.210/84 (LEP) na qual estabelece algumas assistências que irão buscar a ressocialização do preso para que este esteja pronto em sua vida egressa. Analisando de forma complexa os direitos e garantias que são estabelecidos tanto quanto sua eficácia.

Este trabalho foi estruturado por quatro capítulos, sendo que o segundo trata da lei de execução penal uma vez que esta possui como uma finalidade de organizar e estruturar o sistema prisional, elencando ainda as garantias daquele que está cumprindo pena, analisando os princípios que a norteiam bem como uma breve análise do surgimento da pena e como são elencadas as garantias para a ressocialização para aquele que foi apenado após a prática de um delito.

O terceiro capítulo versa sobre os institutos do indulto, graça e anistia, sendo eles estabelecidos no artigo 107 do Código Penal como causa de extinção da punibilidade, podendo a pena ser completamente extinta ou reduzidas parcialmente. Em ênfase a diferença entre os institutos que são objetos de comum confusão, e em especial o Indulto quanto a sua aplicação sendo analisado como um ato de perdão e clemência.

O quarto e último capítulo apresenta a aplicação do indulto nos crimes Hediondo, tanto quanto seus decretos conhecidos como “Indulto natalino” e suas respectivas considerações. Trata ainda das diferenças quanto o indulto e a saída temporária, visto que são institutos de comum confusão. E por fim, observando sua aplicação que tem sido cada vez mais corriqueira e abrangente, adotando a cada decreto requisitos que beneficiam um número maior de presos, utilizando- se assim dos instituto como um escape para a superlotação prisional.

2. A LEI DE EXECUÇÃO PENAL - Lei 7.210/1984

Criada em 11 de julho de 1984 a Lei nº 7.210, Lei de Execução Penal – LEP, surgiu com o intuito de organizar os regimes e os estabelecimentos prisionais. Como a própria lei já diz há a execução de uma pena e antes mesmo de aprofundar o tema, é necessário saber o que é "pena" tendo a seguir um breve resumo.

2.1. A ORIGEM DA PENA

De acordo com o dicionário brasileiro, pena é: " sanção aplicada como punição ou como reparação por uma ação julgada repreensível; castigo, condenação, penitência". De forma mais clara e voltada ao direito penal, podemos analisar a definição do autor, Guilherme Nucci (Revista dos Tribunais, 2005. p. 335) onde diz que:

É a sanção imposta pelo Estado, por meio de ação penal, ao criminoso como retribuição ao delito perpetrado e prevenção a novos crimes. O caráter preventivo da pena desdobra-se em dois aspectos (geral e especial), que se subdividem (positivo e negativo): a) geral negativo: significando o poder intimidativo que ela representa a toda a sociedade, destinatária da norma penal; b) geral positivo: demonstrando e reafirmando a existência e eficiência do direito penal; c) especial negativo: significando a intimidação ao autor do delito para que não torne a agir do mesmo modo, recolhendo-o ao cárcere, quando necessário; d) especial positivo: que é a proposta de ressocialização do condenado, para que volte ao convívio social, quando finalizada a pena ou quando, por benefícios, a liberdade seja antecipada. Conforme o atual sistema normativo brasileiro, a pena não deixa de possuir todas as características expostas em sentido amplo (castigo + intimidação e reafirmação do direito penal + ressocialização): o art. 59 do Código Penal menciona que o juiz deve fixar a pena de modo a ser necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

Logo, é possível defini-la como resultante natural que poderá ser instituída pelo próprio Estado uma vez que alguém comete uma infração penal. Quando um agente comete um fato típico, ilícito, culpável, deverá responder de acordo com a valoração do direito de punir do Estado (jus puniendi).

A aplicação da pena não é algo novo, pois para alguns autores com base na teoria do criacionismo o primeiro exemplo de punição ocorreu no paraíso, na época de Adão e Eva, onde foram expulsos do jardim após comer o fruto proibido (Gênesis, 3:1-24 - 3.896 a. C). Para outros, baseados na teoria do Evolucionismo, há o surgimento da pena por meio dos primatas pois em questão de sobrevivência, se viam obrigados a reagir contra-ataques externos aos seus grupos como um ato de defesa e de retribuição pelo mal praticado.

A partir da criação do Estado o contexto social levou o homem à atribuição e criação de normas, afim de estabelecer equilíbrio de justiça para garantir a igualdade, liberdade entre as comunidades.

Nos dias atuais as penas estão elencadas de acordo com o ato praticado descrito no Código Penal Brasileiro, em sua parte especial, onde ao descrever o ato ilícito já vem explícita a pena que deverá ser aplicada.

2.2. ESPÉCIES DE PENAS

De acordo com o art. 32 do Código Penal, as penas podem ser:

Privativas de liberdade;

Restritivas de direitos; e

Multa.

Nos casos em que cabe a pena privativa de liberdade são as de reclusão e detenção.

Vale ressaltar, que a Lei das Contravenções Penais também prevê sua pena privativa de liberdade, que é a prisão simples.

2.2.1. A origem e a finalidade da LEP

Criada em 11 de julho de 1984 a Lei nº 7.210, Lei de Execução Penal – LEP, surgiu com o intuito de organizar os regimes e os estabelecimentos prisionais.

A Lei n.º 7.210, de 11.7.1984, estabeleceu que, no prazo de 6 (seis) meses após a sua publicação, deveriam as unidades federativas, em convênio com o Ministério da Justiça, “projetar a adaptação, construção e equipamento de

estabelecimentos e serviços penais previstos nesta Lei” (art. 203, § 1.º). Também, no mesmo prazo, deveria “ser providenciada a aquisição ou desapropriação de prédios para instalação de casas de albergados”(art. 203, § 2º).

Diante disto, a LEP com o intuito de objetivar e organizar trará sobre a execução da pena a sentença criminal, e também a ressocialização do condenado ou internado, trazendo-lhes os meios indispensáveis e necessários para que isso ocorra. A finalidade da lei de execução penal é recuperar os indivíduos apenados, para que em sua vida egressa ao retornar ao convívio social não venha praticar novos crimes.

É necessário saber que apesar da lei tratar expressamente de todos estes "cuidados" quando levados ao sistema penitenciário, os presos se tornam "excluídos" da sociedade, uma vez que não percebem seus direitos, onde muitas das vezes são ignorados. Diante disto, a Lei de Execução Penal discorre sobre seus direitos juntamente com o princípio da dignidade humana, assegurando ao detento o direito a saúde, educação, respeito, trabalho, assistência ao egresso, entre outras.

Dispõe, logo em seu primeiro artigo que " a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal a proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado". É possível analisar que em seu primeiro dispositivo, que o legislador já se preocupou com o tratamento penitenciário, ou seja, na correta aplicação dos mandamentos e nas oportunidades ofertadas de reeducação aos apenados e internos para sua futura participação no convívio social, buscando uma pena que seja alternativa uma vez que não seja apenas para intimidar, ameaçar o infrator, dando-lhe uma visão de futuro e verdadeira expectativa de ressocialização.

2.3. OS PRINCÍPIOS NORTEADORES DA EXECUÇÃO PENAL

A palavra “princípio” possui diversos significados, dentre eles: início, origem, fundamento, sendo tudo o que regula um comportamento e base de uma ciência. Na esfera jurídica, este termo pode ser interpretado como uma ordenação que serve como parâmetro interpretativo para a concreta e correta aplicação do direito.

Os princípios poderão estar explícitos ou implícitos na Constituição Federal. Os explícitos são os que estão escritos, expressos em lei, os implícitos, ainda que não

expressos, figuram subentendidos no ordenamento jurídico. Na LEP, os princípios que a norteiam são:

2.3.1. Princípio Da Legalidade

Este princípio não se trata de uma novidade, pois é aplicado no Brasil desde pelo menos 1824, e este serve de base para vários outros que estão presentes não só na LEP, como também em todo o direito penal, e âmbito jurídico. Sendo este, um princípio orientador e regulador, onde prevê que nenhum fato será considerado crime sem uma lei anterior que o defina, conforme descrito no art 1º do Código Penal “Art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.”

