



Centro Universitário de Brasília - Uniceub
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS

Gustavo Henriques da Silva

**QUESTÕES POLÊMICAS EM TORNO DO INDULTO
PARA CRIMES HEDIONDOS**

Brasília
2017

Gustavo Henriques da Silva

**QUESTÕES POLÊMICAS EM TORNO DO INDULTO
PARA CRIMES HEDIONDOS**

Monografia apresentada ao Curso de Direito do
Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais -
FAJS, como requisito parcial para obtenção do
título de Bacharel em Direito.
Orientador: Professor Humberto Fernandes de
Moura

Brasília
2017

AGRADECIMENTO

Agradeço, primeiramente, a Deus, minha razão de existir; ao professor Humberto Fernandes de Moura, pela sabedoria, determinação e paciência com a qual me orientou durante a realização deste trabalho; à minha família, sobretudo minha amada irmã, e aos meus colegas de curso, os quais sempre me ajudaram na medida do possível.

Sumário

1. Introdução	7
2. Crimes hediondos :	10
2.1. Previsão constitucional e sistemas de classificação do crime hediondo:.....	10
2.2. Crimes equiparados a hediondos.....	17
2.3. Temas polêmicos relativos aos crimes hediondos:	24
2.4. Liberdade provisória:	24
2.5. Regime inicial para cumprimento de pena e progressão de regime nos crimes hediondos.....	26
2.6. Substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito	28
2.7. Suspensão condicional da pena em relação aos crimes hediondos.....	29
2.8. Benefícios prisionais aplicáveis aos crimes hediondos	30
2.9. Recolhimento à prisão para apelar	31
2.10. Prisão temporária em crimes hediondos e equiparados.....	33
3. Da anistia, da graça e do indulto.....	36
3.1 Da anistia.....	36
3.2 Do indulto	41
3.3 Da possibilidade de indulto aos crimes hediondos	44
4. Conclusão	51
5. Referencias.....	54

RESUMO

Compreender o sistema dos crimes hediondos e suas formas equiparadas vem sendo um desavio aos operadores do direito. Essa dificuldade se dá por vários fatores, entre eles: ausência de regulamentação específica e a falta de interesse por parte dos doutrinadores. Além disso, diversas questões polêmicas permeiam os crimes hediondos, tais como: a concessão de indulto, a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, a aplicação da suspensão condicional da pena, se há necessidade de recolhimento à prisão para apelar ou se a prisão temporária também é aplicada a estes delitos e suas formas equiparados. Por essas razões que o estudo pormenorizado dos crimes hediondos e das questões polêmicas que norteiam o presente instituto se tornam tão importantes. Analisar a possibilidade da concessão do indulto aos crimes hediondos vem se tornando um assunto ainda mais polêmico, haja vista que esses delitos, por carregarem um grau maior de reprovabilidade e possuírem um tratamento diferenciado pela legislação interna, acabam gerando um desconforto tanto no campo jurídico e social.

PALAVRAS-CHAVE: Indulto- Crimes Hediondos e Equiparados - Questões Polêmicas - Concessão

ABSTRACT

Understanding the system of heinous crimes and their assimilated forms has been a displeasure to the operators of the law. This difficulty is due to several factors, among them: lack of specific regulation and lack of interest on the part of the doctrinators. In addition, a number of controversial issues pervade heinous crimes, such as: the granting of pardon, the possibility of replacing the custodial sentence with legal restrictions, the application of the conditional suspension of the sentence, if there is a need for remand in prison to appeal Or whether temporary custody is also applied to these offenses and their assimilated forms. For these reasons, the detailed study of the heinous crimes and controversial issues that guide this institute becomes so important. Analyzing the possibility of granting pardon to the heinous crimes has become an even more controversial subject, since these crimes, because they carry a greater degree of reprobability and have a differential treatment by the domestic legislation, end up generating discomfort in both the legal and social.

1. INTRODUÇÃO

A presente monografia busca analisar quais são os delitos hediondos e suas formas equiparadas, haja vista que estes delitos são tidos como aqueles com maior reprovabilidade por parte do Estado e pela sociedade, reclamando, assim, um maior rigor por parte das autoridades brasileiras.

O estudo acerca dos crimes hediondos e suas formas equiparadas ganha força por serem crimes que ocupariam o cabedal da pirâmide da desvalorização social, segundo a criminologia sociológica. Além disso, seriam crimes com um alto grau de reprovação e periculosidade.

Nessa conjectura, levando-se em conta a atual população carcerária, bem como a fragilidade do sistema judiciário brasileiro, institutos que visem a enxugar o sistema penitenciário são medidas que se impõem.

O primeiro capítulo analisará se há previsão constitucional e quais são os sistemas de classificação do crime hediondo, se é possível substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, se pode haver a suspensão condicional da pena em relação aos crimes hediondos, quais benefícios prisionais aplicáveis aos crimes hediondos, bem como se é necessário o recolhimento à prisão para apelar ou se a prisão temporária é aplicada aos crimes hediondos e equiparados.

E é objetivando a efetividade da aplicação das reprimendas que o Estado, através do Presidente da República, vale-se dos institutos de indulgência, quais sejam: graça, indulto e anistia. No presente trabalho analisaremos a aplicação do indulto, sobretudo sua aplicação nos delitos considerados hediondos e equiparados.

Para aplicação destas indulgências, necessário se faz ter conhecimento sobre quais delitos podem ser contemplados por esta medida, bem como sobre a barreira prevista no ordenamento jurídico prático, qual seja: Constituição da República e a Lei dos Crimes Hediondos.

Além do objetivo principal, o objetivo específico do presente projeto é mostrar a problemática vivenciada pelas cortes brasileiras no que diz respeito a concessão dessas benesses.

Ainda na órbita dos objetivos principais, a presente obra aprofundará em alguns delitos que geram controvérsia quando o assunto é a concessão de indulto, que seriam a tortura e o tráfico de drogas.

Entre os objetivos específicos da pesquisa, temos: em primeiro lugar, a contextualização dos crimes hediondos, como ele surgiu na legislação pátria, em quais cabedais normativos eles se encontram, bem como sua previsão em outros ordenamentos jurídicos.

Em segundo lugar, analisaremos de forma pormenorizada cada uma das indulgências estatais: a anistia, a graça e o indulto. Para isso, será feito um detalhamento da legislação, bem como da aplicação nas cortes superiores.

E, por essas razões, que o estudo do presente tema ganha relevo, já que muitas vezes tais institutos podem causar confusões nos operadores do direito e na sociedade, ante a falta de literatura e a insuficiência de legislação aplicada ao caso. Além disso, iremos analisar a razão da existência de cada um dos institutos, bem como a qual autoridade compete a sua concessão.

Outro ponto de relevo constante na pesquisa, é a aplicação das indulgências supracitadas ao crimes hediondos e equiparados. O estudo irá observar não só a aplicação normativa dos institutos, mas, também, os resultados práticos desta medida.

Foi analisado também a recente mudança de entendimento por parte do Superior Tribunal de Justiça, que cancelou a Súmula 512. A razão do cancelamento da presente súmula se deu pelo fato do STJ, por meio da 3º Seção, a qual acompanhou o entendimento que já vinha sendo adotado no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

Com essa mudança, houve o realinhamento dos posicionamentos dos dois tribunais, deixando de existir uma antiga diferenciação de entendimentos, que muitas vezes acabavam gerando diversos problemas nos tribunais de justiça.

Segundo o entendimento agora alinhado pelos dois tribunais, enquadrar o tráfico privilegiado como crime hediondo seria um constrangimento ilegal, haja vista que estes delitos apresentariam um grau menor de reprovação e periculosidade.

É de suma importância o entendimento da aplicação desses institutos, haja vista que por ser uma matéria muito sensível, também esbarra na ausência de diplomas específicos e é uma tema pouco trabalhado na doutrina interna.

Essa insuficiência de recursos legislativos e didáticos acabam causando certa confusão tanto na sociedade civil, quanto nos operadores do direito, que, no mais das vezes, acabam confundindo os institutos ou, no caso dos tribunais não fazem a justa aplicação no caso concreto.

Poder analisar de forma detalhada o entendimento dos tribunais superiores, bem como alguns posicionamentos doutrinários sobre a aplicação do indulto ao crimes hediondos facilitara a compreensão dos leitores do presente trabalho, ante a complexibilidade do tema.

2. CRIMES HEDIONDOS:

O objetivo da presente monografia é apresentar, da maneira mais clara e objetiva, o posicionamento dos Tribunais Superiores acerca da possibilidade da concessão de indulto aos crimes hediondos.

