

Razões de Agravo. Concessão de indulto a crime de homicídio qualificado. Impossibilidade. Inconstitucionalidade dos artigos 5º, Inc. I e 8º, Inc. II, do Decreto n. 5295 de 02 de dezembro de 2005.

Egrégio Tribunal de Justiça
Colenda Câmara Criminal
Douta Procuradoria de Justiça

RAZÕES DE AGRAVANTE

A hipótese testilhada nos autos executórios versa sobre o *decisum* primário que concedeu o benefício do indulto ao apenado Alceu Cotta do Almo.

O apenado, ora agravado, foi condenado pelas sanções previstas nos artigos 121, parágrafo 2º, inciso I, e 121, *caput* (duas vezes), na forma do art. 69, todos do Código Penal. A pena total foi de vinte e oito anos de reclusão.

O apenado pleiteou o benefício do indulto (fls. 344/349), com base no artigo 1º, inciso V, do Decreto n. 5295/04, por se encontrar no regime semi-aberto e ter usufruído cinco saídas temporárias.

Instado a se manifestar, o Conselho Penitenciário restou dividido (fls. 353/358). O Conselheiro Gustavo Adolfo Dutra de Almeida, em fundamentado parecer, opinou contrariamente ao benefício (fls. 353/354). O seu parecer foi acompanhado pelos Conselheiros Astrogildo Gomes de Assis e Neide Maria. Contudo, o voto vencedor foi exarado a partir da manifestação do Conselheiro Antonio Carlos B. de Araújo (fls. 355/356), que terminou sendo a tese vencedora.

O Ministério Público oficiou contrariamente ao benefício (fls. 363/376).

A defesa apresentou o novo contraditório (fls. 385/388).

O Juízo decidiu pela concessão do indulto (fls. 390/396).

É o breve relatório. Passa o *Parquet* a officiar.

I – DO CABIMENTO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DO DECRETO DE INDULTO:

Todos os decretos presidenciais que dispõem sobre a comutação e o indulto possuem a natureza jurídica de decretos autônomos. Os requisitos para a sua vigência são hauridos diretamente do inciso XII do art. 84 da Constituição da República, não necessitando de qualquer controle do Poder Legislativo.

A conformação da validade das regras de indulto sempre são subordinadas diretamente à Constituição, e, jamais, a qualquer espécie de regra infraconstitucional. Daí porque os decretos de indulto devem sofrer sempre controle de constitucionalidade e, jamais controle de legalidade. Não existe qualquer legislação infraconstitucional que sirva como seu fundamento de validade superior.

Por conseguinte, todas as disposições previstas no Código de Processo Penal e Lei de Execução Penal que tratam sobre o indulto e comutação não foram recepcionadas com o advento da ordem constitucional de 1988.

É cabível, destarte, o controle de constitucionalidade incidental do decreto de indulto em comento. No caso em tela, entendemos que o decreto de indulto deva ser confrontado com o texto constitucional por dois motivos: ofensa ao princípio da proporcionalidade e ofensa a preceito constitucional explícito que veda a concessão de indulto no caso de condenação por determinados crimes.

II – DA DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DO INCISO V DO ARTIGO 1º DO DECRETO N. 5295/04:

Inicialmente, pleiteia o Ministério Público a declaração incidental de inconstitucionalidade do inciso V, do artigo 1º, do Decreto n. 5295 de 02 de dezembro de 2004, pelos motivos a seguir expostos.

Dispõe o texto impugnado:

“Artigo 1º - É concedido indulto condicional:

(...)

Inciso V – Ao condenado que se encontre cumprindo penal no regime semi-aberto e tenha usufruído de cinco saídas temporárias previstas no art. 122, inciso I, combinado com o artigo 124, *caput*, da Lei n. 7210, de 11 de julho de 1984.”

Deixo claro, inicialmente, que não há qualquer contestação da liberdade discricionária do Presidente da República em estabelecer as hipóteses de indulto. Contudo, o juízo discricionário não pode ser confundido com juízo arbitrário, vez que o texto do decreto de indulto deve estar conforme com outros valores constitucionais postos. Em especial com a garantia positiva do dever de proteção do Estado da sociedade contra criminosos de maior periculosidade (artigo 6º, *caput*, da Constituição da República).