Logo, o legislador diz que qualquer crime deverá ser previamente identificado como um ato antijurídico com a devida descrição em lei, tipo penal, e previsão de pena.

2.3.2. Princípio Da Isonomia

O princípio da isonomia está descrito no caput do artigo 5º da Constituição Federal, e igualmente no artigo 3º da LEP, que dispõe:

Art. 3º - Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei.

Parágrafo único - Não haverá qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política.

Portanto, este princípio visa tão somente à garantia de que todos os apenados sejam efetivamente tratados sem diferenças, proibindo qualquer forma de discriminação.

2.3.3. Princípio Da Intervenção Mínima

Este princípio se subdivide em duas dimensões, para alguns doutrinadores ele traz a ideia do princípio da Subsidiariedade, a "última ratio", ou seja, diz que o direito penal é a última alternativa, onde já se esgotaram todos os meios de solução dos conflitos.

O Direito Penal não deve ser a primeira opção "prima ratio", pois existem outros ramos do direito preparados para solucionar as lides, as desavenças.

Para outros, a dimensão da Fragmentariedade é aquela em que, interessa ao direito Penal punir as ações mais graves praticadas contra os bens jurídicos mais importantes, que são aquelas verdadeiramente lesivas a vida em sociedade. É constante nos julgados do STF e do STJ a utilização da Fragmentariedade como razão para a aplicação do Princípio da Insignificância.

2.3.4. Princípio Da Culpabilidade

De acordo com o Art. 18 do Código Penal Brasileiro, ninguém poderá ser punido se não houver agido com dolo ou culpa. Logo, em regra só se pune aquele que agiu com dolo salvo se houver previsão expressa em lei, como no caso de crime culposos. A responsabilidade no direito penal deverá ser subjetiva "nullum crimen sine culpa", que significa que não há crime sem culpa.

2.3.5. Princípio Da Proporcionalidade

Este princípio possui grande aplicação na execução da pena, pois garante que a pena uma vez que fixada não poderá exceder a dimensão do ato praticado pelo condenado, devendo analisar a exata correspondência entre a proporcionalidade com a gravidade do delito, e a personalidade do reeducando, de modo que seja proporcional. Assim, importante mencionar o disposto no artigo 185 da LEP, nestes termos:

Art. 185 - Haverá excesso ou desvio de execução sempre que algum ato for praticado além dos limites fixados na sentença, em normas legais ou regulamentares.

2.3.6. Princípio Da Humanidade

O princípio da humanidade visa garantir ao preso o respeito a sua integridade física e moral, nos termos que preconiza o artigo 5º da Constituição Federal:

XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

L - às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação;

Além disso, o princípio faz também referência ao tratamento dado aos reeducados, tanto a despeito da pena de morte, quanto da vedação ao trabalho forçado entre outras coisas, como descreve o artigo em seu inciso XLVII:

XLVII - não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis;

Este princípio vem a luz da benignidade vislumbrando sempre a coletividade social. Onde seria inaceitável tratar de forma desumana o indivíduo mesmo quando tenha sido condenado por transgredir o ordenamento penal. Não se admitindo penas cruéis como as penas de caráter perpétuo, de morte (salvo em caso de guerra declarada), de trabalhos forçados, de banimento ou toda e qualquer pena de castigos corporais.

2.3.7. Princípio Da Jurisdicionalidade

De acordo com este princípio, o juiz não extinguirá a sua atuação com o trânsito em julgado da sentença condenatória prolatada em face do réu no processo de conhecimento, uma vez que deverá estender a sua função ao acompanhamento

jurisdicional e administrativo da execução penal imposta posteriormente ao condenado.

Neste sentido, importante suscitar o artigo 2º da LEP, que estabelece:

Art. 2º A jurisdição penal dos Juízes ou Tribunais da Justiça ordinária, em todo o Território Nacional, será exercida, no processo de execução, na conformidade desta Lei e do Código de Processo Penal.

2.3.8. Princípio Da Individualização Da Pena

Também conhecido como princípio da personalidade, este princípio determina que as penas impostas a diferentes condenados por um mesmo crime não sejam idênticas pois cada agente é possuidor de uma peculiaridade singular, onde através da individualização, cada um receberá a sanção correspondente sem prejuízo de comparações ou analogias prejudiciais. Neste sentido:

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos;

Nestes termos, a lei atingirá tão somente o sentenciado sendo absolutamente inadmissível a extensão dos seus efeitos criminais para parentes ou familiares do condenado, conforme descreve o inciso XLV:

XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;

2.4. A LEI DE EXECUÇÃO PENAL COMO UMA GARANTIA LEGAL

O artigo 3º da Lei de Execuções Penais possui o seguinte texto "ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença e lei".

O Estado como garantidor do bem-estar de qualquer pessoa busca de forma necessária a ressocialização que tem por objetivo preparar o preso para sua vida egressa, ou seja, após sua prisão onde o mesmo será preparado para voltar a conviver na comunidade.

Para que a ressocialização seja viável, a LEP, traz em seus artigos uma série de direitos e deveres referentes ao preso. Portanto, o Estado tem o direito e o dever de garantir ao preso direta ou indiretamente as seguintes assistências materiais e imateriais, elencadas no artigo 11 da LEP:

I - material;

II - à saúde;

III - jurídica;

IV - educacional;

V - social;

VI - religiosa. (LEP determina que o estabelecimento, prisional ou de internação, deve oferecer local apropriado para os cultos religiosos (art. 24, § 1º).

Vale ressaltar que não há a necessidade e nem o dever do Estado quanto a de assistência religiosa na vida egressa, pois há a suposição de quem já se encontra em liberdade ao recuperar o direito de ir e vir, poderá decidir e buscar por seus próprios meios os caminhos de sua própria fé.

2.4.1. Quanto As Garantias E Direitos Do Preso

I - Quanto a assistência material: (artigos 12 e 13 da LEP)

Art. 12. A assistência material ao preso e ao internado consistirá no fornecimento de alimentação, vestuário e instalações higiênicas.

Art. 13. O estabelecimento disporá de instalações e serviços que atendam aos presos nas suas necessidades pessoais, além de locais destinados à venda de produtos e objetos permitidos e não fornecidos pela Administração.

Podemos dizer que em respeito à dignidade da pessoa humana, o preso e o internado fazem jus à assistência material, onde são assegurados o fornecimento de objetos para uso da higiene pessoal, alimentação e vestuário. Além, da manutenção do local para o cumprimento da pena.

II- Assistência à saúde:

Elencados como dois fundamentos de extrema importância, presentes na Constituição Federal Brasileira de 1988, a dignidade da pessoa humana e a cidadania estão presentes no art. 1º, onde a vida digna é preservada com direitos intangíveis que devem ser respeitados e garantidos. Dentre estes direitos está a saúde, onde diz que todos que estão no gozo de sua liberdade ou com ela restringida, por qualquer motivo que seja deverá ser garantido, desde a prevenção quanto à tratamentos adequados para os presos que necessitarem.

Art. 14. A assistência à saúde do preso e do internado de caráter preventivo e curativo, compreenderá atendimento médico, farmacêutico e odontológico.

No artigo acima citado, a Lei de execução penal determina que devem ser assegurados ao preso a assistência à saúde, tais como atendimento médico, odontológico e farmacêutico. O Estado tem a obrigação de garantir ao condenado ou internado uma "vida" saudável durante o tempo que ele estiver sob custódia. Determina ainda em seu inciso II, que caso a unidade prisional não tenha o suporte adequado para o tratamento deverá encaminhá-lo a uma unidade de saúde com a estrutura necessária para o tratamento e que há a garantia e liberdade da família contratar o médico de sua confiança para o tratamento do custodiado, afim de orientar e acompanhar o tratamento. Nesta hipótese, caso haja conflitos divergentes entre os médicos, tanto o da unidade (oficial) quanto o de confiança dos familiares (particular)

caberá ao juiz da execução resolvê-las como está previsto no parágrafo único do artigo 43 da Lei de execução Penal.

