

RENATO BRASILEIRO DE LIMA

Ex-Defensor Público da União
Ex-Professor da Universidade Federal de Juiz de Fora
Ex-Professor de Processo Penal da Rede LFG
Promotor da Justiça Militar da União em São Paulo
Professor de Processo Penal e Legislação Criminal Especial
do Complexo de Ensino Renato Saraiva (Portal Carreira Jurídica)

LEGISLAÇÃO CRIMINAL ESPECIAL COMENTADA

3ª EDIÇÃO

REVISTA, AMPLIADA E ATUALIZADA

2015

 EDITORA
*Jus*PODIVM

coletiva de pessoas movidas por propósitos sociais ou reivindicatórios, desde que os objetivos e meios sejam compatíveis e adequados à sua finalidade” (art. 239, § 7º).

5. VEDAÇÃO À CONCESSÃO DE ANISTIA, GRAÇA E INDULTO.

5.1. Anistia.

Espécie de indulgência soberana, a anistia deve ser compreendida como o esquecimento jurídico da infração penal e tem por objeto fatos definidos como crimes, e não pessoas. Pode ser concedida antes ou depois da condenação, podendo ser total ou parcial. Tem o condão de extinguir todos os efeitos penais, inclusive o pressuposto de reincidência. Subsiste, no entanto, a obrigação de indenizar.

Recai sobre o Congresso Nacional, por meio de lei federal, a competência para a concessão da anistia (CF, art. 48, VIII), que terá o condão de extinguir a punibilidade (CP, art. 107, II), independentemente da aceitação dos anistiados, sendo certo que, uma vez concedida, não pode ser revogada.

Geralmente, a anistia é concedida pelo Congresso Nacional apenas em relação a crimes políticos, militares ou eleitorais. Nesse sentido, basta ver o exemplo da Lei nº 12.505/11, que concedeu anistia aos crimes militares e infrações disciplinares conexas praticados por policiais e bombeiros militares de diversos Estados da Federação que participaram de movimentos reivindicatórios por melhorias de vencimentos e de condições de trabalho. No entanto, não há vedação à concessão da anistia a todo e qualquer delito, inclusive crimes de natureza comum. Por isso mesmo, o constituinte originário teve o cuidado de vedar a concessão da anistia aos crimes hediondos e equiparados (CF, art. 5º, XLIII), vedação esta que, obviamente, também consta da Lei dos Crimes Hediondos (art. 2º, I).

5.2. Graça.

A graça tem por objeto crimes de natureza comum e é concedida pelo Presidente da República, por Decreto, a um indivíduo determinado, condenado irrecorrivelmente, provocando a extinção da punibilidade (CP, art. 107, II).

Apesar de a Constituição Federal fazer menção expressa à graça ao vedar sua concessão aos crimes hediondos e equiparados (art. 5º, XLIII), a mesma Constituição Federal não mais consagra essa espécie de clemência soberana como instituto autônomo. Nesse sentido, basta atentar para o quanto disposto no art. 84, XII, da Carta Magna, que prevê que compete ao Presidente da República conceder indulto, sem que haja qualquer referência à graça. Por isso, a graça acaba sendo tratada pela doutrina majoritária como espécie de **indulto individual**. Em síntese, pode-se dizer que, na hipótese de concessão de perdão a um único condenado, ter-se-á graça; na hipótese de o perdão abranger um grupo indeterminado de condenados, fala-se apenas em indulto.

De acordo com o art. 188 da Lei de Execução penal, a concessão do indulto individual pode ser postulada por petição do condenado, por iniciativa do Ministério Público, do Conselho Penitenciário, ou da autoridade administrativa (Lei de Execução Penal, art. 188).

5.3. Indulto.

A terceira e última espécie de indulgência soberana é o indulto propriamente dito, ou **indulto coletivo**, que se dirige a um grupo indefinido de condenados, sendo delimitado pela natureza do crime e quantidade de pena aplicada, além de outros requisitos objetivos e subjetivos porventura listados em Decreto expedido pelo Presidente da República, sobre quem recai a competência para sua concessão (CF, art. 84, XII), a qual, todavia, pode ser delegada a seus ministros (CF, art. 84, parágrafo único). Há quem se refira à outra modalidade de indulto, o **indulto parcial**, também conhecido como **comutação de pena**, que não tem o condão de causar a extinção da punibilidade, provocando apenas a diminuição da pena a ser cumprida.

Ao se referir às vedações aos crimes hediondos e equiparados, o art. 5º, XLIII, da Constituição Federal, faz menção apenas à anistia e à graça, deixando de mencionar expressamente o indulto. Por esse motivo, parte da doutrina sustenta que, ao ampliar as vedações para os crimes hediondos e equiparados, proibindo a concessão do indulto em seu art. 2º, I, o legislador da Lei nº 8.072/90 teria incorrido em flagrante inconstitucionalidade. De mais a mais, como a Constituição Federal se refere à competência exclusiva do Presidente da República para conceder indulto (art. 84, XII), sem estabelecer quaisquer limitações em virtude da natureza da infração penal, não poderia o legislador ordinário estabelecer uma vedação material não ressalvada expressamente pela Carta Magna.

