

INSTITUTO HISTÓRICO E GEOGRÁFICO BRASILEIRO

ARTHUR BARRÊTO DE ALMEIDA COSTA

PODER E PUNIÇÃO ATRAVÉS DA
CLEMÊNCIA: O DIREITO DE GRAÇA
ENTRE DIREITO PENAL E
CONSTITUCIONAL NA CULTURA
JURÍDICA BRASILEIRA (1824-1924)

COSTA, Arthur Barrêto de Almeida
PODER E PUNIÇÃO ATRAVÉS DA CLEMÊNCIA:
O DIREITO DE GRAÇA ENTRE DIREITO PENAL E
CONSTITUCIONAL NA CULTURA JURÍDICA
BRASILEIRA (1824-1924)

R. IHGB, Rio de Janeiro, a. 180(481): 255-304, set./dez. 2019

Rio de Janeiro
set./dez. 2019

**PODER E PUNIÇÃO ATRAVÉS DA CLEMÊNCIA:
O DIREITO DE GRAÇA ENTRE DIREITO PENAL E
CONSTITUCIONAL NA CULTURA JURÍDICA BRASILEIRA
(1824-1924)**

**POWER AND PUNISHMENT THROUGH MERCY: THE
RIGHT OF PARDON BETWEEN PENAL LAWS AND
CONSTITUTIONAL LAW IN THE BRAZILIAN JURIDICAL
CULTURE (1824-1924)**

ARTHUR BARRÊTO DE ALMEIDA COSTA¹

Resumo:

A graça é um instituto que contraria frontalmente o legalismo, por permitir a intrusão de um poder discricionário no direito penal. Entretanto, ela permanece em quase todos os países europeus e latino-americanos no século XIX. Este trabalho procura compreender como e por que isso ocorreu no Brasil. Analisamos obras de direito constitucional e penal, com o apoio de jornais e das atas do Conselho de Estado. Identificamos três argumentos que justificavam a existência da misericórdia imperial: conciliar lei abstrata com justiça do caso concreta; reconhecer a expiação da culpa do réu; e corrigir falhas no ordenamento. Um quarto e marginal argumento ainda pode ser observado: a possibilidade de recompensar serviços prestados ao Estado. As falhas legais corrigidas pela graça foram a dureza da lei de 10 de junho de 1835 sobre repressão de crimes cometidos por escravos; problemas no recurso de revista; e a demora na abolição da pena de morte. As críticas ao instituto eram mínimas. Com a república, algumas funções da clemência executiva passam a ser feitas pelo livramento condicional e pela revisão criminal. As críticas aumentam, mas ainda são minoritárias. É possível identificar, ao longo do século XIX, um afastamento da graça do direito constitucional e uma aproximação do direito penal. Também é

Abstract:

Pardon is an institute that frontally contradicts legalism, by allowing the intrusion of a discretionary power in criminal law. However, it was kept in nearly all Latin-American and European countries during the 19th century. This paper aims to understand how and why this happened in Brazil. We analyzed works in constitutional and criminal law, with the support of newspapers and registers from the State Council. Three main arguments could be identified as justification for the existence of imperial mercy: conciliation of the abstract law with concrete justice; atonement of convict's guilt and correction of legal flaws. There was a forth and peripheral argument: rewards for services to the State. Legal flaws corrected through pardon were the harshness of the June 10th of 1835 act on slave crimes repression; problems with the appeal review (recurso de revista); and the delay in death penalty abolishment. Criticism to pardon was minimum. With the emergence of the republic, some roles of executive clemency were taken by parole and criminal review (revisão criminal). Criticism grew, but was still marginal. It is possible to see, throughout the 19th century, an increasing distance between pardon and constitutional law and its approximation to criminal law. It is also possible to say that executive mercy

1 – Doutorando em Teoria e História do direito pela Università degli Studi di Firenze. Bacharel e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Membro do Studium Iuris – Grupo de Pesquisa em História da Cultura Jurídica (CNPq/UFMG). E-mail: arthurbarreto@oi.com.br. Esta pesquisa contou com financiamento da FAPEMIG (Fundação de Amparo à Pesquisa de Minas Gerais) por meio de bolsa de iniciação cien-

possível dizer que a graça se adapta bem à cultura jurídica brasileira oitocentista, por causa da sua ligação com o poder moderador, o contexto internacional favorável e a sua utilidade em corrigir falhas legislativas.

Palavras-chave: Graça; Poder Moderador; Livramento Condicional; Perdão.

suits Brazilian legal culture of the 19th century well. Some reasons are: its connection to the pouvoirmoderateur, a favorable international context and its usefulness in correcting legislative flaws.

Keywords: Pardon; Moderating Power; Parole; Forgiveness.

The quality of mercy is not strain'd,
It droppeth as the gentle rain from heaven
Upon the place beneath: it is twice blest;
It blesseth him that gives and him that takes:
'Tis mightiest in the mightiest: it becomes
The throned monarch better than his crown;
His sceptre shows the force of temporal power,
The attribute to awe and majesty,
Wherein doth sit the dread and fear of kings;
But mercy is above this sceptred sway;
It is enthroned in the hearts of kings,
It is an attribute to God himself;
And earthly power doth then show likest God's
When mercy seasons justice.
William Shakespeare

The Merchant of Venice

1 Clemência e justiça: introdução

O perdão é um atributo que vai muito além do senso comum de justiça. Ele coloca fim em um ciclo de vingança e de violência. Vai contra a noção de que a lei é dar a cada um o que lhe é devido: evita que o castigo atinja a quem o merece. Daí a sua associação com o divino: a busca da vingança é demasiado humana; ir além dela é um atributo que só pode pertencer ao próprio Deus. Porque “it becomes the throned monarch better than his crown”, como disse Shakespeare.

Essas são algumas verdades amplamente reconhecidas pela maioria das pessoas quando se trata de virtudes morais, mas desconhecidas quan-

tífica, e faz parte do projeto, também financiado pela FAPEMIG, intitulado “História do direito penal brasileiro em perspectiva comparada”, edital Demanda Universal n. 1/2017.

do se pensa no direito. As cenas impressionantes do condenado ajoelhado perante o monarca enquanto clama desesperadamente por misericórdia parecem pertencer a um passado há muito esquecido; um passado medieval mesmo. Ainda assim, este não é o quadro que encontramos mesmo nos tempos modernos: a misericórdia ainda é uma característica importante do poder, mesmo em questões jurídicas.

O século XIX é um tempo de certeza e de segurança na filosofia e na sensibilidade pública. Em direito, isso se traduz na forma do conceito de legalismo. Apesar disso, a graça – perdão concedido pelo poder público em matéria criminal – continuou presente em quase todas as constituições europeias e latino-americanas daquela época. Podemos perceber isso observando as constituições apresentadas no anexo deste artigo. Entre as cartas analisadas, apenas as da França revolucionária (1791, 1793, 1795, 1799²) aboliram a faculdade de perdoar as penas; e mesmo lá, esse po-

2 – FRANÇA. Constitution de l'An VIII - Consulat – 22 frimaire An VIII, 13 décembre 1799, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/laconstitution/les-constitutions-de-la-france/constitution-du-22-frimaire-an-viii.5087.html>. Acesso em: 11.10.2017; FRANÇA. Constitution de l'An X – Consulat à vie – 16 thermidor An X, 4 août 1802, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/lesconstitutions-de-la-france/constitution-du-16-thermidor-an-x.5088.html>. Acesso em 10 de outubro de 2017; FRANÇA. Constitution de l'An XII – Empire – 28 floréal An XII, 18 mai 1804, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/lesconstitutions-de-la-france/constitution-de-l-an-xii-empire-28-floréal-an-xii.5090.html>. Acesso em: 11.10.2017; France. Charte de 1814 – 1ère Restauration - 4 juin 1814; FRANCE, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-constitutions-de-lafrance/charte-constitutionnelle-du-4-juin-1814.5102.html>. Acesso em: 11.10.2017; FRANÇA. Acte additionnel aux Constitutions de l'Empire – Cent-jours – 23 avril 1815, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/lesconstitutions-de-la-france/acte-additionnel-aux-constitutions-de-l-empire-du-22-avril-1815.5103.html>. Acesso em: 11.10.2017; FRANÇA. Charte de 1830, monarchie de Juillet – 14 août 1830, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/lesconstitutions-de-la-france/charte-constitutionnelle-du-14-aout-1830.5104.html>. Acesso em: 11.10.2017; FRANÇA. Constitution de 1848, IIe République - 4 novembre 1848, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/lesconstitutions-de-la-france/constitution-de-1848-ii-republique.5106.html>. Acesso em: 11.10.2017; FRANÇA. Constitution de 1852, Second Empire – 14 janvier 1852, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-constitutions-de-la-france/constitution-de-1852-second-empire.5107.html>. Acesso em: 11.10.2017. FRANÇA. Lois constitutionnelles de 1875, IIIe République – 24, 25 février

der foi restaurado, após a ascensão de Napoleão I, e continuou a existir nos tempos republicanos. O mesmo ocorreu no Chile após a abolição de 1822³.

Como conciliar a aparente incompatibilidade entre graça e legalismo com a sua presença constante nos ordenamentos jurídicos europeus e latino-americanos? A graça foi realmente mantida, ou foi alterada para transformar-se em algo novo?

O objetivo deste artigo é responder a algumas dessas questões. Escolhemos o Brasil para discutir essas tendências. Aqui, uma circunstância crucial e particular torna o perdão ainda mais interessante: a recepção do conceito de poder moderador, categoria desenvolvida por Benjamin Constant, constantemente utilizada pelos publicistas da Europa do século XIX. No entanto, foi apenas com a Constituição brasileira de 1824 – e com a sua cópia quase literal, a Carta Portuguesa de 1826 – que essa noção foi explicitamente estabelecida em um ordenamento jurídico. O poder real foi, assim, reforçado, e a graça era uma de suas prerrogativas mais frequentemente utilizadas. Para compreender o papel do Imperador, é indispensável compreender a própria natureza do perdão do Estado. Mesmo durante o primeiro período republicano brasileiro, de 1889 a 1930, a graça continuou a existir. Alterada de muitas maneiras, é bem verdade, mas ainda amplamente aceita, a graça não foi aplicada apenas pelo presidente, mas foi distribuída para vários outros funcionários públicos. Mesmo assim, os juristas brasileiros têm uma grande estima pelo instituto.

Este artigo propõe uma análise relevante, uma vez que a historiografia anterior nunca enfrentou diretamente esses problemas. Em relação ao século XIX, há uma importante quantidade de estudos sobre a graça em diversos países, mas nenhum outro autor trata especificamente de sua

et 16 juillet 1875, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/laconstitution/les-constitutions-de-la-france/constitution-de-1875-iii-republique.5108.html>. Acesso em: 11.10.2017.

3 – CHILE. Constitución política del estado de Chile sancionada y promulgada en 30 octubre 1822, https://www.leychile.cl/Consulta/m/norma_plana?idNorma=1005168&org=cch. Acesso em: 11.10.2017.

dimensão jurídica no Brasil⁴, com exceção de um trabalho que analisa a graça no Conselho de Estado no fim do primeiro reinado e na regência⁵; por isso, meu foco maior volta-se para o segundo reinado e a república.

4 – BOER, Emile de. Les dossiers de grâce des auteurs d’attentats politiques dans la France du XIXe siècle. *La Révolution Française: Cahiers de l’Institut d’Histoire de la Révolution Française*, online, n. 1, v. 1, 2012, <http://lrf.revues.org/416>. Acesso em: 11.10.2017; DEVERAUX, Simone. Imposing the Royal Pardon: Execution, Transportation, and Convict Resistance in London, 1789, *Law and History Review*, nº 25, p. 101-138, 2007; DORRIS, J. Pardoning the Leaders of the Confederacy. *The Mississippi Valley Historical Review*, v. 15, n. 1, p. 3-21, Jun., 1928; DORRIS, J. Pardon Seekers and Brokers: A Sequel of Appomattox. *The Journal of Southern History*, v. 1, n. 3, p. 276-292, Ago., 1935; KESPER-BIERMAN, S. La grazia nella Germania dello XIX secolo. In: HÄRTER, Karl; NUBOLA, Cecilia (Org.). *Grazia e giustizia: figure della clemenza fra tardo medioevo ed età contemporanea*. Bologna: Il Mulino, 2011, p. 323-360; KOTKAS, Thomas. Pardoning in nineteenth century Finland: at the interface of early modern and modern criminal law, *Rechtsgeschichte*, Frankfurt am Main, v. 5, n. 10, pp. 152-168, jul/dez, 2007; KOTKAS, Thomas. Kant on the right of pardon: a necessity and ruler’s personal forgiveness, *Kant studien: philosophisches zeitschrift der Kant-Gesellschaft*, v. 102, n. 4, pp. 413-421, 2011; MODONA, G. Perdono e clemenza di stato nella giustizia penale italiana. In: HÄRTER, Karl; NUBOLA, Cecilia (Org.), *Grazia e giustizia: figure della clemenza fra tardo medioevo ed età contemporanea*. Bologna: Il Mulino, 2011, p. 575-590; NUBOLA, Cecilia. Giustizia, perdono, oblio: la grazia in Itália dall’età moderna ad oggi. In: HÄRTER, Karl; NUBOLA, Cecilia (Org.), *Grazia e giustizia: figure della clemenza fra tardo medioevo ed età contemporanea*. Bologna: Il Mulino, 2011, p. 11-42; PHILLIPS, J. The operation of royal pardon in Nova Scotia, 1749-1815, *University of Toronto Law Journal*, n. 42, p. 401-449, 1992; PRAYER, K. Crime, the criminal law and reform in post-revolutionary Virginia. *Law and History Review*, Cambridge, v. 1, n. 1, p. 53-85, 1983; SALNKIN, B. The pardoning power in antebellum Pennsylvania. *The Pennsylvania Magazine of History and Biography*, v. 100, n. 4, p. 507-520, Out., 1976; STRONATI, Monica. Il più bel gioiello della corona: la grazia nella tradizione costituzionale italiana. *Giornale di storia costituzionale*, n. 7, vol. 1, p. 259-179, Macerata, jan./jun., 2004; STRONATI, Monica. Il governo della “grazia”: giustizia sovrana e ordine giuridico nell’esperienza italiana (1848-1913). Milano: Giuffrè, 2009; STRONATI, Monica. Legislazione, scienza giuridica e pratica del «perdono» tra Otto- e Novecento: continuità e mutamenti. In: HÄRTER, Karl; NUBOLA, Cecilia (Org.). *Grazia e giustizia: figure della clemenza fra tardo medioevo ed età contemporanea*. Bologna: Il Mulino, 2011, p. 101-126; STRONATI, M. L’eccezione che conferma la regola. Grazia, potere giudiziario e circolari ministerial tra XIX e XX secolo. In: COLAO, Floriana et al. *Perpetue apendici e codicilli alle legge italiane: Le circolari ministerial, il potere regolamentare e la politica del diritto in Italia tra Otto e Novecento*. Macerata: EUM, 2011, p. 669-682; STRONATI, Monica. La grazia e la giustizia durante il fascismo. In: LACCHE, Luigi (Org.), *Il diritto del duce: giustizia e repressione nell’Italia fascista*. Roma: Donzelli, 2015.

5 – COSTA, Arthur Barrêto de Almeida. Pardoning and Punishing in Times of Transition: The Pardon Appeal (Recurso de Graça) on the Brazilian Council of State (1828-1834). *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 10, nº 4, p.2341-2366, set/dez 2019.

Alguns artigos e livros já traçaram as interseções do instituto com a história da escravidão, mas outros aspectos do problema permanecem obscuros⁶. Há alguns textos sobre o poder moderador, mas nenhum analisa diretamente a graça⁷.

Além da graça em si, tratarei de instituições próximas a ela – ou melhor, que se aproximaram da clemência estatal por circunstâncias específicas, seja do Brasil do século XIX ou de tendências mundiais de reforma. Liberdade condicional, revisão criminal e abolição da pena capital foram alguns dos problemas alcançados pela clemência real – nem sempre pelo caminho mais óbvio, como veremos.

