



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A Possibilidade de Concessão de Indulto em Crimes Hediondos

Crystal Caetano de Mello Leite

Rio de Janeiro
2012

CRYSTAL CAETANO DE MELLO LEITE

A Possibilidade de Concessão de Indulto em Crimes Hediondos

Artigo Científico apresentado à escola da magistratura do estado do Rio de Janeiro, como exigência para a obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Prof. Guilherme Sandoval

Prof^ª Katia Silva

Prof^ª Mônica Areal

Prof^ª Néli Fetzner

Prof. Nelson Tavares

A POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE INDULTO EM CRIMES HEDIONDOS

Crystal Caetano de Mello Leite

Graduada pela Universidade Cândido Mendes. Advogada.

Resumo: Com o crescimento da criminalidade em nosso país, mostra-se imperativo o estudo da Execução Penal e suas repercussões. Assim, a possibilidade de concessão de indulto, em especial o humanitário a condenados que cumprem pena por prática de crime hediondo, traz importante discussão, não apenas no que tange às repercussões legais da medida mas também no que diz respeito aos rumos sociais do direito penal e por consequência, o que pode ser compreendido como “função social das penas”.

Palavras-chaves: Indulto. Vedação Constitucional. Iniciativa Presidencial. Função Social das Penas

Sumário: Introdução. 1. Análise Geral do Conceito de Indulto. 2. Possibilidades de se Obter o Benefício e a Constitucionalidade da Iniciativa Presidencial. 3. Repercussões Sociais da Concessão do Benefício a Condenados em Crimes Hediondos. 4. Análise Jurisprudencial. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho aborda a possibilidade de concessão de indulto a apenados que encontram-se sob a égide do regime hediondo de cumprimento de pena. Para melhor abordar essa questão, analisar-se-á axiologicamente e legalmente o peso da medida Presidencial de final de ano, ou seja, se essa tem poderes para permitir que o indivíduo seja libertado ao arrepio da norma constitucional expressa que proíbe a concessão do citado benefício a apenados nessas

condições.

A discussão quanto a possibilidade de concessão de indulto a prisioneiros condenados por crimes graves, passa por debate social e até mesmo político, já que nos Decretos de fim de ano, vem sendo concedida liberalidade apenas àqueles que se encontram com a saúde gravemente debilitada, ou seja, a internos que não estariam aptos a continuar causando mal social, além de ser indiscutível seu relevante papel político, profilático, ao esvaziar os presídios, instituições notoriamente abarrotadas e desestruturadas.

A concessão de benefício de tal natureza a pessoas tão recriminadas socialmente e que por certo cometeram crimes de natureza teratológica, representa entrave natural que decorre indiscutivelmente do momento vivido em nosso país, de violência descontrolada e forte sensacionalismo da mídia que não se limita a informar, gerando por muitas vezes sensação de pânico desnecessária.

A situação que ora se encontra, causa maiores entraves aos magistrados, já que ao realizar seu livre convencimento motivado acabam por se dividir entre o clamor social e a lei.

Em interpretação à norma constitucional, alguns doutrinadores e mesmo julgadores, vem concluindo no sentido de que é possível a concessão de indulto de caráter humanitário nos casos em que há crime hediondo envolvido, já que a decisão presidencial seria pautada em opção administrativa e essa possui parâmetros constitucionais indiscutíveis, devendo portando prevalecer sobre a vedação, também insculpida na Magna Carta.

Nestes termos, objetiva-se - por meio de pesquisa do tipo bibliográfica e qualitativa – comprovar que se vem admitindo mitigação no entendimento aparentemente consolidado do Superior Tribunal de Justiça, o que abre discussão importante quanto aos rumos da execução penal brasileira, seja por razões sociais ou políticas. Resta, portanto, averiguar as razões por detrás desta mudança e suas repercussões tanto no direito quanto na sociedade.

1. ANÁLISE GERAL DO CONCEITO DE INDULTO

A aplicação de repressão àqueles que cometem crimes sempre foi questão turbulenta, pois não envolve apenas uma visão política estando, não raro, sujeita a influência de anseios populares que podem acabar maculando as finalidades da pena.

Cumprе ressaltar que ao longo dos anos o conceito de teoria da pena foi se amoldando a uma realidade histórica, de modo que se apresentam atualmente teorias: absolutas e relativas. As primeiras possuem como ideia central a retribuição enquanto as segundas privilegiam a prevenção.

O artigo 59 do Código Penal vigente em nosso país trouxe conceito misto que resalta a necessidade de uma punição do condenado e também prevê atuação preventiva como forma de intimidar, infundir no apenado valores, neutralizar o ente criminoso com sua remoção ao cárcere e outros.

A evolução do direito penal brasileiro, por certo, se coaduna ao entendimento de Michel Foucault¹ quando esse diz que:

[...] E a “reforma” propriamente dita, tal como ela se formula nas teorias de direito ou que se esquematiza nos projetos, é a retomada política ou filosófica dessa estratégia, com seus objetivos primeiros: fazer da punição e da repressão das ilegalidades uma função regular, coextensiva à sociedade; não punir menos, mas punir melhor; punir talvez com uma severidade atenuada, mas para punir com mais universalidade e necessidade; inserir mais profundamente no corpo social o poder de punir.

Neste sentido, foi criado o indulto presidencial que serve como forma de conferir maior efetividade a pena, para que esta não se torne mera repreensão, atingindo também o âmago daquilo previsto no artigo 1º da Lei 7210/84 (Lei de Execução Penal), a integração social daquele que se encontra no cárcere.

O citado benefício configura forma de perdão judicial, causa de extinção da punibilidade conforme se encontra positivado no artigo 107 inciso II do Código Penal e pode

¹ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. 34 ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2007, p. 70.

ser total ou parcial de acordo com seu alcance, sendo certo que nos totais são atingidas penas acessórias e efeitos decorrentes da condenação e nos parciais os efeitos restringem a pena privativa de liberdade.

A possibilidade de concessão de indulto a apenados que se encontram cumprindo pena privativa de liberdade em decorrência da prática de crimes hediondos ainda é muito discutida, e prevalece entendimento no Superior Tribunal de Justiça² de que seria descabida.

Deve-se, portanto, compreender o caminho que a legislação brasileira perseguiu para que atualmente, venha sendo discutida e aplicada a concessão de indulto a apenados que se encontram cumprindo penas por crimes graves.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º inciso XLIII, positivou que não seriam susceptíveis de graça e anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos.

Como facilmente se depreende a possibilidade de indulto não se encontra limitada pela Constituição, razão pela qual, era entendimento doutrinário até o ano de 1990 que as condutas descritas no artigo 5º inciso XLIII da CRFB seriam passíveis de indulto.