In casu, os valores constitucionais em tensionamento são os que exprimem o direito individual da liberdade do apenado (dever do Estado de abstenção) e do direito de segurança da sociedade (dever do Estado de prestação). Deve o indulto estar em níveis ponderáveis de conformidade com estes dois valores, juízo de valoração feito pelo princípio da proporcionalidade.

No caso em comento entendemos que houve uma evidente desproporcionalidade ao dever de proteção jurídica do Estado, vez que irá se conceder o perdão da pena com o cumprimento de pouco mais de um terço da pena cumprida (fl. 324).

Se fosse um preso condenado por um crime menos severo, sem dúvida apoiaríamos o perdão. Entretanto, vemos que o Estado irá abdicar de sua

imposição social de punir uma pessoa que foi condenada pela prática de três homicídios!

Concedendo o indulto à hipótese em tela, quebrará o Estado o seu dever de proteção jurídica à sociedade, vez que perdoará e colocará em liberdade uma pessoa que não cumpriu sequer metade da reprimenda que lhe foi imposta.

Assim, não há dúvida que o texto do decreto em combate é desproporcional por defender de forma insuficiente o valor constitucional de segurança à sociedade. Para a correção da sua deficiência, impende a aplicação do princípio da proporcionalidade.

Saliente-se que a aplicação do princípio da proporcionalidade para a correção de insuficiências de norma dispositiva frente a texto constitucional não se trata de novidade no direito comparado. Segundo INGO SARLET⁽¹⁾, o precedente jurisprudencial da teoria ocorreu no Tribunal Constitucional Alemão⁽²⁾, em 1993, por ocasião da discussão judicial travada sobre a lei de descriminalização do aborto. Acrescenta que, baseado em CLAUS WILHELM CANARIS e JOSEF INSENSEE, o Tribunal Germano reconheceu a insuficiência da proteção à vida com a descriminalização do aborto. A seguir o Professor gaúcho expressiu a sua definição sobre o tema, que entendemos importante reproduzir:

“O Estado – também na esfera penal – poderá frustrar o seu dever de proteção atuando de modo insuficiente (isto é, ficando aquém dos níveis mínimos de proteção constitucionalmente exigidos) ou mesmo deixando de atuar, hipótese, por sua vez, vinculada (pelo menos em boa parte) à problemática das omissões constitucionais. É nesse sentido – como contraponto à assim designada proibição do excesso – expressiva doutrina e inclusive jurisprudência tem admitido a existência daquilo que se convém chamar de proibição de insuficiência”.

Destarte, toda a atuação processual penal possui uma exigência constitucional de ponderação dos valores da liberdade e da segurança, tanto para coibir o excesso desproporcional, como também a deficiência desproporcional. Acentua LENIO STRECK⁽³⁾:

⁽¹⁾ - SARLET, Ingo Wolfgang. “Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência”. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais* n. 47, Ano 12, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, março-abril de 2004.

⁽²⁾ - BverfGE 88,203 – do Tribunal Constitucional da Alemanha.

⁽³⁾ - STRECK, Lenio Luiz. “Da proibição de excesso (*übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*untermassverbot*): De como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais”. In *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. (Neo) Constitucionalismo*. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2004, p. 254.

"(...) a proporcionalidade possui uma dupla face: de proteção positiva e de proteção de omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente do excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultando desproporcional o resultado do sopesamento (*abwägung*) entre fins e meios; de outro lado a inconstitucionalidade por advir proteção insuficiente de um direito fundamental social, como ocorre quando o Estado abre uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos. Este duplo viés do princípio da proporcionalidade decorre da necessária vinculação de todos os atos estatais à materialidade da Constituição e tem como conseqüência a sensível diminuição da discricionariedade (liberdade de conformação) do legislador".