Meu objetivo não é fazer uma história administrativa da graça, mas seguir a história do pensamento jurídico. É uma parte da cultura jurídica, ou seja, como Cappellini, Fioravanti, Costa e Sordi definem, pretendo analisar “uma classe de textos que são jurídicos enquanto assumem o direito como seu objeto, refletem sobre ele ilustrando as suas características gerais ou as mais refinadas determinações e se apresentam como lugares de elaboração e de transmissão de um saber específico”⁸. Utilizei, portanto, como fontes especialmente as obras de constitucionalistas e cri-

6 – BROWN, A. “A Black Mark on Our Legislation”: Slavery, Punishment, and the Politics of Death in Nineteenth-Century Brazil. *Luso-Brazilian Review*, v. 37, nº. 2, pp. 95-121, 2000; PIROLA, Ricardo. Escravos e rebeldes nos tribunais do império: uma história social da lei de 10 de junho de 1835. Rio de Janeiro: Arquivo Nacional, 2015; RIBEIRO, João Luís. No meio das galinhas, as baratas não têm razão: a lei de 10 de junho de 1835: os escravos e a pena de morte no Império do Brasil (1822-1889). Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

7 – GUANDALINI JR, Walter. *O poder moderador: ensaio sobre o debate jurídico-constitucional do século XIX*. Curitiba: Apris, 2016; LYNCH, Christian Edward Cyrill. O discurso político monarquiano e a recepção do conceito de Poder Moderador no Brasil (1822-1824). *DADOS* – Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, Vol. 48, no 3, pp. 611-654, 2005; SALDANHA, Nelson. A teoria do “poder moderador” e as origens do direito político brasileiro. *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, v. 18, pp. 253-265, jan./dez. 1989.

8 – Original: “una classe di testi che sono ‘giuridici’ in quanto il diritto como loro oggetto, riflettono su di esso illustrandone le caratteristiche generali o le più minute determinazioni e si presentano come luoghi di elaborazioni oe di trasmissione di uno specifico sapere”. CAPPELLINI, Paolo; COSTA, Pietro; FIORAVANTI, Maurizio; SORDI, Bernardo. Introduzione. In: CAPPELLINI, Paolo; COSTA, Pietro; FIORAVANTI, Maurizio; SORDI, Bernardo (Orgs.). *Il pensiero giuridico italiano*. Torino: Treccani, 2015, p. XX.

minimalistas do século XIX, bem como as atas parlamentares. O Conselho de Estado é um elemento fundamental para a compreensão do Direito brasileiro no Império: é nele que se dão algumas das discussões mais refinadas dos juristas da nação recém-criada⁹. Escolhi acessar esse universo sobretudo por meio da coletânea de José Próspero Carotá¹⁰, publicada em 1884. Trata-se de uma coletânea incompleta. Mas essa opção tem um sentido: meu foco no “pensamento jurídico” enfatiza o saber circulante, ou seja, as decisões que saíam das grandiosas salas do palácio e eram disponibilizadas no mercado editorial ou na grande imprensa. Trabalhar com a série completa das decisões seria de uma importância extraordinária, mas a ênfase desse trabalho é outra: procuro olhar para aquilo que estaria à mão do jurista comum¹¹ e que ele poderia compulsar para ter uma imagem – ainda que pálida – a respeito do direito do seu tempo. Sabemos que durante boa parte do século XIX “a administração se apresentava envolta por uma ‘tradição do segredo’ que a tornava impenetrável não só aos olhos do cidadão, mas também àqueles dos seus próprios operadores”¹²; ora, foi justamente a obra de compiladores como Carotá que tornou a atividade administrativa inteligível tanto a funcionários públicos quanto ao comum dos súditos, tanto no Brasil quanto na Europa¹³. Trabalhar com

9 – LOPES, José Reinaldo de Lima. *O oráculo de delfos: o Conselho de Estado no Brasil império*. São Paulo: Saraiva, 2010. (Série Produção Científica. Direito, Desenvolvimento e Justiça).

10 – CAROTÁ, José Próspero Jeová da Silva. *Imperiaes resoluções tomadas sobre consultas da Seção de Justiça do Conselho de Estado desde o anno de 1842*: em que começou a funcionar o mesmo conselho, até hoje, coligidas em virtude de autorização pelo Exm^o. Sr. Conselheiro Manoel Pinto de Souza Dantas, ex-ministro e secretário de Estado dos negócios da justiça. Rio de Janeiro: 1884.

11 – Judá Leão Lobo já ressaltou justamente a respeito do Conselho de Estado a importância de se atentar às reflexões “banais”. Estendendo um pouco a reflexão dele, eu busco mostrar aqui a importância das decisões “banalizadas” – o que abre espaço para se pensar em trabalhos futuros sobre o próprio processo de “banalização”, ou melhor dizendo, de vulgarização. LOBO, JUDÁ LEÃO. Estudo sobre “O oráculo de delfos”: o conselho de estado no Brasil-Império, de José Reinaldo de Lima Lopes. *Revista Direito e Práxis*, v. 9, p. 1363-1400, 2018.

12 – “L’amministrazione si presentava avviluppata in una “tradizione del segreto” che la rendeva impenetrabile non solo agli occhi del cittadino, ma anche a quelli dei suoi stessi operatori”. MANNORI, Luca; SORDI, Bernardo. *Storia del diritto amministrativo*. 5^a Ed. Roma-Bari: Laterza, 2013, p. 280.

13 – Sobre o papel dos compiladores na França oitocentista, cf. BARENOT, Pierre-

essas fontes é trabalhar com um direito filtrado e mutilado; mas esse filtro é o mesmo que se apresentava na época, e que constringia o trabalho do próprio jurista brasileiro oitocentista: é o espelho no qual a própria cultura jurídica representava o seu objeto de trabalho – o direito¹⁴. Analisar o direito “completo” – a série “total” das decisões, complementada por outras fontes – seria valoroso, mas também seria um outro trabalho¹⁵.

Apesar de a maioria dos juristas tender a concordar com a existência do perdão durante todo o século XIX, isso não é um obstáculo à presença de críticas pontuais em algumas obras relevantes. Há também algumas sutilezas nas várias posições, o que permitiu a identificação de diferentes tendências de pensamento. E um marco importante a ser considerado é a transição do império para a república.

2 A graça entre o ordinário e o extraordinário: da lei de 11 de setembro de 1826 à lei de 10 de junho de 1835

Em 28 de junho de 1826, iniciou-se a discussão daquela que se tornaria a lei de 11 de setembro de 1826. A proposta era fazer com que todas as sentenças de morte passassem pelo crivo do Imperador antes de sua aplicação para uma eventual concessão de graça. Ainda faltavam alguns anos para a promulgação do Código Criminal de 1830, e as Ordenações Filipinas, então vigentes, eram muito duras para a sensibilidade liberal - a graça poderia ser usada para suavizar as punições¹⁶. As discussões

-Nicolas. Entre théorie et pratique: les recueils de jurisprudence, miroirs de la pensée juridique française (1789-1914). Tese (Doutorado em Direito). Université de Bordeaux. Bordeaux: 2014.

14 – “Sono questi i testi che si offrono come specchio (più o meno fedele) di quell’esperienza tanto familiare quanto sfuggente che chiamiamo *diritto*. La ‘cultura giuridica’ (in senso stretto) è la rappresentazione *more iudico* che un ceto professionale offre di una determinata società”. CAPPELLINI, Paolo; COSTA, Pietro; FIORAVANTI, Maurizio; SORDI, Bernardo. Introduzione. In: CAPPELLINI, Paolo; COSTA, Pietro; FIORAVANTI, Maurizio; SORDI, Bernardo (Orgs.). *Il pensiero giuridico italiano*. Torino: Treccani, 2015, p. XX.

15 – Para um exemplo desse tipo de abordagem, cf: PIROLA, Ricardo Figueiredo. Cartas ao Imperador: os pedidos de perdão de réus escravos e a decisão de 17 de outubro de 1872. *Almanack*, Guarulhos, n. 13, p. 130-152, Aug. 2016.

16 – E sabemos que ela exerceria esse papel poucos anos depois. Cf. COSTA, Arthur Barrêto de Almeida. Pardonning and Punishing in Times of Transition: The Pardon Ap-

começaram no Senado Imperial, e a defesa do projeto coube ao barão de Alcântara. Em sua visão, a proposta corrigiria uma desigualdade: os réus presos no Rio de Janeiro, pela proximidade, veriam um trâmite mais célere dos seus pedidos de perdão¹⁷, ao passo que aqueles internados nas cadeias de outros pontos do Império poderiam ser mortos antes de ver seu pleito apreciado pelo imperador¹⁸. Também houve uma série de discussões sobre quais documentos deveriam ser remetidos ao imperador para a apreciação da graça: se o processo completo, ou se apenas informações do diretor do presídio a respeito do comportamento do preso¹⁹.

Por trás desse imbróglgio está uma questão fundamental para a definição da natureza do recurso de graça: a sua natureza ordinária ou extraordinária, ou, e outros termos, se ela é ou não um direito do réu. Se for considerada um direito dos condenados, converte-se em procedimento ordinário²⁰, e faz sentido – ao menos juridicamente – que o Imperador tenha o compromisso de revisar absolutamente todas as causas – ele se converte em “3ª instância”²¹; se, pelo contrário, é um procedimento extraordinário, que deve levar em consideração questões de ordem superior, extrajurídicas, não pode gerar um direito subjetivo ao cidadão que a procura. Nas palavras do então Visconde de Caravelas, “essas razões não são para a

peal (Recurso de Graça) on the Brazilian Council of State (1828-1834). *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 10, nº 4, p.2341-2366, set/dez 2019.

17 – BRASIL. *Annaes do Senado Imperial. 1826*. Rio de Janeiro: Tipografia do Imperial Instituto Artístico, 1874. Tomo 2, p. 148.

18 – Tentou-se estender a obrigatoriedade da avaliação do poder Moderador para outros tipos de sentença além da de morte, sob o argumento de que o problema da demora não se restringia apenas aos condenados a pena capital. Cf. MEDEIROS, Luiz José de. Questão jurídico-legal. *A constituição*, 21 de junho de 1866. Disponível em: <http://memoria.bn.br/DocReader/235334/1094>. Acesso em: 3.05.2017.

19 – BRASIL. *Annaes do Senado Imperial. 1826*. Rio de Janeiro: Tipografia do Imperial Instituto Artístico, 1874. Tomo 2, p. 154.

20 – Em 1854 foi regulamentado o procedimento para a petição de graças: Decreto nº 1458 – de 14 de outubro de 1854. Regula o modo por que devem ser presentes ao Poder Moderador as petições de graça, e os relatorios dos Juizes nos casos de pena capital, e determina como se devem julgar conformes as amnistias, perdões, ou commutações de pena. In: *Coleção das leis do Império do Brasil (Atos do Poder Executivo) (T. XVIII, p. II)*. Rio de Janeiro: Tipografia Nacional, 1854.

21 – BRASIL. *Annaes do parlamento brasileiro. 1826*. Rio de Janeiro: Tipografia do Imperial Instituto Artístico, 1874. Tomo 4, p. 296.

mesa da justiça, mas para a mesa da misericórdia”²². Perder a possibilidade de apreciação da graça em virtude da execução da sentença, por essa segunda linha de raciocínio, não seria uma inconstitucionalidade, vez que o réu não teria efetivo direito ao perdão: ele seria meramente um poder do imperante. Executar a sentença sem que o monarca tenha passado os olhos sobre ela não é restringir o direito do réu, e sim a prerrogativa do Imperador. Um caminho que parece ter sido adotado inconscientemente pela lei de 11 de setembro de 1826, sem nunca ser dito expressamente pelos deputados.

O artigo segundo do texto permitia que o imperador, no exercício do Poder Moderador, estabelecesse exceções à revisão obrigatória – e D. Pedro I não perderia tempo em aplica-lo. Em 11 de abril de 1829, o monarca editou decreto estabelecendo uma nova situação de excepcionalidade: quando as sentenças de morte envolvessem escravos que haviam assassinado seus senhores, elas deveriam ser executadas de imediato²³. Apenas 6 anos depois, em 10 de junho de 1835, uma lei que se tornaria famosa estabelecia penas duríssimas e um procedimento abreviado para punir os escravos que matassem seus senhores. Em seu art. 4º, mandava que as penas de morte fossem executadas sem recurso de qualquer tipo²⁴, em conformidade com o que estabelecia o decreto de 1829, fato esse que foi confirmado pelo decreto de 9 de março de 1837²⁵. Entretanto, em consulta de 17 de novembro de 1853²⁶, o Conselho de Estado acabou reconhecendo

22 – BRASIL. *Annaes do Senado Imperial. 1826*. Rio de Janeiro: Tipografia do Imperial Instituto Artístico, 1874. Tomo 2, p. 156.

23 – BRASIL. Decreto de 11 de abril de 1829 – ordena que sejam logo executadas as sentenças proferidas contra escravos por morte feita aos seus senhores. In: *Coleção das leis do Império do Brasil, 1829* (Atos do poder executivo). Rio de Janeiro: Tipografia Nacional, 1876.

24 – BRASIL. Lei de 10 de Junho de 1835 – Determina as penas com que devem ser punidos os escravos, que matarem, ferirem ou commetterem outra qualquer offensa physica contra seus senhores, etc.; e estabelece regras para o processo. In: *Coleção das leis do Império do Brasil de 1835*. Rio de Janeiro: Tipografia Nacional, 1864.

25 – BRASIL. Decreto de 9 de março de 1837 – declarando o artigo 4º da lei de 10 de junho de 1835, e o decreto de 11 de setembro de 1826, sobre a execução das sentenças de pena capital. In: *Coleção das leis do Império do Brasil de 1837*. Rio de Janeiro: Tipografia Nacional, 1861.

26 – Essa consulta já foi analisada em: RIBEIRO, João Luís. *No meio das galinhas, as*

do que deveria ser feita exceção para o “recurso ao poder Moderador” – decisão externada sob a forma do decreto 1.310 de 2 de janeiro de 1854²⁷.

Essas hesitações e reviravoltas administrativas nos permitem perceber que o poder Moderador (seguido pelo Conselho de Estado e pelo legislativo) acompanhava de perto as vicissitudes do controle das revoltas escravas no Brasil do século XIX. Era seu papel definir o que era uma situação ordinária ou extraordinária²⁸ – e, por isso, quando era aceitável ou não postergar a execução da pena capital às expensas da rapidez da intervenção penal. A graça foi o instrumento empregado para acelerar essa pressão quando foi conveniente, mas depois, como veremos, também para suavizá-la. A misericórdia funciona então como um instrumento de política criminal nas mãos do imperador.

3 Do antigo ao moderno: os juristas legitimam a graça no Império do Brasil

A cultura jurídica oitocentista brasileira apresenta importantes similaridades com as suas correspondentes europeias. Uma dessas semelhanças, apontada por Ricardo Marcelo Fonseca²⁹, é a constante relevância da oralidade. Esse historiador brasileiro baseia suas análises no modelo desenvolvido para a Espanha por Carlos Petit³⁰ e identifica dois tipos de juristas: o primeiro é o prático eloquente, cujo papel profissional está mais relacionado à performance oral em juízo; o segundo é o professor de

baratas não têm razão: a lei de 10 de junho de 1835: os escravos e a pena de morte no Império do Brasil (1822-1889). Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 334.

27 – BRASIL. Decreto nº 1310 – de 2 de janeiro de 1854. Declara que o Artigo quarto da Lei de 10 de Junho de 1835, que manda executar sem recurso as sentenças condenatorias contra escravos, compreende todos os crimes commettidos pelos mesmos escravos em que caiba a pena de morte. In: *Coleção das leis do Império do Brasil de 1854* (t. XVII, p. II). Rio de Janeiro: Tipografia Nacional, 1854.

28 – Carl Schmitt diria que justamente aí ele mostrava seu caráter de soberano – por decidir a respeito da exceção.

29 – FONSECA, Ricardo Marcelo. Os juristas e a cultura jurídica brasileira na segunda metade do século XIX. *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Firenze, v. 35, pp. 339-371, 2006.

30 – PETIT, Carlos. *Discurso sobre el discurso: oralidad y escritura en la cultura jurídica de la España liberal*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 2014.

direito, modelado de acordo com os principais atores das universidades germânicas, cujo foco foi a profunda reflexão sobre as instituições do direito. O primeiro estava ligado à cultura oral, e o segundo, à escrita. Ambos coexistiram no século XIX brasileiro. No entanto, a importância da fala é revelada por sua influência até mesmo no discurso escrito: por exemplo, muitos dos livros publicados na época no Brasil reproduziam discursos de seus autores no parlamento³¹.

Outra razão para a importância da fala é o pequeno tamanho do mercado editorial brasileiro³². As prateleiras abrigavam poucos livros, principalmente por causa da existência de apenas duas faculdades de direito no Brasil. Ambas foram criadas em 1827³³, a primeira em São Paulo, e a segunda em Olinda, depois transferida para o Recife. Por conseguinte, o público leitor só havia sido recentemente criado, e estava pouco desenvolvido. A maioria dos livros publicados era de simples comentários sobre a lei positiva³⁴. É, portanto, natural de se esperar que somente assuntos de especial relevância estimulariam a publicação de títulos monográficos, em função dos muitos problemas enfrentados por um au-

31 – A relevância da cultura oral aparece também de outras formas. Sobre a obtenção do título de doutor e os concursos de professor, ver: ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *História do direito civil brasileiro: ensino e produção bibliográfica nas academias jurídicas do Império*. Belo Horizonte: Inítia Via, 2016; VENANCIO FILHO, Alberto. *Das arcadas ao bacharelismo: cento e cinquenta anos de ensino jurídico no Brasil*. São Paulo: Perspectiva, 1977.