Ocorre que no dia 25 de julho de 1990, entrou em vigor a Lei de Crimes Hediondos (Lei 8072/90) que em seu artigo 2º inciso I vedou expressamente o cabimento de indulto presidencial nos casos de crimes considerados hediondos na forma do artigo 1º da citada lei³.

² STJ HC 149032 / MS HABEAS CORPUS 2009/0190955-5- Ministro Gilson Dipp- Julgamento 26/10/10

³ Art. 1º São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, consumados ou tentados: (Redação dada pela Lei nº 8.930, de 6.9.1994)

I - homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, I, II, III, IV e V); (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 6.9.1994)

II - latrocínio (art. 157, § 3º, **in fine**); (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 6.9.1994)

III - extorsão qualificada pela morte (art. 158, § 2º); (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 6.9.1994)

IV - extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada (art. 159, caput, e §§ 1º, 2º e 3º); (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 6.9.1994)

V - estupro (art. 213 e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único); (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 6.9.1994)

VI - atentado violento ao pudor (art. 214 e sua combinação com o art. 223, **caput** e parágrafo único); (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 6.9.1994)

V - estupro (art. 213, **caput** e §§ 1º e 2º); (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

VI - estupro de vulnerável (art. 217-A, caput e §§ 1º, 2º, 3º e 4º); (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

A inserção da citada lei no ordenamento jurídico brasileiro causou grande discussão, já que o legislador infra-constitucional não poderia ampliar o texto da Carta Magna, porém, o Superior Tribunal Federal não tardou a se manifestar considerando que o artigo que ampliava o rol de vedações é constitucional, apesar de forte oposição doutrinária.

Em 1997, no entanto, entrou em vigor a Lei de tortura (Lei nº 9.455/97) e em seu artigo 1º parágrafo 6º, repetiu a regra constitucional, ressaltando que o crime ali previsto não seria passível de graça ou anistia, o que trouxe novamente a baila se seria possível conceder indulto a criminosos nessas condições e também àqueles encarcerados em razão da lei de crimes hediondos.

O STJ parece ter pacificado entendimento no sentido de ser descabida a concessão do benefício, porém, ainda são relevantes as vozes que defendem o cabimento de indulto humanitário a apenados por crimes hediondos.

Tal posicionamento encontra forte fundamento no Decreto 5.295/04 que em seu artigo 8ª parágrafo único ⁴ possibilita seja concedido indulto a uma categoria específica de pessoas que por sua condição de saúde estariam aptas a se reintegrar a sociedade, e mais, teriam cumprido sua obrigação social não representando qualquer perigo.

Assim, decisões recentes vem privilegiando o princípio da humanidade em detrimento do tecnicismo presente na lei.

VII - epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º). (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 6.9.1994)

VII-A – (VETADO) (Inciso incluído pela Lei nº 9.695, de 20.8.1998)

VII-B - falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, *caput* e § 1º, § 1º-A e § 1º-B, com a redação dada pela Lei nº 9.677, de 2 de julho de 1998). (Inciso incluído pela Lei nº 9.695, de 20.8.1998)

Parágrafo único. Considera-se também hediondo o crime de genocídio previsto nos arts.1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956, tentado ou consumado. (Parágrafo incluído pela Lei nº 8.930, de 6.9.1994)

⁴ Art. 8º Os benefícios previstos neste Decreto não alcançam os condenados:

I - por crime de tortura, terrorismo ou tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins

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

III - por crimes definidos no Código Penal Militar que correspondam às hipóteses previstas nos incisos I e II deste artigo.

Parágrafo único. As restrições deste artigo e do inciso I do art. 1o não se aplicam às hipóteses previstas no inciso VI desse mesmo artigo.

No mais, há discussão relevante quanto à liberdade do Presidente da República ao elaborar o Decreto, já que seria o benefício instrumento de política criminal que se concretiza através do exercício do poder discricionário do Chefe do poder Executivo na forma do artigo 84 inciso XII da CRFB.

Os limites de seu poder, e possibilidade de vedação do indulto a apenados em situações graves muito vem sendo discutida e demanda análise axiológica que passa pela ponderação entre o bem estar do indivíduo e a ganância por justiça social que a sociedade muitas vezes impõe.

O que se depreende, portanto, é que apesar das variações legislativas e grande discussão que ainda existe, em especial em decorrência de tantas modificações legislativas que parecem não possuir pertinência, o benefício vem sendo negado aos condenados por crimes hediondos.

Há de se ter em vista, no entanto, que ainda há grande dúvida acerca do tema, e no que diz respeito a possibilidade de concessão de indulto especial a apenados que cumprem pena segundo os parâmetros da lei 8072/90, mostra-se essa grande evolução, não apenas jurisprudencial como legal.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO INSTITUTO

O Estado tem como um de seus fins a tutela das relações jurídico-sociais, inibindo dessa forma conflitos que podem se estabelecer em decorrência das atividades sociais. Tal controle ocorre através da criação de leis e por consequência do estabelecimento de um arcabouço jurídico conciso com fins de realizar a manutenção do equilíbrio social

Assim, como único legitimado social, substitutivo da vontade dos indivíduos apresenta-se esse como único que possui direito de punir, ou seja, como Estado de Direito atuante e que se encontra alicerçado nos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário que

conjuntos realizam a manutenção da estrutura social.

Em esclarecimento ao significado do conceito de legitimidade estatal, esclarece Eugênio Raúl Zaffaroni⁵ que:

El sistema penal es una compleja manifestación del poder social. Por legitimidad del mismo entendemos la característica que le otorgaría su racionalidad. El poder social no es algo estático, que se “tiene”, sino algo que se ejerce – un ejercicio- y el sistema penal quiere mostrarse como um ejercicio de poder planificado racionalmente. La construcción teórica o discursiva que pretende explicar esa planificación es el discurso jurídico-penal (que también puede llamarse “saber penal” y otros designam más formalmente como “ciência penal” o “del derecho penal”). Si ese discurso jurídico-penal fuese racional y el sistema penal operase conforme al mismo, el sistema penal seria legítimo

Em especial no que tange ao judiciário e de modo mais direcionado ao direito penal, percebe-se que detém o Estado o direito de punir aqueles indivíduos que concretizam atos contrários ao arcabouço jurídico, vedado, no entanto o excesso punitivo.

No Brasil, a evolução do direito penal remete aos tempos da colonização, e em especial às Ordenações Afonsinas em vigor até 1.512. Posteriormente vigoraram as Ordenações Manuelinas, até o ano de 1569 e foram essas substituídas finalmente pelo Código de D. Sebastião que permaneceu surtindo efeitos até 1603.

Em seguida, foram aplicadas as Ordenações Filipinas, Afonsinas e Manoelinas, consideradas o primeiro Código Penal pátrio, intrinsecamente ligadas a conceitos religiosos e entendimento de que o crime era um pecado, devendo, portanto ser extirpado, mesmo que para isso, fossem utilizadas penas cruéis.