Entretanto, devemos analisar pormenorizadamente o que é crime hediondo e quais os delitos etiquetados como tal em nosso ordenamento jurídico; devemos, também, analisar quais são as indulgências estatais admitidas na legislação brasileira, bem como as hipóteses em que podem ser aplicadas

2.1. Previsão constitucional e sistemas de classificação do crime hediondo:

A previsão para que seja aplicada uma reprimenda diferenciada para determinados tipos penais tem previsão constitucional. A nossa Carta Magna em seu art. 5º, inciso XLIII disciplinou tal previsão, vejamos:

Art. 5º - [...] XLIII - "a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem."¹

Um crime é qualificado como hediondo porque é considerado muito grave, repugnante, aviltante. O legislador entendeu que esses crimes merecem uma maior reprovação por parte do Estado. Os crimes hediondos estão no topo da pirâmide da desvalorização axiológica criminal.²

Entre as formas de classificação de determinado delito como crime hediondo, temos 3 sistemas, quais sejam: o legal, o judicial e o misto. O sistema

¹BRASIL. Lei nº 8072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Acesso em 20 de março de 2016.

²BRASILEIRO, Renato Lima. Legislação Penal Extravagante. 2º ed. Juspodvum, Salvador. 2014 p. 31

legal é aquele em que cabe ao legislador enunciar, de forma exaustiva, os crimes que serão considerados como hediondos.

Nesse sentido, será por meio de um rol taxativo de crimes que saberemos qual os delitos hediondos, não cabendo ao juiz qualquer discricionariedade para atestar a natureza hedionda do delito.³

Já no sistema judicial, cabe ao magistrado, verificando as circunstâncias do caso concreto identificar a natureza hedionda de determinada conduta delituosa como hedionda. Assim, a depender das circunstâncias em que se praticou o delito o juiz poderia caracterizar um crime como hediondo ou não.⁴

Temos também o sistema misto, que sem estabelecer um rol taxativo de crimes hediondos, o legislador tão somente apresenta um conceito, demonstrando alguns traços distintivos entre essas infrações e as que são consideradas comuns, sendo que com essa previa definição de crime hediondo é que o juiz enquadraria determinado delito como hediondo ou não.

Portanto, verifica-se, *ipso facto*, que a lei 8.072/90 adotou o sistema legal para rotular determinada conduta como hedionda.⁵

Conforme supracitado, o legislador ordinário ao optar pelo sistema legal, não deixou margem de escolha ao operador do direito sobre a hediondez de determinada conduta, devendo observar somente se o comando da lei 8.072/90, uma vez que se o delito em seu rol que é taxativo, esta será considerada hedionda e o agente que a praticou estará submetido a todos os gravames etiquetados pela referida lei.

Nesse sentido, diante do sistema adotado pelo nosso ordenamento jurídico (sistema legal), os crimes que constam no rol taxativo do artigo 1º da Lei

³NUCCI, Guilherme de Souza, Lei penais e Processuais Penais Comentadas, 3º edição 2008 p. 600

⁴BRASILEIRO, Renato Lima. Legislação Penal Extravagante. 2º ed. Juspodvum, Salvador. 2014 p. 31

⁵NUCCI, Guilherme de Souza, Lei penais e Processuais Penais Comentadas, 3º edição 2008 p. 599/604

supracitada, não podem ser ampliados com base na analogia, muito menos por meio de interpretação extensiva.⁶

Entretanto, caso a infração penal praticada pelo agente não estiver no rol da lei 8.072/90, em hipótese alguma esta conduta poderá ser considerada como hedionda, independente das circunstâncias fáticas do caso concreto se revelem extremamente gravosas.

Têm-se, também, que os crimes que foram ventilados na referida lei considerados como hediondos são apenas os do Código Penal, não se aplicando as infrações previstas no Código Penal Militar.

Entrementes, máxime na hipótese vertente, percebe-se que o legislador da lei 8.072/90 não teve o cuidado de conferir natureza hedionda ao crimes militares. Assim, o crime de homicídio qualificado (CPM, artigo 205, § 2º), latrocínio (CPM, artigo 242, § 3º), estupro (CPM, artigo 232), entre outros.⁷

Vejamos agora quais são os principais delitos que estão presentes na lei em exame. O primeiro, e mais conhecido, é o homicídio (art. 121), desde que seja praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente e o homicídio qualificado art. 121, § 2º, incisos I, II, III, IV, V, VI e VII, todos do Código Penal⁸.

Nesse sentir, vale ressaltar que quando a lei 8.072/90 entrou em vigor, o crime de homicídio, mesmo na forma qualificada, não era considerado como hediondo.

A etiquetagem deste delito como hediondo deu-se em virtude de vários fatos de comoção nacional veiculados na mídia, como as chacinas da Candelária e de Vigário Geral, e do assassinato da artista da Rede Globo, Daniela Perez.⁹

Assim, o homicídio, mesmo que simples, será hediondo se praticado por atividade de grupo de extermínio. Outro ponto de relevo é quanto ao homicídio

⁶BRASILEIRO, Renato Lima. Legislação Penal Extravagante. 2º ed. Juspodvum, Salvador. 2014 p. 31/32

⁷NUCCI, Guilherme de Souza, Lei penais e Processuais Penais Comentadas, 3 º edição 2008 p. 603

⁸BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: Parte Geral 1. Ed. 15 São Paulo: Saraiva, 2010.

⁹ANDREUCCI, Ricardo Antonio. Legislação Penal Especial. 7º ed. São Paulo: Saraiva, 2010 p.163

privilegiado, que não é considerado hediondo, mesmo que seja de forma qualificada, sendo que tal crime jamais poderá ser rotulado como hediondo.

Nesse sentido, temos a orientação da jurisprudência, senão vejamos:

PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 121, §§ 1º E 2º, INCISOS III E IV, DO CÓDIGO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME. CRIME HEDIONDO. Por incompatibilidade axiológica e por falta de previsão legal, o homicídio qualificado-privilegiado não integra o rol dos denominados crimes hediondos (Precedentes). Writ concedido. (STJ - HC: 36317 RJ 2004/0087775-1, Relator: Ministro FELIX FISCHER, Data de Julgamento: 01/03/2005, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 11.04.2005 p. 339)

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO-PRIVILEGIADO. PROGRESSÃO DE REGIME. POSSIBILIDADE. 1. O homicídio qualificado-privilegiado não é crime hediondo, não se lhe aplicando norma que estabelece o regime fechado para o integral cumprimento da pena privativa de liberdade (Lei nº 8.072/90, artigos 1º e 2º, parágrafo 1º). 2. Ordem concedida (STJ - HC: 43043 MG 2005/0055989-6, Relator: Ministro HAMILTON CARVALHIDO, Data de Julgamento: 18/08/2005, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJ 06.02.2006 p. 352)

GRAVO EM EXECUÇÃO. TRÁFICO PRIVILEGIADO. AUSÊNCIA DE HEDIONDEZ. INDULTO. REGRA MAIS BENÉFICA. INOCORRÊNCIA DE VEDAÇÃO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Tendo em vista o afastamento do caráter hediondo do tráfico privilegiado, nos termos do julgamento do HC 118.533/MS, pelo plenário do Supremo Tribunal Federal e do cancelamento do enunciado de Súmula nº 512 do Superior Tribunal de justiça, inviável a criação de requisitos que vedem a concessão do indulto por pessoas condenadas pela prática do crime previsto no artigo 33, §4º, da Lei de Drogas.

2. Afastada a objeção da aplicação da fração de 1/6 (um sexto) referente ao cumprimento da pena, compete ao Juízo da Vara de Execuções das Penas e Medidas Alternativas do Distrito Federal - VEPEMA/DF analisar o preenchimento dos requisitos para a concessão do indulto nos termos do inciso XIII, do art. 1º, do Decreto 7.873/2012.

3. Recurso parcialmente provido. (Acórdão n.1006176, 20160020492978RAG, Relator: JOÃO TIMÓTEO DE OLIVEIRA 2ª TURMA CRIMINAL, Data de Julgamento: 23/03/2017, Publicado no DJE: 29/03/2017. Pág.: 102/111)

Outro delito de grande repercussão previsto no inciso II do artigo 1º da lei dos crimes hediondos é o latrocínio. Ocorre que a expressão latrocínio só é prevista nesta lei, visto que o artigo 153, § 3º do Código Penal não traz tal nomenclatura. Este delito é crime classificado pelo resultado, visto que a morte, como resultado, pode ser atribuída ao agente tanto a título de dolo, como a título culpa.

Além disso, não é crime preterdoloso, visto que o resultado agravador pode ser atribuído ao agente a título doloso ou culposo.¹⁰ Em face disso, temos as severas críticas apresentadas pelo professor Bitencourt, senão vejamos:

“No entanto, não se pode silenciar diante de um erro crasso do legislador, que equiparou dolo ou culpa, pelo menos quanto às consequências, nesse caso específico. Na verdade, o evento morte, no latrocínio, tanto pode decorrer de dolo, de culpa ou de preterdolo, e se lhe atribuir a mesma sanção com a gravidade que lhe é cominada (20 a 30 anos de reclusão), o que agride o bom-senso e fere a sistemática do ordenamento jurídico brasileiro.” (BITENCOURT, 2010, p. 120)

Ainda em relação aos crimes tipificados como hediondos, temos os seguintes: III - extorsão qualificada pela morte (art. 158, § 2º), esse é o delito conhecido como sequestro relâmpago; IV - extorsão mediante sequestro e na forma qualificada (art. 159, caput, e §§ 1º, 2º e 3º). Diferente do crime de roubo e da extorsão que são hediondos somente se forem qualificados pelo resultado morte, na extorsão independente da modalidade será considerado como hediondo; V - estupro (art. 213, caput e §§ 1º e 2º).¹¹

Da mesma forma que a extorsão, consideram-se hediondos tanto o estupro na forma simples (quando resulta lesão leve na vítima ou há o emprego de grave ameaça), como na qualificada (quando resulta lesão grave ou morte da vítima).