32 – DUTRA, Pedro. *Literatura jurídica do império*. Rio de Janeiro: Topbooks, 2004.

33 – BRASIL, Lei de 11 de agosto de 1827 – cria dous cursos de sciencias jurídicas e sociaes, um na cidade de S. Paulo e outro na de Olinda. In: *Colecção das leis do Império do Brasil de 1827. Parte Primeira*. Rio de Janeiro 1878. Verdadeiras universidades só seriam criadas na década de 1920.

34 – Para uma lista e análise desses trabalhos, ver: cf. SONTAG, Ricardo. “Curar todas as moléstias com um único medicamento”: os juristas e a pena de prisão no Brasil. *Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brazuleiro*, v. 177, p. 45-72, 2016. O primeiro tratado da disciplina publicado no Brasil foi o “Tratado de Direito Penal”, de Franz von Liszt, em tradução de José Hygino: LISZT, Franz von. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Traduzido e comentado por José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: 1899. Sobre essa tradução, cf. SENA, Nathália N. E. de; SONTAG, Ricardo. The Brazilian Translation of Franz von Liszt’s *Lehrbuch des deutschen Strafrechts* (1899): a History of Cultural Translation between Brazil and Germany. *Max Planck Institute for European Legal History Research Paper Series*, v. 2019-17, p. 1-28, 2019.

tor e seus editores³⁵. Era esse o caso da graça: durante a época imperial, publicaram-se dois livros que tinham aquela prerrogativa imperial como seu tema único e exclusivo. A primeira era *O direito de graça*³⁶, de José Antônio de Magalhães Castro. O outro era *O recurso de graça*³⁷, de Antônio Herculano de Souza Bandeira Filho, a principal fonte das investigações deste artigo. O primeiro texto tem um estilo mais genérico e mais político. O segundo, uma obra de quase 130 páginas, lida com uma grande quantidade de detalhes técnicos a respeito do instituto do qual deriva o título. Sua centralidade e qualidade foram reconhecidas por algumas publicações de sua época: o *Jornal da Tarde*, em 1º de fevereiro de 1878, faz uma breve resenha da obra de Bandeira Filho, descrevendo-a como de “utilidade prática inegável”³⁸. A única crítica dizia respeito à falta de direito comparado. *O Cruzeiro*, no dia 18 do mesmo mês, também publicou uma descrição elogiosa da obra³⁹.

A graça era, portanto, um instituto de relevo que estimulou discussões importantes. O Brasil vivia um momento de consolidação do Estado recém-construído e de criação de seu próprio direito. Como os juristas brasileiros justificaram a permanência da graça diante do legalismo? Foram três os principais argumentos empregados ao longo do período, e um quarto utilizado nos anos posteriores à independência, que logo caiu em desuso.

35 – Outro exemplo é o debate sobre a responsabilidade dos ministros pelos atos do poder moderador, que trataremos mais abaixo. Cf: GUANDALINI JR, Walter. *O poder moderador: ensaio sobre o debate jurídico-constitucional do século XIX*. Curitiba: Apris, 2016.

36 – CASTRO, José Antônio de Magalhães. *O direito de graça: Com um brado em favor dos encarcerados*. Rio de Janeiro: Typ. União de A.M. Coelho da Rocha, 1887.

37 – BANDEIRA FILHO, Antônio Herculano de Souza. *O recurso de graça segundo a legislação brasileira: contendo a indicação e análise das leis, decretos, avisos do governo e consultas do Conselho de Estado sobre a matéria*, Rio de Janeiro 1878. O livro era tão relevante que chegou a ser citado em alguns debates no Senado Imperial. BRASIL. *Annaes do parlamento brasileiro*. 1879. Rio de Janeiro: Tipografia do Imperial Instituto Artístico, 1874. Tomo 2, p. 210.

38 – Disponível em: <http://memoria.bn.br/DocReader/748919/1107>. Acesso em: 03.05.2017.

39 – Disponível em: <http://memoria.bn.br/DocReader/238562/405>. Acesso em: 03.05.2017.

O primeiro argumento afirmava que a graça era útil para conciliar a abstração da lei positiva com a justiça do caso concreto. Essa colocação era um lugar-comum em debates sobre o tema também na Europa⁴⁰. Bandeira Filho⁴¹ diz que alguns adversários dessa posição usavam o “célebre dilemma: – se a lei é justa não se deve impedir a sua execução, se injusta deve ser mudada”. Mas o problema a ser resolvido não era uma simples avaliação da maior ou menor qualidade da lei. Era uma proposição filosófica muito mais profunda: cada lei é projetada para lidar apenas com casos gerais. Ela poderia tratar da vida cotidiana, não de circunstâncias especiais e extraordinárias. O lugar do perdão, portanto, seria levar em conta algumas particularidades não pensadas pelo legislador no momento em que a lei positiva foi criada.

A graça poderia, por conseguinte, incorporar o conceito de justiça à prática jurídica por meio de mecanismos extrajudiciais: “é pelo contrário, para corrigir os erros e injustiças, que pôdem commetter os Tribunaes, para attender á circumstancias e á equidade, a que os Tribunaes, sujeitos ás regras do direito stricto, não podem attender”⁴². É um conceito que não poderia ser apreendido por meios jurídicos ordinários, pelas razões acima mencionados. Ele deveria, em sentido diverso, ser deixado à discricionariedade imperial: “o direito de fazer graça [...] só deixará de ser necessário quando levadas á última perfeição as Leis humanas”⁴³. De forma a atingir esse intento, “no exercício da attribuição constitucional de perdoar as penas, o Poder Moderador não conhece outro limite senão a sua cons-

40 – Na França, cf ROUX-DESSARPS, Gabriel. *De la grace*: thèse pour le doctorat. Paris: Arthur Rousseau Editeur, 1898; LEGOUX, Jules. *Du Droit de grâce en France comparé avec les législations étrangères*, commenté par les lois, ordonnances, décrets, lettres patentes... depuis 1349 jusqu’ en 1865. Paris: Cotillon, 1865.

41 – BANDEIRA FILHO, Antônio Herculano de Souza. *O recurso de graça segundo a legislação brasileira*: contendo a indicação e análise das leis, decretos, avisos do governo e consultas do Conselho de Estado sobre a matéria. Rio de Janeiro: Tipografia do Imperial Instituto Artístico, 1878, p. 8.

42 – BANDEIRA FILHO, Antônio Herculano de Souza. *O recurso de graça segundo a legislação brasileira*: contendo a indicação e análise das leis, decretos, avisos do governo e consultas do Conselho de Estado sobre a matéria. Rio de Janeiro: Tipografia do Imperial Instituto Artístico, 1878, p. 24-25.

43 – Fragmento publicado no jornal “A Voz do Bebiribi” (PE), em 14 de maio de 1835.

ciência”⁴⁴. Ao dizê-lo, o autor está tentando contrastar a graça brasileira com aquela estabelecida na legislação portuguesa e romana. Nelas, havia alguns limites estabelecidos sobre o direito de perdoar e moderar as penas. No direito luso, por exemplo, o perdão de “crimes atrozes”⁴⁵ era vedado: aqueles cometidos com grande violência e desconsideração para com o ser humano⁴⁶ não poderiam ser agraciados com a clemência.

Mas nem todos concordavam com essa abordagem. Zacarias Gois de Vasconcelos afirma que era necessário impor algum tipo de limite à graça; do contrário, “o direito de graça, multiplicando-se sem regra e sem medida, importaria nada menos que a aniquilação das leis penaes”⁴⁷, destruindo a certeza e a previsibilidade que são as pedras de toque de qualquer regime penal moderno: sem controle, apenas aqueles sem a proteção do monarca seria condenados. Os amigos da coroa sempre teriam o perdão garantido; o direito penal se tornaria mero instrumento de vingança utilizado pelo Imperador contra seus inimigos.

A importância da graça fica ainda mais clara quando levamos em conta a rigidez do sistema de penas do código penal brasileiro de 1830. Ao contrário do que se faz nos dias de hoje, as penas não eram estabelecidas em um intervalo, dentro do qual o juiz poderia decidir qual o valor mais adequado para punir o réu. O código estabeleceu apenas um máximo, um médio e um mínimo para cada crime. Nos artigos 16º a 19º, são definidas circunstâncias agravantes e atenuantes. Quando uma conduta é agravada, a pena deve estar no seu máximo; quando há circunstâncias atenuantes, deve ser levada ao seu mínimo; e quando há ambos ou nenhum, a

44 – BANDEIRA FILHO, Antônio Herculano de Souza. *O recurso de graça segundo a legislação brasileira*: contendo a indicação e análise das leis, decretos, avisos do governo e consultas do Conselho de Estado sobre a matéria. Rio de Janeiro: Tipografia do Imperial Instituto Artístico, 1878, p. 56.

45 – CABRAL, Antônio Vanguerve. *Prática judicial muito útil, e necessária para todos aquelles que principiaõ os officios de julgar, e advogar, e para todos os que solicitaõ causas nos Auditorios de hum, e outro foro*. S. l.: 1730, p. 256.

46 – Entretanto, mesmo durante o Antigo Regime havia uma série de exceções a essas impossibilidades.

47 – VASCONCELLOS, Zacarias de Góis e. *Da natureza e limites do poder moderador*. Rio de Janeiro: Typ. Universal de Laemmert, 1862, p. 61.

pena deve ser média. Ao optar por este sistema, o Brasil estava seguindo um movimento europeu por uma maior restrição ao poder dos juízes que vinha ganhando força desde a instauração do iluminismo penal, como discutido em alguns modelos apresentados, sobretudo, na França, sendo o principal representante, porém, o pensador italiano Cesare Beccaria. O Poder Judiciário francês era composto antes da revolução de alguns dos mais notórios membros da nobreza, e seu despotismo permaneceu vívido nas mentes dos legisladores logo após os eventos de 1789⁴⁸. Até o século XVIII, os sistemas jurídicos seguiam as chamadas penas arbitrárias: os juízes podiam impor praticamente qualquer punição por um crime sem que houvesse um efetivo limite legal. Em reação a isso, o código francês de 1791 estabeleceu o sistema de penas rígidas: para cada crime, uma única punição possível. No entanto, algumas desvantagens vieram dessa estrutura: as injustiças tornaram-se claras e, muitas vezes, os juízes decidiram contra o que ficara comprovado apenas para evitar uma condenação desproporcional. O código francês de 1810 criou o intervalo de penas para evitar esta situação intolerável, que desafiava a legalidade⁴⁹. O Brasil escolheu um caminho intermediário entre esses modelos⁵⁰ ao restringir o poder dos juízes, mas não tanto quanto haviam ousado os revolucionários⁵¹.

48 – Nesse sentido, Lima Lopes afirma: “é também notável que a doutrina da separação dos poderes não visse na administração a fonte do absolutismo, pelo menos não para alguns ilustres e ilustrados juristas. Antes, via-a na justiça”. LOPES, José Reinaldo de Lima. *O oráculo de delfos: o Conselho de Estado no Brasil império*. São Paulo: Saraiva, 2010. (Série Produção Científica. Direito, Desenvolvimento e Justiça), p. 219.

49 – Sobre o Código de 1810, cf. CAVANNA, Adriano. *Storia del diritto moderno in Europa: le fonti e il pensiero giuridico*, 2. Milano, 2005, p. 590-597.

50 – Para uma análise mais ampla das fontes do Código Criminal de 1830, cf: COSTA, Vivian Chieregati. *Codificação e formação do Estado-nacional brasileiro: o Código Criminal de 1830 e a positividade das leis no pós-independência*. Dissertação (Mestrado em Cultura e Identidades). Instituto de Estudos Brasileiros, Universidade de São Paulo. São Paulo: 2013.

51 – “Não deve haver arbitrio, quando se tem de avaliar circunstancias; por isto que não ha neste codigo nada que o autorise, havendo perigo em pesal-as segundo o criterio de cada um, muitas vezes sob a impressão do momento, que exclue toda a calma; sendo verdade que a lei criminal deve basear-se em regras certas e fixas, no intuito de evitar os abusos, que são sempre prejudiciais, quando se trata da applicação da lei”. PESSOA, Vicente de Paula. *Código criminal do Império do Brasil: comentado e anotado com os princípios do direito; legislação de diversos povos, leis do país, decretos, jurisprudência*

O segundo argumento utilizado pelo pensamento jurídico brasileiro para justificar a existência da graça afirmava que ela era uma forma de reconhecer que o réu havia expiado sua culpa. Essa visão tinha duas dimensões: primeiro, uma pragmática, e, depois, uma teórica. Em relação à primeira dimensão, a ausência de perdão seria um estímulo para o mau comportamento dos presos nas penitenciárias. Sem qualquer esperança de que suas penas pudessem um dia ser reduzidas, eles não teriam nenhuma razão para manter a ordem nas prisões. A esperança deles seria, por outro lado, um recurso inestimável para uma boa execução penal, ao mantê-los disciplinados. Além disso, havia um motivo maior para acreditar nesse ponto de vista. Se as penas eram uma tentativa de estimular a regeneração das pessoas condenadas, não fazia sentido mantê-las presas depois que elas efetivamente expressaram arrependimento pelo que fizeram. A questão era, uma vez mais, a da justiça. Seria cruel e sem sentido continuar a impor sofrimento a alguém depois de cumprida a tarefa da punição. Além disso, a sociedade não tem uma obrigação de punir, mas sim o direito de fazê-lo. Não há injustiça na extinção de uma pena abstrata se, depois de algum tempo, se demonstrar que ela deveria ter sido de muito menor intensidade.

José Antônio de Magalhães Castro, autor do segundo grande livro monográfico sobre perdão no Brasil, é um entusiasta desse argumento. Mais do que simplesmente mantê-lo como tema entre outros, ele acha que é o único que poderia realmente justificar a clemência real. Era uma forma de demonstrar o caráter justo e não despótico do Império Brasileiro:

A impunidade aterra o Poder; é o pesadelo dos Despotas, que só confiam, e tudo esperão da efficacia da intimidação, e d'aqui a reserva na concessão das Graças, sem attender-se que a acção dos Tribunaes de repressão dos crimes não relaxa-se com o perdão merecido, ao passo

dos tribunais, avisos do governo, interpretando, alterando ou revogando diversas das suas disposições, até o ano de 1884, 2nd edition, Rio de Janeiro 1885, p. 62. Sobre arbítrio judicial, cf. FÁRIA, Alécia Alvim Machado. *Peita, suborno e a construção do conceito jurídico-penal de corrupção: patronato e venalidade no Brasil imperial (1824-1889)*. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte: 2018, pp. 182-191

que negal-o aos que merecerem seria tirar-lhes o desejo da recompensa⁵².

Mas a graça não era usada apenas com o propósito que ele recomendava, desvio esse que estimulou críticas da parte de Magalhães Castro. O principal problema era a incerteza na distribuição das graças⁵³. Perdões imerecidos eram frequentemente concedidos, enquanto outros que seriam de justiça ficavam retidos. Por exemplo, os imperadores brasileiros frequentemente perdoavam os condenados com a única finalidade de celebrar a paixão de Cristo⁵⁴, sem nenhuma consideração pelos méritos e pelas falhas de cada um deles. Ao mesmo tempo, certos condenados esperavam longos anos enquanto seus justos pedidos pegavam poeira nos arquivos da burocracia imperial: “Mas esta reserva na concessão das Graças tão poucas para tão vasto Império é um grande mal; e tirando aos condenados a esperança da recompensa contrasta com o fim das penitenciaras, revellando defeito de seo regimen”⁵⁵. A pequena quantidade de graças concedidas era mostra, em sua visão, da irracionalidade por trás das concessões. O problema não estava no instituto em si, mas na forma errônea com que ele era utilizado.

A degeneração da graça seria demonstrada pelo grande número de documentos inúteis exigidos por lei para serem anexados aos pedidos de

52 – CASTRO, José Antônio de Magalhães. *O direito de graça*: Com um brado em favor dos encarcerados. Rio de Janeiro: União de A.M. Coelho da Rocha, 1887, p. 40.