Tais medidas extremadas e a inexistência concreta de resultados , além de modificações históricas significativas levaram a criação do Código francês de 1810 e do chamado Código Napolitano de 1819, que influenciaram a Constituição brasileira de 1824 e a elaboração do Código Criminal do Império no ano de 1830, sancionado por D. Pedro I., que possuía tendências claras à individualização da pena, além de prever agravantes e atenuantes e estabelecer formas diferenciada para o julgamento de menores.

⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca de las penas pedidas*. 4 ed. Buenos Aires: Ediar, 2005, p.20.

Apesar das grandes modificações introduzidas, as deficiências ainda eram perceptíveis, em especial no que diz respeito a ausência da figura da culpa e a manutenção da pena de morte como forma de punição.

No ano de 1890 foi promulgado o Código Criminal da República que pôs fim definitivo a pena de morte, e deu azo ao sistema prisional de caráter correcional, e sofreu grandes alterações legais em 1932 com a introdução daquilo positivado na Consolidação das Leis Penais de Piragibe.

Finalmente, foi criado no ano de 1940 o Código Penal Brasileiro atualmente em vigor e que passou a ter aplicação efetiva no ano de 1942. No ano de 1984, a Lei nº 7.209/84 revogou a parte geral do Código Penal de 1940, onde restou positivada a possibilidade de punição através de pena ou medida de segurança, e foram estabelecidos critérios para a caracterização dos elementos subjetivos do tipo (dolo e culpa), além de restarem delineados critérios para aferimento da capacidade do agente e a imputabilidade da punição, dando-se privilégio ao princípio da individualização das penas.

De forma suplementar foram elaboradas também as leis de Execução Penal(nº 7.210 de 11/07/1984) que delinea a execução das penas e medidas de segurança, bem como a lei 9.099 de 26/09/1995 que estabelece a competência dos Juizados Especiais Criminais, direcionada a ilícitos de menor potencial lesivo.

Tais institutos são característicos de uma adaptabilidade do Direito Penal que se presta a criar mecanismos de equilíbrio, de modo a evitar, penas desproporcionais e manter a finalidade do instituto, qual seja, a manutenção das relações sociais evitando a autotutela e os possíveis excessos que dela decorram, ou seja, de modo a garantir que o encarceramento seja a “ultima ratio” e a prisão mantenha-se como exceção e não uma regra.

Nessa esteira, apresenta-se a concessão de indulto como forma positiva de impedir encarceramentos excessivos e promover a inclusão social do apenado.

O indulto, assim como a graça e a anistia, segundo relatos teriam origem na Grécia, durante o governo de Sólon que acabou por implementar um regime de natureza democrática de modo a conceder o perdão a todos perseguidos, resguardadas pequenas exceções e paralelamente, em Roma, vigorava a chamada “*generalis abolitio*”.

Na época medieval havia concessão de benefícios de acordo com a liberalidade do senhor feudal, porém, na Revolução Francesa (1791), os institutos da anistia, graça e indulto foram positivados no texto da constituição, sendo certo que sua concessão era privativa do Presidente da República.

Preleciona Rogério Greco⁶ em relevante citação a Giuseppe Maggiore, que:

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

No Brasil, assim como a anistia e a graça, o indulto possui longa história, tendo origem na época colonial, quando existiam as capitânicas hereditárias e o critério para sua utilização cabia exclusivamente aos donatários bem como as formas para sua obtenção.

No ano de 1824 o indulto, bem como a anistia, passam a fazer parte do ordenamento jurídico brasileiro já que insculpidos na Constituição, sendo certo que eram de responsabilidade do Imperador.

Nos dias atuais, conforme já delineado, o indulto, que pode ser total ou parcial, é causa de exclusão da punibilidade (artigo 107 II do CP) que busca conceder benefício coletivo a apenados em análise que se pauta em critérios objetivos e subjetivos, sendo de competência exclusiva do Presidente da República na forma do artigo 84 inciso XII da CRFB.

Importante ressaltar que não raro, é estabelecida relação entre saídas temporárias e o

⁶ GRECO, Rogério *apud* MAGGIORE, Giuseppe. *Curso de direito penal parte geral*. 11 ed. Niterói: Impetus, 2009, p. 713.

indulto o que acaba gerando grande contrariedade da sociedade em aceitar tal instituto, já que não raro há notícias de apenados que foram beneficiados pelas saídas temporárias e não retornaram ou até mesmo cometeram novos delitos.

Ocorre que tal entendimento encontra-se equivocado, já que, conforme demonstrado a concessão de indulto é decorrência lógica da evolução do direito penal, buscando, portanto a ressocialização do preso e reforçando a ideia da dignidade da pessoa humana.

As modificações observadas, portanto, são fruto de um amadurecimento racional, que levou a sociedade a abandonar penas pautadas em violência e se dirigiu a atuar na origem do problema de forma a conferir punição consciente e eficaz ao indivíduo delituoso.

Os institutos da anistia, graça, e em especial o indulto, discutido no presente trabalho, embora elencados na parte geral, possuem relação indiscutível com a execução penal, já que sua aplicação ocorre quando da aplicação da pena.

Assim, a sentença transitada em julgado que poderia parecer uma inviabilidade total de reintegração do prisioneiro, representa também novas oportunidades para que esse durante o cumprimento de sua pena e até mesmo através de benefícios vá reconquistando sua condição de cidadã.

São medidas como o benefício ora discutido que permitem a continuidade do equilíbrio social e buscam efetivamente a satisfação de um ideal maior sem a utilização de métodos meramente profiláticos e que de fato não trazem resultados práticos.

No ano de 2011, mostra-se desnecessário dizer que a violência, de forma indelével, gera violência e que esse não é o caminho para a solução de nossos problemas sociais, de modo que medidas menos gravosas podem ser mais efetivas no combate ao crime, quando evitadas de meios de incentivo ao desenvolvimento dos indivíduos criminosos.

Nesse diapasão das mudanças sociais, o judiciário vem ponderando a possibilidade de concessão de indulto àqueles que se encontram em condições especiais, pessoas que na

prática, não oferecem perigo a sociedade e que, portanto, estão presas por mera formalidade legal.

Modernização do direito penal, visa, cada vez mais, conferir ao procedimento penal, a adaptabilidade necessária a solução dos conflitos, razão pela qual se discute até mesmo a aplicação mínima do direito criminal como forma de punição àqueles que de fato praticaram crimes graves.⁷

3. REPERCUSSÕES SOCIAIS DA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO A CONDENADOS EM CRIMES HEDIONDOS

Os fins da pena são claros quando da leitura da Lei nº 7210/84, privilegiando-se, portanto, a integração do apenado à sociedade, já que na maioria das vezes o condenado não teve acesso a condições mínimas de sociabilidade, encontrando-se à margem das questões determinantes do país e até mesmo relevantes no que diz respeito à sua pessoa, já que se trata de indivíduo muitas vezes sem registro, ou seja, que não existe como estatística, o que torna difícil sua individualização como ser social pensante.