¹⁰BRASILEIRO, Renato Lima. Legislação Penal Extravagante. 2º ed. Juspodvum, Salvador. 2014 p. 43

¹¹ANDREUCCI, Ricardo Antonio. Legislação Penal Especial. 7º ed. São Paulo: Saraiva, 2010 p.162

Além disso, conforme inciso VI do artigo 1º da Lei 8072/90 também é hediondo o estupro de vulnerável (art. 217-A, caput e §§ 1o, 2o, 3o e 4o); (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009) que tanto na forma simples como na forma qualificada são considerados hediondos.¹²

Outro delito que também está ventilado no rol dos Crimes Hediondos é a epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º), sendo que entende-se por epidemia a propagação de germes patogênicos. Ressalta-se que basta a morte de uma só pessoa para a configuração do crime.

Ocorre que, o presente delito é exemplo de crime preterdoloso, o que significa que para fins de resultado, a morte só poderá ser atribuída ao agente se for a título de culpa. O artigo supracitado menciona apenas a epidemia com resultado morte, afastando, assim, a aplicação dos crimes hediondos ao delito de epidemia na forma simples.¹³

O delito de falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais, previsto no inciso VII-B do artigo 1º da Lei dos Crimes Hediondos foi inserido em 1998, após o escândalo nacional dos contraceptivos de “farinha”, que foram colocados no mercado consumidor.

Além disso, deve-se observar que o presente delito não será considerado como hediondo se for praticado na modalidade culposa, visto que os dispositivos supracitados não fazem menção à figura delituosa prevista no artigo 273, § 2º, do Código Penal.¹⁴

Por fim, devemos analisar a previsão no parágrafo único do artigo 1º da lei dos crimes hediondos, que insere o delito de genocídio como hediondo, ocorre que, em doutrina havia dúvida se esse delito seria ou não considerado como hediondo, fazendo com que esta discussão fosse parar em nossa Suprema Corte, senão vejamos:

¹²BRASILEIRO, Renato Lima. Legislação Penal Extravagante. 2º ed. Juspodvum, Salvador. 2014 p. 46

¹³ANDREUCCI, Ricardo Antonio. Legislação Penal Especial. 7º ed. São Paulo: Saraiva, 2010 p.165

¹⁴ANDREUCCI, Ricardo Antonio. Legislação Penal Especial. 7º ed. São Paulo: Saraiva, 2010 p.162

EMENTAS: 1. CRIME. Genocídio. Definição legal. Bem jurídico protegido. Tutela penal da existência do grupo racial, étnico, nacional ou religioso, a que pertence a pessoa ou pessoas imediatamente lesionadas. Delito de caráter coletivo ou transindividual. Crime contra a diversidade humana como tal. Consumação mediante ações que, lesivas à vida, integridade física, liberdade de locomoção e a outros bens jurídicos individuais, constituem modalidade executórias. Inteligência do art. 1º da Lei nº 2.889/56, e do art. 2º da Convenção contra o Genocídio, ratificada pelo Decreto nº 30.822/52. O tipo penal do delito de genocídio protege, em todas as suas modalidades, bem jurídico coletivo ou transindividual, figurado na existência do grupo racial, étnico ou religioso, a qual é posta em risco por ações que podem também ser ofensivas a bens jurídicos individuais, como o direito à vida, a integridade física ou mental, a liberdade de locomoção etc.. 2. CONCURSO DE CRIMES. Genocídio. Crime unitário. Delito praticado mediante execução de doze homicídios como crime continuado. Concurso aparente de normas. Não caracterização. Caso de concurso formal. Penas cumulativas. Ações criminosas resultantes de desígnios autônomos. Submissão teórica ao art. 70, caput, segunda parte, do Código Penal. Condenação dos réus apenas pelo delito de genocídio. Recurso exclusivo da defesa. Impossibilidade de reformatio in peius. Não podem os réus, que cometeram, em concurso formal, na execução do delito de genocídio, doze homicídios, receber a pena destes além da pena daquele, no âmbito de recurso exclusivo da defesa. 3. COMPETÊNCIA CRIMINAL. Ação penal. Conexão. Concurso formal entre genocídio e homicídios dolosos agravados. Feito da competência da Justiça Federal. Julgamento cometido, em tese, ao tribunal do júri. Inteligência do art. 5º, XXXVIII, da CF, e art. 78, I, cc. art. 74, § 1º, do Código de Processo Penal. Condenação exclusiva pelo delito de genocídio, no juízo federal monocrático. Recurso exclusivo da defesa. Improvimento. Compete ao tribunal do júri da Justiça Federal julgar os delitos de genocídio e de homicídio ou homicídios dolosos que constituíram modalidade de sua execução. (STF - RE: 351487 RR, Relator: CEZAR PELUSO, Data de Julgamento: 03/08/2006, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 10-11-2006.

De mais a mais, verifica-se que o STF, ao julgar o RE 351487/RR, decidiu que a lesão à vida, integridade física ou à liberdade de locomoção são apenas meios de ataque nos diversos meios de ação do agente. Nesse sentido, afirmou-se que o crime de genocídio não visa proteger a vida ou a integridade física, mas sim a diversidade humana.

Verifica-se que no referido julgado ficou testilhado que um eventual homicídio seria mero instrumento para a execução do crime de genocídio, enfim,

este não é um crime doloso contra a vida, mas contra a existência de grupo racial, nacional, étnico e religioso, o que afronta toda a coletividade.¹⁵

De mais a mais, temos outros delitos ventilados no artigo 1º da Lei 8072/ 90 considerados como hediondos. Entretanto, o presente trabalho não visa a esgotar todos os delitos ali previstos, vez que temos outros temas mais complexos para trabalhar no presente trabalho de conclusão de curso.¹⁶

Em síntese, estes são os delitos previstos na lei 8072/90 como hediondos, entretanto, têm-se também outros delitos previstos na referida lei, mas que foram previstos como equiparados a hediondos.

2.2. Crimes equiparados a hediondos

A prática de tortura, o tráfico de drogas e o terrorismo são mencionados especificamente pela Constituição. Esses são considerados crimes equiparados a hediondos. Axiologicamente, não há nenhuma diferença entre eles, mas a Lei nº 8.072/1990, bem como a própria Constituição, mencionam esses crimes separadamente, de forma que não fazem parte do conjunto dos crimes hediondos, apesar de terem muitas vezes o mesmo tratamento.

Os crimes hediondos e os crimes equiparados a hediondos são inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia.¹⁷ Lado outro, a Lei dos Crimes Hediondos menciona, ainda, em seu art, 2º, a impossibilidade de concessão de indulto.¹⁸

Conforme a dicção do artigo 5º da Constituição Federal, a lei considerará inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a pratica de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas e afins, o terrorismo e os definidos como

¹⁵FRANCO, Albert Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. Crimes Hediondos. 7º ed. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2011. p. 592.

¹⁶NUCCI, Guilherme de Souza, Lei penais e Processuais Penais Comentadas, 3 º edição 2008 p. 605

¹⁷ BRASILEIRO, Renato Lima. Legislação Penal Extravagante.2º ed.Juspodvum, Salvador. 2014 p.30

¹⁸NUCCI, Guilherme de Souza, Lei penais e Processuais Penais Comentadas, 3 º edição 2008 p. 608

crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.¹⁹

Tem-se que a justificativa para o constituinte originário ter separado os crimes hediondos dos equiparados a hediondos estaria ligada a necessidade de se assegurar a maior estabilidade na consideração destes últimos como crimes mais severamente punidos.

Nesse contexto, a Constituição Federal autoriza expressamente que uma simples lei ordinária defina e indique quais crimes serão considerados como hediondos. Vejamos quais são os crimes equiparados e algumas das suas especificidades.²⁰

Inicialmente, necessário se faz uma análise sobre a tortura na legislação ordinária e pátria, bem como nos principais institutos vergastados na órbita internacional relativos à matéria.

Salienta-se, por oportuno, que um dos principais motivos que levaram a edição da normas hoje vigentes foi justamente a ênfase internacional dada à dignidade humana.

Essa ênfase se deu principalmente na Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, em seu artigo V, de 1948, bem como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em seu artigo 5º, n.2.²¹

Criminalizar a tortura foi inovação trazida pela nova ordem Constitucional em 1988, na dicção dos incisos III e XLVII, senão vejamos:

“Art.5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante

XLIII – a lei considerará crimes inafiançáveis de graça ou anistia, a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os

¹⁹BRASILEIRO, Renato Lima. Legislação Penal Extravagante. 2º ed. Juspodvum, Salvador. 2014 p.55

²⁰ANDREUCCI, Ricardo Antonio. Legislação Penal Especial. 7º ed. São Paulo: Saraiva, 2010 p.165

²¹NUCCI, Guilherme de Souza, Lei penais e Processuais Penais Comentadas, 3º edição 2008 p. 606

definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que podendo evitá-los, se omitirem”.²²

Nesse sentido, verifica-se que a transição do ordenamento jurídico encapou a valorização à dignidade do homem, e as novas leis que iam surgindo após essa transição demonstravam a preocupação do constituinte.