O festejado autor, Membro do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, já teve oportunidade de se manifestar sobre o tema, ocasião em que suscitou a inconstitucionalidade do dispositivo de indulto em comento. O parecer ⁽⁴⁾ foi emitido nos autos da ação de execução n. 70.011.235.397, que está tramitando na 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça gaúcho. Pedimos vênha para transcrever a ementa do parecer:

"Agrav. Indulto. Atentado violento ao pudor. Crime hediondo. Impossibilidade fruição de saídas temporárias. Inconstitucionalidade do inciso V do artigo 1º do Decreto n. 5295 de 2 de dezembro de 2004. O artigo 8º do referido decreto impede a concessão do indulto aos apenados condenados por crimes hediondos. Mas, ainda que tal delito não fosse tido como hediondo, restaria vedada a concessão do benefício, vez que evidente a inconstitucionalidade do inciso V, do artigo 1º, do Decreto n. 5295 de 2 de dezembro de 2004. Improvimento do recurso do apenado".

Não pode escapar um breve comentário sobre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal juntada pelo nobre Magistrado *a quo* como motivação de suas razões de decidir. Ocorre que a decisão proferida na ADIn n. 2795 MC/

⁽⁴⁾ A íntegra do Parecer está disponível na página http://www.lenjostreck.com.br/default.asp?areaid=18&id_conteudo=74&mensagem=Login+efetuado+com+sucesso%21, acesso em 15 de agosto de 2005.

DF, pelo Ministro Maurício Corrêa, foi realizada em sede de liminar, não tendo ainda pronunciamento definitivo pelos demais Ministros do Supremo Tribunal Federal. Assim, ao contrário do que pode parecer, a questão se encontra ao largo de estar definitivamente decidida no Excelso Pretório, ademais com a recente mudança da composição da Corte.

Salientamos que o apenado teria direito ao livramento condicional, inclusive com posicionamento favorável de nossa lavra. No livramento condicional teria o Estado condições de vigiar o comportamento do apenado pelo restante do cumprimento de sua pena. Mas, ao invés desta opção, que seria uma forma muito mais condizente com a necessidade de vigilância, optou por perdoar a pena, fazendo tábula rasa toda a anterior conduta do apenado.

Sem qualquer sombra de dúvidas, trata-se de um critério não razoável para a concessão da clemência, o que reforça as pesadas críticas doutrinárias que vem sofrendo o indulto, nas palavras de FLORIAN⁽⁵⁾:

“Um dilema evidente aqui se apresenta: ou aqueles institutos se aplicam por via de arbítrio, de pedidos, de pressões, ou têm lugar quando a justiça o exige. No primeiro caso, faltaria a causa justificadora; no segundo, a justiça deveria realizar-se não por via da indulgência soberana e mancheias, mas com métodos preestabelecidos e iguais para todos. E, assim, se porventura algumas categorias de crimes não representam mais uma lesão jurídica, em lugar de promulgar-se anistia, dever-se-iam abolir francamente as sanções penais correspondentes; se alguns ou muitos indivíduos foram condenados injustamente, antes de aplicar-se a graça ou indulto, conviria recorrer à revisão ou a outro instituto processual idôneo.”

Para corrigir a evidente desproporcionalidade, que acarreta em uma insuficiência de proteção à sociedade, deve-se reconhecer que o inciso V, do artigo 1º, do Decreto n. 5295/04, não possui eficácia no caso concreto, devendo ser reformada a decisão concessiva de indulto.

III – DA DECLARAÇÃO INCIDENTAL DA INCONSTITUCIONALIDADE DO INCISO II DO ART. 8º DO DECRETO Nº 5.295/04:

Caso vencida a primeira argumentação, resta ainda a análise da declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 8º, II, do Decreto nº 5.295/

⁽⁵⁾ *Apud* NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito Penal*, Vol. I, 35ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2000, p. 353.

04, medida que pleiteia o Ministério Público, pelos motivos a seguir expostos.

Dispõe o art. 8º, II, do Decreto nº 5.295/04:

“Art. 8º. Os benefícios previstos neste Decreto não alcançam os condenados:

(...)

II – condenados por crime hediondo, praticado após a edição da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, observadas as alterações posteriores;

(...)”.

