

Indulto e Homicídio Qualificado

Carlos Lélío Lauria Ferreira

(Promotor de Justiça, Presidente do Conselho Penitenciário do Amazonas e Professor de Direito Penal, Processual Penal e Penitenciário)

“Execução penal. Indulto. Seus requisitos devem estar preenchidos no momento da concessão do benefício” (STF – RE 274.265 -DF, Rel. Min. Néri da Silveira, 14.8.2001).

Com essa decisão, o Supremo Tribunal Federal, considerando que os requisitos estabelecidos em Decreto de Indulto e comutação de penas devem ser preenchidos pelos sentenciados no momento da concessão do benefício, deu provimento a recurso extraordinário para reformar acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal que reconheceu ao recorrido – condenado pela prática de homicídio qualificado cometido anteriormente à edição da Lei n.º 8.930, de 06.09.1994, que incluiu o referido crime no rol dos crimes hediondos – o direito a indulto concedido por decreto presidencial que excluía de seu âmbito os condenados por crimes hediondos. Afastou-se a alegada ofensa ao princípio da irretroatividade da lei penal mais severa (CF, art. 5.º, XL) porquanto, no momento da concessão do indulto, o homicídio qualificado já se caracterizava como hediondo. Precedentes citados: HC 74.354-SP e HC 74.429-SP (DJU de 21.3.97).¹¹¹

Esse entendimento já havia sido manifestado no julgamento do HC-74354-SP, ocorrido em 05.11.96, pela Primeira Turma do STF, em que foi relator o Ministro Sydney Sanches, em pedido de comutação da pena com espeque no Decreto Presidencial n.º 1.242/94. Considerando os Princípios da Irretroatividade da Lei e da Individualização da pena, precedentes do Plenário e das Turmas do Supremo Tribunal Federal têm proclamado que os Decretos concessivos de benefícios coletivos de Indulto e Comutação de penas podem favorecer os condenados por certos delitos e excluir os sentenciados por outros. De acordo com aquele julgado, essa exclusão

111 Jurisprudência ementada 1907/2001 consta do Informativo STF n.º 237, RE 274.265, rel. Min. Néri da Silveira 13 a 17 de agosto, j. 14.08.01.

pode ser feita com a simples referência aos crimes que a lei classifica como hediondos (Lei n.º 8.072, de 25.7.90, modificada pelas Leis 8.930, de 06.9.94, 9.677, de 02.7.98 e 9.695, de 20.8.98), mesmo sendo esta posterior à prática do delito. A alusão, no Decreto Presidencial de Indulto e Comutação de penas aos crimes hediondos, foi uma forma simplificada de referir-se a cada um deles (inclusive o de homicídio qualificado), para excluí-los todos do benefício, o que, nem por isso, significou aplicação retroativa desse diploma.¹¹²

Outro não é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça. Ao julgar o Recurso Especial n.º 218.960 – Rio Grande do Sul, em que foi relator o ministro José Arnaldo da Fonseca, em pedido de comutação da pena com fundamento no Decreto Presidencial n.º 2.365, de 05.11.97, aquela Corte manifestou-se pela impossibilidade de concessão daquele benefício a condenado por crime hediondo, ainda que o delito tenha sido praticado antes do advento da Lei dos Crimes Hediondos e pela incorrência de ofensa ao Princípio da Irretroatividade da lei penal mais gravosa. O fundamento adotado levou em consideração os precedentes daquele Tribunal e do STF, no sentido de que os decretos concessivos de indulto e comutação de pena podem excluir do ato de clemência estatal os condenados por crimes considerados hediondos pela Lei n.º 8.072/90, ainda que tais delitos tenham sido praticados antes do advento da mencionada lei, sem que essa exclusão constitua ofensa ao postulado constitucional da irretroatividade da lei penal mais gravosa.¹¹³

O exame dos Decretos de Indulto e Comutação de penas publicados a partir de 1990, ano em que entrou em vigor a Lei de Crimes Hediondos, mostra que sempre houve preocupação em excluir da medida concessiva os autores do crime de Homicídio Qualificado. Os Decretos 99.915, de 24.12.90, 245, de 28.10.91, 668, de 16.10.92, 953, de 08.10.93 e 1.242, de 15.9.94, expressamente excluem da concessão daqueles benefícios os condenados por crimes definidos na Lei n.º 8.072/90 e o crime de Homicídio Qualificado, considerando que este só passou a ser definido

112 HC com votação unânime. Paciente: José Natalino de Souza. Impetrante: Jurandir Marques da Silva. Coator: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

113 Jurisprudência ementada 838/2001, STJ, RE n.º 218.960, rel. José Arnaldo da Fonseca, DJU de 02.4.01, seção 1, p. 317.

como Hediondo a partir da Lei n.º 8.930, de 06.9.94. Já os Decretos 1.645, de 26.9.95, 2.002, de 2.9.96, 1.860, de 11.4.96, 2.365, de 5.11.97, 2.838, de 6.11.98, 3.226, de 29.10.99, 3.667, de 21.11.2000 e 4.011, de 13.11.2001, simplesmente excluem da concessão daqueles benefícios os condenados por crimes definidos na Lei n.º 8.072/90, sem precisar fazer referência expressa ao crime de Homicídio Qualificado que já integra o rol dos crimes hediondos.