Temos, por exemplo, a Lei 8072/90 que se utilizou do preceito constitucional disposto no art. 5º, inciso XLIII, para equiparar o crime de tortura aos crimes hediondos.

Entretanto, não bastavam os conceitos vagos data ao crime de tortura, o comando constitucional reclamava a edição de legislação própria para a referida tipificação penal.²³

Após nove anos de vigência da Constituição de 1988, o legislador ordinário pátrio trouxe à baila a Lei 9.455 de 1997, trazendo o conceito e o *quantum* de pena para o crime de tortura.

Em doutrina, começou-se a discutir sobre a nova lei, entretanto, as seis modalidades de torturas testilhadas no lei 9455/97 já se fazia mais do que necessária, vejamos os verbos do referido tipo: constranger alguém, com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental, com o intuito de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa; constranger alguém para provocar ação ou omissão de natureza criminosa; constranger alguém, em razão de discriminação racial ou religiosa (tipo autônomo, simples, anormal, incongruente).

Além disso, submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo (tipo autônomo, simples, anormal, incongruente); submeter pessoa presa ou sujeita a medida de segurança a sofrimento físico ou mental, por intermédio da prática de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal (tipo autônomo, simples,

²²BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.. Brasília, 1988. Disponível em: Acesso em: 1 de maio de 2016.

²³ANDREUCCI, Ricardo Antonio. Legislação Penal Especial. 7º ed. São Paulo: Saraiva, 2010 p.166

anormal, congruente); omitir-se em face dessas condutas, quando tinha o dever de evitá-las ou apurá-las (derivado, misto, alternativo, anormal, congruente).²⁴

Para além dos verbos descritos nas condutas supracitadas, verifica-se a preocupação do legislador com a segurança do preso e a preservação da dignidade do homem diante das situações ventiladas nos cabedais normativos da Lei 9455/97.²⁵

Já o tráfico ilícito de entorpecentes, temos que esta expressão não consta, ao menos de forma expressa, na Lei 11.343/06. Entretanto, visando a se determinar qual crime de drogas, podemos utilizar a interpretação dada pela jurisprudência na vigência da referida lei.²⁶

Ademais, para além destas questões conceituais, temos que alguns artigos da lei em apreço merecem destaque, como, por exemplo, o tipo penal que consta no artigo 37 da Lei 11.343/06 que também veio a ser etiquetado como hediondo.

O tráfico privilegiado é outro ponto de destaque, já que conforme a jurisprudência do STF a aplicação da causa de diminuição e pena prevista no § 4º do artigo 3º da lei 11.343/06 tem o condão de afastar a equiparação constitucionalmente estabelecida entre o tráfico ilícito de drogas e os crimes hediondos.

A Lei de Drogas prevê, em seu art. 33, § 4º, a figura do “traficante privilegiado”, mais conhecido como “traficância menor” ou “traficância eventual”. Esta previsão legal tem a natureza jurídica de causa de diminuição de pena.²⁷

Vejamos como ficou o novo entendimento do Pretório Excelso em relação a hediondez do tráfico privilegiado.

EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL, PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. APLICAÇÃO DA LEI N. 8.072/90 AO TRÁFICO DE ENTORPECENTES PRIVILEGIADO:

²⁴COIMBRA, Mario. Tratamento do Injusto Penal da Tortura, Revista dos Tribunais, 2002, p. 175.

²⁵SILVA, Juan Emanuel de Andrade. Aspectos doutrinários da aplicação da anistia, graça e indulto no crime de tortura. 2013. Monografia (Bacharelado em Direito) Centro Universitário de Brasília,

²⁶BRASILEIRO, Renato Lima. Legislação Penal Extravagante. 2º ed. Juspodvum, Salvador. 2014 p.50

²⁷MONTEIRO, Antonio Lopes. Crimes hediondos: texto, comentários e aspectos polêmicos, 10ª edição.. Saraiva, 7/2015. P. 174

INVIABILIDADE. HEDIONDEZ NÃO CARACTERIZADA. ORDEM CONCEDIDA. 1. O tráfico de entorpecentes privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.313/2006) não se harmoniza com a hediondez do tráfico de entorpecentes definido no caput e § 1º do art. 33 da Lei de Tóxicos. 2. O tratamento penal dirigido ao delito cometido sob o manto do privilégio apresenta contornos mais benignos, menos gravosos, notadamente porque são relevados o envolvimento ocasional do agente com o delito, a não reincidência, a ausência de maus antecedentes e a inexistência de vínculo com organização criminosa. 3. Há evidente constrangimento ilegal ao se estipular ao tráfico de entorpecentes privilegiado os rigores da Lei n. 8.072/90. 4. Ordem concedida. STF. Plenário. HC 118533, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 23/06/2016.

Para além das condições vergastas no julgado, podemos concluir que o principal argumento invocado pela Suprema Corte, se consiste na desproporcionalidade de se tratar o tráfico privilegiado como equiparado a hediondo, sendo esta conduta incompatível com a natureza hedionda. Insta ressaltar, também, que foram feitas considerações sobre política criminal, aumento da população carcerária etc.

Entretanto, devemos observar o entendimento ventilado na antiga jurisprudência do STJ, visto que, conforme a súmula 512-STJ: “A aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 não afasta a hediondez do crime de tráfico de drogas”.

Nesse sentido, verifica-se que o entendimento ali testilhado foi superado e a referida súmula foi cancelada no dia 23 de novembro de 2016. Essa superação de entendimento, dar-se pelo fato da decisão do STF ter sido tomada em um habeas corpus e, em razão disso, não possui eficácia erga omnes e efeitos vinculantes.

Vejamos a petição nº 11.796 - DF (2016/0288056-2) que deu azo ao cancelamento da referida súmula pelo STJ:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS NA SUA FORMA PRIVILEGIADA. ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. CRIME NÃO EQUIPARADO A HEDIONDO. ENTENDIMENTO RECENTE DO PLENO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, NO JULGAMENTO DO HC 118.533/MS.

REVISÃO DO TEMA ANALISADO PELA TERCEIRA SEÇÃO SOB O RITO DOS REPETITIVOS. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA Nº 1.329.088/RS. CANCELAMENTO DO ENUNCIADO Nº 512 DA SÚMULA DO STJ.

1. O Supremo Tribunal Federal, no recente julgamento do HC 118.533/MS, firmou entendimento de que apenas as modalidades de tráfico ilícito de drogas definidas no art. 33, caput e § 1º, da Lei nº 11.343/2006 seriam equiparadas aos crimes hediondos, enquanto referido delito na modalidade privilegiada apresentaria “contornos mais benignos, menos gravosos, notadamente porque são relevados o envolvimento ocasional do agente com o delito, a não reincidência, a ausência de maus antecedentes e a inexistência de vínculo com organização criminosa.” (Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 23/06/2016).

2. É sabido que os julgamentos proferidos pelo Excelso Pretório em Habeas Corpus , ainda que por seu Órgão Pleno, não têm efeito vinculante nem eficácia erga omnes. No entanto, a fim de observar os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia, bem como de evitar a prolação de decisões contraditórias nas instâncias ordinárias e também no âmbito deste Tribunal Superior de Justiça, é necessária a revisão do tema analisado por este Sodalício sob o rito dos recursos repetitivos (Recurso Especial Representativo da Controvérsia nº 1.329.088/RS – Tema 600).

3. Acolhimento da tese segundo a qual o tráfico ilícito de drogas na sua forma privilegiada (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006) não é crime equiparado a hediondo, com o consequente cancelamento do enunciado 512 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça: A Terceira

Seção, por unanimidade, acolheu a tese segundo a qual o tráfico ilícito de drogas na sua forma privilegiada (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006) não é crime equiparado a hediondo, revisando o entendimento consolidado por ocasião do julgamento do REsp n.1.329.088/RS - Tema 600, com o consequente cancelamento do enunciado 512 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Documento: 67567185 - EMENTA / ACORDÃO - Site certificado - DJe: 29/11/2016 Página 1 de 2 Superior Tribunal de Justiça Ministros Jorge Mussi, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro, Reynaldo Soares da Fonseca,

Ribeiro Dantas, Antonio Saldanha Palheiro, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com a Sra. Ministra Relatora. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior. Brasília, 23 de novembro de 2016(Data do Julgamento). Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA –Relatora.

Diante dessa mudança, tivemos o realinhamento do posicionamento dos dois tribunais, deixando de existir uma antiga diferenciação de entendimentos,

os quais acabavam gerando diversos problemas nos tribunais de justiça e por parte da aplicação pelo juízo das execuções.