53 – Essa crítica também aparece em Thomaz Alves Júnior: “Que importa o exercício sublime do Poder Moderador quando vem perdoar os crimes, e com seu braço onnipotente abrir as portas da prisão, que a lei para sempre fechou? O exercício desse poder não tem regras, não tem princípios, e, se faz nascer alguma esperança, essa é tão fraca, tão estéril, tão mesquinha emfim, que não dá forças para que se dê a correção moral do homem. [...] existe uma crença fatal de que, embora a majestade nutra em seu peito sentimentos neutros e impassíveis, e compassivos, impossíveis são as atribuições de seu poder; não pode, como deseja, fazer sentir todo o efeito desse poder, porque seus olhos não podem ir a toda parte em que geme a humanidade”. ALVES JÚNIOR, Thomás. *Annothações teóricas e práticas ao Código Criminal*. Rio de Janeiro: 1864, p. 112-113.

54 – É possível ver exemplos disso nas decisões do Conselho de Estado de 16 de abril de 1829, 9 de abril de 1830 e 1º de abril de 1831. RODRIGUES, José Honório (Org.). *Atas do Conselho de Estado*. Disponível em: at: http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/asp/AT_AtasDoConselhoDeEstado.asp. Acesso em: 09.04.2016. T. II, p. 68, 79 e 93.

55 – CASTRO, José Antônio de Magalhães. *O direito de graça*: Com um brado em favor dos encarcerados. Rio de Janeiro: União de A.M. Coelho da Rocha, 1887.

perdão. Se a clemência real deveria ser usada para refletir a expiação da culpa, os papéis enviados ao imperador deveriam, por consequência, conter apenas e exclusivamente algumas informações sobre o comportamento do condenado na prisão. No entanto, isso não era o que a burocracia brasileira exigia. Muito do que tinha que ser enviado era uma simples repetição do processo penal⁵⁶. A única exceção era um relatório a ser enviado pelo diretor da penitenciária no qual o condenado estava preso. Ao estruturar-se dessa maneira, a própria legislação reconhecia aquilo que Magalhães Castro via como uma distorção que o monarca havia criado sobre o instituto.

Finalmente, havia uma terceira maneira de justificar a graça. Era a ideia de que o instituto poderia corrigir lacunas na legislação brasileira. Alguma falha na lei, uma legislação mal pensada, uma demanda excessiva: problemas na atuação do legislador que o perdão real poderia resolver de forma justa. No entanto, isso não era reconhecido como uma forma natural e adequada de pensar a graça. Pelo contrário, era considerado como uma anomalia infelizmente necessária. O problema era que esse uso não corrigia as injustiças com precisão: o perdão reconhece e valida a culpa do condenado, mas não lava a mancha sobre a honra de quem foi julgado erroneamente pela corte⁵⁷. De fato, “pelo recurso de graça pede-se um favor ao soberano, quando a inocência tem direito à justiça dos tribunais”⁵⁸.

56 – Essas eram, de acordo com a circular de 18 de junho de 1865: “1º nome do peticionário; 2º pena á que foi condemnado; 3º data em que foi imposta, por qual juiz ou jury; 4º o crime que commeteu, e em que tempo; 5º se foi condemnado a outras penas; 6º se está preso ou solto, e desde que dia; 7º desde quando começou a cumprir sentença; 8º informação do Juiz da condemnação; 9º informação do Director da Casa de Correção, ou do carcereiro da Cadêa em que estiver preso”. BRASIL. Circular em 28 de Junho de 1865 – Indica quaes as informações que devem acompanhar as petições de graça. In: *Coleção das decisões do governo do Império do Brasil de 1865*. Rio de Janeiro. 1866.

57 – PERDIGÃO, Carlos. Da condemnação do inocente. *Gazeta jurídica*: revista semanal de legislação, doutrina e jurisprudência, Rio de Janeiro, Ano II, v. 5, n. 92, S. 121-129, 4th october 1874, S. 129.

58 – BANDEIRA FILHO. Antônio Herculano de Souza. *O recurso de graça segundo a legislação brasileira*: contendo a indicação e análise das leis, decretos, avisos do governo e consultas do Conselho de Estado sobre a matéria. Rio de Janeiro: Typographia do Imperial Instituto Artistico, 1878, p. 49.

Essas eram as três principais razões invocadas pelo pensamento jurídico brasileiro para justificar a graça: mediação entre direito abstrato e justiça concreta; reconhecimento de arrependimento; e correção de falhas legislativas. Eram tentativas de corrigir a imperfeição natural das obras humanas. Brás Florentino Henriques de Souza afirma explicitamente esse ceticismo sobre a Humanidade ao expor as razões pelas quais o perdão ainda era importante:

1.º porque a intelligencia que faz as leis é essencialmente limitada, e as pessoas e as cousas sobre as quaes as leis estatuem, estão longe de ser immutaveis 2.º porque a intelligencia que applica as leis aos casos occurrentes acha-se sempre sujeita aos enganos, e póde commeter erros terriveis ainda com o auxilio das melhores leis⁵⁹.

No entanto, para além dessa corrente que estabelecia três argumentos, que existiu no Brasil desde meados do século XIX até o fim do Império, havia um outro argumento, usado principalmente dos alvares do Brasil independente. É a ideia de que a graça pode recompensar os bons serviços prestados por alguém ao Estado. Seria quase que uma condecoração, ou uma mercê⁶⁰.

Essa visão foi expressa na doutrina apenas por Joaquim Inácio Ramalho⁶¹; isso, entretanto, não significa que se tratava de uma perspectiva idiossincrática, já que nos começos do Império havia poucos livros jurídicos e, portanto, a nossa amostra para esse período é restrita. Mas essas ideias eram avançadas não apenas na doutrina: elas circulavam pelo me-

59 – SOUZA, Brás Florentino Henriques de. *Poder Moderador: Ensaio de direito constitucional*, contendo a análise do tit. V, cap. I da constituição política do Brasil. Recife: Tipografia Universal, 1864, p. 249.

60 – Sobre esse conceito e a sua relação com a noção de graça: HESPANHA, Antônio Manuel. As outras razões da política: a economia da “graça”. In: HESPANHA, Antônio Manuel. *A política perdida: ordem e governo antes da Modernidade*. Curitiba: Juruá, 2010.

61 – É o primeiro fundamento da graça que ele apresenta, em conjunto com os outros, mais tradicionais: “quando o criminoso tem prestado relevantes serviços ao Estado, ou se faz recomendável por suas qualidades eminentes; se certas circunstâncias fazem o crime desculpável; se os criminosos são em grande número; se a razão particular da Lei não for applicavel”. RAMALHO, Joaquim Inácio. *Elementos do processo criminal: para uso das Faculdades de Direito do Imperio*. São Paulo: 1856, p. 146.

nos 30 anos antes no parlamento brasileiro. O deputado Luiz Cavalcanti, durante a sessão de 25 de maio de 1831 da Câmara dos Deputados, afirmou que: “o fim principal para que se concedeu ao poder moderador esta atribuição de perdoar, o de atender os serviços prestados à pátria pela pessoa condenada, a quem o juiz não podia deixar de impor a pena da lei”⁶². Aqui, se pode ver uma definição de graça que poderia ser assimilada à de “mercê”; Rafael Bluteau, em seu dicionário setecentista, nos mostra que graça e mercê poderiam ser sinônimas⁶³. Nesse sentido, mesmo as considerações de justiça no mais alto grau, ou seja, para além da aplicação do “direito estrito”, são colocadas de lado. A graça se mostra mais como uma prerrogativa política e pessoal, orientada para a retribuição de serviços oferecidos à nação, e as preocupações de caráter exclusivamente criminal são quase esquecidas. Essa opinião não era sustentada apenas por Cavalcanti: o deputado Rebouças também disse que a graça “se introduziu para favorecer a um homem, que sendo benemerito da patria e havendo feito grandes e relevantes serviços, tivesse a desgraça de cometer um crime”⁶⁴; para o senador Barroso, mesmo os talentos artísticos poderiam justificar um perdão⁶⁵.

4 A graça corrige a legislação

A graça foi uma ferramenta jurídica que muitas vezes influenciou o direito e a justiça no Brasil imperial. Isso aconteceu principalmente através do que eu chamei de terceira justificativa da misericórdia real: a correção de erros legislativos. A intervenção do imperador sobre o orde-

62 – BRASIL. *Annaes do parlamento brasileiro*. 1831. Rio de Janeiro: 1874, v. 1, p. 89.

63 – BLUTEAU, Rafael, C.R. *Vocabulario portuguez e latino, aulico, anatomico, architectonico, bellico, botanico, brasilico, comico, critico, chimico, dogmatico, dialectico, dendrologico, ecclesiastico, etymologico, economico, florifero, forense, fructifero... autorizado com exemplos dos melhores escritores portuguezes, e latinos...* Lisboa: Officina de Pascoal da Silva, 1721, p. 108 e p. 431: graça é “Favor. Mercê. Beneficio”, enquanto que mercê é “Mercê com perdão [...] Fazer a alguém mercê da vida. Perdoar-lhe o crime, que tem cometido”.

64 – BRASIL. *Annaes do parlamento brasileiro*. 1831. Rio de Janeiro: 1874, v. 1, p. 88.

65 – “pódem haver muitos motivos, além dos allegados nesses autos, por onde o réu se faça digno de graça, quaes ter uma familia numerosa, ser um artista insigne, um homem de talento raro, etc”. BRASIL. *Annaes do parlamento brasileiro*. 1826. Rio de Janeiro: Tipografia do Imperial Instituto Artístico, 1874. Tomo 2, p. 154.

namento jurídico foi frequentemente profunda e teve impacto importante na realidade normativa do país. Os principais temas em que isso se fez presente foram três: a abolição da pena de morte, a revisão criminal e o abrandamento da lei de 10 de junho de 1835 sobre a repressão dos crimes de escravos.

A abolição da pena capital foi um dos principais tópicos de debates no direito penal do final do século XVIII e início do século XIX⁶⁶. Também no Brasil essas discussões foram importantes⁶⁷. No entanto, diferente do que ocorreu em outros ordenamentos, a abolição da pena de morte nesse país sul-americano ocorreu não por meio de uma lei, mas através da sistemática comutação de todas as sentenças capitais⁶⁸. De 1876 em diante, o imperador não permitiu que nenhuma execução ocorresse no Brasil⁶⁹. A situação se tornou tão fortemente consolidada que a aparente ausência de um escravo condenado em uma lista de comutações em 1883 surpreendeu e perturbou alguns jornais. A *Gazeta de Notícias* dizia, a 3 de dezembro de 1883, que se tratava de um simples erro: na década de 1880, era impensável que o imperador permitisse uma execução⁷⁰. Isso foi confirmado nos dias seguintes, quando a lista de comutação foi republicada com o

66 – Por todos, ver: COSTA, Pietro. *La pena di morte, fra passato e presente*, 2007. Disponível em: <http://www.juragentium.org/topics/rights/it/costa.htm>. Acesso em: 27.07.2017.

67 – Para o tratamento desse problema na elaboração do Código Criminal de 1830, cf. COSTA, Vívian Chierigati. *Codificação e formação do Estado-nacional brasileiro: o Código Criminal de 1830 e a positividade das leis no pós-independência*. Dissertação (Mestrado em Cultura e Identidades). Instituto de Estudos Brasileiros, Universidade de São Paulo. São Paulo: 2013, pp. 174-202.

68 – Um fenômeno parecido ocorreu na Itália depois de 1877: STRONATI, Monica. *Il governo della “grazia”: giustizia sovrana e ordine giuridico nell’esperienza italiana (1848-1913)*. Milano: Giuffrè, 2009. Na Bélgica do século XIX, também houve uma abolição prática, que, no entanto, foi posteriormente revertida: DE BROUWER, Jérôme. *Abolir? La peine de mort et l’avènement de l’abolition de fait en Belgique*. *Annales de droit de Louvain*. 69 (3). pp. 211-227, 2009.

69 – RIBEIRO, João Luís. *No meio das galinhas, as baratas não têm razão: a lei de 10 de junho de 1835: os escravos e a pena de morte no Império do Brasil (1822-1889)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 306.

70 – Esse não foi o único jornal surpreso com o acontecimento. Também é possível encontrar fortes reações na *Gazeta da Tarde* de 26 de dezembro de 1883. No ano anterior, fatos semelhantes estimularam reações *A Província do Espírito Santo* em 30 de agosto de 1882.

nome do condenado esquecido e o erro foi, por conseguinte, devidamente esclarecido. No entanto, a simples necessidade de justificativa mostra como uma execução se tornara antinatural, mesmo que os brasileiros tivessem que esperar até 1890, com o código penal da primeira república brasileira, para ver uma abolição formal⁷¹.

Esse processo de comutações sistemáticas estimulou algumas críticas. A maior parte delas vinha de grandes proprietários de escravos, os quais acreditavam que o abrandamento da repressão poderia estimular revoltas de escravos⁷². É possível observar essas reações no parlamento desde o começo dos anos 1870, quando as intenções políticas do imperador se tornavam mais claras, até os anos 1880, quando a consciência da abolição prática da pena de morte já se havia estabelecido.

Desde pelo menos 1871 essas tendências podem ser percebidas. Na Câmara dos Deputados, alguns diziam que a graça “tem sido excelente recurso para revoltar os escravos contra os senhores, para estabelecer a impunidade mais horrorosa que ha no paiz”⁷³. O deputado Teixeira Júnior, no mesmo contexto, tentava legitimar o proceder do poder moderador dizendo que a constituição não estabelecia nenhum limite para aquela prerrogativa imperial⁷⁴. Outro argumento utilizado era o procedimento do Conselho de Estado, que era o responsável por recomendar todas as comutações⁷⁵. Isso significava, na visão de Teixeira Júnior, que não era

71 – A última execução no Brasil ocorreu em 28 de abril de 1876. RIBEIRO, João Luís. *No meio das galinhas, as baratas não têm razão: a lei de 10 de junho de 1835: os escravos e a pena de morte no Império do Brasil (1822-1889)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 306.

72 – PIROLA, Ricardo. *Escravos e rebeldes nos tribunais do império: uma história social da lei de 10 de junho de 1835*. Rio de Janeiro: Arquivo Nacional, 2015, p. 143 ss.

73 – BRASIL. *Annaes do parlamento brasileiro. 1871*. Rio de Janeiro 1874, v. 1, p. 32.

74 – No mesmo debate, alguns deputados afirmaram que o direito estatuiu a pena de morte e, por conseguinte, deixar de aplica-la seria ilegal. Teixeira Júnior respondeu que “É a lei: mas é a primeira de nossas leis, a constituição, que outorga à corôa a atribuição de comutar as penas” BRASIL. *Annaes do parlamento brasileiro. 1871*. Rio de Janeiro: 1874, v. 1, p. 130.

75 – O Conselho de Estado foi um órgão composto por 10 cidadãos brasileiros responsáveis por ajudar o imperador no exercício do poder moderador e na condução política da nação.

correto culpar o Imperador, já que ele estava simplesmente seguindo os pareceres de alguns dos mais ilustres juristas da nação⁷⁶.

O problema para os críticos não era a graça em si, mas a forma sistemática com que ela vinha sendo empregada. No Senado, essa qualidade “sistemática” era um mote para muitas disputas entre senadores, alguns apontando o “sistema” por trás das comutações, e outros defendendo que as comutações continuavam a ser uma mera medida excepcional. Em 1879, Silveira da Mota defendeu assim as suas posições:

Como não tem sido por systema, quando, salvo um ou outro caso rarissimo, não se tem dado uma só execução? [...] como não hei de dizer que é systema do poder moderador, que é a influencia de Victor Hugo, que tem dado logar á commutação em todos os outros casos de pena ultima? O nobre senador não apresenta outros exemplos, é um no meio de mil. Pois quando ha um exemplo no meio de mil, não posso dizer que é systema? É systema, mas systema errado⁷⁷.

A imprensa também discutia esses temas. Em 23 de outubro de 1878, o *Correio Paulistano* publicou seu primeiro artigo⁷⁸ sobre o medo que os proprietários de escravos vinham sentido por causa dos constantes casos de assassinatos de senhores. A causa de tudo isso, de acordo com o autor do texto, era “da constante concessão da graça. Levado pelos impulsos de seu bem formado coração, Sua Majestade o imperador tem, sem o saber, sido a causa do aumento e reprodução de tais crimes”. Sugeria-se que o Imperador parasse de comutar as penas “por sistema”, permitindo que a lei de 10 de junho de 1835, relativa à repressão da criminalidade escrava, fosse completamente aplicada e, portanto, que “os exemplos produzirão

76 – Em 31 de março de 1871, o Ministro da Justiça Saião Lobato afirmou que “Ousou levar a sua censura até este ponto eminente naquillo que mais essencial é da privada prerrogativa do poder irresponsavel; foi até a censura-lo porque tem commutado penas de morte em galés perpetuas; aceitando o conselho de seus conselheiros homens da lei [...]. Queria o nobre deputado que, não obstante o parecer da secção do conselho de estado, quasi sempre unanime, aconselhar ao poder moderador de modificar na especie a crueldade da pena de morte, elle inexoravel desprezasse-lhe o conselho”. BRASIL. *Annaes do parlamento brasileiro*. 1871. Rio de Janeiro: 1874. V. 1, p. 145.