Os crimes hediondos são aqueles que carregam carga subjetiva e sociológica maior, já que são considerados como de alta periculosidade, e sua posituação teve origem em um movimento que visava selecionar a atividade criminosa considerada mais repugnante de modo a conferir-lhe maiores penas, excluindo-se ao máximo seus autores.

A lei de crimes hediondos teve origem no ano de 1990, durante o governo Collor, mas, posteriormente, com o julgamento de Paula Thomaz e Guilherme de Pádua autores de um crime que chocou os brasileiros e veio a vitimar a atriz Daniela Perez, a época com apenas dezoito anos de idade, mostrou-se imperativa a aplicação de algumas alterações.

⁷ NASCIMENTO, Lazara Cristina Detração, remição e indulto: institutos de observância à dignidade da pessoa humana. Disponível na internet via: <http://www.webartigos.com/artigos/detracao-remicao-e-indulto-institutos-de-observancia-a-dignidade-da-pessoa-humana/52575/>. Artigo capturado em 11 nov 2011.

Assim, diante da grande repercussão do caso, a mãe da atriz, Glória Perez, colheu 1,3 milhão de assinaturas e conseguiu com isso a alteração da lei, de forma a torná-la mais severa.

Apesar das alterações alcançadas, logo foi discutida a constitucionalidade da lei e o artigo 2º parágrafo 1º da Lei nº 8072/90, acabou por ser revogado, já que o mesmo vedava a progressão de regime, impedindo, dessa forma a aplicação do preceito constitucional da individualização da pena insculpido no artigo 5º inciso XLVI da CRFB.

Nesse mesmo sentido, restou vedada a previsão da lei originária que impedia o cumprimento da pena em regime integralmente fechado em decisão que decorreu de controle difuso no HC 82.959-7/SP STF⁸.

Em que pese o judiciário sempre atuar no sentido de conferir razoabilidade a aplicação das penas, por certo a população pugna por medidas mais drásticas tendo em vista a constante provação a que é sujeita e pelas políticas públicas insuficientes.

Nestes termos, mostra-se difícil a compreensão, especialmente no que tange à concessão de indulto a apenados que cumprem regime hediondo, principalmente porque a questão técnica é deixada de lado e os ânimos afloram, o que provoca o vilipêndio a preceitos fundamentais e valorização das penas que possam trazer maiores prejuízos àquele que cometeu crimes.

A pressão social, muitas vezes alavancada pela mídia, que se alimenta de notícias chocantes, enfeitando-as para torná-las mais tenebrosas é também ingrediente que define a resistência social a medidas que sirvam para melhor integrar o condenado.

⁸ PENA – REGIME DE CUMPRIMENTO – PROGRESSÃO – RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. PENA - CRIMES HEDIONDOS – REGIME DE CUMPRIMENTO – PROGRESSÃO – ÓBICE – ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 – INCONSTITUCIONALIDADE – EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena – artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO PACIENTE(S) : OSEAS DE CAMPOS IMPETRANTE(S) : OSEAS DE CAMPOS ADVOGADO(A/S) : ROBERTO DELMANTO JUNIOR E OUTRO(A/S) COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

De maneira a ilustrar a citada tendência, podemos observar a seguinte notícia redigida pelo Tenente Dirceu C. Gonçalves⁹:

Surge uma nova modalidade de uso de menores pelos criminosos. A crônica policial tem se ocupado, nos últimos dias, dos casos das garotinhas que roubam lojas e assaltam transeuntes e das crianças que invadiram um hotel, foram levadas ao conselho tutelar, quebraram tudo e depois tentaram fazer o mesmo na delegacia de polícia. Esses acontecimentos, registrados em São Paulo, chamam a atenção para o mais grave da questão. Desprotegidas e totalmente inimputáveis, as crianças menores de 12 anos – que nem conduzidas ao distrito podem ser – passam a ser o novo braço das organizações criminosas que há muito já exploram e escravizam o “de menor”, que tem menos de 18 anos e pode ser internado em casas correccionais.

Nada impede que o crime organizado use menores de 12 anos para o transporte de armas e drogas e o cometimento de uma série de outros crimes. As crianças fazem toda a logística e, na hora h, os criminosos maiores assumem as armas e fazem a ação. Mesmo tendo participado do delito, esses menores não podem ser punidos e nem ao menos internados, restando disponíveis para novas práticas delituosas.

A legislação brasileira é, por muitos, considerada extremamente permissiva. Prevê “direitos humanos” para os bandidos mas não reconhece os mesmos direitos às vítimas dos bandidos e ao cidadão de bem. Trata o menor como se fosse ele um incapaz, a ponto de superprotegê-lo e, diante da falta de estrutura para dar-lhe o verdadeiro encaminhamento, o abandona à própria sorte. Agindo estaticamente e por amostragem, coloca os meninos e meninas como presas fáceis dos criminosos, que cometem os delitos e obrigam o menor a assumir a autoria [...]A sociedade precisa mobilizar-se e cobrar soluções, antes que seja demasiado tarde para qualquer providência.

Verifica-se, portanto, a forte resistência social, reiterada por posicionamentos como o acima exposto o que gera apenas a cristalização jurisprudencial e impede a compreensão do tema.

O que a sociedade deve compreender é que a concessão do benefício ora discutido em casos de apenados que se encontram em situações especiais não representa um retrocesso, mas sim, um passo a frente, na medida em que através de análise histórica se conclui que há integração social apenas com o devido incentivo e especificamente no caso ressaltado, trata-se de indivíduo que não apresenta periculosidade, razão pela qual não há impedimento a sua soltura.

Sobre o tema, ressalta Raúl Zaffaroni¹⁰ que:

O poder punitivo sempre discriminou os seres humanos e lhes conferiu um tratamento punitivo que não correspondia à condição de pessoas, dado que os considerava apenas como entes perigosos ou daninhos. Esses seres humanos são assinalados como inimigos da sociedade e,

⁹ AGORA MS. Uso de crianças no crime é hediondo por Tenente Dirceu C. Gonçalves. Disponível na internet via: <http://www.agorams.com.br/index.php?ver=ler&id=198146>, Acesso em 20 set 2011.

¹⁰ ZAFFARONI, E. Raúl. *O inimigo no direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 11.

por conseguinte, a eles é negado o direito de terem suas ingrações sancionadas dentro dos limites do direito penal liberal, isto é, das garantias que hoje o direito internacional dos direitos humanos estabelece universal e regionalmente

É imperativo que se tenha cuidado para que uma caça às bruxas não se estabeleça e, por conseguinte, restem soterrados princípios básicos, já que a força normativa de uma Carta Constitucional depende exclusivamente da valorização do ser humano.