Conforme o novel entendimento agora alinhado pelos dois Tribunais Superiores, enquadramento do tráfico privilegiado como crime hediondo seria um ato ilegal, pois estes delitos apresentariam um grau menor de reprovação e periculosidade.

Nesse sentir, o entendimento da aplicação desses institutos, acaba sendo imprescindível para melhor aplicação dessa benesse no dia a dia, haja vista que por ser uma matéria muito sensível, também esbarra na ausência de diplomas específicos e é um tema pouco trabalhado na doutrina interna. Temos como exemplo que até meados de 2016 tínhamos entendimentos diferentes nas duas cortes superiores.²⁸

Ante todo o exposto, podemos concluir, que a Lei n. 11.343/2006 considera como crimes de tráfico, e, portanto, equiparados aos hediondos, os tipos penais previstos nos arts. 33, caput, e § 1o, e 34 a 37. Caso contrário, não haveria sentido algum que esses crimes tivessem, todos eles, sido objeto das vedações ali previstas, conforme preconizado no mandamento constitucional.²⁹

Quanto ao terrorismo, devemos, inicialmente, busca uma análise do novel dispositivo que disciplina as matérias relativas ao terrorismo, tratando de disposições investigatórias e processuais e reformulando o conceito de organização terrorista. Alterando, também, a lei 7.960/89, e a lei 12.850/2013.

Podemos observar esta lei é um terrorismo em si mesma, visto que ela trouxe à baila aquilo que nós vimos de pior nos últimos 20 anos. Para Nucci o Terrorismo estava previsto no artigo 20 da Lei de Segurança nacional – lei 7.170/83 (Art. 20 - Devastar, saquear, extorquir, roubar, sequestrar, manter em cárcere privado, incendiar, depredar, provocar explosão, praticar atentado pessoal ou atos de terrorismo, por inconformismo político ou para obtenção de fundos destinados à manutenção de organizações políticas clandestinas ou subversivas. Pena: reclusão,

²⁸<http://aguilarematosadvogados.blogspot.com.br/2016/11/stj-cancela-sumula-sobre-natureza.html> . Acesso em 05/04/2017, às 22:00

²⁹MONTEIRO, Antonio Lopes. Crimes hediondos: texto, comentários e aspectos polêmicos, 10ª edição. Saraiva, 7/2015. P. 180

de 3 a 10 anos. Parágrafo único - Se do fato resulta lesão corporal grave, a pena aumenta-se até o dobro; se resulta morte, aumenta-se até o triplo.). Entretanto, quando o STF se posicionou em relação a matéria entendeu que não era bem isso.

30

Além disso, estes delitos são da competência da Justiça Federal (art. 11 da Lei n.13.260/16). Tendo em vista a regente lei que disciplina sobre a matéria, tem-se que o objetivo do legislador ordinário foi regulamentar o disposto no inciso XLIII do art. 5o da CF, disciplinando o terrorismo, tratando de disposições investigatórias e processuais e reformulando o conceito de organização terrorista; e altera as Leis nos 7.960/89 (prisão preventiva), e 12.850/13 (organizações criminosas).³¹

De mais a mais, importante salientar que o crime de terrorismo envolve situações de muitas paixões motivo que não é a ameaça de penas severas que vai inibir o sujeito de agir. Assim, o caminho para evitar tais atos trágicos deve ser o reforço nas relações internacionais e na diplomacia.

2.3. Temas polêmicos relativos aos crimes hediondos:

Diante das problemáticas trazidas na lei dos crimes hediondos, faz-se necessário que cada uma dessas medidas ventiladas na referida lei sejam analisadas de forma pormenorizada.

2.4. Liberdade provisória

Entende-se como liberdade provisória a medida cautelar que permite ao investigado ou acusado permanecer em liberdade durante o curso do processo.

³⁰Barbosa, Ruchester Marreiros. Lei 13.260/2016 é um ato terrorista à hermenêutica constitucional. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2016-mar-22/academia-policial-lei-132602016-ato-terrorista-hermeneutica-constitucional>. Acesso em: 05/11/2016

³¹Barbosa, Ruchester Marreiros. Lei 13.260/2016 é um ato terrorista à hermenêutica constitucional. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2016-mar-22/academia-policial-lei-132602016-ato-terrorista-hermeneutica-constitucional>. Acesso em: 05/11/2016

Esse direito tem fundamento na ordem constitucional, visto que se trata de um direito subjetivo do cidadão preso frente ao estado, quando ausentes razões de cautela, e não de um poder discricionário atribuído ao magistrado, ao qual é vedado a imposição de uma prisão cautelar sem haver a necessária pertinência jurídica.³²

Entretanto, deve-se frisar que o direito à liberdade provisória, assim como os demais direitos fundamentais, não possui caráter absoluto visto que poderá ser convertida em prisão preventiva, em caso de descumprimento de qualquer uma das obrigações impostas ao acusado, conforme o artigo 312, parágrafo único, do Código de Processo Penal.³³

Além disso, deve-se observar também que antigamente a liberdade provisória só era cabível em relação à prisão em flagrante. Entretanto, com o advento da Lei 12.403/11, passou-se a admitir a liberdade provisória tanto na prisão temporária, quanto na preventiva.³⁴

Ademais, caberá a liberdade provisória com ou sem fiança, cumulada, se for o caso, com medidas diversas da prisão, podendo, inclusive, ser dispensada nas hipóteses de discriminantes e por motivo de pobreza.³⁵

Ocorre que, conforme o artigo 2º, inciso II, da lei dos crimes hediondos, em sua redação original, a concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança, aos crimes hediondos e equiparados era vedado expressamente.

Entretanto, a Lei nº 11464/07, que está em vigor desde 29 de março de 2007, deu nova redação ao inciso supracitado e passou a permitir a de liberdade provisória sem fiança aos crimes hediondos e equiparados.³⁶

³²Oliveira, Eugenio Pacelli de. Regimes Constitucionais da liberdade Provisória. 2º ed. Rio de Janeiro. Editora Lumem Juris, 2007. P. 99

³³BRASILEIRO, Renato Lima. Legislação Penal Extravagante. 2º ed. Juspodvum, Salvador. 2014 p.61

³⁴MONTEIRO, Antonio Lopes. Crimes hediondos: texto, comentários e aspectos polêmicos, 10ª edição. Saraiva, 7/2015. P. 180

³⁵Oliveira, Eugenio Pacelli de. Regimes Constitucionais da liberdade Provisória. 2º ed. Rio de Janeiro. Editora Lumem Juris, 2007. P. 101

³⁶BRASILEIRO, Renato Lima. Legislação Penal Extravagante. 2º ed. Juspodvum, Salvador. 2014 p.71

Entrementes, percebe-se que para perfeita aplicação do dispositivo supracitado, devemos aplicar o princípio da posterioridade, segundo o qual lei posterior revoga a anterior. Não cabendo, portanto, a aplicação do princípio da especialidade, visto que este pressupõe a vigência simultânea de duas ou mais leis, que seriam aplicáveis em alguma situação fática.³⁷

2.5. Regime inicial para cumprimento de pena e progressão de regime nos crimes hediondos

Em relação do regime para início para cumprimento de pena do crimes ventilados na Lei 8.072 de 1990, este sempre foi muito contestado pela doutrina e pela jurisprudência, visto que a redação original do parágrafo 1º da lei supracitada, previa que o regime inicial para aqueles delitos era integralmente fechado. A doutrina fundamentava a tese de inconstitucionalidade do regime ali delineado pelo fato de afrontar o princípio da individualização da pena.³⁸

Nesse contexto, visando a atender os clamores que sempre batiam as portas do Pretório Excelso, em 2006 nossa Suprema Corte declarou inconstitucional a regra prevista no § 1º da lei dos Crimes Hediondos através do HC n º 82959/SP, senão vejamos:

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. (STF - HC: 82959 SP, Relator: MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 23/02/2006.

³⁷MONTEIRO, Antonio Lopes. Crimes hediondos: texto, comentários e aspectos polêmicos, 10ª edição. Saraiva, 7/2015. P. 182

³⁸FRANCO, Alberto Silva. Crimes Hediondos. 4º ed. São Paulo. Editora Revista dos tribunais, 200. p 163

O controle de constitucionalidade apreciado pelo Pretório Excelso foi pela via difusa, que possui eficácia apenas *inter partes*, mas boa parte dos tribunais se justou a esta decisão para dar mais eficiência a suas decisões. O que levou o STF a conferir a decisão efeitos erga omnes, aplicando, por analogia, o comando do artigo 27 da lei 9.868 de 1999, tendo em vista que se tratava de razão de segurança jurídica e de interesse público.³⁹

Para além disso, a Lei 11.464 de 2007 deu nova redação ao §1º da lei de crimes hediondos, inserindo o regime inicialmente fechado, positivando a jurisprudência do STF, sendo que, após a alteração legislativa, o regime não será cumprido de forma integralmente fechada, mas tão somente o início da reprimenda, admitindo-se, também, a progressão de regime o que antes da alteração não era possível. Salienta-se, por oportuno, que a progressão começou a ser válida a partir do julgamento da ordem do *habeas corpus* nº 82959/SP.