Por sua vez, dispõe o inciso XLIII do art. 5º da Constituição da República:

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

Cotejando ambos os dispositivos, denota-se que o Decreto criou uma distinção entre crimes hediondos cometidos antes e depois da edição da Lei nº 8.072/90 que se afigura totalmente inconstitucional. Não poderia o Decreto fazer tal distinção ao arrepio da Constituição da República que determina a impossibilidade de concessão da graça aos crimes definidos como hediondos. Não é demais salientar que deve ser entendida a definição de “graça” como gênero do qual “indulto” e “comutação” são espécies.

A Constituição da República afirmou que, a partir do momento que foi criada a definição do que seja crime hediondo, serão insuscetíveis de graça, não importando a que tempo foram cometidos.

O legislador constitucional apenas permitiu a liberdade de conformação ao legislador ordinário (Poder Legislativo) para definir, por razões de política criminal, o que seja crime hediondo. Após a criação legislativa, veda a concessão do benefício de graça aos crimes definidos como hediondos.

Este entendimento é reforçado ao se verificar que a Constituição proibiu, ao lado dos crimes definidos como hediondos, a concessão do benefício aos crimes de tortura, tráficos de entorpecentes e terrorismo cometidos a qualquer tempo.

Repita-se, basta para o legislador constituinte que viesse uma lei definindo o que seja crime hediondo para que automaticamente todos os crimes cometidos antes ou depois, fossem insuscetíveis de graça. Este foi sempre o entendimento que vigorou no Supremo Tribunal Federal.

Embora o crime de homicídio qualificado tenha sido praticado em data anterior à vigência da Lei nº 8.072/90 ainda assim o Agravado não faz jus ao

recebimento do ato de clemência, de acordo com reiteradas decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. Cumpre transcrever as seguintes ementas:

“Criminal. HC. Execução. Homicídio qualificado. Extorsão qualificada. Decreto nº 3226/99. Indulto. Delitos hediondos praticados antes da edição da Lei nº 8072/90. Impossibilidade. Vedação legal expressa. Ato discricionário do Presidente da República. Ofensa ao princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa. Inocorrência. Ordem denegada.

O indulto não pode ser concedido ao condenado por crime de homicídio qualificado e extorsão qualificada, ainda que praticados antes da edição da Lei dos Crimes Hediondos, ante expressa vedação legal.

Precedentes desta Corte e do STF. Tratando-se de ato discricionário do Presidente da República, cabe a ele a definição da extensão do benefício, sem que a exclusão dos delitos hediondos configure violação ao princípio constitucional da irretroatividade da lei penal mais gravosa. Ordem denegada”

(HC 21413/RJ, Rel. Min. Gilson Dipp, Quinta Turma, julg. em 21/11/2002, DJ 03/02/2003, p.00326).

“Direito Constitucional, Penal e Processual Penal. Crimes Hediondos: roubo qualificado e latrocínio. Indulto. Decreto nº 2.838/98. ‘Habeas corpus’.

1. 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 condenados por outros.

2. Essa exclusão pode fazer-se com a simples referência aos crimes que a lei classifica como hediondos (Lei nº 8.072/90), mesmo sendo esta posterior à prática do delito.

3. A alusão, no Decreto presidencial de indulto e comutação de penas, aos crimes hediondos, assim classificados na Lei nº 8.072/90, de 25.05.90, modificada pela Lei nº 8.930, de 06.09.04, foi uma forma simplificada de referir-se a cada um deles, para excluí-los todos do benefício, o que, nem por isso, significou aplicação retroativa desse diploma.

4. *Habeas corpus* indeferido”
(HC nº 82359/SP, Rel. Min. Sydney Sanches, Primeira Turma).

Aliás, o Supremo Tribunal Federal fixou o entendimento sobre a vedação de aplicação do benefício do indulto ou da comutação a crimes cometidos anteriormente à Lei dos Crimes Hediondos e à Constituição da República, mesmo quando não havia previsão expressa no Decreto, como ocorreu no caso do Decreto nº 3.226/99:

“Indulto (D. 3226/99): exclusão da graça dos condenados por crime hediondo, que se aplica aos que hajam cometido antes da L. 8072/90 e da Constituição de 1988, ainda quando não o determine expressamente o decreto presidencial: validade, sem ofensa à garantia constitucional da irretroatividade da lei penal mais gravosa, não incidente na hipótese, em que a exclusão questionada traduz exercício do poder do Presidente da República de negar o indulto aos condenados pelos delitos que o decreto especifique: precedentes” (RHC n. 84572/RJ, 1ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. do acórdão Min. Sepúlveda Pertence, j. em 21/09/04).