Em caso de diagnóstico de doença grave há a previsão no artigo 117, inciso II da LEP, e no artigo 318, II, do Código de Processo Penal quanto a possibilidade do acolhimento em residência particular para os presos de regime aberto e provisório. Porém, segundo entendimento do STJ será possível a extensão ao preso de regime fechado quando demonstrada a impossibilidade de receber o tratamento adequado na unidade prisional.

Não se descarta que esta Corte Superior, em casos excepcionais, tem admitido a prisão domiciliar a condenados portadores de doenças graves, que estejam cumprindo pena em regime fechado, desde que demonstrada a impossibilidade de receberem o tratamento adequado no estabelecimento prisional. (HC 212.526/DF).

2.4.2. Sobre Os Direitos Da Gestante Presa

O aumento de mulheres encarceradas no Brasil, cresceu de forma eminente, de acordo com a pesquisa publicada pelo CNJ (publicado no site do CNJ em 13/10/2017 - 07h00). Em 16 anos, multiplicou-se por oito no total. O número de presas passou de 5.601 em 2000 para 44.721 em 2016, segundo o Departamento Penitenciário Nacional (Depen) do Ministério da Justiça. Com o aumento, a representação das mulheres na massa prisional passou de 3,2% para 6,8% no período. Logo, entende-se que o número de gestantes presas também aumentou. Sendo assim, podemos analisar a assistência que serão ou pelos menos deveriam ser asseguradas a elas.

No inciso III, ainda tratando sobre assistência à saúde, diz que deverão ser fornecidas as presas gestantes, tais como o acompanhamento médico, desde o pré-natal até o pós-parto. E todos os direitos serão estendidos ao recém-nascido.

§ 3º Será assegurado acompanhamento médico à mulher, principalmente no pré-natal e no pós-parto, extensivo ao recém-nascido.

É direito garantido de ambos, o berçário para que as presas possam cuidar e amamentar seus filhos até os 6 (seis) meses de vida, e meios que permitam o contato dos mesmos, até os 7 (sete) anos de idade. Porém nem todos os presídios cumprem o prazo estabelecido e parte deles o aplicam como tempo máximo. Segundo Nathalie Fragoso, advogada do Cadhu, " O momento da saída da criança do cárcere é conduzido de maneira em geral abrupta, descomprometida com a necessidade de adaptação e com os eventuais impactos sobre a saúde psicológica das mulheres encarceradas". O que está em desacordo com o artigo 89º da Lei 7.210/84, que diz:

Além dos requisitos referidos no art. 88, a penitenciária de mulheres será dotada de seção para gestante e parturiente e de creche para abrigar crianças maiores de 06 (seis) meses e menores de 07 (sete) anos, com a finalidade de assistir a criança desamparada cuja responsável estiver presa.

Mas apesar da previsão não se tratar de uma realidade, de acordo com uma pesquisa feita pelo Conselho Nacional de Justiça, há poucas penitenciárias com berçários, e aquelas que não possuem, a criança chega a ficar em celas com sua mãe e mais duas detentas. De acordo com as mães e os próprios funcionárias faltam escoltas para os cuidados pré-natais, e em algumas ocasiões, há a falta de confiança das mães em deixar a criança em creches por situações precárias do local. (publicado no site do CNJ em 13/10/2017 - 07h00)

Esta precariedade, além de inadmissível torna-se contrária a Lei do Ventre Livre, também conhecida como "Lei Rio Branco" foi uma lei abolicionista, promulgada em 28 de setembro de 1871 (assinada pela Princesa Isabel). Esta lei considerava livre todos os filhos de mulher escravas nascidos a partir da data da lei.

Equiparada ainda pelo fundamento da dignidade da pessoa humana, devendo ela ser garantida incondicionalmente a qualquer pessoa, e respeitando a letra da Lei 7.210/1984, a proteção a dignidade deverá alcançar tanto ao preso, quanto a presa, que em sua gestação deverá ter auxílios e cuidados de maternidade, que é essencial tanto para ela quanto para seu filho. Segundo Lia Cristina Campos Pierson, sobre as mães e seus filhos em penitenciárias:

A situação de qualquer mãe que, diante de seu filho recém-nascido, encontre-se fora das condições ordinárias de trato e relação com ele, será sempre difícil. Mesmo aquela que aparenta ser forte ou indiferente sente a dor da condição *sui generis*, o que será certamente mais difícil dentro dos muros das prisões. Conforme a conhecida tese de Goffmann (GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*, 5.ed. São Paulo: Perspectiva, 2005.p.97), qualquer sujeito, homem ou mulher, quando se encontra inserido no sistema prisional, experimenta uma situação de perda de sua identidade, perda essa que é valorizada pelo sistema enquanto anulação de sua personalidade, como forma de se mostrar reabilitado." (PIERSON, 2010.p.604-605).

Para Lia Pierson, quando uma pessoa se encontra na perda de sua liberdade, é comum que ela se torne vulnerável, logo se vê a necessidade de um auxílio, e acompanhamento para que seja preservado sua saúde e também a saúde do feto.

III- DA ASSISTÊNCIA JURÍDICA

Apesar de estar prevista na própria Constituição Federal de 1988, este direito vem expressamente no artigo 15 da LEP. No presente artigo, impõe-se que a assistência jurídica deverá ser garantida aos presos ou internados que não possuem condições para constituir um advogado, em regra a assistência jurídica será prestada pela Defensoria Pública. Este direito torna-se indispensável, logo que o direito à ampla defesa não pode ser afastado de forma alguma. Lembrando que ainda que um preso tenha condições financeiras e se nega a constituir um advogado vale-se da assistência jurídica ainda que gratuita, pois caso não se respeite o princípio da ampla defesa poderá a execução sofrer pena de nulidade.

Art. 15. A assistência jurídica é destinada aos presos e aos internados sem recursos financeiros para constituir advogado.

Art. 16. As Unidades da Federação deverão ter serviços de assistência jurídica, integral e gratuita, pela Defensoria Pública, dentro e fora dos estabelecimentos penais. (Redação dada pela Lei nº 12.313, de 2010).

§ 1º As Unidades da Federação deverão prestar auxílio estrutural, pessoal e material à Defensoria Pública, no exercício de suas funções, dentro e fora dos estabelecimentos penais. (Incluído pela Lei nº 12.313, de 2010).

§ 2º Em todos os estabelecimentos penais, haverá local apropriado destinado ao atendimento pelo Defensor Público. (Incluído pela Lei nº 12.313, de 2010).

§ 3º Fora dos estabelecimentos penais, serão implementados Núcleos Especializados da Defensoria Pública para a prestação de assistência jurídica

integral e gratuita aos réus, sentenciados em liberdade, egressos e seus familiares, sem recursos financeiros para constituir advogado. (Incluído pela Lei nº 12.313, de 2010).

IV - ASSISTÊNCIA EDUCACIONAL

A educação é um meio de ressocialização de inegável importância. Ainda que não haja uma hierarquia entre as assistências. Pois a educação é importante para qualquer pessoa, e de direito de todos (CF, art. 205). Torna-se indispensável, pois a LEP autoriza que o preso terá direito a remição de sua pena, ou ainda direito a saída temporária quando está em regime semiaberto, para fazer curso supletivo, profissionalizante que podem pesar em sua concessão de benefícios.

A título de exemplo, para a concessão de livramento condicional, o juiz deve observar se o preso possui “aptidão para prover à própria subsistência mediante trabalho honesto” (CP, art. 83, III). Portanto, o fato de estar estudando é elemento indicador à ressocialização do condenado.