Negar o indulto a pessoas constatadamente debilitadas é ir de encontro ao artigo 5º inciso XLVI da CRFB que preconiza a individualização da pena e, portanto a análise da situação de fato em que se encontra o apenado, o que além dos danos óbvios, pode gerar-lhe danos de natureza moral, já que ele se verá sem perspectivas de retornar ao convívio de sua família, ou mesmo falecer em seu lar, tornando a pena em si desimportante e a tão esperada integração social, um objetivo distante e até mesmo inalcançável.

Importante viés que deve ser analisado também, diz respeito a superlotação dos presídios. Como se sabe, trata-se de calamidade nacional.

A seguinte notícia¹¹ retrata a realidade quando aduz:

Superlotação, atendimento médico deficiente, estrutura precária, falta de atendimento jurídico e inexistência de projetos de educação e trabalho para os presos. Estes foram alguns dos problemas constatados em inspeção feita pelo Conselho Nacional de Política criminal e Penitenciária em oito unidades prisionais do Rio de Janeiro, em julho deste ano. O relatório da vistoria foi apresentado hoje (30) em audiência pública no Rio. Entre as unidades visitadas, cinco eram carceragens da Polícia Civil, que estão em processo de desativação, e três eram presídios. Segundo a juíza paranaense Christiane Bittencourt, uma das responsáveis pela inspeção no Rio, a pior situação é a do Presídio Ary Franco, na capital fluminense, considerado a porte de entrada para o sistema penitenciário do estado. Desde o processo de desativação das carceragens da Polícia Civil, iniciado em março deste ano, o Presídio Ary Franco tem sofrido com a superlotação. A unidade tem capacidade para 558 presos, mas, no momento da fiscalização havia 1442 detentos. Além de problemas físicos de uma construção que tem quase 40 anos e não está com a manutenção em dia, os presos ocupavam celas em condições insalubres[...]

Por se tratar, a superlotação, de uma realidade, há muito se observa necessário que o judiciário, assim, como a sociedade contatem a importância da concessão de indulto a apenados em condições especiais que se encontram cumprindo pena em regime hediondo.

¹¹ AGÊNCIA BRASIL. Inspeção constata superlotação e precariedade de serviços em cadeias do Rio de Janeiro. Disponível na internet via: <http://agenciabrasil.etc.com.br/noticia/2011-08-30/inspecao-constata-superlotaacao-e-precariedade-de-servicos-em-cadeias-do-rio-de-janeiro>. Acesso em 20 set 2011.

Não se mostra lógico ou prático o raciocínio de que o indivíduo deve ser penalizado independente de sua condição, por estar encarcerado em razão da prática de um crime hediondo.

Em decorrência da evolução jurisprudencial, presos em situações críticas vem sendo postos em liberdade, situação que indiscutivelmente colabora para o esvaziamento do sistema carcerário, que por certo, deve ser colocado em uso apenas como *ultima ratio*.

Não devem, portanto, as práticas punitivas estatais serem pautadas na estigmatização de um inimigo que deve ser punido a qualquer preço. Deve-se priorizar os efeitos práticos das medidas e suas decorrências sociais.

No presente caso, não há que se vislumbrar decorrências sociais negativas ou mesmo retrocesso.

4. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL ATUAL ACERCA DO TEMA

Inconteste a divergência que se estende ao longo dos anos, oriunda das controvérsias conceituais, omissivas e até mesmo da descontinuidade do encadeamento lógico do raciocínio legislativo que ora é lógico e ora não o é.

Melhor forma de se avaliar a coerência interpretativa da polêmica surgida em torno do assunto é sem sombra de dúvida uma análise com base na jurisprudência, já que esta se impõe na resolução dos casos concretos, não podendo aguardar a consensualidade da interpretação legal.

Consoante dispositivo constante do art. 126 do Código de Processo Civil, “O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia,

aos costumes e aos princípios gerais de direito.”¹² o juiz julgará de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.

Nesse sentido as leituras de recentes jurisprudências que seguem, de julgados em Câmaras Criminais do Rio de Janeiro são interessantes exemplos, a saber:

0019341-27.2011.8.19.0000 - HABEAS CORPUS 1ª **Ementa** DES. LUIZ ZVEITER - Julgamento: 24/05/2011 - PRIMEIRA CAMARA CRIMINAL HABEAS CORPUS. PEDIDO DE CONCESSÃO DE INDULTO HUMANITÁRIO QUE NÃO MERECE PROSPERAR. PACIENTE QUE OSTENTA CONDENAÇÃO POR CRIME HEDIONDO. VEDAÇÃO CONTIDA TANTO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL QUANTO NA LEI 8.072/90. DECRETO EXPEDIDO PELO PODER EXECUTIVO QUE SE SUBMETE AO CONTROLE DE LEGALIDADE E NÃO PODE SE SOBREPOR A LEI. ORDEM DENEGADA.¹³

0479568-17.2008.8.19.0001-AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL 1ª **Ementa** DES. MARCUS QUARESMA FERRAZ - Julgamento: 19/05/2010 - OITAVA CAMARA CRIMINAL. OITAVA CÂMARA CRIMINAL RECURSO DE AGRAVO N 0479568-17.2008.8.19.0001 (LEI Nº 7.210/84)AGRAVANTE: ANTONIO CARLOS FARIAS MARTINSAGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICOORIGEM: JUÍZO DA VARA DE EXECUÇÕES PENAISRELATOR: MARCUS QUARESMA FERRAZ Execução penal. Agravo contra decisão que indeferiu o benefício de **indulto humanitário** por tratar-se de **crime hediondo**. O entendimento pacificado no Supremo Tribunal Federal é no sentido de que o termo "graça" previsto no artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, engloba o "**indulto**" e a "comutação de pena" tendo esta a natureza de **indulto** parcial. O poder constitucional conferido ao Chefe do Poder Executivo para conceder "**indulto** e comutar pena, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em Lei" (artigo 84, XII, CF), sofre a restrição do artigo 5º, inciso XLIII, para excluir a possibilidade de sua concessão, quando se trata de condenação por **crime hediondo**. Agravo improvido.¹⁴