A partir do momento que o Supremo Tribunal federal se manifestou, O STJ, na mesma linha vergastou seu entendimento no HC 209.270/SP, passando a admitir, também, a possibilidade de fixação de regime diverso do fechado para os condenados pela prática os condenados pela prática de crimes hediondos e equiparados, considerando o total da pena estabelecida não excedente a oito anos; a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, bem como não ser reincidente⁴⁰. Além do que, conforme supracitado, ficou definido ser possível a fixação de regime inicial semiaberto para os condenados por tráfico de drogas, vejamos:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. RECENTE ORIENTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. TRÁFICO DE DROGAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. PLEITO PELA ALTERAÇÃO DADOSIMETRIA. PATAMAR CONCEDIDO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA DENTRO DA RAZOABILIDADE. POSTULAÇÃO PELA SUBSTITUIÇÃO DA PENAPRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS. VEDAÇÃO DO ART. 44, I, DO CP. PRETENSÃO DE REGIME INICIAL MAIS BRANDO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. AUSÊNCIA DE

³⁹NUCCI, Guilherme de Souza, Manual de Processo Penal e Execução Penal, 4º edição 2008 p. 1036

⁴⁰BRASILEIRO, Renato Lima. Legislação Penal Extravagante. 2º ed. Juspodvum, Salvador. 2014 p.84

CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. INOBSERVÂNCIA DODISPOSTO NO ART. 33, § 2.º, ALÍNEA B, E § 3.º, DO CÓDIGO PENAL.PRECEDENTES. 1. Buscando dar efetividade às normas previstas no artigo 102,inciso II, alínea a, da Constituição Federal, e aos artigos 30 a32, ambos da Lei nº 8.038/90, a mais recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal passou a não mais admitir o manejo do habeas corpus em substituição a recursos ordinários (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco como sucedâneo de revisão criminal. 2. O Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se à nova jurisprudência da Colenda Corte, passou também a restringir as hipóteses de cabimento do habeas corpus, não admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição do recurso cabível. 3. As Turmas criminais do Superior Tribunal de Justiça entendem que o julgador, ao reconhecer que o réu faz jus à causa especial de diminuição da pena, deve aplicar a minorante dentro dos graus balizadores estipulados no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, levando em consideração os elementos concretos coligidos aos autos, com preponderância a natureza, a diversidade e a quantidade dos entorpecentes apreendidos (art. 42 da Lei nº 11.343/06). 4. No caso concreto, o Tribunal a quo ao aferir os elementos condicionantes para o estabelecimento do patamar da causa especial de diminuição de pena, inculpada no estatuto de repressão às drogas, aplicou-a de forma razoável e proporcional, atendendo aos fins da reprimenda, bem como aos princípios da discricionariedade vinculada e da individualização da pena. 5. Diante da inalteração do quantum da condenação da paciente, a pretensão à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos se encontra prejudicada, pois aquela restou superior a quatro anos de reclusão, não satisfazendo o requisito necessário previsto no art. 44, I, do CP, para a obtenção da pretendida benesse. 6. **O STF, a partir de 27.6.12, passou a admitir a possibilidade de fixação de regime diverso do fechado para os condenados pela prática de crimes hediondos e equiparados, considerando o total da pena estabelecida não excedente a oito anos, a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e inoccorrência da reincidência, declarando, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lein.º 8.072/90, alterada pela Lei n.º 11.464/07, com efeito ex nunc.** **7. Esta Corte Superior, na mesma vertente, orienta que, aos condenados por tráfico de drogas, em que, na primeira fase, estabeleceu-se a pena no mínimo legal, não sendo reconhecido fato concreto que justifique regime mais gravoso, deve-se obedecer à previsão do .art. 33, § 2º e § 3º, do Código Penal, quando da fixação do regime inicial.** **8.Habeas corpus não conhecido, por ser substitutivo do recurso cabível. De ofício, concede a ordem, em parte, para fixar o regime inicial semiaberto.** (STJ - HC: 209270 SP 2011/0131937-0, Relator: Ministro CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR), Data de Julgamento: 11/12/2012, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 17/12/2012). (grifos nossos)

2.6. Substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito

Além das questões atinentes ao início do cumprimento ou a sua totalidade a ser cumprido em regime fechado, bem como sobre a possibilidade de

haver a progressão de regime, outro ponto de relevo é a possibilidade da substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, o que antes julgamento do habeas corpus supracitado, não era possível, mas que, após a concessão de ordem deste pelo Supremo Tribunal Federal, a jurisprudência passou a admitir a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos nos crimes hediondos e equiparados.⁴¹

Assim, os condenados em crimes hediondos que gozarem dos requisitos pra substituição da pena privativa de liberdade, por restritivas de direito, quais sejam: que a pena não superior a quatro anos; que o crime cometido sem emprego de violência ou grave ameaça à pessoa; que o acusado não seja reincidente específico em crime doloso – ou preterdoloso-; bem como que as circunstâncias judicias sejam favoráveis poderão ser beneficiados pela substituição, conforme declarado pelo Supremo Tribunal Federal no HC 97256/RS ⁴²

2.7. Suspensão condicional da pena em relação aos crimes hediondos

A suspensão condicional da pena tem caráter substitutivo da execução a reprimenda corporal de curta duração, sendo que o condenado fica submetido ao cumprimento de certas condições durante um período de prova, findo o qual será extinta a punibilidade do beneficiário.⁴³

Este benefício encontra-se previsto no artigo 77 do Código Penal, sendo que fará jus a este benefício o agente que que for condenado a pena privativa de liberdade não superior a dois anos, bem como não seja reincidente em crime doloso, que as circunstancias judicias dos crimes sejam todas favoráveis e que não seja cabível a substituição por penas restritivas de direitos. Fazendo jus ao

⁴¹BRASILEIRO, Renato Lima. Legislação Penal Extravagante.2º ed. Juspodvum, Salvador. 2014 p.85

⁴²STF - HC: 97256 RS, Relator: Min. CARLOS BRITTO, Data de Julgamento: 19/12/2008, Data de Publicação: DJe-022 DIVULG 02/02/2009 PUBLIC 03/02/2009)

⁴³BRASILEIRO, Renato Lima. Legislação Penal Extravagante.2º ed. Juspodvum, Salvador. 2014 p.85

benefício, o condenado terá sua reprimenda suspensa pelo período de 2 (dois) a 4 (quatro) anos.⁴⁴

Ocorre que não havia qualquer vedação à concessão da suspensão condicional do processo em relação aos crimes hediondos, mas ao prevê que o regime da reprimenda seria integralmente fechado, não caberia a aplicação do presente benefício.

Lado outro, a partir do julgamento do Habeas Corpus nº 82.959/ SP e 97.256/RS pelo STF, os quais reconheceram a inconstitucionalidade do regime integralmente fechado e a possibilidade da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, teve-se uma avassaladora mudança de orientação jurisprudencial em relação à concessão da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, admitindo-se, assim, sua aplicação aos crimes hediondos, desde de que o condenado, preencha os requisitos supracitados.⁴⁵

2.8. Benefícios prisionais aplicáveis aos crimes hediondos

Diante do rigor trazido pela lei dos crimes hediondos em relação aos crimes hediondos, em que se previu uma série de restrições a este espécie de delito, deve-se observar como aplicar tais restrições nos delitos considerados hediondos e equiparados, sobretudo a partir da declaração de inconstitucionalidade de diversos dispositivos da referida Lei.

Os benefícios prisionais que podem sofrer reflexos em relação ao rigor da Lei dos Crimes Hediondos são: prisão domiciliar (artigo 117 da Lei de Execução Penal); autorização de saída (artigos. 120/121 e 122 a 125, todos da LEP; remição (artigo 126 da LEP) e trabalho externo (artigos 36/37 da LEP).⁴⁶

Inicialmente, devemos esclarecer que a Lei 8.072/90 não vedava a concessão de prisão domiciliar aos crimes hediondos, mas como em sua redação

⁴⁴MASSON, Cleber. Direito Penal Esquematizado – Parte Geral – vol. 1 9º ed. Rio de Janeiro, Método 2015 p. 836

⁴⁵BRASILEIRO, Renato Lima. Legislação Penal Extravagante.2º ed. Juspodvum, Salvador. 2014 p.88

⁴⁶BRASILEIRO, Renato Lima. Legislação Penal Extravagante.2º ed. Juspodvum, Salvador. 2014 p.89/91

era previsto que o regime de cumprimento da pena deveria ser integralmente fechado, os institutos eram incompatíveis. Entretanto, após o julgamento do HC 82.959/SP, em que se passa a admitir a possibilidade de progressão de regime aos crimes hediondos e equiparados, pode-se concluir que o argumento que vedava a substituição da pena privativa pela prisão domiciliar encontra-se superado.⁴⁷

Nos mesmos moldes que a prisão domiciliar, não havia vedação expressa na Lei 8.072/90 para a concessão de saída provisória aos crimes hediondos e equiparados, mas que com o regime previsto antes do Habeas Corpus supracitado era incompatível.