Importante ressaltar, que preocupado com a ressocialização das presidiárias, que na maioria das vezes são mães e que em sua vida egressa necessitará de um emprego, o legislador através da LEP determina que a mulher condenada tem direito ao ensino profissional adequado à sua condição. Há exceções onde a unidade prisional não possui a estrutura para oferecer as atividades educacionais, podendo assim, Administração Pública firmar convênio com entidades públicas ou particulares, que instalem escolas ou ofereçam cursos especializados.

V - ASSISTÊNCIA SOCIAL

Para que se tenha êxito na ressocialização, é necessário que todas as garantias e direitos estejam assegurados. Entre eles estão a assistência social, logo que o profissional tem extrema importância e de valor imensurável valor na participação da ressocialização de um preso. Quando alguém comete um delito, ao ficar preso se torna isolado e não se integra à sociedade com as demais pessoas por um

determinado período. O legislador entende que quando alguém comete um crime ele demonstra personalidade egoísta, pois viola o bem alheio sem sequer se preocupar com o outro prevendo apenas seu proveito próprio, logo a assistência se torna importante para que se faça um vínculo entre o mesmo e a sociedade.

Art. 7º A Comissão Técnica de Classificação, existente em cada estabelecimento, será presidida pelo diretor e composta, no mínimo, por 2 (dois) chefes de serviço, 1 (um) psiquiatra, 1 (um) psicólogo e 1 (um) assistente social, quando se tratar de condenado à pena privativa de liberdade.

Parágrafo único. Nos demais casos a Comissão atuará junto ao Juízo da Execução e será integrada por fiscais do serviço social

VI - ASSISTÊNCIA RELIGIOSA

O livre exercício de culto religioso é tratado como uma garantia fundamental prevista no artigo 5º, VI da Constituição Federal. Pois determina que ao preso ou internado estarão assegurados o direito e acesso à crença em que optar, devendo a unidade prisional oferecer o local apropriado para a prática de cultos e atividades religiosas - " art 24 §1 - No estabelecimento haverá local apropriado para os cultos religiosos."

Importante ressaltar que nenhum preso ou internado poderá ser obrigado a participar de qualquer atividade religiosa, com base no artigo 24, § 2º. Da mesma forma, é garantido o direito de não possuir qualquer crença, escolha que não pode ser utilizada contra ele em exame criminológico.

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

3. CONSIDERAÇÕES SOBRE O INDULTO: APLICAÇÃO E LEIS

O instituto do indulto consagrado pela constituição federal de 1988, o determina como uma ferramenta de garantia legal, previsto também na Lei de Execução Penal (LEI - 7.210/84), tornou-se alvo de diversas controvérsias e interpretações, sendo ele uma garantia constitucional, ou um remédio para esvaziar prisões.

Logo há a necessidade de maior estudo sobre o termo "perdão" para a melhor compreensão do Indulto.

3.1. O PERDÃO

O perdão é conhecido em tempos imemoriais, sendo possível encontrá-lo em registros antigos, desde o surgimento da humanidade, em interpretações de passagens bíblicas, como por exemplo no livro de Gênesis, onde se faz entender que Deus com infinita bondade perdoou Caim, mesmo após de tê-lo amaldiçoado pela morte de seu irmão Abel.

Instituto ligado a religião, o perdão é considerado como o desejo de Deus ao seus "filhos, servos"; como se entende na oração deixada em Mateus 6: 9-13:

Portanto, vós orareis assim: Pai nosso, que estás nos céus, santificado seja o teu nome;

Venha o teu reino, seja feita a tua vontade, assim na terra como no céu;

O pão nosso de cada dia nos dá hoje;

E perdoa-nos as nossas dívidas, assim como nós perdoamos aos nossos devedores;

E não nos conduzas à tentação; mas livra-nos do mal; porque teu é o reino, e o poder, e a glória, para sempre. Amém.

A Bíblia Sagrada. Sociedade Bíblica do Brasil, 1969.

Assim, ensina que o perdão seria um ato de sabedoria, compaixão e clemência.

3.1.1. Indulto como faculdade do perdão

Na história do direito penal brasileiro, o indulto surgiu como faculdade de perdão, quando o Imperador Dom Pedro II aplicava sistematicamente o perdão com relação a pena de morte que eram impostas, porém revertidas em galés perpétuas.

Nos dias de hoje, ainda com a finalidade de perdoar, o indulto pode ser caracterizado como ato político-jurídico de perdão ou clemência estatal em favor daquele que recebeu sentença. Por meio deste instituto o Estado decide perdoar certos condenados e com isto apagar da memória oficial o registro dos seus crimes.

Previsto expressamente no artigo 107, inciso II do código penal brasileiro, ao lado da graça e anistia, o indulto é causa de extinção de punibilidade no qual poderá extinguir no total ou em parte a pena. Poderá gozar do benefício aqueles que estão sob a suspensão da condicional da pena ou do livramento condicional.

A concessão deste benefício poderá ser incondicional quando, se tratar de um decreto que concederá a um grupo indeterminado de condenados. Porém há alguns casos que poderão fazer algumas condições, ou seja, o indulto condicional, uma vez que exigirá a primariedade, bons antecedentes ou em casos de decreto por indulto humanitário, quando é necessário como condição a comprovação da doença em estágio grave e sem condições de tratamento em unidade prisional.

3.2. O INDULTO PRESENTE NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

3.2.1. A Constituição do Império do Brasil (1824)

Após a Proclamação da Independência do Brasil, em 7 de setembro de 1822, foi instituída, em maio de 1823, uma Assembleia Constituinte com o objetivo de redigir uma Constituição.

A Constituição do Império do Brasil foi elaborada por um Conselho de Estado, entretanto, em razão de divergências políticas acerca do projeto, Dom Pedro I, ordenou que o Exército invadisse o plenário da Assembleia, episódio conhecido como a “noite da agonia”.

Após a dissolução, Dom Pedro I reuniu dez juristas de sua confiança para que enfim elaborassem a primeira constituição Brasileira, tendo como principal redator José Joaquim Carneiro de Campos (Marquês de Caravelas).

Finalmente em 25 de março de 1824, o Imperador D. Pedro I, outorgou a primeira Constituição do Brasil, conhecida “ Constituição Império do Brasil”.

Na vigência da Constituição império o Indulto era de competência do imperador, que exercia o chamado poder moderador.

Art. 98 - O poder moderador é a chave de toda a organização política, e é delegado privativamente ao Imperador, como chefe do supremo da nação e seu primeiro representante, para que, incessantemente, vele sobre a manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos mais poderes políticos.

E no artigo 101- O imperador exerce o poder moderador:

§“8º - Perdoando ou moderando as penas impostas aos réus condenados por sentença.

Dessa forma, tinha o condão de perdoar ou moderar as penas impostas aos réus, de forma que era feita de maneira subjetiva, ou seja, conforme o imperador decidisse.

3.2.2. Constituição brasileira de 1891 (Constituição Republicana)

Em 24 de fevereiro de 1891, foi promulgada a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, cujo principal mentor foi o renomado jurista Brasileiro Rui Barbosa.

A Constituição Republicana não foi assim denominada por acaso, mas em decorrência da relevante proposta pela qual foi elaborada. Seu principal objetivo foi instituir de modo definitivo a forma federativa de Estado e a forma Republicana de governo.

Sob o prisma dos direitos fundamentais, a Constituição de 1891 trouxe como garantia o habeas corpus, que estabelecia no Artigo 72 §22: “dar-se-á habeas corpus sempre que o indivíduo sofrer violência, ou coação, por ilegalidade ou abuso de poder”

Com o advento da Constituição Republicana, o Indulto passou a ser de competência ao Chefe do Poder Executivo, relativos a condenações penais no âmbito da Justiça Federal.

Como toda a regra tem sua exceção, a Constituição Republicana atribuía a competência do Indulto ao Congresso Nacional no caso de crimes praticados por funcionários públicos do âmbito Federal e competência do governador, quando se tratava de crimes no âmbito Estadual. (Artigo 48 § 6º).