77 – BRASIL. *Annaes do Senado Imperial*. 1879. Rio de Janeiro: 1874. Tomo 3, p. 136.

78 – Disponível em: http://memoria.bn.br/DocReader/090972_03/9927. Acesso em: 04.05.2016.

seus salutares efeitos”. O texto aponta também que: “não é seguramente para realçar a magnanimidade imperial que o código criminal e a lei de 10 de junho de 1835 consagram aquela pena [de morte]”. O Imperador Pedro II é acusado de “se pronunci[ar] invariavelmente pelos escravos contra os senhores”. Jornais por todo o país mostravam casos de assassinatos de senhores de escravos⁷⁹ e relatavam histórias de petições contra a comutação da pena de escravos que haviam matado seus proprietários⁸⁰.

A lei de 10 de junho de 1835, citada em conjunto com o código penal de 1830, é crucial para a compreensão dessas questões, e merece uma análise mais profunda. A maioria dos escravos foi condenada com base nas duras disposições desse documento. A flexibilização de suas rígidas penas foi a segunda das reformas extraoficiais realizadas durante o Império por meio da graça.

A lei de 1835 foi criada para reforçar a repressão contra levantes escravos⁸¹. Ela continha normas de natureza tanto criminal quanto processual. No que se refere aos aspectos processuais, ela eliminou os recursos contra as penas de morte impostas aos condenados segundo suas disposições, permitindo-os apenas contra absolvições. Quanto ao aspecto penal, estabeleceu pena de morte para todos os escravos que mataram ou tentaram matar ou ferir o senhor, seus empregados ou suas famílias⁸². Essas

79 – *O Correio Paulistano*, de 12 de fevereiro de 1879.

80 – *Jornal do Comércio*, de 1º de fevereiro de 1878.

81 – RIBEIRO, João Luís. *No meio das galinhas, as baratas não têm razão: a lei de 10 de junho de 1835: os escravos e a pena de morte no Império do Brasil (1822-1889)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 306; PIROLA, Ricardo. *Escravos e rebeldes nos tribunais do império: uma história social da lei de 10 de junho de 1835*, Rio de Janeiro: Arquivo Nacional, 2015; ANDRADE, Marcos Ferreira de. A pena de morte e a revolta dos escravos de Carrancas: a origem da “lei nefanda” (10 de junho de 1835). *Tempo*, Niterói, v. 23, n. 2, p. 264-289, maio, 2017.

82 – Texto complete da lei: “Art. 1º Serão punidos com a pena de morte os escravos ou escravas, que matarem por qualquer maneira que seja, propinarem veneno, ferirem gravemente ou fizerem outra qualquer grave offensa physica a seu senhor, a sua mulher, a descendentes ou ascendentes, que em sua companhia morarem, a administrador, feitor e ás suas mulheres, que com elles viverem. Se o ferimento, ou offensa physica forem leves, a pena será de açoutes a proporção das circunstancias mais ou menos aggravantes. Art. 2º Acontecendo algum dos delictos mencionados no art. 1º, o de insurreição, e qualquer outro commettido por pessoas escravas, em que caiba a pena de morte, haverá reunião

disposições draconianas podiam levar a várias injustiças. Não restava espaço para tomar-se em consideração as circunstâncias dos assassinatos: a consequência seria invariavelmente a força. Como se pode imaginar, o perdão foi útil para amenizar esta situação. Isto pode ser percebido por meio da imprensa, bem como das opiniões do Conselho de Estado, de onde tiro um exemplo⁸³ para esclarecer o meu ponto de vista.

A resolução de 5 de outubro de 1844⁸⁴ trata de um recurso de graça⁸⁵ proposto por dois réus escravos contra uma pena de morte⁸⁶. Ambos foram condenados pela morte do seu senhor. O assassinato foi cometido pelos dois, mas apenas um deles confessou o crime. Este, porém, era um menor de 21 anos, fato que era considerado como uma circunstância atenuante

extraordinária do Jury do Termo (caso não esteja em exercício) convocada pelo Juiz de Direito, a quem taes acontecimentos serão immediatamente comunicados. Art. 3º Os Juizes de Paz terão jurisdição cumulativa em todo o Município para processarem taes delictos até a pronuncia com as diligencias legaes posteriores, e prisão dos delinquentes, e concluido que seja o processo, o enviarão ao Juiz de Direito para este apresenta-lo no Jury, logo que esteja reunido e seguir-se os mais termos. Art. 4º Em taes delictos a imposição da pena de morte será vencida por dous terços do numero de votos; e para as outras pela maioria; e a sentença, se fôr condemnatoria, se executará sem recurso algum. Art. 5º Ficão revogadas todas as Leis, Decretos e mais disposições em contrario”. BRASIL. Lei de 10 de Junho de 1835 – Determina as penas com que devem ser punidos os escravos, que matarem, ferirem ou commetterem outra qualquer offensa physica contra seus senhores, etc.; e estabelece regras para o processo. In: *Coleção das leis do Império do Brasil de 1835*. Rio de Janeiro: 1864.

83 – Existem vários outros casos em que esse fenômeno pode ser observado. Dentre outros, posso citar as resoluções do Conselho de Estado de 28 de junho de 1854, 7 de julho de 1864, 13 de novembro de 1867. Cf. CAROATÁ, José Próspero jeová da Silva. *Imperiaes resoluções tomadas sobre consultas da Seção de Justiça do Conselho de Estado desde o anno de 1842*, em que começou a funcionar o mesmo conselho, até hoje, coligidas em virtude de autorização pelo Exmº. Sr. Conselheiro Manoel Pinto de Souza Dantas, ex-ministro e secretário de Estado dos negócios da justiça. Rio de Janeiro: 1884, p. 479 e p. 1361.

84 – CAROATÁ, José Próspero jeová da Silva. *Imperiaes resoluções tomadas sobre consultas da Seção de Justiça do Conselho de Estado desde o anno de 1842*, em que começou a funcionar o mesmo conselho, até hoje, coligidas em virtude de autorização pelo Exmº. Sr. Conselheiro Manoel Pinto de Souza Dantas, ex-ministro e secretário de Estado dos negócios da justiça. Rio de Janeiro: 1884, p. 34 ss.

85 – Essa forma de se nomear o instituto era razoavelmente comum e é utilizada no próprio título da obra de Bandeira Filho.

86 – Esse caso também foi comentado por PIROLA, Ricardo. *lei de 10 de junho de 1835: justiça, escravidão e pena de morte*. Tese (Doutorado em História). Universidade Estadual de Campinas, 2005, p. 165 ss.

para o código penal, em seu artigo 18, § 10. Era obrigatório que a pena imposta fosse a imediatamente inferior: prisão com trabalho vitalício. No entanto, o juiz prescreveu a pena capital. O Conselho de Estado, após deliberar, recomendou a comutação. Pode-se ver aqui a correção de um erro judicial por meio do perdão. O outro réu também recebeu uma comutação para galés perpétuas⁸⁷. A justificativa era que “supposto não exista outra prova mais do que a confissão do réu Francisco Cassange, é ella comtudo revestida de circumstancias taes, que, se não provam plenamente a qualidade de autor bem descobrem a complicitade daquelle réu”⁸⁸; portanto, a ausência de força das provas foi o motivo da redução da pena⁸⁹. De fato, a lei de 10 de junho de 1835 exigia que qualquer condenação por mais de dois terços dos votos do júri resultaria em uma sentença automática morte: após a definição de que um crime foi praticado, o resultado deveria ser implacável. Distanciando-se da rigidez da lei, o Conselho de Estado sugeriu a comutação: as provas pareciam indicar a culpa, mas não davam suficiente segurança para levar à morte.

A graça foi uma forma de assegurar aos réus os recursos que a lei de 1835 lhes negava. Era também uma maneira de fazer com que a pena única fosse mitigada por outras considerações. Quanto à circunstância atenuante da minoridade, uma interpretação mais tradicional negaria a redução da pena, por exemplo. A lei era especial e criada após o código: ela deveria prevalecer, segundo dois dos critérios tradicionais utilizados para resolver conflitos entre normas jurídicas. No entanto, não foi isso que aconteceu: O Conselho de Estado se esforçou para flexibilizar essa lei escravista. Esse processo foi percebido pelas classes proprietárias de escravos, como mostrado anteriormente. João Luís Ribeiro⁹⁰ e Ricardo

87 – Galés eram um tipo específico de pena. Os condenados a ela eram obrigados a andar acorrentados e ajudar nos trabalhos públicos.

88 – CAROATÁ, José Próspero jeová da Silva. *Imperiaes resoluções tomadas sobre consultas da Seção de Justiça do Conselho de Estado desde o anno de 1842*, em que começou a funcionar o mesmo conselho, até hoje, coligidas em virtude de autorização pelo Exm^o. Sr. Conselheiro Manoel Pinto de Souza Dantas, ex-ministro e secretário de Estado dos negócios da justiça. Rio de Janeiro: B.l. Garnier, Livreiro Editor, 1884, p. 34.

89 – Algo parecido é amplamente observado para o antigo regime. Mais em ALESSI, Giorgia. *Il processo penale: profilo storico*. Roma; Bari: Laterza, 2000.

90 – RIBEIRO, João Luís. *No meio das galinhas, as baratas não têm razão*: a lei de 10

Pirola⁹¹ demonstram que por todo o período de sua vigência, a lei de 10 de junho de 1835 sofreu de uma crescente porosidade, de tal forma a se adequar melhor às sensibilidades jurídicas da época.

A questão dos recursos, por sua vez, não era um problema exclusivo dos escravos. A legislação geral também tinha falhas que exigiam correção por meio da prerrogativa real. Quando todos os outros caminhos para a reforma da sentença terminavam, a opção comum para quaisquer réus era o recurso de revista. Ele tinha importantes semelhanças com a graça: era um último recurso e sua função era manter o judiciário em bom funcionamento⁹². É nesse sentido que Bandeira Filho reconhece à graça o papel de cobrir as falhas do recurso de revista: “as sentenças criminaes proferidas em ultima alçada, ainda que laborem em nullidade, só pódem ser cassadas por meio das revistas, e quando succeda que a lei não admitta a revista, ahi está o Poder Moderador para perdoar a pena a que fôr injustamente condemnado”⁹³.

O recurso de revista era regulado pela lei de 18 de setembro de 1828⁹⁴. Todavia, existia uma série de limitações ao seu uso. A primeira derivava do art. 90, § 2º, que proibia o seu uso “[n]as Sentenças proferidas no foro Militar, e no Ecclesiastico”. O jurista José Antônio Pimenta

de junho de 1835: os escravos e a pena de morte no Império do Brasil (1822-1889). Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 306.

91 – PIROLA, Ricardo. *Escravos e rebeldes nos tribunais do império: uma história social da lei de 10 de junho de 1835*, Rio de Janeiro: Arquivo Nacional, 2015.

92 – “É pois o grande expediente de que o governo, sem inyadir as attribuições e independencia do poder Judicial, deve lançar mão para manter os Juizes no circulo de seus deveres, fiscalizar a exacta e rigorosa observancia do direito” CAROATÁ, José Próspero jeová da Silva. *Imperiaes resoluções tomadas sobre consultas da Seção de Justiça do Conselho de Estado desde o anno de 1842*, em que começou a funcionar o mesmo conselho, até hoje, coligidas em virtude de autorização pelo Exmº. Sr. Conselheiro Manoel Pinto de Souza Dantas, ex-ministro e secretário de Estado dos negócios da justiça. Rio de Janeiro: 1884, p. 359.

93 – BANDEIRA FILHO, Antônio Herculano de Souza. *O recurso de graça segundo a legislação brasileira*: contendo a indicação e análise das leis, decretos, avisos do governo e consultas do Conselho de Estado sobre a matéria. Rio de Janeiro: Tipografia do Imperial Instituto Artístico, 1878, p. 53.

94 – BRASIL, Lei de 18 de setembro de 1828 – Crêa o Supremo Tribunal de Justiça e Declara suas atribuições. In: *Coleção das leis do Império do Brasil, 1828, parte primeira (Atos do poder legislativo)*. Rio de Janeiro: 1878.

Bueno acrescentou os seguintes casos em que o recurso de revista não se aplicava: decisões do Conselho de Estado e tribunais administrativos; aquelas do Supremo Tribunal de Justiça; julgamentos do Senado; casos de crimes policiais⁹⁵; e as condenações pronunciadas em virtude da lei de 10 de junho de 1835. Ele, no entanto, ressalta que

É nossa opinião, porém, que ainda nestes cases ou outros quaisquer cabe o recurso da revista, quando a questão versar em última alçada sobre competência, ou excesso de poder, pois que isso importa e affecta gravemente a ordem publica; e o supremo tribunal de justiça é o regulador das competências e dos conflictos de jurisdição⁹⁶.

Para além dessas limitações concernentes ao direito substantivo, havia outras de natureza processual. O artigo 20 do decreto de 20 de dezembro de 1830 determinava que “Nao se poderá suprir no Tribunal as faltas e omissões das solemnidades, que a lei exige para a interposição e seguimento das revistas”⁹⁷. A própria natureza do instituto poderia evitar a aplicação da justiça. O Supremo Tribunal de Justiça não voltava a julgar os casos após a sua anulação, apenas os enviava a outro tribunal para fazê-lo. A nova decisão poderia facilmente discordar do julgamento do tribunal superior.

Em geral, a graça foi amplamente utilizada em muitas esferas para racionalizar e adequar a repressão estatal e seus procedimentos. Não apenas a justiça e a misericórdia foram levadas em conta, mas também – e mais frequentemente – as nulidades processuais, os recursos e as interpretações divergentes das leis estimularam discussões no Conselho de Estado.

95 – Crimes menores, comparáveis às atuais contravenções.

96 – PIMENTA BUENO, José Antônio. *Direito público brasileiro e análise da constituição do império*. Rio de Janeiro: Typ. Imp. e Const. de J. Villeneuve e C., 1857, p. 221-222.

97 – BRASIL, Decreto de 20 de dezembro de 1830 – marca as declarações com que deve ser cumprida a lei de 18 de setembro de 1828 da criação do Tribunal Supremo de Justiça. In: *Coleção das leis do Império do Brasil, 1830, parte primeira (Atos do poder legislativo)*. Rio de Janeiro: 1876.

5 O quarto poder

Se a graça podia ser considerada frequentemente como um instituto de natureza processual, por que não permitir que os próprios juízes resolvessem os problemas de que ela tratava?

O primeiro problema a ser enfrentado é a já referida aversão da cultura jurídica do século XIX aos magistrados. Havia muitas maneiras de exercer controle sobre eles, começando pelos crimes específicos de responsabilidade⁹⁸, restrições à liberdade de julgamento etc. É o que Adriano Cavanna⁹⁹ descreve como a *ideologia antigiusprudenziale* (ideologia antijurisprudencial).

Mas o problema é mais profundo. Não havia apenas uma certa depreciação do judiciário: a própria separação de poderes no Brasil era diferente do tradicional esquema tripartido: no Império, ela era estruturada com o acréscimo de um quarto poder, o moderador. Essa configuração foi trazida da França¹⁰⁰, a partir dos escritos de Benjamin Constant. De acordo com a noção originalmente elaborada por esse pensador, o monarca teria direito a certos poderes específicos para controlar o campo de batalha política do país. Seu princípio orientador seria a inércia do rei, ou seja, as ações políticas nunca deveriam vir inicialmente dele. O Imperador simplesmente poderia reagir aos abusos dos poderes executivo, legislativo ou judicial, reprimindo ações que pudessem perturbar a ordem constitucional ou a separação de poderes. A pedra angular do sistema, originalmente, seria a separação entre o poder moderador e o executivo, para evitar a concentração excessiva de prerrogativas. No entanto, quando o projeto constitucional foi posto em prática no Brasil, a redação do capítulo rela-

98 – FARIA, Aléxia Alvim Machado. Peita e suborno como delitos de corrupção no Brasil Imperial (1824-1889). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 131, ano 25, pp. 21-55, maio 2017.

99 – CAVANNA, Adriano. *Storia del diritto moderno in Europa: le fonti e il pensiero giuridico*, 2. Milano: Giuffrè, 2005, p. 41.