Há que se ressaltar o fato de que, mesmo sendo a Lei de Crimes Hediondos de 1990, a referência, de forma expressa a esse tipo de crime para efeito de exclusão do benefício só passou a ser feita a partir de 1992, com o Decreto n.º 668, de 16.10.92, art. 6.º, I, procedimento adotado nos Decretos posteriores. Mas, a alusão feita naqueles Decretos Presidenciais ao fato de que estariam excluídos dos benefícios, *mesmo que os crimes hediondos ou equiparados sejam cometidos anteriormente à edição da Lei n.º 8.072, de 25.7.90, modificada pela Lei n.º 8.930, de 06.9.94*, só foi feita nos Decretos 953, de 8.10.93 (art. 7.º, II), 1.242, de 15.9.94 (art. 8.º, “c”), 1.645, de 26.9.95 (art. 7.º, III) e 2.002, de 2.9.96 (art. 7.º, III).

Com a edição do Decreto n.º 1.860, de 11.4.96, concedendo indulto especial e condicional é possível constatar que os Decretos de perdão palaciano passaram a omitir a expressão *mesmo que cometidos anteriormente à edição da Lei 8.072/90*, levando-nos a crer que as decisões tomadas pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária por ocasião da elaboração dos Decretos que se seguiram, foram caracterizadas por uma das seguintes hipóteses:

- 1) simples omissão quanto à necessidade de referência expressa à proibição de concessão dos benefícios aos crimes praticados anteriormente à edição da Lei n.º 8.072/90;
- 2) mudança de entendimento quanto à constitucionalidade da proibição de concessão dos benefícios em face do disposto no art. 5.º, XXXIX e XL, da Constituição Federal de 1988;
- 3) desnecessidade de referência expressa àquela proibição, em face do entendimento consolidado na jurisprudência do STF e STJ sobre a matéria e interpretação teleológica do disposto no art. 2º, I, da Lei n.º 8.072, de 25.7.90.

De qualquer forma, a exclusão daquela referência proibitiva de todos os Decretos de clemência estatal a partir de 1996, indica consolidação de entendimento na fonte de criação daquela norma jurídica.

O posicionamento adotado no Pretório Excelso quanto à aplicação do *Princípio da Irretroatividade da Lei Penal mais severa*, não é o mesmo quando se trata de progressão de regime, conclusão que pode ser extraída do julgado abaixo transcrito:¹¹⁴

“Princípio da Irretroatividade da Lei Penal. É de direito material, e não processual, a natureza das normas que disciplinam o regime de cumprimento da pena. Com este entendimento, a Turma deferiu, em parte, *Habeas Corpus* impetrado contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que aplicara o art. 2.º, § 1.º, da Lei dos Crimes Hediondos (a pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado) a crime cometido antes do início de sua vigência. Hipótese de retroatividade vedada pelo art. 5.º, XL, da Constituição Federal (a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu). HC 74.410-SP, rel. Min. Francisco Rezek, 26.11.96.”

No ordenamento jurídico brasileiro atual, justifica-se a existência do Princípio da Irretroatividade da lei penal que crie ou agrave a responsabilidade criminal, reconhecido pela quase unanimidade dos sistemas jurídicos ocidentais e considerado fundamental ao Estado de Direito. É reconhecido no direito pátrio, quer na Constituição Federal (art. 5.º, XXXIX), quer no Código Penal (art. 1.º), devendo o legislador estar vinculado à proibição.

Nos termos do art. 84, XII, da Constituição Federal, compete exclusivamente ao Presidente da República conceder indulto. É ato de discricionariedade e de aplicação restrita a grupo determinado de condenados. Dessa forma, tratando-se de faculdade conferida ao Chefe do Poder Executivo, deve exercê-la nos limites que lhe pareçam convenientes, a

114 Decisão comentada no Informativo STF n.º 56.

ponto de poder excluir do âmbito da concessão, infrações que, a seu critério, julgue incompatíveis com ela.¹¹⁵ Hediondez, segundo a discricionariedade da *indulgentia principis*, encerra acepção marcadamente enunciativa e transcendente, como a qualidade de uma conduta a inspirar repugnância. Sem perfilhar, assim, critério de exclusivismo legal, a negativa de indultar os réus por crimes hediondos praticados antes do advento da citada lei não vem de ensejar desarrazoadamente retroatividade de lei penal mais gravosa.¹¹⁶

O Princípio comentado apresenta fragilidade diante da possibilidade de aplicar ou não a proibição de retroatividade às variações nas interpretações judiciais que sejam desfavoráveis ao condenado.