Art. 48 - Compete privativamente ao Presidente da República:

§ 6º - indultar e comutar as penas nos crimes sujeitos à jurisdição federal, salvo nos casos a que se referem os arts. 34, nºs 28, e 52, § 2º;

3.2.3. Constituição de 1934 (Democrática)

Tendo em vista as Constituições anteriores, notou-se a necessidade de melhorar a condição de vida dos brasileiros, criando leis sobre educação, trabalho, saúde e cultura, preocupando-se em conceder as garantias fundamentais inerentes aos cidadãos, ampliando o direito de cidadania dos brasileiros e possibilitando à população, que até então era marginalizada do processo político do Brasil, participar então desse processo.

Quanto ao indulto, a constituição democrática, em caráter privativo, outorgou ao Presidente da República a prerrogativa de perdoar e comutar, mediante proposta dos órgãos competentes, penas criminais. (Artigo 56, §3º).

Art. 56 - Compete privativamente ao Presidente da República:

§ 3º - perdoar e comutar, mediante proposta dos órgãos competentes, penas criminais;

3.2.4. A Constituição do Estado Novo (1937)

Em 10 de novembro de 1937, Getúlio Vargas, tendo o domínio do poder em suas mãos, dissolve a Câmara e o Senado, revogando a Constituição de 1934 e outorga a Carta de 1937, dando início ao período ditatorial, denominado Estado Novo.

Neste momento, o Presidente da República exercia todas as faculdades inerentes ao poder de graça.

Art. 74 - Compete privativamente ao Presidente da República: (Redação dada pela Lei Constitucional nº 9, de 1945)

n) exercer o direito de graça; (Redação dada pela Lei Constitucional nº 9, de 1945)

3.2.5. A Constituição de 1946

Após a saída de Getúlio Vargas, o cenário político nacional se deparou com a necessidade de uma nova Constituição, promulgando assim em 18 de setembro de 1946, uma nova Carta que buscava a reorganização do país.

Com relação à organização do processo eleitoral, a Constituição de 1946 ampliou a participação do voto feminino, antes restrito às mulheres com cargo público remunerado. A distribuição das cadeiras na Câmara dos Deputados também foi expandida, com adição de vagas para os Estados de menor expressão política.

Quanto aos Direitos Fundamentais, tema em destaque, retomou-se a ideia da Constituição de 1934, com maior ênfase, voltada principalmente para os direitos dos trabalhadores.

A constituição de 1946 trouxe acréscimos relevantes para os Direitos Fundamentais ao abolir a pena de morte, observar a dignidade da pessoa humana e o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

No âmbito do Indulto, restabeleceu a competência para o chefe do Poder Executivo a prerrogativa de concessão do indulto e comutação de penas, e deferindo ao congresso nacional a competência exclusiva para atos concessivos de anistia.

Art. 66 - É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

V - conceder anistia;

Art. 87 - Compete privativamente ao Presidente da República:

XIX - conceder indulto e comutar penas, com audiência dos órgãos instituídos em lei.

3.2.6. A Constituição de 1967

A constituição de 1967 foi uma das medidas utilizadas pelos militares para amparar juridicamente a nova forma de governo aplicada no Brasil.

Foram os militares, no comando do país, que determinaram as novas leis e as condições para que a oposição não conseguisse se organizar e oferecer ameaça ao novo sistema.

A Constituição de 1967 teve uma curta duração, haja vista que foi editada a EC 1, de 17.10.1969.

A Carta de 1967, quanto ao Indulto, reproduziu o texto da Constituição de 1946, bem como fez Emenda 1 à Constituição de 1967.

3.2.7. A Constituição de 1988

Após o término da ditadura militar, houve a necessidade de redemocratizar o país, agora de forma definitiva, fazia-se mister a criação de uma Constituição voltada para Direitos e Garantias Fundamentais.

Assim, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, promulgada em 5 de outubro de 1988, é a lei fundamental e suprema do Brasil, que serve de amparo a todo o ordenamento jurídico Brasileiro.

Hierarquicamente falando, ela está no topo da pirâmide com relação às demais leis, sendo assim, nenhuma lei pode se opor a Constituição Federal.

Foi reforçado a necessidade positivar os Direitos e a Garantias Fundamentais e, torná-los efetivos, não permitindo assim que se tornassem letra morta de lei.

O indulto em nossa atual Constituição, é de competência privativa do Presidente da República, sem exceções.

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

XII - conceder indulto e comutar penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei;

3.3. A EXTINÇÃO DE PUNIBILIDADE

O Estado é o ente competente e responsável por garantir e intermediar a ordem social e bem-estar do povo.

Quando há a pratica de um crime surge à punibilidade, ou seja, o “jus puniend”, que nada mais é que o “direito de punir” do Estado sobre aqueles infratores que estão violando a lei penal. A fim de introduzir e esclarecer o tipo de pena que deverão ser aplicadas e o modo a serem cumpridas o nosso ordenamento jurídico estabelece no código penal em seu artigo 32 as espécies de penas que poderão ser impostas, tais como:

Art. 32 - As penas são: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

I - privativas de liberdade;

II - restritivas de direitos;

III - de multa.

Entretanto, o Estado poderá se deparar com obstáculos na hora da aplicação da pena, podendo as mesmas ser extintas ou reduzidas.

São situações que ocorrem quando um sujeito pratica uma infração na qual incide sobre uma causa extintiva da punibilidade impeditiva do jus puniendi.

“As causas de extinção de punibilidade são aquelas que extinguem o direito de punir do Estado. [...] Esse rol legal não é taxativo, pois causas outras existem no Código Penal e em legislação especial”.

(Livro de Direito Penal - Parte Geral, Capez, 2004, p. 510).

As causas extintivas poderão ocorrer após o fato, durante o processo ou depois da condenação.

As causas extintivas no momento em que são reconhecidas poderão ter efeitos como: extinguir o próprio tipo legal de ilícito crime (casos em que a lei retroage); excluir a reprovabilidade do fato (anistia) e algumas das vezes extinguir somente a pena (indulto), onde seu caráter ilícito poderá continuar surtindo assim os demais efeitos jurídicos, como por exemplo, nos casos de indenização.

O código penal, (Saraiva 2016, pg. 538), elenca em seu artigo 107, as causas extintivas de punibilidade:

Extingue-se a punibilidade:

I – pela morte do agente;

II – pela anistia, graça ou indulto;

III – pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso;

IV- pela prescrição, decadência ou preempção;

V- pela renúncia do direito de queixa ou pelo perdão aceito, nos crimes de ação privada;

VI- pela retratação do agente;

VII- pelo casamento do agente com a vítima, nos crimes contra os costumes;

VIII- pelo casamento da vítima com terceiros, nos crimes referidos no inciso anterior, se cometidos sem violência real ou grave ameaça e desde que a ofendida não requeira o prosseguimento do inquérito policial ou da ação penal no prazo de sessenta dias a contar da celebração;

IX- pelo perdão judicial.

Vale ressaltar que as causas extintivas da punibilidade podem ocorrer antes da sentença transitada em julgado ou depois for do trânsito em julgado da sentença condenatória, extinguindo a execução da pena ou alguns de seus efeitos.

3.4. ANÁLISE DOS INSTITUTOS DO INDULTO, GRAÇA E ANISTIA COMO CAUSAS EXTINTIVAS DE PUNIBILIDADE

Como já visto, o 107 do Código Penal traz um rol com causas extintivas de punibilidade. Porém, defronte o objetivo deste trabalho, deverão ser analisados somente os institutos da anistia, graça e indulto (Inc. II), para que sejam feitas as comparação e diferenciação dos mesmos.

3.4.1. Anistia

A anistia é um ato pelo qual o poder público declara fato impunível, por motivos de utilidade social aqueles delitos que foram cometidos até determinado dia, anulando todos os seus efeitos e condenações.

Conhecida como a lei do esquecimento, a mesma revoga o crime que praticamente desaparece perdendo o fato seu tipo ilícito.