0055594-82.2009.8.19.0000(2009.059.07780)-HABEAS CORPUS 1ª **Ementa** DES. CAIRO ITALO FRANCA DAVID - Julgamento: 19/11/2009 - QUINTA CAMARA CRIMINAL. O apenado tem em trâmite na Vara de Execuções Penais duas Cartas de Execução de Sentença, nºs 2006/06191-5 e 2006/06193-1, sendo condenado pela prática dos delitos tipificados nos artigos 121, § 2º, I e 121, caput, ambos do Código Penal. O término da pena está previsto para 23/07/2022. Habeas Corpus, onde se pleiteia que seja concedido o **indulto humanitário**. 1. Pelo juízo da VEP foi indeferido o pedido de concessão do **indulto** previsto no Decreto Presidencial nº 6.706/2008, sob alegação de que o delito referente à CES 2006/06191-5 é **hediondo** (fl. 17). 2. Apenado que apresenta quadro demencial (com ecolalia, distúrbio de raciocínio, e com memória e atenção severamente prejudicados), sequelas motoras com dificuldade de marcha, diminuição de força em MS e MI, disartria, incontinência urinária e fecal, necessitando de assistência constante na realização de tarefas diárias devido às limitações. 3. O Decreto 6.706/08, em seu artigo 8º, parágrafo único, estendeu o favor presidencial ao apenado por crimes hediondos, acometido, cumulativamente, de doença grave, permanente, apresentando incapacidade severa, com grave limitação de atividade e restrição de participação, exigindo cuidados contínuos, desde que comprovada por laudo médico. 4. O paciente encontra-se com a sua saúde gravemente debilitada, necessitando

¹² BRASIL. Presidência da República. Lei nº 5869/73. Acesso em 10 out 2011.

¹³ TJ/RJ. Jurisprudência Disponível na internet via: <http://portaltj.tjrj.jus.br/web/guest;jsessionid=BFFBCE9164ECF5D301C074635734AE3C.node14> . Acesso em 10 out 2011.

¹⁴ TJ/RJ. Jurisprudência. . Disponível na internet via: <http://portaltj.tjrj.jus.br/web/guest/home>. Acesso em 10 out 2011.

de cuidados contínuos, conforme explicitado no relatório médico da Clínica da Secretaria de Administração Penitenciária, motivo pelo qual tem direito ao aludido **indulto humanitário**. 5. Ordem concedida, sendo declarada extinta a punibilidade do agente e determinada a expedição do respectivo Alvará de Soltura.¹⁵

Observa-se à simples análise que as decisões, embora sobre o mesmo assunto básico, pautaram-se em distintas fundamentações, ora concluindo pela concessão do pedido ora pela negativa. Nota-se com facilidade que predominou nos exemplos a negativa do pleito, primeiro com base no dispositivo constitucional e na Lei de Crimes Hediondos, ultrapassando sem discussão as controvérsias existentes entre os dois dispositivos, acerca do primeiro não se referir especificamente a indulto, deixando, possivelmente subentendido ao reconhecimento da expressão “graça”, como sinônimo de indulto.

Já a segunda decisão preferiu fundamentar-se na posição apoiada pelo Supremo Tribunal Federal, subliminarmente adotada na decisão anterior, de que “o termo “graça” previsto no artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, engloba o **“indulto”**”. Estendeu-se ainda o julgador no sentido de legitimar o Presidente da República, com fulcro no artigo 87, XII da CRFB, para fazendo uso de sua discricionariedade, poder decretar ou não o indulto pretendido, esquecendo que a discricionariedade não pode se sobrepor à existência da lei.

Por fim, apresenta-se a terceira jurisprudência para conceder “indulto humanitário” para paciente condenado por crime hediondo. Tal julgamento bem caracteriza o esgarçamento do tecido legislativo, que diante de condições fáticas específicas se vale do Decreto nº 6.706/08, em seu artigo 8º, parágrafo único, no sentido de elastizar os rigores da lei para compensar atitudes de aviltamento da dignidade do ser humano, seja ele quem for, respeitando preceito constitucional que preconiza a igualdade de todos perante a lei.

Entendimentos também recentes do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, assim se manifestam acerca das peculiaridades do Indulto:

¹⁵ TJ/RJ. Jurisprudência. Disponível na internet via: <http://portaltj.tjrj.jus.br/web/guest/home>. Acesso em 10 out 2011.

Tribunal: Tribunal de Justiça do RS Seção: CRIME Tipo de Processo: Agravo Órgão Julgador: Sétima Câmara Criminal Decisão: Acórdão Relator: Carlos Alberto Etcheverry Comarca de Origem: Comarca de São Borja Ementa: AGRAVO EM EXECUÇÃO. DECRETO Nº 7.420/2010. INDULTO. CRIME HEDIONDO EM CONCURSO COM OUTRO CRIME. Diante do concurso de crimes, sendo um deles hediondo, o apenado tem direito ao indulto em relação ao outro, não hediondo, quando presentes os requisitos do Decreto 7.420/2010, ou seja, após o cumprimento de 2/3 da pena do crime impeditivo. No caso, o indulto foi corretamente concedido em relação ao segundo crime. AGRAVO DESPROVIDO. (Agravo Nº 70043185636, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Alberto Etcheverry, Julgado em 28/07/2011)Data de Julgamento: 28/07/2011¹⁶

Tribunal de Justiça do RS Seção: CRIME Tipo de Processo: Agravo Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal Decisão: Acórdão Relator: Laís Rogéria Alves Barbosa Comarca de Origem: Comarca de Canela Ementa: AGRAVO EM EXECUÇÃO. INDULTO. COMUTAÇÃO. CRIME EQUIPARADO À HEDIONDO. IMPOSSIBILIDADE. DECRETO Nº 7.420/2010. O artigo 8º, I, do Decreto 7.420/2010 obsta a concessão de qualquer dos benefícios do decreto natalino aos condenados por crime de tortura, terrorismo ou tráfico ilícito de drogas, nos termos dos arts. 33, caput e §1º, e 34 a 37 da Lei no 11.343, de 23 de agosto de 2006. Outrossim, o próprio art. 44 da Lei 11.343/06 veda a concessão de vários benefícios, dentre eles o indulto, aos que cometem os crimes previstos nos artigos acima referidos. Insta salientar, inclusive, que a tipificação penal está no caput do art. 33, bem como em seus parágrafos 1º, 2º e 3º, enquanto que o § 4º do mesmo artigo não se trata de figura penal típica, mas tão-só de uma causa redutora de pena aplicável, desde que preenchidos os requisitos, aos condenados nos tipos penais constantes tanto do caput como do parágrafo 1º do artigo em questão. AGRAVO DESPROVIDO. (Agravo Nº 70042455006, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Laís Rogéria Alves Barbosa, Julgado em 14/07/2011)Data de Julgamento: 14/07/2011Publicação: Diário da Justiça do dia 08/08/2011¹⁷