Vem se consolidando o entendimento na Suprema Corte que o Presidente da República possui discricionariedade para a edição do Decreto de Indulto, porém o seu poder discricionário não é irrestrito, mas balizado pelo art. 5º, XLIII, da Constituição da República, ou seja, não podendo conceder o benefício para os crimes definidos como hediondos.

Nesta esteira de pensamento, o Decreto nº 5.295/04, ao prever a possibilidade de concessão de indulto aos condenados por crime hediondo, cria questionamentos intransponíveis para a pretensão de manutenção de sua validade material.

O primeiro questionamento consiste na violação expressa da Constituição, ao se criar uma distinção que o texto constitucional não fez. Relembre-se o já acima esposado que o texto constitucional fala em “crimes definidos como hediondos”. Em sua manifestação fundante, autoriza o legislador a definir o que seja crime hediondo, proibindo a concessão de indulto a qualquer tempo, como o faz expressamente com o crime de tráfico de entorpecente, tortura e terrorismo.

Deve-se lembrar a velha máxima de hermenêutica que o legislador não utiliza palavras inúteis. Se quisesse permitir que somente no futuro os crimes hediondos não fossem suscetíveis de graça teria utilizado expressão “a partir da lei” ou na “forma da lei”, como encontrado em todo o texto constitucional. Ao reverso, utilizou a expressão “definido como crime hediondo”, ao lado de outros

crimes em que seria vedado a concessão do indulto a qualquer tempo.

Violou o Presidente da República a proibição à sua liberdade de conformação do indulto ao permitir a introdução de um critério temporal para a concessão de indulto a crime hediondo em flagrante desatino com o texto constitucional. Não é a Constituição que se adapta à lei, mas a lei que se adapta à Constituição.

Acresça-se, ainda, um segundo questionamento, que consiste na violação do princípio da razoabilidade que se afigura no principal instrumento de mediação dos valores na atual doutrina constitucional. E o principal questionamento é se o Decreto, ao estabelecer um tratamento diferenciado para hipóteses fáticas semelhantes não estaria violando o princípio constitucional da igualdade de proteção a bens jurídicos penalmente tutelados?

Qual é a diferença ontológica de uma pessoa que comete uma chacina (caso em tela) anterior e posterior a Lei dos Crimes Hediondos? Será que, para a cabeça do Presidente da República, uma chacina anterior a 1990 tem menos valor que uma chacina ocorrida posterior a 1990?

Trata-se de flagrante violação da regra da razoabilidade de tratar questão igual de forma igual, conferindo-se tratamento desigual a situações iguais por meio de um critério desarrazoado de tempo de infração cometida.

A solução para estes dois questionamentos suscitados se afigura somente uma: a declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 8º, II, do Decreto nº 5.295/04.

III – CONCLUSÃO:

Com a declaração incidental de nulidade dos referidos dispositivos, no rito dos artigos 480 a 482 do CPC, deverá ser aplicado diretamente o preceito constitucional que veda a concessão de graça aos apenados condenados por crimes definidos como hediondos.

Por todo o exposto, o Ministério Público é contrário à concessão do benefício de comutação, espécie de indulto parcial ao apenado.

Pleiteia, assim, inicialmente, a declaração incidental de inconstitucionalidade dos artigos. 5º, inciso I e 8º, inciso II, do Decreto nº 5.295/04, com a reforma da decisão que concedeu o benefício do indulto ao apenado ALCEU COTTA DO ALMO.

Desde já, pleiteia manifestação expressa sobre as questões de inconstitucionalidade suscitadas, com fim de prequestionamento.

Rio de Janeiro, 16 de agosto de 2005.

CRISTIANO DOS SANTOS LAJOIA GARCIA
Promotor de Justiça