Após o julgamento deste recurso, passou-se, também, a admitir a saída temporária para os delitos previstos na lei supracitada. E mais uma vez percebe-se a importância da interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal aos crimes hediondos, vez que a partir deste julgamento uma série de benefícios antes não aplicáveis ao caso passaram a ser uma realidade no Direito Penal Brasileiro.⁴⁸

Por fim, devemos analisar que após o julgamento do HC supra, passou-se também a admitir tanto a remição da pena como o trabalho externo, benefícios que também não eram vedados expressamente pela Lei dos Crimes Hediondos, mas que eram incompatíveis com um regime que fosse cumprido integralmente fechado.

Nesse sentido, após a declaração da inconstitucionalidade do regime integralmente fechado, tornou-se possível a aplicação dos dois benefícios prisionais⁴⁹, possibilitando, assim, um maior alcance da medida.

2.9. Recolhimento à prisão para apelar

A previsão de que o réu deveria ser recolhido à prisão para poder apelar da sentença condenatória era previsto no artigo 2º parágrafo 3º, da Lei dos

⁴⁷STF - HC: 82959 SP, Relator: MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 23/02/2006, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 01-09-2006

⁴⁸BRASILEIRO, Renato Lima. Legislação Penal Extravagante. 2º ed. Juspodvum, Salvador. 2014 p.90

⁴⁹BRASILEIRO, Renato Lima. Legislação Penal Extravagante. 2º ed. Juspodvum, Salvador. 2014 p.91

Crimes Hediondos, em que o juiz estaria autorizado a impor o recolhimento do acusado à prisão como condição de admissibilidade.

Entretanto, a nossa Suprema Corte entendeu que essa previsão conflitava com as regras de Direitos Humanos presentes no Pacto de São José Da Costa Rica, que possui força de supralegalidade em nosso ordenamento jurídico. Nesse contexto o STF ao julgar o HC 88.420/PR entendeu por afastar essa previsão, sendo que o recolhimento do acusado à prisão não se fazia mais necessário para o conhecimento dos recursos de apelação, senão vejamos:

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DE APELAÇÃO. PROCESSAMENTO. POSSIBILIDADE. DESNECESSIDADE DE RECOLHIMENTO DO RÉU À PRISÃO. DECRETO DE CUSTÓDIA CAUTELAR NÃO PREJUDICADO. PRISÃO PREVENTIVA SUBSISTENTE ENQUANTO PERDURAREM OS MOTIVOS QUE A MOTIVARAM. ORDEM CONCEDIDA I - Independe do recolhimento à prisão o regular processamento de recurso de apelação do condenado. II - O decreto de prisão preventiva, porém, pode subsistir enquanto perdurarem os motivos que justificaram a sua decretação. III - A garantia do devido processo legal engloba o direito ao duplo grau de jurisdição, sobrepondo-se à exigência prevista no art. 594 do CPP. IV - **O acesso à instância recursal superior consubstancia direito que se encontra incorporado ao sistema pátrio de direitos e garantias fundamentais.** V - Ainda que não se empreste dignidade constitucional ao duplo grau de jurisdição, trata-se de garantia prevista na Convenção Interamericana de Direitos Humanos, cuja ratificação pelo Brasil deu-se em 1992, data posterior à promulgação Código de Processo Penal. VI - **A incorporação posterior ao ordenamento brasileiro de regra prevista em tratado internacional tem o condão de modificar a legislação ordinária que lhe é anterior.** VII - **Ordem concedida.** (STF - HC: 88420 PR, Relator: RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 17/04/2007. (grifos nossos)

Esse novo entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal começou trouxe inúmeras mudanças na jurisprudência dos demais tribunais, inclusive no Superior Tribunal de Justiça, que editou o verbete sumular nº 347, em que se passou a reconhecer o duplo grau de jurisdição como garantia do acusado, bem como a impossibilidade de lei ordinária limitar o direito de recurso e que só

haveria a possibilidade de prisão caso a decisão que deverá ser devidamente fundamentada dentro dos parâmetros do artigo 312 do Código de Processo Penal.⁵⁰

Essa vedação para que lei ordinária vede o direito de recurso diz respeito ao revogado artigo 594 do CPP, que em sua redação previa que o acusado não poderia apelar sem recolher-se à prisão, ou prestasse fiança, exceto de fosse primário, ou condenado por crime que se livre solto.⁵¹

2.10. Prisão temporária em crimes hediondos e equiparados

Outra situação polêmica relacionada aos crimes hediondos e equiparados é o prazo da prisão temporária, vez que conforme o artigo 2º da Lei 7.960/89 o prazo da prisão temporária é de 5 (cinco) dias, podendo, em casos de extrema urgência, ser prorrogada pelo mesmo prazo. Entretanto, a lei dos crimes hediondos aumentou o prazo da referida medida, que será de 30 (trinta), que também poderá ser prorrogada por igual período, desde que demonstrada a urgência de sua aplicação.

Essa previsão se deu pelo fato de que com o advento da Lei dos Crimes Hediondos a prisão temporária passou a ser cabível não só em relação aos crimes do inciso III do artigo 1º da lei 7.960/89 quais sejam: homicídio doloso; sequestro ou cárcere privado; roubo; extorsão; extorsão mediante sequestro; estupro; epidemia com resultado morte; envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte; associação criminosa, genocídio, tráfico de drogas e crimes contra o sistema financeiro nacional e os crimes previstos no artigo 2º da Lei dos Crimes Hediondos, bem como suas formas equiparadas.⁵²

⁵⁰BRASILEIRO, Renato Lima. Legislação Penal Extravagante. 2º ed. Juspodvum, Salvador. 2014 p.92

⁵¹STF - HC: 84469 DF, Relator: Min. JOAQUIM BARBOSA, Data de Julgamento: 24/08/2004, Data de Publicação: DJ 01/09/2004

⁵²BRASILEIRO, Renato Lima. Legislação Penal Extravagante. 2º ed. Juspodvum, Salvador. 2014 p.97

Diante da leitura dos dois dispositivos, verifica-se que a prisão temporária não é cabível em contravenções penais e nem aos crimes culposos e que o a Lei 8.072/90 também ampliou o prazo da prisão temporária, bem como aumentou o rol de infrações que estão sujeitos à prisão cautelar.⁵³

Deve-se observar que a referida prorrogação de 5 (cinco) para 30 (trinta) dias não é automática, sendo que deve ser comprovada sua imprescindibilidade com fundamento em elementos durante o período em que o acusado ficou preso. Nesse sentido, somente as novas diligências podem autorizar a prorrogação do prazo da prisão temporária.⁵⁴

Além disso, de acordo com o artigo 4º, alínea “i” da lei nº 4.898/65, que foi acrescentado pela Lei nº 7.960/89, configura-se com crime de abuso de autoridade o prolongamento da execução da prisão temporária, da pena ou da medida de segurança, deixando de expedir em tempo oportuno ou de cumprir imediatamente a ordem de liberdade.⁵⁵

Por fim, cabe analisar a disposição prevista no artigo 10 da Lei 8.072/90, que estabelecia que os prazos procedimentais para os crimes constantes nos artigos 12, 13, e 14 da Lei. 6.368/76 (antiga lei de drogas), deveriam ser contados em dobro. Nesse sentido é a jurisprudência, vejamos:

HABEAS CORPUS - ART. 33 DA LEI 11.343/06 (TRÁFICO DE ENTORPECENTES) - ARGÜIÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL POR EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA - INOCORRÊNCIA - PRAZO PARA ENCERRAMENTO DA INSTRUÇÃO CRIMINAL NA LEI 11.343/06 É DE 126 DIAS, CONTADOS EM DOBRO POR DETERMINAÇÃO DA LEI 8.072/90 - AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL - ORDEM DENEGADA. A nova Lei de Tóxico (nº 11.343/06), estipula a partir do seu artigo 50, que é de 126 dias o prazo para o encerramento da instrução processual. Contudo, encontra-se em pleno vigor o artigo 10 da Lei dos Crimes Hediondos. Tal dispositivo determina que a contagem dos prazos deva ser feita em dobro. Sendo assim, o prazo, que inicialmente seria de 126 dias, na verdade, é de 252 dias, e no caso, sequer atingido". (TJPR, 5ª Câmara Criminal, Rel. Des. Eduardo Fagundes, Habeas Corpus n.º 461529-0, julg. em 07/02/08)⁵⁶

⁵³BRASILEIRO, Renato Lima. Legislação Penal Extravagante. 2º ed. Juspodvum, Salvador. 2014 p.91

⁵⁴STF - MC HC: 132615 SP - SÃO PAULO 0000661-31.2016.1.00.0000, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 15/02/2016, Data de Publicação: DJe-030 18/02/2016

⁵⁵BRASILEIRO, Renato Lima. Legislação Penal Extravagante. 2º ed. Juspodvum, Salvador. 2014 p.99

⁵⁶BRASILEIRO, Renato Lima. Legislação Penal Extravagante. 2º ed. Juspodvum, Salvador. 2014 p. 111

Entretanto, com o advento da nova Lei de Drogas (11.343/06) esta passou a regular o prazo procedimental para a Lei de Drogas, afastando assim a aplicação constante na Lei dos Crimes Hediondos.