Prevalece, no entanto, o entendimento de que a expressão *graça* a que se refere o art. 5º, XLIII, da Constituição Federal, deve ser objeto de interpretação extensiva para também abranger a vedação da concessão de indulto, já que as duas causas extintivas da punibilidade são espécies de clemência soberana, com a única diferença de que aquela é concedida de maneira individualizada e esta para um grupo indeterminado de condenados. Destarte, a proibição de um instituto – graça (indulto individual) – permite ao legislador infraconstitucional a proibição do outro – indulto coletivo. Consequentemente, ao se referir à competência do Presidente da República para a concessão do indulto, o art. 84, XII, da Carta Magna, refere-se não apenas à concessão do indulto coletivo como também à concessão do indulto individual (graça).⁵⁵

Nessa linha, entende o Supremo que é constitucional o art. 2º, I, da L. 8.072/90, porque, nele, a menção ao indulto é meramente expletiva da proibição de graça aos condenados por crimes hediondos ditada pelo art. 5º, XLIII, da Constituição. Na Constituição, a graça individual e o indulto coletivo – que ambos, tanto podem ser totais ou parciais, substantivando, nessa última hipótese, a comutação de pena – são modalidades do poder de graça do Presidente da República (art. 84, XII) – que, no entanto, sofre a restrição do art. 5º, XLIII, para excluir a possibilidade de sua concessão, quando se trata de condenação por crime hediondo.⁵⁶

55 No sentido de que o inciso I do art. 2º da Lei 8.072/90 retira seu fundamento de validade diretamente do art. 5º, XLIII, da Constituição Federal, destacando, ademais, que o art. 5º, XLIII, da Constituição, que proíbe a graça, gênero do qual o indulto é espécie, nos crimes hediondos definidos em lei, não conflita com o art. 84, XII, da Lei Maior: STF, Pleno, HC 90.364/MG, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 31/10/2007, DJe 152 29/11/2007.

56 STF, 1ª Turma, HC 81.565/SC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 19/02/2002, DJ 22/03/2002. No sentido de não ser possível o deferimento de indulto a acusado condenado por tráfico ilícito de drogas, ainda que tenha sido aplicada a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, já que remanesce a tipicidade do crime: STJ, 6ª Turma, HC 167.825/MS, Rel. Min. Alderita Ramos de Oliveira – Desembargadora convocada do TJ/PE –, j. 16/08/2012.

De todo modo, ainda que se queira arguir a inconstitucionalidade do art. 2º, I, da Lei nº 8.072/90, no tocante à vedação da concessão de indulto, como a competência para conceder o indulto é do Presidente da República, se acaso constar do Decreto Presidencial eventual restrição à concessão do referido benefício aos autores de crimes hediondos e equiparados, não é dado ao Poder Judiciário ampliar sua concessão a tais delitos, sob pena de violação ao princípio da separação dos poderes (CF, art. 2º). A título de exemplo, o Decreto nº 7.873/12, que concedeu indulto natalino e comutação de penas, dispõe expressamente que tais benefícios não alcançam as pessoas condenadas por crime de tortura ou terrorismo, por tráfico ilícito de droga ou por crime hediondo (art. 8º, I, II, e III). Ora, como a concessão de indulto aos condenados a penas privativas de liberdade insere-se no exercício do poder discricionário do Presidente da República (CF, art. 84, XII), haveria evidente usurpação dessa atribuição constitucional se acaso o Poder Judiciário ampliasse a concessão da referida benesse a tais delitos.⁵⁷

Outrossim, na medida em que a **comutação de pena** (diminuição da pena) é tida como espécie de indulto – indulto parcial –, também se revela inadmissível sua aplicação a crimes hediondos e equiparados. Nessa linha, como já se pronunciou a 1ª Turma do Supremo, “a comutação nada mais é do que uma espécie de indulto parcial (em que há apenas a redução da pena). Daí por que 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”.⁵⁸

Especificamente em relação ao crime de tortura, especial atenção deve ser dispensada ao art. 1º, § 6º, da Lei nº 9.455/97: “o crime de tortura é inafiançável e insuscetível de graça ou anistia”. Como se percebe, ao contrário da Lei dos Crimes Hediondos, que veda expressamente a concessão da anistia, da graça e do indulto (Lei nº 8.072/90, art. 2º, I), a Lei nº 9.455/97 proíbe apenas a graça e a anistia. Em face da omissão da proibição do indulto, parte da doutrina sustenta que, por se tratar de norma especial e posterior, o art. 2º, I, terceira figura, da Lei nº 8.072/90, teria sido tacitamente revogado pela Lei nº 9.455/97. Logo, condenados pela prática de crimes hediondos, tráfico de drogas e terrorismo também fariam jus ao indulto.⁵⁹

A despeito desse entendimento doutrinário, sob o argumento de que a proibição do indulto decorre diretamente da Constituição Federal, que, ao vedar a graça em seu art. 5º, XLIII, também estaria por vedar implicitamente o indulto, há precedentes do Supremo Tribunal Federal no sentido de que é vedada a concessão de indulto aos condenados pela prática do crime de tortura, ou qualquer outro crime hediondo e equiparado.⁶⁰

57 No sentido de que anistia, indulto, graça e comutação de pena constituem objeto do exercício do poder discricionário do Presidente da República, cujo Decreto pode, observando as limitações constitucionais, prever a concessão do benefício apenas a condenados que preencham certas condições ou requisitos: STF, 2ª Turma, HC 96.431/RJ, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 14/04/2009, DJe 089 14/05/2009.