Faz-se necessário, então, compreender a razão de ser da exclusão da concessão: o Homicídio Qualificado é crime grave e o decreto palaciano tem intenção de não beneficiar seus autores. A referência à proibição de indulto aos que praticaram crimes hediondos, ainda que cometidos anteriormente à Lei n.º 8.072/90 torna irrelevante referir-se o decreto expressamente à Lei n.º 8.930/94, se abrange crimes então não considerados hediondos, praticados antes da edição da Lei n.º 8.072/90.¹¹⁷

A *contrario sensu*, é possível argumentar que, a proibição de concessão de indulto aos que praticaram crime de Homicídio Qualificado anteriormente à Lei n.º 8.930/94 fere o Princípio da Irretroatividade da *novatio legis in pejus*. O advento da *lex nova* agravando situação do recluso, conferindo etiqueta de hediondez a fato delituoso pretérito, não produz efeitos retroativos, em se tratando de norma penal material, com incidência em todo o direito repressivo, afastando-se, no caso concreto o princípio *tempus regit actum*. Pelo argumento exposto, deveria, nesse caso, ser concedido o indulto natalino ao condenado, preenchidos os seus requisitos.¹¹⁸

Para que se possa examinar a aplicação do *Princípio da Irretroatividade da lei penal mais severa* aos Decretos de Indulto, é importante destacar uma das acepções do vocábulo *lei*. Em sentido amplo, *lei* designa todas as normas jurídicas escritas, sejam as leis propriamente

115 RT 738/627.

116 JTJ 171/322-323.

117 JTJ 167/322.

118 RJTJERGS 175/81-82.

ditas, decorrentes do Poder Legislativo, sejam os decretos (grifei), os regulamentos ou outras normas baixadas pelo Poder Executivo.¹¹⁹ É nesse sentido, então, que os Decretos de Indulto e Comutação de penas devem ser entendidos.

Questão preliminar que deve ser definida é a aplicação da lei nova no caso em tela, as regras dispostas no Decreto concessivo de indulto e comutação de penas, aos fatos ou situações jurídicas já iniciadas sob a égide anterior e que estão em curso no momento da entrada em vigor do novo diploma legislativo. Praticado o Homicídio Qualificado sob o império de uma lei que não conferia a etiqueta de hediondez ao crime, teria, o seu autor, direito adquirido ao recebimento do perdão palaciano, preenchidos os demais requisitos exigidos para este benefício?

A eficácia imediata do decreto presidencial, nesse caso, não poderia ficar restringida aos *facta pendencia*. Deve ter aplicação mais abrangente, atingindo novos fatos ou realidades jurídicas. Não oferece dificuldade a compreensão dessa tese, estabelecendo-se a distinção entre *efeito imediato* e *efeito futuro* de um diploma legislativo. Estudando o tema, José Eduardo Martins Cardozo pondera:¹²⁰

“Enquanto os efeitos imediatos são aqueles que temporalmente coexistem na sua projeção com o momento da entrada em vigor da lei, os efeitos futuros são os que se fazem verificar no lapso de tempo que se segue a esta. Em outras palavras: efeitos futuros são aqueles que se projetam em momento temporal subsequente ao da entrada em vigor da lei”.

Ponto nevrálgico da questão é definir a natureza jurídica do indulto: se causa de extinção da pena ou da punibilidade. Esta, de acordo com a melhor doutrina, é o desaparecimento do poder de punir (impropriamente chamado de *jus puniendi*), de que é titular o Estado, em virtude de uma causa abolutiva nos termos do art. 107, CP (anistia, prescrição, decadência). A extinção da pena é o seu desaparecimento, ou por estar

119 Entendimento de Maria Helena Diniz. Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada. 2.ª edição, São Paulo: Ed. Saraiva, 1996, p. 42.

120 Posição manifestada na obra *Da Retroatividade da Lei*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 281.

cumprida, pela expiração do prazo de suspensão condicional (art. 708, CPP), ou do livramento condicional (art. 733, CPP), em virtude da concessão de graça (art. 738, CPP).¹²¹

Nesse particular, parece não restar dúvida de que o indulto é causa extintiva da pena e não da punibilidade, o mesmo ocorrendo com o cumprimento do livramento condicional e o término do período de prova do *sursis*.