Tribunal: Tribunal de Justiça do RS Seção: CRIME Tipo de Processo: Agravo Órgão Julgador: Oitava Câmara Criminal Decisão: Acórdão Relator: Dálvio Leite Dias Teixeira Comarca de Origem: Comarca de Santo Ângelo Ementa: AGRAVO EM EXECUÇÃO. ESTUPRO. CRIME HEDIONDO. INDULTO. IMPOSSIBILIDADE DA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. - Segundo posição sedimentada do Supremo Tribunal Federal, os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor, tanto nas suas formas simples como nas qualificadas, constituem crimes hediondos, nos termos do art. 1º, incisos V e VI da Lei nº 8.072/90. Prescindível para tal caracterização que a prática desses ilícitos penais tenha causado lesões corporais de natureza grave ou morte à vítima. - Considerando que condenado cumpre pena pelo crime de estupro, irretocável a decisão que indeferiu o pedido de indulto, em consonância com o disposto no art. 8º, inciso II, do Decreto 7.420/2010, que veda expressamente a concessão do benefício a condenados por crimes hediondos. Agravo improvido. (Agravo Nº 70041421843, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Dálvio Leite Dias Teixeira, Julgado em 30/03/2011)Data de Julgamento: 30/03/2011Publicação: Diário da Justiça do dia 09/05/2009¹⁸

Há que se observar que longe das discussões doutrinárias, o posicionamento da jurisprudência gaúcha se apresenta predominantemente de forma direta, onde não se observa a discussão dos bancos acadêmicos, restando incontestado o posicionamento daquele Tribunal com base no estabelecido nas leis mais recentes. De qualquer forma, o posicionamento que se

¹⁶ TJRS. Jurisprudência. Disponível na internet via: <http://www.tjrs.jus.br/site/>. Acesso em 10 out 2011.

¹⁷ TJRS. Jurisprudência Disponível na internet via: <http://www.tjrs.jus.br/site/>. Acesso em 10 out 2011.

¹⁸ TJRS. Jurisprudência. Disponível na internet via: <http://www.tjrs.jus.br/site/>. Acesso em 10 out 2011.

afasta do dispositivo constitucional só vem a reforçar a hipótese de inconstitucionalidade das demais leis, pelo menos enquanto não se estabelecer os conceitos definidos dos termos empregados no dispositivo que abarca o assunto em comento.

Mister conhecer ainda através da visão do julgamento da Câmara Criminal do Estado de São Paulo que bem sintetiza a miscelânea legal que está à disposição dos julgadores, neste caso sim, deixando ao livre arbítrio do julgador a compreensão que melhor lhe convier:

0043500-39.2011.8.26.0000 Agravo de Execução Penal Relator(a): Amado de Faria Comarca: Diadema Órgão julgador: 15ª Câmara de Direito Criminal Data do julgamento: 18/08/2011 Data de registro: 06/09/2011 Outros números: 00435003920118260000 Ementa: AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL - INDULTO - PENA DE MULTA - SENTENCIADA CONDENADA POR CRIME DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES - CONCESSÃO - INADMISSIBILIDADE - Óbice constitucional ? Vedação à anistia, fiança e graça - Texto magno que, conquanto não se refira expressamente ao indulto, nem por isso o autoriza em relação aos autores deste crime ? Indulto ? Mercê que possui identidade ontológica com o benefício da graça, desta se diferenciando apenas por ser mais abrangente, motivo pelo qual seria ilógica a conclusão de que o constituinte originário pretendia vedar somente o primeiro ? Decreto Presidencial que é ineficaz na parte que autoriza o indulto da pena de multa a condenados por tráfico de entorpecentes, na medida em que contraria a vontade da Constituição da República - Questão apreciada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de ação direta de inconstitucionalidade - Precedente afirmando a vedação do benefício do indulto aos autores do crime de tráfico de entorpecentes - Decisão concessiva da mercê cassada ? Recurso de agravo em execução provido.¹⁹

Finalmente, não se pode deixar de citar a recente posição pontual do Supremo Tribunal Federal, paradigmas esclarecedores das controvérsias existentes:

HC 104817 / RJ - RIO DE JANEIRO HABEAS CORPUS Relator(a):Min. GILMAR MENDES Julgamento:23/11/2010 Órgão Julgador:Segunda TurmaPublicação DJe-243 DIVULG 13-12-2010 PUBLIC 14-12-2010 EMENT VOL-02450-01 PP-00176Parte(s) PACTE.(S) : PAULO CÉSAR VENÂNCIO DA SILVAIMPTE.(S: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIROPROC.(A/S)(ES):DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIROCOATOR(A/S)(ES): RELATOR DO HC Nº 124422 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA Ementa Habeas Corpus. 2. Homicídio qualificado praticado antes do advento da Lei n.º 8.072/90. Concessão de indulto. Possibilidade. Observância do princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa. (art. 5º, XL, da CF). 3. Constrangimento ilegal caracterizado. 4. Ordem concedida. Decisão Deferida a ordem, nos termos do voto do Relator. Decisão unânime. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Celso de Mello e a Senhora Ministra Ellen Gracie. 2ª Turma, 23.11.2010.²⁰

HC 103618 / RS - RIO GRANDE DO SUL HABEAS CORPUS Relator(a):Min. DIAS TOFFOLI Julgamento:24/08/2010. Órgão Julgador:Primeira TurmaPublicação DJe-

¹⁹ TJSP. Jurisprudência. Disponível na internet via: <http://www.tj.sp.gov.br/>_ Acesso em 20 out 2011.

²⁰ STF. Jurisprudência. Disponível na internet via: <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>. Acesso em 20 nov 2011.

213 DIVULG 05-11-2010 PUBLIC 08-11-2010 EMENT VOL-02426-01 PP-00128
Parte(s) PACTE.(S) : AURIDES DOS SANTOS LEAL IMPTE.(S) :
 DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-
 GERAL FEDERAL COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
EMENTA Habeas Corpus. Comutação de pena. Indulto. Inadmissibilidade. Crime equiparado a hediondo caracterizado. Impossibilidade. Aplicação do art. 8º, II, do Decreto nº 6.706/08. Ordem denegada. 1. A comutação nada mais é do que uma espécie de indulto parcial (em que há apenas a redução da pena). Daí porque a vedação à concessão de indulto em favor daqueles que praticaram crime hediondo - prevista no art. 2º, I, da Lei nº 8.072/90 - abrange também a comutação. Precedentes. (HC nº 84.734/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe de 26/3/10; HC nº 96;431/RJ, Segunda Turma, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe de 15/5/09; HC nº 94.679/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe de 19/12/08). 2. Ordem denegada. Decisão A Turma indeferiu o pedido de habeas corpus, nos termos do voto do Relator. Unânime. Não participou, justificadamente, deste julgamento, a Ministra Cármen Lúcia. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. 1ª Turma, 24.08.2010.²¹

5. CONCLUSÃO

Em análise ao instituto do indulto, em especial o humanitário e seu cabimento em casos específicos nos quais os apenados cometeram crimes hediondos, foi possível observar que o instituto discutido que possui natureza de causa extintiva de punibilidade e encontra-se positivado no artigo 107 inciso II do Código Penal deve ser observado de por diferentes prismas.