100 – LYNCH, Christian Edward Cyrill. O discurso político monarquiano e a recepção do conceito de Poder Moderador no Brasil (1822-1824), *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, Vol. 48, no 3, pp. 611 a 654; SALDANHA, Nelson. A teoria do “poder moderador” e as origens do direito político brasileiro, *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, v. 18, pp. 253-265, jan./dez. 1989.

tivo ao quarto ramo do Estado inverteu essa afirmação, estabelecendo o próprio poder neutro¹⁰¹ como o centro do sistema político brasileiro¹⁰². O art. 98 da constituição de 1824, por conseguinte, estabelecia que “o poder moderador é a chave de toda a organização política da nação, e é delegado privativamente ao imperador, como chefe supremo da nação, e seu primeiro representante”. Essa redação era suplementada pela conformação específica concedida ao poder executivo. Na teoria de Constant, esse braço do Estado era separado do quarto pelo fato de ser composto por um gabinete responsável perante a Câmara dos Deputados. No Brasil, por outro lado, o art. 102 da Constituição afirmava que “o Imperador é o chefe do poder executivo, e o exercita por seus ministros de Estado”. A escolha desses empregados públicos era um dever do monarca, e não havia qualquer tipo de responsabilidade do Imperador perante a Assembleia Geral.

A estrutura do poder imperial no Brasil era, portanto, bem mais centralizada do que aquela proposta por Constant. Ao imperador, confiava-se a direção dos outros poderes, sem o estabelecimento de relações igualitárias entre os quatro braços do Estado. A graça, por ser uma interferência em outros poderes, encaixa-se melhor as atribuições do moderador do que nas de qualquer outro. Afinal, essa prerrogativa real é uma intervenção sobre o judiciário¹⁰³ e o legislativo. No primeiro, revogando suas sentenças e censurando certas interpretações. No segundo, afrouxando a legalidade e a pena de morte, ou mesmo anulando-a. Não por acaso, no ordenamento jurídico brasileiro, o perdão foi regulado pelo artigo 101 da Constituição: o mesmo do poder moderador¹⁰⁴.

101 – Outro nome dado correntemente ao poder moderador.

102 – Algo já percebido por: GUANDALINI JR, Walter. *O poder moderador: ensaio sobre o debate jurídico-constitucional do século XIX*. Curitiba: Apris, 2016.

103 – “A “graça” envolve uma condição á independência do poder judiciário emquanto modifica, suspende e annulla sua acção”. FRANÇA E LEITE, Nicolau Rodrigues dos Santos França e. *Considerações políticas sobre a constituição do Império do Brasil*. Rio de Janeiro: Tipogrfia de J. M. A. A. de Aguiar, 1872.

104 – “Art. 101. O Imperador exerce o Poder Moderador: I. Nomeando os Senadores, na fôrma do Art. 43; II. Convocando a Assembléa Geral extraordinariamente nos intervallos das Sessões, quando assim o pede o bem do Imperio; III. Sancionando os Decretos, e Resoluções da Assembléa Geral, para que tenham força de Lei: Art. 62; IV. Approvando, e suspendendo interinamente as Resoluções dos Conselhos Provinciaes: Arts. 86, e 87;

A natureza específica da separação dos poderes no Brasil e a aversão aos juízes são, portanto, as razões pelas quais a graça não foi confiada ao judiciário, ou a qualquer outro poder.

A concentração de tantas atribuições em uma só pessoa poderia parecer excessiva na visão de alguns, daí a necessidade de haver algum tipo de controle. A partir do art. 132 da constituição¹⁰⁵, a publicística brasileira oitocentista considerava que todo ato do poder executivo deveria ser assinado por um ministro que, com isso, se tornava responsável¹⁰⁶; com isso, o Imperador se livrava de responder por alguma ilegalidade, e se preservava a ficção segundo a qual o monarca não pode fazer nenhum mal. Mas não havia previsão semelhante para o Moderador, o que gerou um dos mais amplos debates do direito público oitocentista brasileiro: a responsabilidade ministerial por atos do Imperador se restringia às ações do executivo, ou poderia ser estendida aos do moderador? Não cabe aqui analisar em detalhes a discussão, coisa que já foi feita¹⁰⁷. Basta apontar que Zacarias Góis de Vasconcelos publicou uma das mais importantes defesas da interpretação extensiva: argumentava que, sendo o país livre, todo poder deveria ser responsável; do contrário, aparentaria estar acima

V. Prorogando, ou adiando a Assembléa Geral, e dissolvendo a Camara dos Deputados, nos casos, em que o exigir a salvação do Estado; convocando imediatamente outra, que a substitua.; VI. Nomeando, e demittindo livremente os Ministros de Estado; VII. Suspendendo os Magistrados nos casos do Art. 154; VIII. Perdoando, e moderando as penas impostas e os Réos condemnados por Sentença; IX. Concedendo Amnistia em caso urgente, e que assim aconselhem a humanidade, e bem do Estado”. BRASIL. *Constituição de 1824*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em: 10.08.2015.

105 – “Art. 132. Os Ministros de Estado referendarão, ou assignarão todos os Actos do Poder Executivo, sem o que não poderão ter execução”.

106 – Sobre os vários sentidos, inclusive de natureza criminal, que o termo pode ter, cf: VELLOZO, Júlio César de Oliveira. *Constituição e Responsabilidade no Império do Brasil*. Embates parlamentares sobre a responsabilização de ministros, magistrados e empregados públicos em geral. Curitiba: Juruá, 2017; FARIA, Alécia Alvim Machado. *Peita, suborno e a construção do conceito jurídico-penal de corrupção*: patronato e venalidade no Brasil imperial (1824-1889). Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte: 2018.

107 – GUANDALINI JR, Walter. *O poder moderador*: ensaio sobre o debate jurídico-constitucional do século XIX. Curitiba: Apuris, 2016

da constituição¹⁰⁸. Os adversários dessa posição se baseavam em uma leitura mais literal da carta de 1824, e argumentavam que estabelecer uma responsabilidade igual para ambos os poderes implicaria transformar executivo e moderador em um só poder, sem qualquer distinção prática¹⁰⁹. Além disso, ela estimularia que os ministros interferissem no exercício do moderador¹¹⁰, o que aniquilaria na prática a inviolabilidade do imperador¹¹¹.

A segunda posição parece ter prevalecido. Não sem razão, ela se coadunava mais com o modo com que a graça era pensada, e aproximava o perdão imperial do Poder Moderador. Na visão de autores como Brás Florentino, a ausência de responsabilidade ministerial pelos atos do poder neutro era decorrência direta de uma elevação do Imperador e de uma quase mística conexão entre a vontade do monarca e o interesse da nação¹¹². Essa vinculação exigia um poder que estivesse não acima, mas para além da lei estrita, já que a Constituição de 1824 estabelecia que o monarca e o legislativo eram os únicos titulares de soberania. A graça, como já ressaltado, existe justamente para cobrir essas ocasiões em que a lei estrita não era suficiente para resolver um caso concreto. Nada mais justo, portanto, que a graça, como desconsideração da lei em prol de um

108 – VASCONCELLOS, Zacarias de Góis e. *Da natureza e limites do poder moderador*. Rio de Janeiro: Tipografia Universal de Laemmert, 1862, p. 21.

109 – URUGUAY, Paulino José Soares de Souza, Visconde do. *Ensaio sobre o direito administrativo*. Rio de Janeiro: Thyphographia Nacional, 1862, p. 21.

110 – SOUZA, Brás Florentino Henriques de. *Poder Moderador: Ensaio de direito constitucional, contendo a análise do tit. V, cap. I da constituição política do Brasil*. Recife: Tipografia Universal, 1864, p. 305

111 – SOUZA, Brás Florentino Henriques de. *Poder Moderador: Ensaio de direito constitucional, contendo a análise do tit. V, cap. I da constituição política do Brasil*. Recife: Tipografia Universal, 1864, pp. 433-434

112 – Em verdade, o bello, o sublime da forma monarchica consiste na persuasão geral de que [...] ha no Estado uma vontade, que se pode sempre acceitar como pura, porque identifica-se e deve necessariamente identificar-se com o interesse nacional.' E note-se que, não ha nisto nenhuma ficção de direito, como são as ficções dos nossos adversarios, é um facto, uma regra geral, comprovada pela historia, e que nem por si, nem por suas raras excepções pode autorisar a doutrina da responsabilidade dos ministros nos actos do poder supremo. SOUZA, Brás Florentino Henriques de. *Poder Moderador: Ensaio de direito constitucional, contendo a análise do tit. V, cap. I da constituição política do Brasil*. Recife: Tipografia Universal, 1864, p. 507.

ideal maior de justiça, estivesse nas mãos de um poder que é paradoxalmente irresponsável perante a lei justamente porque tem a função de fazer com que o sistema político a cumprisse:

o direito positivo não é a esfera mais elevada, mas que existe um tribunal interior diante do qual deve desaparecer o do direito exterior; [...] essa jurisdição e a graça que d'ella decorre, pertencem e devem exclusivamente pertencer a aquelle, que não é obrigado pelas leis, a aquelle que é inviolavel, isto é, ao Imperador¹¹³.

E essa desvinculação entre moderador e executivo, afastando os ministros do exercício do primeiro poder, é que autorizava o Imperador a perdoar também esses funcionários, ao contrário do que originalmente estabelecia o projeto de constituição de 1823¹¹⁴. Não sem razão, a lei de instituição da regência permanente ripristina essa restrição¹¹⁵: quando moderador e executivo parecem se confundir novamente em virtude da ausência do Imperador, a graça precisa ser mais uma vez limitada.

6. Perdoando em novos tempos: mudanças com a república

As conexões entre a graça e o poder imperial foram esclarecidas. No entanto, em 1889, o regime brasileiro foi alterado de uma monarquia para uma república, mudança essa que foi seguida por uma alteração do código penal, em 1890, e da Constituição, em 1891. Apesar disso, a clemência presidencial subsistiu, a despeito de algumas alterações.

113 – SOUZA, Brás Florentino Henriques de. *Poder Moderador*: Ensaio de direito constitucional, contendo a análise do tit. V, cap. I da constituição política do Brasil. Recife: Tipografia Universal, 1864, pp. 413-414.

114 – “Art. 142. São Atribuições do Imperador: [...] Agraciar os condemnados perdando em todo ou minorando as penas, excepto aos ministros de estado, a quem poderá somente perdoar a pena de morte”. BRASIL. *Annaes do parlamento Brasileiro. Assembleia Constituinte. 1823. Tomo quinto*. Rio de Janeiro: Tipografia do Imperial Instituto Artístico, 1874 P. 12. Sessão de 1º de setembro de 1823.

115 – “Art. 19. A Regência não poderá: [...] Perdoar aos Ministros e Conselheiros de Estado, salvo a pena de morte, que será comutada na imediata, nos crimes de responsabilidade”. BRASIL. Lei de 14 de junho de 1831 – sobre a forma da eleição da regência permanente, e de suas atribuições. In: BRASIL. *Coleção das leis do Império do Brasil de 1831. Primeira parte*. Rio de Janeiro: Tipografia Nacional, 1875.

Durante o império, havia um certo consenso entre os juristas sobre a importância do instituto. Poucos foram os críticos que se opuseram a ele, e estes visavam sobretudo casos específicos em vez da legitimidade da própria clemência imperial. Por outro lado, na assembleia constitucional republicana, alguns políticos levantaram suas vozes exigindo a extinção da prerrogativa. É o caso dos deputados Assis Brasil, Prado Júnior e Ernesto Alves, que, na sessão de 7 de fevereiro de 1891, asseguraram que era mais racional contar com o Supremo Tribunal Federal (STF) para reverter erros judiciais¹¹⁶ do que confiar apenas no presidente. Não sem razão, alguns juristas, como Rui Barbosa e Campos Sales, pensavam exatamente no STF como o sucessor do poder Moderador¹¹⁷. Um dos mais proeminentes adversários da graça foi o deputado João Vieira de Araújo, professor de direito penal em Recife, que vinha trabalhando consistentemente com as ciências criminais e tentava se mostrar um seguidor da escola positiva italiana no Brasil¹¹⁸. A sua posição era a de que não era adequado que uma assembleia constitucional se ocupasse desses assuntos: o lugar certo para pensar em clemência executiva era o projeto de um código penal, no qual o sistema repressivo pudesse ser estruturado de forma completa¹¹⁹. Com esta avaliação, e a correspondente criação e recon-

116 – “Para corrigir os erros possíveis da justiça ordinária, é preferível investir os tribunais superiores, ou Supremo Tribunal Federal, da atribuição de rever os processos, mediante, pedido da parte, e nos casos e formas expressamente taxados em lei. O contrário é injusto e perturbador da independência a harmonia que deve reinar entre os tres poderes”. BRASIL. *Annaes do congresso constituinte da república*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1924. Tomo 3, p. 19.

117 – LYNCH, Christian Edward Cyrill. O caminho para Washington passa por Buenos Aires: a recepção do conceito argentino de estado de sítio e a construção do modelo republicano-oligárquico brasileiro. In: FONSECA, Ricardo Marcelo. *As formas do direito: ordem, razão e decisão* (experiências jurídicas antes e depois da modernidade). Curitiba: Juruá, 2013, p. 388

118 – SONTAG, Ricardo. “*Código Criminológico*”? Ciência jurídica e codificação do direito penal no Brasil (1888-1899). Rio de Janeiro: Revan, 2015.

119 – “que a Constituição não tivesse estatuído cousa alguma com relação a este assumpto guardando sobre elle o mais absoluto silencio: porque nas legislaturas ordinarias, quando se estivessem de organizar os nossos institutos penaes, poderiamos instituir um exame serio sobre todos estes problemas, e, convenientemente, discutir com largueza todas as questões que a elles se prendem”. BRASIL. *Annaes do congresso constituinte da república*. Rio de Janeiro: 1924. V. 3, p. 276-277.

figuração de outras instituições, como a liberdade condicional e a revisão criminal, o perdão poderia até desaparecer sem mais problemas¹²⁰.

No entanto, essas posições não prevaleceram, e o secular instituto da clemência foi preservado na Constituição. Mas os tempos republicanos, diferentemente dos imperiais, foram marcados no Brasil por muita fragmentação da soberania, em um federalismo com alto grau de autonomia estadual. No plano nacional, o presidente poderia perdoar cidadãos condenados por crimes federais em geral, de acordo com o artigo 48, § 6º da Constituição. O Congresso Nacional, por sua vez, tinha a faculdade de perdoar crimes cometidos por servidores públicos federais, em conformidade com o artigo 34, § 27. Em nível estadual, a constituição de cada um dos 20 estados brasileiros regulamentava a questão de forma específica. A maioria estabeleceu uma divisão similar àquela encontrada em nível nacional¹²¹, mas ainda assim havia espaço para variedade. As leis fundamentais de Rio Grande do Sul e Piauí simplesmente extinguíram a graça, por exemplo. Pouco depois da criação da constituição, surgiu um debate sobre se a legislação criminal era de competência federal¹²². No fim, decidiu-se que o direito substancial era matéria federal e o processual, de caráter estadual. Brás Arruda¹²³ sustentava que a graça deveria ter seguido o direito substancial e ter ido para a esfera federal, mas, graças a falhas na redação da constituição e a problemas na revisão do projeto, o modo como o texto foi escrito acabou dando a entender que era um assunto também afeito aos estados.

120 – “Sem sahir da esfera da organização judiciaria e, portanto, da alçada do mesmo Poder Judiciario, a reforma e melhoramento da legislação pôdem facultar a adopção de institutos para suprir a abolição do direito de graça, como sejam o da sentença condicional, o do livramento condicional, o da revisão dos processos, de que trata o art. 58, n. 3, e o art. 80 do projecto, em Summa; o mesmo se obterá pela organização de um systema de repressão regular e racional”. BRASIL. *Annaes do congresso constituinte da república*. Rio de Janeiro: 1924. V. 3, p. 289-290.

121 – FREIRE, Felisberto. *As constituições dos estados e a Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1898.

122 – SONTAG, Ricardo. Unidade legislativa penal brasileira e a escola positiva italiana: sobre um debate em torno do código penal de 1890, *Justiça & História*, v. 11, n. 21 e 22, S. 89-124, Porto Alegre 2011.

123 – ARRUDA, Brás de Souza. O instituto do perdão. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, São Paulo, v. 21, pp. 362-367, 1913, p. 364.

Os últimos anos do século XIX assistiram ao surgimento da escola positiva do pensamento criminal no Brasil. Essa tendência criminológica italiana sustentava a centralidade da noção de defesa social. Afirmavam que, ao contrário do que se fazia antes, o foco da repressão não deveria ser o crime em abstrato, mas sim o agente criminoso. Este deveria ser neutralizado ou recuperado. Desse ponto de vista, a forma como a graça estava sendo conduzida parecia imperfeita, pois era apenas uma ferramenta para a realização de interesses políticos. O direito penal, segundo os positivistas, era um dos principais instrumentos de defesa dos cidadãos contra ameaças externas. Prejudicar a sua eficácia através da clemência não seria uma boa ideia.