Este instituto permite que todos os efeitos penais sejam extintos (efeito ex tunc) mesmo após o trânsito em julgado da sentença condenatória. Permanecendo somente os efeitos civis.

No caso da anistia os interessados não a podem recusar, entretanto, quando apresentar condições que versem sobre alguma exigência poderão se negar a cumpri-la.

O artigo 187 da Lei de Execução Penal (Decreto de Lei - 7.210/84) trata da anistia nos seguintes termos:

Concedida a anistia, o juiz, de ofício, a requerimentos do interessado ou do Ministério Público, por proposta da autoridade administrativa ou do Conselho Penitenciário, declaram extinta a punibilidade.

Aplica-se a anistia em crimes políticos, militares e eleitorais.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 21, inciso XVII e artigo 48 VIII, refere-se a Anistia como instituto de caráter retroativo e irrevogável. De acordo com o artigo

5º cominado com o artigo 2º, inciso I da Lei 8.072 de 25 de julho de 1990, o instituto não poderá ser aplicado em crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos.

De acordo com Mirabete (1994, p.36) a Anistia poderá ser:

Própria - Concedida antes da condenação ou **imprópria** - Concedida depois da condenação, recaindo sobre a pena.

Restrita: quando exclui crimes conexos, e **irrestrita**: quando não exclui crimes conexos.

Geral ou **plena** - quando menciona somente os fatos, atingindo a todos que o cometeram.

Parcial ou **restrita** - Quando além de citar os fatos, ele também faz alguma exigência de condição pessoal.

Incondicionada ou condicionada - na incondicionada a lei não determina qualquer requisito para a sua concessão; já a condicionada a lei exige que sejam cumpridas as exigências para sua concessão.

Especial- Em casos de crimes políticos, ou **comum**: para crimes não políticos.

3.4.2. Graça e Indulto

Ambos os institutos, são atos de clemência, pelo perdão. Concedido através de DECRETO, um ato administrativo praticado pelo Presidente da República que dá o benefício a uma pessoa ou grupo.

Neste momento, não são levados em considerações os fatos, e sim a pessoa ou grupo que o praticou.

Para distinguir o indulto da graça, é necessário saber que a graça (ou indulto individual), é aquele em que se delimita a uma determinada pessoa, ou seja, será

concedida a uma pessoa. Já o indulto está direcionado ao coletivo, uma vez que beneficia um grupo desde que preencham os requisitos estabelecidos no decreto.

São considerados insuscetíveis de indulto ou graça os crimes hediondos, a prática tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e terrorismo, como descreve o disposto no artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal.

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 os que, podendo evitá-los, se omitirem.

3.4.3. Pontos relevantes quanto aos institutos: Diferenças quanto sua aplicação e efeitos

Como já visto ambos os institutos são causas extintivas de punibilidade e estão previstos no artigo 107, inciso II do Código Penal.

Contudo, apesar de serem todos considerados atos de perdão, os mesmos possuem suas características próprias e diferenças conforme sua aplicação.

No caso da aplicação da Anistia se exclui o crime extinguindo totalmente a punibilidade. Já nos institutos da graça e indulto, sua pena poderá não ser extinta completamente, onde está extinção poderá ser parcial.

Outro ponto de diferença entre ambos são quanto sua competência, uma vez que a Anistia poderá ser concedida pelo poder legislativo; indulto e graça são de competência exclusiva do Presidente da República que o fará através de Decreto presidencial.

Necessário ressaltar que a “concessão da Anistia poderá ser antes da sentença ou depois da condenação irrecorrível; já a graça e o indulto pressupõem o trânsito em julgado da sentença condenatória.” (Damásio, p. 605)

E por fim, poderão ser beneficiados pela Anistia, em regra, aqueles que cometem crime políticos; e os outros dois institutos atingem os crimes comuns.

4. A APLICAÇÃO DO INDULTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A cada Decreto o instituto do indulto é alvo de diversas interpretações que refletem diretamente na sociedade. Há comentários sobre algumas inconstitucionalidades tanto em sua aplicação no âmbito processual, quanto a sua “impunidade” no meio social.

O maior objetivo da prisão está em punir aquele que comete um delito tipificado como ilícito. Porém, além deste objetivo o sistema carcerário visa recuperar aquele indivíduo dando a ele benefícios que poderão ser aplicados para sua vida egressa. O indulto, sendo um destes benefícios é concedido para aqueles que cumprem determinados requisitos elencados em Decreto, salvo em casos de sentenciados por crimes hediondos como vem descrito no artigo 2º, inciso I da Lei 8.072/90.

4.1. O INDULTO QUANTO AOS CRIMES HEDIONDOS

O decreto de indulto, analisando historicamente foi excluindo a concessão de seu benefício para aqueles que foram sentenciados por crimes graves. Sendo esta uma forma de não igualar aqueles que cometem crimes que ferem a ordem social com aqueles sentenciados por crimes leves.

Em decretos anteriores, eram elencados em uma longa lista os crimes que não seriam beneficiados pelo instituto. Crimes como corrupção ativa, tráfico de mulheres, entre outros, que logo deram espaço a uma lista simplificada incluindo basicamente definidos como hediondos contemplados na Lei 8.072, de 25 de Julho de 1990.

Na presente lei em seu artigo 2º inciso I, o legislador prevê que não caberá a concessão dos benefícios de Anistia, Graça e Indulto para os casos de crimes hediondos, a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes drogas e afins, e o terrorismo.

Entretanto, se analisarmos previamente o artigo 84 XII da Constituição a competência para indultar sendo o instituto e a comutação de penas um ato político-jurídico, não poderia uma lei restringir o seu poder. Podendo o Chefe do Poder Executivo decidir

de forma discricionária aos casos que beneficiaria com o instituto. Logo, teríamos uma lei que contraria a constituição.

Diante disto, é necessário que se recorra ao entendimento da Hermenêutica jurídica contemporânea, para uma interpretação que não se limite apenas ao significado lógico-gramatical do direito que está contido na norma. Portanto, caberá ao interprete analisar o sentido da norma interpretada às demais normas jurídicas e adequá-la de acordo com o sistema jurídico vigente.

“O intérprete, em contato com a realidade social, encontrará, através do manejo flexível dos métodos, a solução jurídica compatível à nova realidade.” (MAGALHÃES, 1989, p. 137)

Sendo assim, pode se dizer que será possível interpretação com aplicação imediata, principalmente aqueles que assegurarem a liberdade individual e os direitos do sentenciado.

4.2. OS DECRETOS DE INDULTOS POR QUESTÃO HUMANITÁRIA

Como visto acima, a decisão sobre perdoar aquele que se encontra acometida com doença grave tem gerado incontroversas sobre uma possível inconstitucionalidade.

A Constituição Federal de 1988 traz em seu artigo 5º, inciso XLIII a impossibilidade da concessão dos institutos da graça, anistia e indulto nos casos de crimes hediondos. Porém ao analisar este inciso, é notório que há uma matéria de grave impropriedade, uma vez que a mesma fere o mesmo artigo 5º que trata dos de direitos e garantias individuais.

Em análise ao Decreto nº 9.246 de 21 de dezembro de 2017, o presidente elenca aqueles que serão alcançados pelo benefício.

No artigo 2º do decreto estão indicados a categorias de sentenciados que satisfazendo as condições legais poderão obter o benefício em exame. Em seus incisos VI ao VIII, dispõem que será concedido o indulto com a possibilidade de redução de tempo

elencado em seu artigo 1º, aqueles que estão acometidos de doenças graves, tetraplegia, cegueira, ou que apresente grave limitação, comprovada por laudo pericial e que cujos cuidados contínuos não estejam nos limites do sistema prisional.

Estas são hipóteses que se enquadram perfeitamente ao indulto humanitário ou por razões humanitárias. É notória a intenção de beneficiar aquele que se encontra acometido por uma grave doença e que esta seja tratada.