Por um lado, trata-se de exercício do poder discricionário do presidente da República na forma do artigo 84 inciso XII da Constituição da República Federativa do Brasil cuja concessão após a lavratura do Decreto Presidencial se dá nos moldes da individualização de pena, ou seja, caberá ao Juiz da Vara de Execuções Penais observar se os requisitos amoldam-se àquele indivíduo especificamente.

Assim, a divergência cinge-se em confrontar a liberdade do Presidente em determinar quais indivíduos serão atingidos por sua medida com a previsão constitucional insculpida no artigo 5º inciso XLII que positiva a impossibilidade de os crimes hediondos serem sujeitos a anistia e graça.

Outra questão relevante é a análise da Lei 8072/90 e mais especificamente seu artigo

²¹ STF. Jurisprudência. <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>. Acesso em 20 nov 2011.

2º que traz vedação especificamente ao indulto, o que não se observa na previsão constitucional, que traz apenas a vedação à graça, também entendida como indulto individual de acordo com a doutrina.

Os Tribunais vêm ao longo dos anos se posicionando no sentido de deixar de aplicar o benefício àqueles que cometerem crime de natureza grave, porém, pode-se observar que em decorrência de um assentamento doutrinário e jurisprudencial, vem sendo mitigado o entendimento quando se trata do chamado indulto humanitário.

Tal entendimento é escoreito na medida em que constata a inconstitucionalidade do artigo 2º da Lei 8072/90 por violação ao princípio da legalidade, já que o artigo 5º inciso XLIII da Constituição da República Federativa do Brasil, excluiu apenas a graça e a anistia, razão pela qual não há óbice a concessão do indulto.

O entendimento em sentido contrário viola o princípio da individualização da pena que se encontra positivado no artigo 5º XLVI da CRFB por limitar o magistrado quando da concessão do benefício.

Os indicativos acima citados, por certo configuram questões referentes a técnica jurídica e são alegações fortes no sentido de ser possível a concessão de indulto a apenados que cumprem pena em regime mais gravoso, porém, nos casos específicos de possibilidade de concessão do chamado indulto humanitário, deve a decisão pautar-se em questão moral e não meramente técnica.

Em tais situações que são extremas e dolorosas, deve axiologicamente prevalecer o princípio da humanidade, que torna inevitável a concessão do indulto, também para os condenados por delitos hediondos.

Medida em sentido contrário não se mostra compreensível já que o indivíduo que se encontra em situação derradeira, ou mesmo que se encontra limitado a desempenhar as funções básicas da vida não deve ser submetido a pena que de nada lhe servirá.

A pena não é mero castigo sem finalidade, trata-se de medida de integração social, trata-se de tentativa do Estado de converter o indivíduo e trazê-lo à realidade social.

Nestes termos, não se mostra condizente com os fins da Lei de Execuções Penais (Lei 7210/84) que se sujeite uma pessoa a chamada pena pela pena, devendo ser observado o princípio da humanização bem como os valores de um Estado constitucional e humanitário de

Em termos práticos, a concessão de indulto a esses indivíduos, por certo garante mais vagas em um sistema prisional abarrotado e que não oferece condições mínimas àquele que deseja ser integrado. Tais condições, ao contrário do que prevê a LEP, levam os indivíduos encarcerados a piorarem seus costumes, como é notório, realizando verdadeiros intercâmbios criminosos.

A jurisprudência atual vem apontando para mudanças no conceito bitolado antes existente. O simples fato de se pronunciar a palavra “hediondo” não pode se revelar como óbice à sensatez e mesmo ao exercício do raciocínio já que parece óbvio o melhor caminho a ser seguido.

REFERÊNCIAS

AGORA MS. Uso de crianças no crime é hediondo por Tenente Dirceu C. Gonçalves. <http://www.agorams.com.br/index.php?ver=ler&id=198146>. Acesso em 20 set 2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Habeas Corpus 0019341-27.2011.8.19.0000. Disponível via internet em: <http://portaltj.tjrj.jusbr/web/guest;jsessionid=BCE9164ECF5D301C074635734AE3C.node14>Acesso em 10 out 2011.

AGÊNCIA BRASIL. Inspeção constata superlotação e precariedade de serviços em cadeias do Rio de Janeiro. Disponível via internet em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/2011-08-30/inspecao-constata-superlotacao-e-precariedade-de-servicos-em-cadeias-do-rio-de-janeiro>. Acesso em 20 set 2011.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília. DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Presidência da República. Lei nº 8072/90. Disponível via internet em: <http://www2.planalto.gov.br/>. Acesso em 14 de setembro de 2011.

BRASIL. Presidência da República. Lei nº 5869/73. Disponível via internet em: <http://www2.planalto.gov.br/>. Acesso em de 10 outubro de 2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo Nº 70043185636, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Alberto Etcheverry, Julgado em 28/07/2011). Disponível via internet em: 28/07/2011. <http://www.tjrs.jus.br/site/>. Acesso em 10 out 2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo Nº 70042455006, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Laís Rogéria Alves Barbosa, Julgado em 14/07/2011). Data de Julgamento: 14/07/2011Publicação: Diário da Justiça do dia 08/08/2011. Disponível via internet em: <http://www.tjrs.jus.br/site/>. Acesso em 10 out 2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo Nº 70041421843, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Dálvio Leite Dias Teixeira, Julgado em 30/03/2011). Data de Julgamento: 30/03/2011Publicação: Diário da Justiça do dia 09/05/2009. Disponível via internet em: <http://www.tjrs.jus.br/site/>. Acesso em 10 out 2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Execução Penal 0043500 39.2011.8.26.0000 Relator (a): Amado de Faria Comarca: Diadema Órgão julgador: 15ª Câmara de Direito Criminal Data do julgamento: 18/08/2011. Data de registro: 06/09/2011. Disponível via internet em: <http://www.tj.sp.gov.br/>. Acesso em 10 out 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Federal. HC 103618 / RS - RIO GRANDE DO SUL HABEAS CORPUS. Relator (a):Min. DIAS TOFFOLI Julgamento:24/08/2010. Órgão

Julgador:Primeira Turma Publicação Dje 213. Disponível via internet em: <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>. Acesso em 10 out 2011.

DETRAÇÃO, REMISSÃO E INDULTO: INSTITUTOS DE OBSERVÂNCIA À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. <http://www.webartigos.com/artigos/detracao-remicao-e-indulto-institutos-de-observancia-a-dignidade-da-pessoa-humana/52575/>. Acesso em 11 nov 2011.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. 34 ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2007.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. *En busca de las penas perdidas*. 1. ed. Buenos Aires: Ediar, 2005.

JACKOBS, Günter; MELIÁ, Manuel Cancio. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.