Aurelino Leal¹²⁴, em seu livro *Gérmens do Crime*, descreve diversas instituições e características do sistema repressivo brasileiro que seriam responsáveis, do seu ponto de vista, por estimular o crime. Alguns exemplos dados por ele são o júri, a prescrição, algumas nulidades processuais e, como esperado, a graça, a anistia e o perdão do ofendido. Os críticos do perdão, como Leal, trouxeram de volta a antiga preocupação de que a misericórdia presidencial pudesse comprometer a separação de poderes tão cuidadosamente elaborada pela Constituição. Eles viam a clemência como um mecanismo que colocava poderes de natureza judicial nas mãos do executivo, erodindo erroneamente a certeza, elemento este que deveria ser essencial para os atos jurisdicionais. Leal vai ainda mais longe ao condenar o perdão: afirma que, de acordo com a escola positiva, o valor das penas deve ser calculado de acordo com o tipo de agente criminoso envolvido. Essa operação já cumpria o tipo de particularização que a graça pretendia realizar. Portanto, o perdão a criminosos congênitos, incuráveis ou reincidentes deve ser proibido de antemão, exceto quando a cura ainda fosse possível. Ele também lembrava que era possível para um criminoso astuto simular seu arrependimento e obter perdão, mesmo que não merecesse. Para Leal¹²⁵, portanto, a misericórdia presidencial era pro-

124 – LEAL, Aurelino. *Germens do crime*. Bahia: Livr. Magalhães, 1896, p. 171 ss.

125 – LEAL, Aurelino. *Germens do crime*. Bahia: Livr. Magalhães, 1896.

fundamente ancorada no pensamento metafísico – de fato, em algumas de suas bases mais abjetas, na opinião do jurista.

No entanto, nem ele nem os outros pensadores positivistas defendiam uma súbita e direta extinção do instituto. Viveiros de Castro, um importante seguidor da escola positiva, ainda sustenta a permanência da clemência estatal. A graça seria “um poderoso recurso na penologia, um medicamento eficaz na prophylaxia e therapeutica penal”¹²⁶. Seria, portanto, uma ferramenta para se manter a sanidade dos condenado: “O perdão é a estrella polar que ainda brilha na tormentosa noite da sua alma, a taboa de salvação a que se agarra este naufrago perdido. Sem esta esperança a prizão é um túmulo, a vida um desespero sombrio”. Ademais, os positivistas pensavam que a clemência presidencial ajudava a manter a disciplina penitenciária, da mesma forma que sustentavam os criminalistas imperiais: “o meio enérgico empregado pelos directores das penitenciárias para manterem a ordem e a disciplina, para conseguirem dos detentos submissão e respeito”¹²⁷. Ainda assim, estas vantagens do perdão não impediram que estes mesmos pensadores lhe fizessem algumas críticas, especialmente no que diz respeito à separação de poderes¹²⁸. No entanto, o contexto político do Brasil não permitia muitas reformas, e os ajustes sugeridos na clemência executiva nunca foram feitos.

O contexto do final do século XIX e as suas reformas marcam o auge de um processo de mudança na topografia disciplinar da graça que começou logo após a independência, em 1822. A clemência sempre teve uma dimensão dúplice, pertencendo simultaneamente ao direito constitucional e ao criminal. No início dos oitocentos, a faceta constitucional era

126 – VIVEIROS DE CASTRO, Augusto Olímpio. *Questões de direito penal*. Rio de Janeiro: J. Ribeiro dos Santos, 1900, p. 167.

127 – VIVEIROS DE CASTRO, Augusto Olímpio. *Questões de direito penal*. Rio de Janeiro: J. Ribeiro dos Santos, 1900, p. 197.

128 – “Que o direito de graça perturba a divisão harmonica dos poderes públicos, sendo uma manifesta intervenção do Poder Executivo nas deliberações do Poder Judiciário”; “fere o principio da igualdade social, isentando da punição certos indivíduos, emquanto outros por idênticos factos, em idênticas circumstancias, estão na cadeia”; “o direito de graça é em regra mal exercido pelo Poder Executivo”. VIVEIROS DE CASTRO, Augusto Olímpio. *Questões de direito penal*. Rio de Janeiro: J. Ribeiro dos Santos, 1900, p. 196.

a força dominante e a misericórdia era considerada um instrumento de governança: a correção das agitações política e das imperfeições legais eram as suas principais funções. Com o passar do tempo, o lado penal torna-se cada vez mais relevante. O primeiro sinal disso é o facto de o quarto argumento para justificar a graça – para recompensar os serviços do Estado – ter sido abandonado por volta da década de 1860. Mais tarde, em 1890, o perdão passou a ser regulado também pelo código penal, e não apenas pela Constituição, como era o caso anteriormente¹²⁹. Ademais, o pensamento jurídico começa a espelhar essas mudanças: se, durante o Império, a graça estava presente mais frequentemente em livros de direito constitucional e em textos discutindo o poder moderador, ela começa a partir das últimas décadas do século a ser mostrada também em livros de direito penal. A obra de Viveiros de Castro, por exemplo, se chama *Questões de Direito Penal*¹³⁰, e conta com um capítulo sobre o tema. Galdino Siqueira, em seu projeto de código criminal de 1913, dizia que as causas de extinção a ação penal, dentre as quais se contava a graça, pertenciam ao direito penal substancial¹³¹, e não ao processual. Siqueira sequer considera o direito constitucional como uma resposta possível. É bem verdade que Brás Arruda, um constitucionalista da Faculdade de Direito de São Paulo, escreveu um artigo¹³² defendendo a colocação da graça no âmbito constitucional. Mas o fato de que Arruda é obrigado a argumentar em prol dessa posição mostra que a questão era controversa.

129 – Isso ocorre nos artigos 72, 74 e 76: “Art. 72. A condenação extingue-se por estas mesmas causas, e mais: [...] 2º Por indulto do poder competente”, “Art. 74. As incapacidades pronunciadas pela condenação cessam em consequencia do indulto de graça” e “Art. 76. A amnistia e a remissão das penas por indulto de graça não eximem o agraciado de satisfazer a indemnização do damno”.

130 – VIVEIROS DE CASTRO, Augusto Olímpio. *Questões de direito penal*. Rio de Janeiro: J. Ribeiro dos Santos, 1900.

131 – “O legislador foi levado a tratar neste título (6, ‘da extinção e suspensão da ação penal e de sua condenação’) das causas da extinção da ação penal e da condenação, porque importando em tratar da extinção do direito de punir, a definição e enumeração de cada uma dessas causas são do domínio do direito penal. Às leis do processo ficava determinar os atos ou a forma por que em juízo deviam ser propostas, provadas e julgadas taes causas”. SIQUEIRA, Galdino. *Projecto de Código Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Jornal do Brasil, Revista da Semana, 1913, p. 673.

132 – ARRUDA, Brás de Souza. O projecto do Senador Herculano de Freitas. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, São Paulo, v. 21, p. 368-372, 1913.

E uma análise mais ampla das opiniões dos juristas mostra que a posição de Siqueira foi a que prevaleceu.

A república levantou muitas dúvidas e promoveu importantes mudanças sobre a misericórdia presidencial. Essas alterações incidiram não apenas sobre a área em que a graça se inseria, mas tocava o próprio papel que o instituto desempenhava no ordenamento jurídico brasileiro.

7 Reformas criminais republicanas: diminuindo o papel da graça

Entre os três papéis originais da graça, dois começaram a ser desempenhados por outros institutos, derivados de reformas feitas no final do século XIX no Brasil. Isso é algo que até mesmo a doutrina reconheceu na época¹³³. Essas alterações foram, em primeiro lugar, a substituição do recurso de revista pela revisão criminal e, em segundo lugar, a criação da liberdade condicional.

133 – “No tempo do império não havia nem a revisão dos processos, nem o regimen penitenciário. O perdão era o único recurso para o erro judiciário, para libertar o innocente da pena injusta a que fora condemnado. Servia também de recompensa aos criminosos regenerados pela pena, que na prisão tinham por uma conducta exemplar dado sobejas provas do seu arrependimento, de sua correcção. Foi por estes motivos que o decreto de 28 de Março de 1860 regularisou o modo da concessão do perdão. O poder moderador precisava ser instruído sobre o processo, si tinha havido um erro na condemnação, si forão preteridas formalidades essenciaes, si, finalmente, o criminoso pelo seu comportamento na prisão merecia a graça que impetrava. Hoje, porém, o perdão não é mais um recurso judiciário, como foi no tempo do império, e sim um acto de generosidade, de clemência do Chefe do Estado. Para os erros judiciários ha a revisão perante o Supremo Tribunal Federal, revisão que restabelece a innocencia do condemnado, que lava a mancha da condemnação fazendo brilhar a verdade, e portanto de efeitos jurídicos muito mais latos do que o perdão, que simplesmente affecta o cumprimento da pena. Para galardoar a regeneração do criminoso ha hoje o livramento condicional estabelecido nos artigos 50 e seguintes do Código Penal. [...] Mas hoje com a revisão, com o livramento condicional, o perdão é um simples acto de clemência, uma attribuição do Presidente da Republica. Não é mais um recurso judiciário, é uma prerogativa do Chefe do Estado. E como tal não está sujeito a formas e exigências, depende unicamente do critério e do bom senso da autoridade suprema que o confere e demittir livremente os seus ministros e secretários, assim também pôde perdoar livremente os condemnados”. VIVEIROS DE CASTRO, Augusto Olímpio. *Questões de direito penal*. Rio de Janeiro: J. Ribeiro dos Santos, 1900, p. 184-185.

A revisão criminal¹³⁴ foi criada como substituto do recurso de revista por meio do decreto 846 de 1890¹³⁵. Foi o mesmo que instituiu o Supremo Tribunal Federal, que igualmente substituiu o antigo Supremo Tribunal de Justiça imperial. A revisão tinha um escopo mais amplo do que o recurso de revista e é exatamente por isso que não precisava de correção por meio da graça. Suas principais vantagens eram que podia ser utilizada a qualquer tempo, de acordo com o artigo 81 da Constituição de 1891; e só podia reduzir ou anular a condenação – muito diferente da revista, que só estava disponível até dois anos após a condenação e podia até ampliar as penas. Além disso, o recém-criado Supremo Tribunal Federal não estava simplesmente obrigado a enviar os casos que anulasse para um tribunal inferior, como fazia o antigo Supremo Tribunal de Justiça: podia decidir diretamente sobre eles. A Lei 211, de 20 de novembro de 1894, esclarecia as hipóteses em que o recurso poderia ser protocolado¹³⁶, que eram mais amplas do que as da antiga revista. No entanto, essas vantagens não significavam uma substituição total do perdão; afinal, a revisão criminal não era perfeita. A anulação da sentença por falso testemunho, por exemplo, só poderia ocorrer através de outro processo penal contra o infrator. Quando a ação legal não era possível, a única esperança seria a velha graça¹³⁷.

A segunda grande reforma ocorrida no direito penal com profundos impactos na clemência estatal foi a criação do livramento condicional¹³⁸.

134 – O principal livro sobre o assunto é: ARAÚJO, João Vieira de. *A revisão dos processos penaes*, Rio de Janeiro: J. Ribeiro dos Santos, 1899.

135 – BRASIL, Decreto n. 846 – de 11 de outubro de 1890. Organiza a Justiça federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d848.htm. Acesso em: 20.08.2016

136 – Contrariedade à lei; ausência de formalidades; suspeição ou incompetência do juiz; contradição com outra sentença sobre o mesmo crime; sentença contrária às provas; descoberta superveniente de prova da inocência do réu.

137 – “em todos esses casos, ficará ao direito de graça exercer sua influência bemfeitora, mas não pode ter lugar a revisão” ARAÚJO, João Vieira de. *A revisão dos processos penaes*. Rio de Janeiro: J. Ribeiro dos Santos, 1899, p. 62.

138 – Para uma descrição aprofundada dessas mudanças: QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo de. *A modernização do direito penal brasileiro: sursis, livramento condicional e outras reformas do sistema de penas clássico do Brasil, 1924-1940*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

Ele era regulado no Código Penal de 1890¹³⁹, e correspondia à possibilidade de liberar o condenado mesmo antes do fim do cumprimento da sentença. Sob certas condições, porém: o criminoso deveria estar sujeito a uma vigilância policial especial, e só poderia ser solto depois de algum tempo. Se o agente tivesse cometido um crime durante o período da sentença, voltaria para a prisão e cumpriria a pena inteira. A instituição teve que esperar por um decreto em 1924 para ser regulamentada e finalmente aplicada¹⁴⁰; é por isso que este estudo abrange apenas a doutrina escrita enquanto a liberdade condicional era uma mera possibilidade. Este atraso regulatório pode ser creditado a alguns limites práticos. O Código Penal de 1890 exigia que, depois de algum tempo encarcerado, o interno fosse transferido para uma penitenciária agrícola ou outras instituições especiais de cumprimento de sentença antes de ser finalmente liberado: um processo gradual de abrandamento da pena. Por muito tempo, essas instituições não existiam; daí que o instituto não fosse aplicado.

Para alguns autores da época, o papel da liberdade condicional era precisamente o de reconhecer o condenado que se arrependeu de seus crimes e que foi efetivamente recuperado¹⁴¹. Portanto, seria compará-

139 – “Art. 50. O condemnado a prisão cellullar por tempo excedente de seis annos e que houver cumprido metade da pena, mostrando bom comportamento, poderá ser transferido para alguma penitenciaria agricola, afim de ahi cumprir o restante da pena. [...] § 2º Si perseverar no bom comportamento, de modo a fazer presumir emenda, poderá obter livramento condicional, comtanto que o restante da pena a cumprir não exceda de dous annos. Art. 51. O livramento condicional será concedido por acto do poder federal, ou dos Estados, conforme a competencia respectiva, mediante proposta do chefe do estabelecimento penitenciario, o qual justificará a conveniencia da concessão em minucioso relatorio. Paragrapho unico. O condemnado que obtiver livramento condicional será obrigado a residir no logar que for designado no acto da concessão e ficará sujeito á vigilancia da policia. Art. 52. O livramento condicional será revogado, si o condemnado commetter algum crime que importe pena restrictiva da liberdade, ou não satisfizer a condição imposta. Em tal caso, o tempo decorrido durante o livramento não se computará na pena legal; decorrido, porém, todo o tempo, sem que o livramento seja revogado, a pena ficará cumprida. [...] Art. 73. A condemnação suspende-se: a) Pelo livramento condicional”.

140 – BRASIL. Decreto nº 16.665 – de 6 de novembro de 1924. Regula o livramento condicional. In: BRASIL. *Coleção das leis da República dos Estados Unidos do Brasil de 1924*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1924. (Volume III. Actos do poder executivo. Junho a novembro). Sobre esse assunto, cf. QUEIROZ, rafael Mafei Rabelo de. *A modernização do direito penal brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

141 – SCOREL, Manuel Clementino de. *Código penal brasileiro: contendo leis, de-*

vel à graça¹⁴². João Marcondes de Moura Romeiro¹⁴³, no seu *Dicionário de Direito Penal*, afirma que o fundamento do livramento condicional era que “nada [é] mais justo que aliviar o castigo infligido, e até mesmo fazê-lo cessar para sempre, uma vez reconhecida a emenda do culpado e conseguido o resultado que a pena deveria produzir”. Esta descrição assemelha-se, em muitos aspectos, à da graça, especialmente pelo uso da expressão “correção de condenados” (emenda do condenado), uma clara lembrança dos debates tardios do império.

A proximidade entre perdão e liberdade condicional não é uma particularidade brasileira. Ela faz parte de um contexto mundial de reformas penais. Pelo menos na Finlândia¹⁴⁴, Itália¹⁴⁵ e Estados Unidos¹⁴⁶ esse fenômeno pode ser observado para a segunda metade do século XIX. Por conseguinte, a misericórdia do Estado sofria alterações consideráveis susceptíveis de pôr em causa as suas próprias bases. No entanto, elas não eram suficientes para provocar a sua extinção, mas apenas para que se repensasse o seu significado.

8 Uma acomodação e um movimento: Considerações finais

Há duas conclusões principais que podem ser extraídas do percurso da graça pelo Brasil oitocentista.

cretos, avisos do governo, cálculos de penas, registrados todos os casos, jurisprudência brasileira e estrangeira, e um índice alfabético no último volume, 3ª edição. São Paulo: 1905, p. 206-207; ROMEIRO, João Marcondes de Moura. *Diccionario de direito penal*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1905, p. 233-234; SOUSA, Oscar de Macedo. *Código penal da República dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro/Paris: Editora Garnier, 1910, p. 148.

142 – “pode permitir realizar uma grande parte da obra da graça”. ARAÚJO, João Vieira de. *Código penal commentado theorica e praticamente*. Rio de Janeiro/São Paulo/Recife: J. Ribeiro dos Santos, 1897, p. 289. Grifo do autor.

143 – ROMEIRO, João Marcondes de Moura. *Diccionario de direito penal*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1905, p. 234.