Porém logo em seguida em seu artigo 3º, o próprio Decreto exclui a possibilidade da concessão em crimes hediondos nos termos da Lei nº 8.072/90.

Em uma análise muito crítica deve-se observar que há no Decreto e na Lei de Crimes Hediondos, uma inconstitucionalidade. Uma vez que a mesma fere os princípios de garantias e direitos constitucionais como já falado anteriormente.

Seria possível dizer que esta decisão fere o princípio constitucional elencado no artigo 5º, inciso III. O princípio da dignidade da pessoa humana, onde se destina em assegurar que os seus direitos sejam respeitados pelo Estado. Uma vez que estes deverão ser tratados de forma digna, relacionada com seus valores morais.

Além do princípio da dignidade da pessoa humana, ao não conceder o indulto humanitário para aquele que está acometido por doença grave e que não se encontra atendimento em seu sistema prisional, estaríamos ferindo além das garantias constitucionais o direito do preso quanto a assistência à saúde também prevista na LEP em seu artigo 14 “ a assistência à saúde do preso e do internado de caráter privativo ou curativo, compreenderá atendimento médico, farmacêutico e odontológico.” (Decreto de Lei 7.210/84).

Diante disto, não há óbice de que o indulto humanitário seja concedido aqueles que estão acometidos de doença grave, uma vez que tenha o sistema prisional a impossibilidade de tratamento.

4.2.1. O caso do médico Roger Abdelmassih

Condenado a 181 anos de prisão pelo crime de estupro em mais de 50 pacientes em seu consultório, o ex-médico Roger Abdelmassih vem tentando receber o benefício do indulto humanitário.

Em 2017, sua defesa alegou que o mesmo sofre com doença grave e tem problemas cardíacos onde precisa de cuidados de especialistas.

Para o Ministério Público, o ex-médico não preenche os requisitos para a concessão do indulto humanitário. O promotor Luiz Marcelo Negrini, após analisar perícia no qual o sentenciado foi submetido diz que a mesma não aponta a impossibilidade do cumprimento da pena na unidade prisional em que estava preso.

Porém a justiça de Taubaté, interior de São Paulo, ao analisar seus laudos médicos que indicavam um agravamento em suas condições de saúde, levou o juiz a conceder a prisão domiciliar.

A decisão para conceder a prisão domiciliar, foi baseada no artigo 5º da CF, onde assegura aos presos “ o respeito à integridade física e moral”. Na mesma decisão a juíza Sueli Zeraik de Oliveira Armani da 1ª vara de execuções criminais de Taubaté/SP, negou o pedido da defesa para a concessão do indulto, visto que as doenças apresentadas seriam possíveis de tratar com remédios contínuos. (Jornal o Tempo – publicado em 01/07/2017).

Decisão do SUPREMO:

Por último, a defesa tentou o pedido para que o Supremo anulasse o processo pois ao ler a denúncia o advogado diz que nenhuma cliente o imputou lesão corporal. Porém em seu voto, o relator Ricardo Lewandowski fundamentou que “ as pacientes estavam anestesiadas e que neste caso não há o que se exigir para caracterizar a violência real, perícia ou exame de corpo e delito”.

Diante disto, em votação da segunda turma do Supremo Tribunal Federal votou por quatro votos a zero, em manter a ação penal contra o ex-médico, que permanece em prisão domiciliar. (Portal g1 05/06/2018).

4.3. O INDULTO NATALINO

Como já visto, a competência de indultar é privativa do Presidente da República que poderá delegar ao ministro do Estado ou outras autoridades.

No Brasil, ficou conhecido como indulto natalino pois são comuns os decretos acontecerem perto do Natal. Isso porque o instituto considerado como ato de

clemência ao perdão seria compatível com o espírito natalino que toma conta da sociedade nesta época.

Desta forma, o conhecido indulto natalino refere-se ao perdão aos condenados ensejando a extinção da sua pena.

A cada ano os decretos disponibilizam as previsões a quem será concedido e quais os requisitos que deverão ser cumpridos. Vale destacar que o indulto apesar de ter os costumes em ser decretado na mesma época da saída temporária, ambos os institutos não poderão se confundir.

4.3.1. Diferenças Entre O Indulto E A Saída Temporária

É comum associação entre os dois benefícios principalmente quando se aproximam as datas comemorativas. Há uma grande confusão entre os benefícios do indulto e saída temporária, principalmente pelo fato de ambos serem encontrados na LEP.

A Lei de Execução Penal (LEP 7.210/84) prevê as saídas temporárias (artigos 122 e seguintes), onde possui como objetivo auxiliar o preso no retorno aos convívios familiar e social. Normalmente é concedida em datas comemorativas específicas como Natal, Páscoa, Dia das Mães e Dia dos Pais. O requisito deste benefício determina que para requerê-lo é necessário que os condenados do regime semiaberto tenham cumprido, ao menos, 1/6 da pena se primários e 1/4 se reincidentes e comprovar bom comportamento.

Como o nome já sugere a saída temporária estabelece um prazo determinado para que o preso volte à unidade prisional. Poderá este ser concedido pela Justiça por, no máximo sete dias, podendo ocorrer outras quatro vezes durante o ano com intervalo de, ao menos, 45 dias entre elas.

Diferentemente da saída temporária, o indulto é o perdão da pena que pode resultar na sua redução, sendo parcial ou até mesmo a extinção quando total. Logo quando recebe o benefício o apenado não voltará a responder sobre o mesmo fato, sua liberdade é definitiva. Já na saída temporária o preso não está isento da pena e tem que retornar para a unidade ao final do prazo determinado. Além disso, a competência

para a concessão do indulto é do presidente da república e não do judiciário como a saída temporária.

É comum a confusão por conta dos decretos de indulto geralmente ocorrerem no período de festividades Natalinas, mesmo período em que os presos recebem o direito da saída para passar os feriados com a família. Porém, uma das principais diferenças entre os dois institutos são que na saída temporária, o preso deverá retornar à unidade no prazo determinado, já no indulto, ao receber o benefício ele não estará mais obrigado a voltar, pois sua pena foi extinta ou reduzida.

Importante destacar que o indulto não precisa ser decretado necessariamente no período do Natal.

4.3.2. O Decreto 9.246/17 Do Presidente Michel Temer

O indulto de 2017, ditado pelo atual Presidente Michel Temer gerou grande crítica quando não estabeleceu um período máximo de condenação e reduziu para um quinto o tempo de cumprimento da pena para os não reincidentes.

Visto que em 2016, ano anterior ao decreto polêmico o mesmo teria estabelecido o período no máximo de 12 anos e que até o dia 25 de dezembro de 2016 tivesse cumprido ao menos um quarto da pena desde que não fossem reincidentes.

Dentre as críticas que geraram este Decreto, o coordenador da força-tarefa da Operação Lava Jato em Curitiba, procurador Deltan Dallagnol considerou que o mesmo beneficiário diretamente aqueles que foram sentenciados pela corrupção, sendo o decreto do Presidente Temer um feirão para os corruptos. (portal g1, Brasília 28/12/2017).

4.3.3. O posicionamento do STF

O Supremo Tribunal Federal em análise a ação proposta pela Procuradoria Geral da República, acolheu os pedidos apresentados suspendendo alguns pontos questionados do decreto. Para a ministra Carmen Lúcia, na época presidente do STF, o decreto apresentava inconstitucionalidade por incorrer desvio de finalidade,

tornando nulo o ato administrativo e competindo somente ao STF, na forma pleiteada pelo MPF, fazer o controle de constitucionalidade do documento normativo. Afirmou ainda, que o presidente ao conceder estes pontos estaria invadindo a competência do judiciário e do Legislativo, ferindo o princípio constitucional da separação dos poderes.

Alguns pontos que geraram a crítica são:

A diminuição do tempo exigido de cumprimento da pena para o condenado receber o indulto (de $\frac{1}{4}$ para $\frac{1}{5}$ da pena).

Perdão do pagamento de multas relacionadas aos crimes pelos quais os presos foram condenados.