Em comentário à Lei n.º 8.930, de 6.9.94, publicada no Diário Oficial da União de 7.9.94, e que deu nova redação ao art. 1.º da Lei de Crimes Hediondos, Damásio Evangelista de Jesus sustenta a *irretroatividade das normas de direito material* da Lei n.º 8.072/90 (arts 1.º e 2.º, I e § 1.º), tratando, respectivamente, da qualificação legal do delito, da proibição de graça, indulto (grifei) e anistia e do cumprimento da pena em regime fechado, e art. 5.º, cuidando do livramento condicional, em face do art. 5.º, XL, da Constituição Federal.¹²²

Ainda, *ad argumentandum*, há casos em que se emprega o termo *extinção da pena*, em sentido amplo, abrangendo não só a extinção da pena propriamente dita, como também da punibilidade, a exemplo do que acontece no art. 622, do Código de Processo Penal:¹²³

“Em realidade, a expressão *extinção da pena*, usada pelo legislador processual penal, deve ser entendida em sentido amplo não só para agasalhar as causas extintivas da pena, como também da punibilidade, em todas as suas modalidades apontadas, já que, em qualquer hipótese impeditiva da imposição ou subsistência da pena, o erro judiciário não pode permanecer; deve ele ser rescindido jurisdicionalmente.

Em matéria de execução penal, tanto o indulto, visto como causa de extinção da pena ou da punibilidade, como a comutação, vista como dis-

121 Entendimento de Hélio Tornaghi. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1983, v. 2, p. 391.125
Carlos Maximiliano. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 194.

122 Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Brasília, vol. 1, n.º 4, jul./dez. 1994, p. 169.

123 Doutrina de Heráclito Antonio Mossin. *Recursos em Matéria Criminal: doutrina, jurisprudência, modelos de petição*, 2.ª ed., São Paulo: Atlas, 1997, p. 286/287.

pensa do cumprimento de parte da reprimenda, podem ser objeto de concessão a condenados por crimes hediondos ou equiparados, por meio de decreto presidencial. Esse é o magistério de Alberto Silva Franco, em homenagem a Francisco de Assis Toledo, Aloysio de Carvalho Filho, Antonio Scarance Fernandes e Rogério Lauria Tucci:¹²⁴

“O Presidente da República não ficará, assim, obstado de conceder indulto ou, até mesmo, de comutar pena, no que tange aos crimes hediondos, à tortura, ao tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e ao terrorismo. Se, no decreto presidencial, não houver explícita exclusão dos referidos fatos delituosos, a causa extintiva de punibilidade do indulto e a causa de abrandamento de pena, da comutação, poderão ter tranqüila incidência.”

É princípio assente que o direito não cogita da pessoa individualmente, mas de toda a comunidade. É função da lei: ordenar, proibir, punir e permitir. O papel do intérprete é traduzir em clara linguagem, não só o que o autor disse explícita e conscientemente, mas também esforçar-se por entender mais e melhor do que aquilo que se acha expresso, o que o autor inconscientemente estabeleceu.

Ao tratar especificamente dos decretos de indulto, o consagrado autor Carlos Maximiliano afirma:¹²⁵

Decretos de anistia ou de indulto, o perdão do ofendido e outros atos benéficos, embora envolvam concessões ou favores e, portanto, se enquadram na figura jurídica dos *privilégios*, não suportam exegese estrita. Sobretudo se não interpretam de modo que venham causar prejuízo. Assim se entende, por incumbir ao hermeneuta atribuir à regra positiva o sentido que dá eficácia maior à mesma, relativamente ao motivo que a ditou, e ao fim colimado, bem como aos princípios seus e da legislação em geral

124 Crimes Hediondos – RT – 38, ed. Ps. 71/73.

125 Carlos Maximiliano. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 194.

Por fim, abstraindo-se a discussão sobre a inconstitucionalidade do art. 2.º, I, da Lei n.º 8.072, de 25.7.90, no sentido de que a lei não poderia vedar o indulto, pois a Constituição Federal só se refere, no art. 5.º, XLIII, à anistia e à graça, a decisão ora comentada, excluindo da concessão do indulto os condenados por crime de Homicídio Qualificado cometido anteriormente à edição da Lei n.º 8.930, de 06.9.94, parece encontrar respaldo no fato de que o decreto palaciano, pela sua discricionariedade, não fica limitado à natureza do crime praticado para excluí-lo do benefício, podendo fazê-lo, levando em consideração a gravidade da conduta, a severidade da pena aplicada, a reincidência, a reparação do dano e outros impedimentos, todos exigidos no momento da concessão do benefício, sem desnaturar o instituto.