144 – KOTKAS, Thomas. Pardoning in nineteenth century Finland: at the interface of early modern and modern criminal law. *Rechtsgeschichte*, Frankfurt am Main, v. 5, n. 10, S. 152-168, jul/dez, 2007.

145 – STRONATI, Monica. *Il governo della “grazia”*: giustizia sovrana e ordine giuridico nell’esperienza italiana (1848-1913). Milano: Giuffrè 2009

146 – STRANGE, Carolyn. *Discretionary justice*: pardon and parole in New York from the revolution to the depression. New York: NYU press, 2016.

A primeira é que a graça foi capaz de amoldar-se com surpreendente facilidade à cultura jurídica do século XIX, apesar das críticas importantes de figuras relevantes como Kant¹⁴⁷ ou Beccaria¹⁴⁸. Os desafios à legitimidade da graça no Brasil são amplamente periféricos e surgem no final do século XIX, após o nascimento da República. Algumas observações podem esclarecer essa situação. A primeira é um contexto internacional com grande aceitação da graça. Países europeus considerados modelos para o Brasil, como Itália, França, Estados Unidos, Reino Unido, Espanha e Portugal (ver anexo) mantiveram a prerrogativa, independentemente de serem repúblicas ou monarquias. Isso exigiria um ônus argumentativo mais forte de qualquer um que tentasse atacar a graça - e poucos brasileiros ousaram fazê-lo. Uma segunda razão para essa adaptação foi a íntima conexão entre graça e poder moderador. Ela permitia o controle efetivo sobre o Poder Judiciário e a vigilância, ainda que distante, sobre o legislativo. Dessa forma, o Imperador poderia facilmente exercer sua tarefa de supervisionar a separação de poderes. Criticar o perdão também significava questionar a santidade do poder moderador. O terceiro e último fator foi a possibilidade de resolver através de um meio não convencional os problemas de algumas leis e suas reformas. Houve algumas falhas importantes na aplicação da lei de 10 de junho de 1835 sobre a repressão de crimes escravos, bem como no recurso de revista. A graça era capaz de resolver todas elas com pouco esforço.

Ressalto que ao insistir na conexão entre o instituto da graça e o poder Moderador, não pretendo afirmar que um depende do outro. Como a análise comparativa das constituições oitocentistas demonstra, é plenamente possível haver o perdão imperial desvinculado do quarto poder. Pretendo apenas ressaltar que as funções específicas do poder neutro no Brasil, colocado acima dos outros três e com poder de supervisão sobre

147 – Comentários sobre a posição kantiana em: KOTKAS, Thomas. Kant on the right of pardon: a necessity and ruler's personal forgiveness. *Kant studien: philosophisch-zeitschrift der Kant-Gesellschaft*, v. 102, n. 4, S. 413-421, 2011; MOORE, Kathleen Dean. *Pardons: justice, mercy and the public interest*. New York: 1989.

148 – BECCARIA, Cesare Bonesana, maquis of. *Dei delitti e dele pene* [1764]. Disponível em: http://www.letteraturaitaliana.net/pdf/Volume_7/t157.pdf, pp. 115-116. Acesso em: 10.01.2016.

eles, permitia que a função de correção das falhas legislativas e judiciais pela graça fosse vista com menos estranheza do que seria caso estivesse nas mãos, por exemplo, do executivo. A comparação entre a época imperial e a republicana permite esclarecer melhor o argumento. Com a extinção do moderador, alguns propõem que as funções da graça sejam transferidas ao STF, visto como uma espécie de novo poder neutro. No período imperial, as falhas que deveriam ser corrigidas pelo perdão imperial eram maiores, mas o poder responsável pela sua concessão estabelecia uma relação vertical com os outros. Na república, essa verticalidade do Moderador dá lugar a uma relação horizontal do executivo com legislativo e judiciário. Se o livramento condicional e a revisão criminal não tivessem sido criados, nós talvez assistíssemos a debates mais agudos sobre a extinção da graça. Deixando o perigoso terreno do contrafactual de lado, não é sem razão que justamente após a proclamação da República e a recepção do positivismo criminológico que a graça vem a ser contestada de forma mais contundente: ela não seria mais resguardada pela existência do poder moderador. Ou melhor, ela era atacada, como antes o próprio moderador fora¹⁴⁹, como uma ideia “metafísica”. É possível dizer, então, que a graça não depende do moderador para existir, mas que floresce e é aceita com mais naturalidade quando pode dividir o mesmo espaço com o quarto poder – especialmente quando ele é irresponsável e pode, por meio do perdão, flexibilizar a lei para alcançar a justiça.

A segunda grande conclusão é o movimento do perdão do direito constitucional para o direito penal. A misericórdia estatal tem sempre uma dupla natureza, pertencente a ambos os lados. Mas, com o passar do século XIX, o foco mudou de um para o outro polo. Isso se verificou por meio de um quase abandono da quarta justificativa do perdão (de recompensar os serviços prestados ao Estado), através da incorporação do instituto nos livros de direito penal e da sua posterior conexão com o debate tardo-oitocentista sobre a liberdade condicional e a disciplina penitenciária.

149 – BARRETO, Tobias. A questão do Poder Moderador. In: *Estudos de direito*. Rio de Janeiro: Laemmert & C., 1892.

A graça foi um elemento crucial das reformas ao longo de todo o século XIX, assegurando o equilíbrio e a coesão do ordenamento jurídico em muitos domínios. Sobre ela, profundas reflexões foram desenvolvidas, motivadas pelo seu uso constante, colocando-a em contato com muitos temas centrais, como escravidão, sistema de justiça, governo militar e vários outros. São vários os usos deste “*attribute to awe and majesty*”, já que “*mercy is above this sceptered way*”.

Anexo – Constituições oitocentistas com a graça¹⁵⁰

País	Ano	Disposição
Reino da Suécia ¹	1808	-
Espanha ²	1812	Art. 171, 13
	1837	Art. 47, 3º
	1869	Art. 63, 3º
	1876	Art. 54, 3º
Reino da Noruega ³	1814	Art. 20
Reino de Nápoles ⁴	1815	Art. 21
Grão-Ducado de Baden ⁵	1818	Art. 15
Reino da Baviera ⁶	1818	Art. 4
Chile ⁷	1818	Art. 22
	1823	Art. 18, 15
	1828	Art. 46, 13
	1833	Art. 37, 11
Grão-Ducado de Württemberg ⁸	1819	Art. 97
Reino das Duas Sicílias ⁹	1820	Art. 164, 13
	1848	Art. 63
Reública da Colômbia ¹⁰	1821	Art. 55, 20
Reino de Portugal ¹¹	1822	Art. 123, 9
	1826	Art. 74, 7
	1838	Art. 82, 10

150 – A constituição do Império Germânico de 1871 não dá ao imperador o poder de perdoar as penas; isso não significa, entretanto, uma abolição daquele direito, já que a Constituição da Prússia já garantia ao seu rei (constitucionalmente, o mesmo monarca que o da Alemanha unificada) a possibilidade de exercer a misericórdia. Cf. IMPÉRIO ALEMÃO. Gesetz Betreffend di Verfassung des Deutschen Reichs vom 16. April 1871, <http://dircoast.di.unito.it/cs/docs/GERMANIA%20IMPERO%201871.htm>. Acesso em: 11.10.2017. Quanto aos outros territórios do império, seria necessário pesquisar a constituição de cada um dos 27 reino, grão-ducados, ducados, principados e cidades livres. As evidências parciais colhidas apontam para a manutenção da graça, tal como acontece para a Cidade Livre e Hanseática de Hamburgo (1879) ou os supracitados reinos da Bavária, Württemberg, Saxônia e Prússia.

Mexico ¹²	1824	Art. 50, 25
	1834	Art. 17, 26
	1843	Art. 66, 15
	1857	Art. 85, 15
Republica da Bolívia ¹³	1826	Art. 43, 16
Reino da Bélgica ¹⁴	1831	Art. 91
Reino da Saxônia ¹⁵	1831	Art. 52
Estados Papais ¹⁶	1848	Art. 3
Suíça ¹⁷	1848	Art. 74, 7
	1874	Art. 85, 7
Grão-Ducado da Toscana ¹⁸	1848	Art. 19
Reino da Sardenha, depois Reino da Itália ¹⁹	1848	Art. 8
Imperio Austríaco ²⁰	1848	§ 13
Reino dos Países Baixos ²¹	1848	Art. 66
	1887	Art. 70
Prússia ²²	1850	Art. 49
República Argentina ²³	1853	Art. 86, 6
Cidade Livre e Hanseática de Hamburg ²⁴	1879	Art. 24

- 1 SUÉCIA. Costituzione del Regno di Svezia del 7 giugno 1809, <http://dircost.di.unito.it/cs/docs/svezia%201809.htm>. Acesso em: 11.10.2017.
- 2 ESPANHA. Costituzione di Cadice (1812), <http://dircost.di.unito.it/cs/docs/cadice%201812.htm>. Acesso em: 11.10.2017; ESPANHA. Constitution De La Monarquia Española (18 De Junio De 1837), http://dircost.di.unito.it/cs/pdf/spagna_constitucion_1837_esp.pdf. Acesso em: 11.10.2017; SPAIN, Constitution De La Monarquia Española (1 De Junio De 1869), http://dircost.di.unito.it/cs/pdf/spagna_constitucion_1869_esp.pdf. Acesso em 11.10.2017; ESPANHA. Constitution De La Monarquia Española (30 De Junio De 1876), <http://dircost.di.unito.it/cs/docs/spagna%201876.htm>. Acesso em: 11.10.2017.
- 3 NORUEGA. Costituzione del Regno di Norvegia del 17 maggio 1814, http://dircost.di.unito.it/cs/pdf/18140517_norvegiaCostituzione_ita.pdf. Acesso em: 11.10.2017.
- 4 NAPLES. Costituzione del Regno di Napoli. <http://dircost.di.unito.it/cs/docs/napoli1815.htm>. Acesso em: 11.10.2017.
- 5 BADEN. Verfassungsurkunde für das Grossherzogtum Baden vom 22. August 1812, http://dircost.di.unito.it/cs/pdf/18180822_germaniaGranducatoBaden_ita.pdf. Acesso em: 11.10.2017.
- 6 BAYERN. Verfassungsurkundefür das Königreich Bayern vom 26.Mai 1818, http://dircost.di.unito.it/cs/pdf/18180526_germaniaCostituzioneBaviera_ita.pdf. Acesso em: 11.10.2017.
- 7 CHILE. Proyecto de constitución provisória para el estado de Chile publicado em 10 de agosto de 1818, sancionado y jurado solemnemente el 23 octubre del mismo, https://www.leychile.cl/Consulta/m/norma_plana?idNorma=1005251&org=cch. Acesso em: 11.10.2017; CHILE. Constitución política del estado de Chile, promulgada em 29 diciembre 1823, https://www.leychile.cl/Consulta/m/norma_plana?idNorma=1005202&org=cch. Acesso em: 11.10.2017; CHILE. Constitución

- política de la Republica de Chile, promulgada em 8 de agosto de 1828, https://www.leychile.cl/Consulta/m/norma_plana?idNorma=1005225&org=cch. Acesso em: 11.10.2017; CHILE. Constitución política de la Republica de Chile (1833), https://www.leychile.cl/Consulta/m/norma_plana?idNorma=137535&org=cch. Acesso em: 11.10.2017.
- 8 WÜRTTENBERG. Verfassungsurkunde für das Königreich Württemberg (1819), http://dircost.di.unito.it/cs/pdf/18190925_germaniaGranducatoWurttemberg_ita.pdf. Acesso em: 11.10.2017.
 - 9 DUAS-SICILIAS. Costituzione del Regno delle Due Sicilie (1821), <http://dircost.di.unito.it/cs/docs/sicilia182.htm>. Acesso em 11 de outubro de 2017; TWO-SICILIES. Costituzione del Regno delle Due Sicilie (1848), <http://dircost.di.unito.it/cs/docs/sicilie1848.htm>. Acesso em: 11.10.2017.
 - 10 COLOMBIA. Constitución de 1821, <http://dircost.di.unito.it/cs/docs/Colombia%201821.htm>. Acesso em: 11.10.2017.
 - 11 PORTUGAL. Constituição do Reino de Portugal de 1822, Disponível em: <http://www.arqnet.pt/portal/portugal/liberalismo/const822.html>. Acesso em: 11.10.2017; PORTUGAL, Carta constitucional de 29 de abril de 1826, <http://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1533.pdf>. Acesso em: 11.10.2017; PORTUGAL. Constituição do Reino de Portugal de 1838, <http://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1058.pdf>. Acesso em: 11.10.2017
 - 12 MEXICO. Acta Constitutiva de la Federación de 1824, http://constitucion1917.gob.mx/es/Constitucion1917/Constitucion_Federal_de_los_Estados_Unidos_Mexicanos1. Acesso em: 11.10.2017; MEXICO, Leyes Constitucionales de 1836, http://constitucion1917.gob.mx/es/Constitucion1917/Leyes_Constitucionales1. Acesso em: 11.10.2017. MEXICO. Bases de la Organización Política de la República Mexicana de 1843, http://constitucion1917.gob.mx/es/Constitucion1917/Bases_de_la_Organizacion_Politica_de_la_Republica_Mexicana1; Acesso em: 11.10.2017. MEXICO. Constitución Política de la República Mexicana de 1857, http://constitucion1917.gob.mx/es/Constitucion1917/Constitucion_Politica_de_la_Republica_Mexicana1. Acesso em: 11.10.2017
 - 13 BOLÍVIA. Constitución Política de 1826 (19 Noviembre 1826), <http://dircost.di.unito.it/cs/docs/Bolivia%201826.htm>. Acesso em: 11.10.2017.
 - 14 BELGIUM. Costituzione belge del 1831, <http://dircost.di.unito.it/cs/docs/belgio%201831.htm>. Acesso em: 11.10.2017.
 - 15 SAXÔNIA. Verfassungsurkunde für das Königreich Sachsen 4. September 1831, http://dircost.di.unito.it/cs/pdf/18310904_germaniaRegnoSassonia_ita.pdf. Acesso em 11 de outubro de 2017.
 - 16 ESTADOS PAPAIS. Estatuto fundamental do governo temporal dos Estados da Igreja de 1848, <http://dircost.di.unito.it/cs/docs/chiesa1848.htm>. Acesso em: 11.10.2017.
 - 17 SUÍÇA. Constitution Fédérale de la Confédération Suisse du 12 septembre 1848, <https://www.parlament.ch/centers/documents/de/Constitution1848.pdf> Acesso em: 11.10.2017; SWITZERLAND. Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1874, <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/staat/gesetzgebung/archiv/bundesverfassung/bv-altf.pdf>. Acesso em: 11.10.2017.
 - 18 TOSCANA. Statuto del Granducato di Toscana (1848), http://dircost.di.unito.it/cs/docs/Granduc_tosc1848.htm. Acesso em: 11.10.2017.
 - 19 SARDENHA. Statuto Albertino, <http://www.quirinale.it/qrnw/costituzione/pdf/Sta->

- tutoalbertino.pdf. Acesso em: 11.10.2017.
- 20 AUSTRIA, Allerhöchstes patent vom 25. April 1848 Verfassungs-urkunde des österreichischen Keiserstaates, <http://dircost.di.unito.it/cs/docs/Allerhochstes%20patent%201848.htm>. Acesso em: 11.10.2017.
- 21 PAÍSES BAIXOS. Costituzione del Regno dei Paesi Bassi dell' 11 ottobre 1848, <http://dircost.di.unito.it/cs/docs/Allerhochstes%20patent%201848.htm>. Acesso em: 11.10.2017; PAÍSES BAIXOS. Costituzione del Regno dei Paesi Bassi del 30 novembre 1887, <http://dircost.di.unito.it/cs/docs/Paesi%20Bassi%2030%20novembre%201887.htm>. Acesso em: 11.10.2017. Acesso em 02/07/2017.
- 22 PRUSSIA. Verfassungsurkundefür den Preussischen Staat 31. Januar 1850, <http://dircost.di.unito.it/cs/docs/Allerhochstes%20patent%201848.htm>. Acesso em: 11.10.2017.
- 23 ARGENTINA. Constitución para la confederación Argentina (1º de Mayo de 1853), <http://dircost.di.unito.it/cs/docs/ARGENTINA%20Nacion%201853.htm>. Acesso em 11 de outubro de 2017.
- 24 HAMBURGO, Verfassung der Freie und Hansestadt Hamburg (1879), http://dircost.di.unito.it/cs/pdf/18791013_germaniaCostituzioneAmburgo_fra.pdf. Acesso em: 11.10.2017.

Texto apresentado em maio de 2019. Aprovado para publicação em outubro de 2019