Concessão do benefício para aqueles que ainda respondem a outros processos.

Após a suspensão de alguns pontos do decreto, o mesmo continuou valendo para aqueles que obedeciam aos demais requisitos, como por exemplo, para as mulheres que foram condenadas por crime sem grave ameaça ou violência e completaram 60 anos de idade ou que não tenha 21 anos completo.

4.4. QUANTO AO TRÁFICO PRIVILEGIADO

O crime de tráfico de drogas elencado no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, e suas formas equiparadas (§ 1º) é classificado a hediondo, razão por que está submetido à disciplina restritiva da Constituição Federal e da Lei 8.072/90.

Contudo o mesmo art. 33, no § 4º, estabelece que as penas possam ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário (não reincidente), de bons antecedentes e não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. Diante disto, o entendimento dominante era no sentido de que a causa de diminuição de pena não retirava a hediondez do crime tanto que, em 2014, o STJ editou a súmula nº 512 exatamente nesses termos. Porém, em 23/06/2016, julgando o *habeas corpus* 1118.533/MS, relatado pela Min. Cármen Lúcia, o STF decidiu que o privilégio não se harmoniza com a hediondez do crime de tráfico, uma vez aplicada, afasta-se o caráter hediondo do delito. Em razão disso, o STJ cancelou a súmula nº 512.

Logo, em razão desta nova orientação o STJ concedeu liminar em *habeas corpus* (HC 409.493/SP) permitindo a concessão do indulto ao condenado pelo crime de tráfico privilegiado, considerando inviável negar o benefício com base em entendimento jurisprudencial já superado.

Destacando ainda que a concessão do indulto deve se basear nos requisitos impostos no próprio decreto presidencial, que não incluiu, entre os crimes que afastavam a causa extintiva, o tráfico privilegiado.

4.5. O INDULTO COMO UMA GARANTIA LEGAL OU UM REMÉDIO PARA ESVAZIAR PRISÕES

O instituto do indulto nos dias atuais parece ter perdido um pouco de seu objetivo original. Apesar de ainda ser aparentemente um ato de perdão, principalmente por serem decretados normalmente na época de Natal, em que os sentimentos mais nobres são despertados, o indulto aparenta ser um remédio para esvaziar prisões.

Em dezembro de 2017, o levantamento nacional de informações penitenciárias – INFOPEN mostrou a triste realidade brasileira: com 726.712 pessoas privadas de liberdade. O Brasil assumiu o terceiro lugar no ranking dos países que mais prendem no mundo. Este número torna-se assustador ao constatar que são mais de 700 mil presos para pouco mais de 350 mil vagas. (CARTA CAPITAL - INFOPEN 8/12/2017).

É notório o crescimento da criminalidade, tornando assim a tendência dos decretos de indulto a aumentar sua abrangência quanto aos requisitos, (exemplo decreto 5.295/04), a fim de beneficiar cada vez mais presidiários sendo colocados em liberdade. Tornando-se um instituto que atende a política criminal e que ameniza as superlotações do sistema prisional.

Será concedido indulto condicional aos condenados a reprimenda não superior a seis anos, que já tenham cumprido um terço da pena, se não reincidentes, e metade da pena, se reincidentes. Da mesma forma, poderão ser agraciados com a extinção da punibilidade antecipada os condenados a pena superior a seis anos, desde que tenham completado 60 anos; os condenados que estejam cumprindo a pena de regime semiaberto tenham usufruído de, no mínimo, cinco saídas temporárias; as mães de filhos menores de 14 anos que necessitem de cuidados, os paraplégicos,

tetraplégicos ou portadores de cegueira total, desde que tais condições não sejam anteriores à prática do delito os acometidos de doença grave permanente que exija cuidados contínuos." (Planalto -Decreto nº 5.295, de 2 de dezembro de 2004.)

Entretanto, sabe-se que a prisão não recupera um preso, ou quase nunca recupera. Principalmente por estarem sempre superlotadas, tornando-se quase impossível que a unidade prisional atenda a todas as condições estabelecidas nas normas da lei de execução penal.

Talvez desta forma pode se justificar a aplicação excessiva e tão abrangente do indulto, onde uma vez que a penitenciária mantém os presos que cumprem boa parte de suas penas, tendo bom comportamento, apresentando mérito prisional aparenta-se uma boa política criminal que o Estado lhes conceda o perdão quanto ao restante de suas penas, por meio do benefício do indulto.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito brasileiro mostra uma verdadeira preocupação com o preso, demonstrando isso ao criar uma Lei que estabeleça garantias para que ele volte a ser ressocializado.

Entretanto, no nosso cotidiano apesar da previsão desta lei é sabido que a prisão quase nunca recupera pelo fato de não haver condições para tanta assistência elencada na LEP diante da superlotação em que se encontra. Diante disso, demonstra-se a necessidade de construção de novos estabelecimentos prisionais com um maior preparo para os programas de assistências e ressocialização.

Além disso, a legislação traz institutos que poderão os beneficiar e reduzir ou extinguir sua pena.

Como o instituto do indulto, que exclui somente a punibilidade e não o crime. Não afastando a reincidência, que assim como a graça, ou indulto individual, não incidem sobre os crimes de tortura, terrorismo, tráfico de entorpecentes e afins, bem como nos crimes hediondos e sua competência é dada ao Presidente da República que poderá concedê-los através de decreto.

No caso da anistia, que por diversas vezes pode ser confundida com o indulto, a sua aplicação exclui o crime e apaga a infração penal. Este instituto abrange os fatos e não as pessoas. Poderá vir antes ou depois da sentença e afasta a reincidência. Sua competência para concessão é do Congresso Nacional e não abrange efeito civis.

É inegável que estes institutos são a mais bela prerrogativa do trono e que poderiam ter uma eficácia quanto à recuperação daquele que já foi condenado. Portanto, para isso a concessão de ambos deverá ser analisada caso a caso e sendo utilizados estritamente como uma garantia legal. De forma em que deverão ser observados o estado pessoal em que o preso que receberá o benefício se encontra sobre possibilidade de reintegração a sociedade, analisando criticamente quem são os verdadeiros merecedores e não simplesmente utilizar os institutos como um meio de acabar com as superlotações e esvaziar prisões.

REFERÊNCIAS

INFOPEN mostrou a triste realidade brasileira: com 726.712 pessoas privadas de liberdade, o Brasil assumiu o terceiro lugar no ranking dos países que mais prendem no mundo. Este número torna-se assustador ao constatar que são mais de 700 mil presos para pouco mais de 350 mil vagas. (CARTA CAPITAL - INFOPEN 8/12/2017). disponível em <http://justificando.cartacapital.com.br/2017/12/08/infopen-2017-o-processo-penal-de-excecao-em-numeros/>

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Lúcia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. Parte geral. São Paulo: Editora Saraiva. 2004 p. 510-517.

CÓDIGO PENAL - Saraiva, 2016 . pg 538.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>;

DECRETO Nº 5.296 DE 2 DE DEZEMBRO DE 2004. disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2004-2006/2004/Decreto/D5296.htm

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**. Parte Geral. 2016

LEAL, João José. **CRIMES HEDIONDOS** - A Lei 8.072/90 como Expressão do Direito Penal da Severidade.

LEI DE EXECUÇÃO PENAL disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm

MAGALHÃES. Maria da Conceição Ferreira. **A hermenêutica jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. Manual de Direito Penal. Parte Geral. V.1.8 ED., rev. e ampliada. São Paulo: Atlas, 1994.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal – Parte Geral e Especial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 335.

Número de mulheres presas multiplica por oito em 16 anos – Publicado em <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj> (13/10/2017 - 07h00)

Lei do Ventre Livre, ou Lei n.º 2040, de 28 de setembro de 1871. Disponível em:
<http://www2.camara.gov.br/legin/fed/lei/1824-1899/lei-2040-28-setembro-1871-538828-publicacao-35591-pl.html>