58 STF, 1ª Turma, HC 103.618/RS, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 24/08/2010, DJe 213 05/11/2010. E ainda: STF, 1ª Turma, HC 81.567/SC, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 19/02/2002, DJ 05/04/2002; STF, 2ª Turma, HC 81.402/SC, Rel. Min. Nelson Jobim, j. 18/12/2001, DJ 31/05/2002; STF, 1ª Turma, HC 81.410/SC, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 19/02/2002, DJ 21/06/2002.

59 Nesse sentido: GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Crimes hediondos, tóxicos, terrorismo, tortura*. 3ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004. p. 106.

60 No sentido da inconstitucionalidade da possibilidade de que o indulto seja concedido aos condenados por crimes hediondos, de tortura, terrorismo ou tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, independentemente do lapso temporal da condenação: STF, Pleno, ADI 2.795 MC/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 08/05/2003, DJ 20/06/2003.

Por fim, em relação ao chamado **indulto humanitário**, ou seja, aquele concedido por razões de grave deficiência física ou em virtude de debilitado estado de saúde, prevalece na doutrina o entendimento de que a referida causa extintiva da punibilidade pode ser concedida inclusive para condenados por crimes hediondos ou assemelhados, hipótese à qual não seria aplicável a vedação do art. 2º, I, da Lei nº 8.072/90. Por força do princípio da humanidade, até mesmo condenados por crimes de especial gravidade têm o direito de padecer seu estado doentio em sossego ou de preparar-se para a morte com dignidade, notadamente nas hipóteses em que os cuidados médicos não possam ser prestados no próprio estabelecimento penal.⁶¹ A título de exemplo, o próprio Decreto nº 7.873/12 autoriza expressamente a concessão do indulto natalino às pessoas com paraplegia, tetraplegia ou cegueira, desde que tais condições não sejam anteriores à prática do delito, mesmo que a condenação seja referente à prática de crime de tortura, terrorismo, tráfico de drogas e crimes hediondos (Dec. 7.873/12, art. 1º, inciso X, alínea “a”, c/c art. 8º, parágrafo único).

Sem embargo do entendimento doutrinário, há precedentes da 2ª Turma do Supremo no sentido de que não é possível o deferimento de indulto humanitário a réu condenado por tráfico de drogas, ainda que tenha sido aplicada a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, porquanto se trata de circunstância que não altera a natureza hedionda do crime. Na visão daquele órgão colegiado, a proibição do art. 5º, XLIII, da CF, seria aplicável ao indulto individual e ao indulto coletivo.⁶²

6. LIBERDADE PROVISÓRIA.

A liberdade provisória funciona como medida cautelar que permite ao investigado (ou acusado) permanecer em liberdade durante o curso da persecução penal, desde que cumpra determinados vínculos. O direito à liberdade provisória tem fundamento constitucional no art. 5º, inciso LXVI, segundo o qual *ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança*. Como consectário lógico da regra de tratamento que deriva do princípio da presunção de inocência, cuida-se de verdadeiro direito subjetivo do cidadão preso frente ao Estado, quando ausentes razões de cautela, e não de um poder discricionário atribuído ao juiz, que não pode impor uma prisão cautelar sem a necessária motivação judicial.⁶³

Antes do advento da Lei nº 12.403/11, a liberdade provisória funcionava apenas como uma medida de contracautela que substituíam a prisão em flagrante – nunca a preventiva e a temporária, com as quais era incompatível –, se presentes determinados pressupostos e sob determinadas condições de manutenção da liberdade. Funcionava, pois, tão somente como sucedâneo da prisão em flagrante. Nessa hipótese, em que a liberdade provisória funciona como medida de contracautela, que ainda subsiste com o advento da Lei nº 12.403/11 (CPP, art. 310, III), o acusado posto em liberdade fica submetido a certas obrigações que o vinculam ao processo e ao juízo, com o escopo de assegurar sua presença aos atos do processo sem a necessidade de que permaneça privado de sua liberdade. Daí se dizer que é provisória, pois a liberdade não é definitiva, encontrando-se sujeita a condições resolutorias, que podem acarretar sua revogação.

61 LEAL, João José. A Lei nº 8.072/90 – LCH e a proibição do indulto humanitário, *Boletim IBCCrim*, nº 147, fevereiro de 2005.

62 STF, 2ª Turma, HC 118.213/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 06/05/2014, DJe 149 01/08/2014.

63 Nessa linha: OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Regimes constitucionais da liberdade provisória*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p. 99.