3. Da anistia, da graça e do indulto.

Em uma breve explanação devemos observar que o comando extraído da Lei de Execução Penal, no Capítulo III do Título VII, refere-se apenas à anistia e a indulto e não menciona expressamente o instituto da graça, que assim como a anistia e o indulto funciona como medida extintiva da punibilidade (artigo 107, II, do CP).

Entretanto, segundo Noberto Avena, este instituto estaria sim previsto no diploma supracitada, mas com outra denominação, qual seja: indulto individual, ou seja, a graça nada mais é do o indulto individual, razão pela qual este instituto será aprofundado na análise do indulto.⁵⁷

3.1. Da anistia

A anistia, no sentido etimológico da palavra, significa esquecimento, sendo que no âmbito penal, consiste no ato do Estado esquecer os atos desviantes praticados em determinado período da vida de um indivíduo.

Esse ato emanado pelo Estado tem o viés de impedir ou, até mesmo extinguir demandas judiciais que visem a persecução penal do indivíduo.⁵⁸

Noutro giro, pode-se dizer que a anistia é um instrumento legislativo pelo qual o Estado renuncia seu poder-dever de exercitar o direito de punir perante o autor de um crime.⁵⁹ O que determina a expedição de um ato dessa envergadura são razões de necessidade ou conveniência no âmbito político-jurídico.

⁵⁷AVENA, Noberto Execução Penal Esquematizado, 2º ed. Rio de Janeiro, Método. p. 398

⁵⁸MAXIMILIANO, Carlos, Comentários à Constituição Brasileira, 1954, v. I, p. 155. Apud MARQUES, José Frederico, Tratado de Direito Penal, v. III, 2002, Editora Millennium, p.510.

⁵⁹O projeto de uma lei de anistia é, em regra, analisado pela Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado, pela Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional (eventualmente), pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania e pelo Plenário das duas Casas (Câmara de Deputados e Senado Federal).

Não é de qualquer ente que pode vir essa benesse, vez que a atribuição para a concessão de anistia é do Congresso Nacional, sendo condicionada a sanção do Presidente da República.⁶⁰

O marco distinto da anistia face os outros institutos despenalizastes, é justamente o fato desta visar a atingir os crimes políticos. Quem recebe este beneplácito tem apagado da memória os delitos que por ele fora cometido. Entretanto, a reparação de reparar os danos continuam exigíveis.⁶¹

Outra distinção que se impõe é o destinatário da benesse, vez que a anistia atinge um grupo indeterminado de indivíduos, e tem efeitos retroativos, capazes de atingir fatos pretéritos, inclusive, para fins de reincidência.⁶²

Já o indulto é o ato de competência do Presidente da República, que pode ser delegado Ministro de Estado ou a autoridades de mesmo calibre, capaz de eliminar penas ou gerar a extinção da punibilidade de forma coletiva. Enquanto a graça consiste na ação de clemência do Presidente destinada a um indivíduo determinado.⁶³

Algumas distinções mostram-se necessárias, ante a frequência confusão feita quando da análise dos institutos, visto que além da distinção do indulto ter caráter coletivo e a graça caráter individual.

Primeira marca distintiva que se impõe é em relação a iniciativa para a concessão, visto que a graça é um solicitado ao representante do Estado, enquanto o indulto é ato espontâneo. E, conforme supracitado, o indulto possui característica geral, com incidência em fatos revisto em seu texto, já a graça visa atingir um determinado indivíduo.⁶⁴

⁶⁰SILVA, Juan Emanuel de Andrade. Aspectos doutrinários da aplicação da anistia, graça e indulto no crime de tortura. 2013. Monografia (Bacharelado em Direito) Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2013. Pag. 33 Disponível em: <http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/5300/1/RA20912916.pdf>. Acesso em: 01 de maio de 2016.

⁶¹BRASILEIRO, Renato Lima. Legislação Penal Extravagante. 2º ed. Juspodvum, Salvador. 2014 p. 77

⁶²MIRABETE, Júlio Fabrini. Manual de Execução Penal. São Paulo: Atlas, 2014, 12º ed. P. 900

⁶³ZAFFARONI, Eugênio Raúl, PIERANGELI, José Enrique, Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral, 4ª edição, Revista dos Tribunais, 2004, p. 753.

⁶⁴SILVA, Juan Emanuel de Andrade. Aspectos doutrinários da aplicação da anistia, graça e indulto no crime de tortura. 2013. Monografia (Bacharelado em Direito) Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2013. Pag. 44 . Disponível em: <http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/5300/1/RA20912916.pdf>. Acesso em: 01 de maio de 2016.

No que diz respeito a sua concessão, a graça será formulada por petição indicando as razões de direito, podendo o sentenciado se valer de súplicas, apelos ou outros meios de comoção, não precisando obedecer às fórmulas pré-estabelecidas.⁶⁵

Entretanto, no que toca a processamento ao pedido de graça, este deve ser submetido ao Conselho Penitenciário, conforme a inteligência do artigo 189 da Lei de Execução Penal. Essa submissão se dá pelo fato do Conselho realizar diligências visando a efetivação do procedimento, verificando toda ficha do sentenciado e se no plano real a concessão da graça, de fato, se aplica no caso concreto.⁶⁶

Agora, no que tange a aplicação dessas indulgências ao crime de tortura, algumas observações se fazem necessárias. A primeira, é a não possibilidade da aplicação da anistia em face do delito supra, vez que a Lei Maior e a Lei dos Crimes Hediondos, em seus comandos legais, vedam expressamente a sua aplicação.

Lado outro, temos a aplicação da graça e do indulto, já que o Soberano, ao emitir ato de graça ou indulto não sofreu limitações pela Constituição ou outro mecanismo infraconstitucional.

Passadas as considerações supracitadas, informamos que no próximo capítulo iremos tratar, de forma pormenorizada o indulto e suas especificidades, bem como a relação de sua concessão ao crimes hediondos.

Outro ponto de relevo é proibição de concessão de fiança em relação aos delitos hediondos e equiparados, vez que a lei 11.464 de 28 de março de 2007, de forma acertada, manifestou a vontade do legislador constituinte inserindo no bojo do artigo 2º da lei 8072 de 1990 o inciso II, que veda a concessão de fiança aos delitos hediondos e equiparados.

⁶⁵JESUS, Damásio E. de, Direito Penal –Parte Geral, v. 1, 23ª edição, Editora Saraiva, 2002, p. 697

⁶⁶SILVA, Juan Emanuel de Andrade. Aspectos doutrinários da aplicação da anistia, graça e indulto no crime de tortura. 2013. Monografia (Bacharelado em Direito) Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2013. Pag. 46 . Disponível em: <http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/5300/1/RA20912916.pdf>. Acesso em: 01 de maio de 2016.

Antes de entrarmos nos pormenores do indulto, devemos, inicialmente, fazer algumas distinções como entre o indulto e outros tipos de indulgência estatal.

Conforme o artigo 48, VIII da Constituição Federal, temos que a Anistia é uma benesse concedida pelo Congresso Nacional, sendo que o indulto e a comutação de penas é medida outorgada pelo Presidente da República, inteligência do artigo 84, XII) ⁶⁷

As duas indulgências supracitadas carregam em si aspectos indispensáveis e cumulativos, quais sejam: o primeiro é o constitucional, que guarda relação com os interesses sociais e é a manifestação do *jus eminens* do Estado, o outro é o penal, que diz respeito ao poder de punir do Estado, que tem íntima relação com a política criminal e repercussão sobre as penas (sua extinção e comutação, bem como os delitos que serão abrangidos por alguma das mediadas).

⁶⁸

No que diz respeito à anistia, esta, tem caráter coletivo, sendo que sua aplicação, em regra, se perfaz em relação aos crimes políticos, militares e eleitorais.

Quanto aos seus efeitos, ela pode extinguir todos os efeitos penais decorrentes da prática de um ato ilícito.

Sua aplicação refere-se a fatos, não a pessoas, podendo, em alguns casos, reclamar requisitos de ordem subjetiva para a sua aplicação. Salienta-se, por oportuno, que a anistia concedida antes do trânsito em julgado é totalmente possível em nosso ordenamento jurídico, e é denominada de própria, se for concedida após o trânsito em julgado, será denominada de imprópria. ⁶⁹

Ainda em relação as modalidades de anistia, esta poderá ser geral ou parcial, sendo que, no primeiro caso, ela irá beneficiar todos os envolvidos na prática do delito e, no segundo, ela irá excluir alguns indivíduos do benefício, já que nesta modalidade são necessários alguns requisitos pessoais.

⁶⁷Disponível :< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> acesso em :10/10/2016

⁶⁸MIRABETE, Júlio Fabrini. Manual de Execução Penal. São Paulo: Atlas, 2014, 12º ed. P. 895.

⁶⁹NUCCI, Guilherme de Souza, Manual de Processo Penal e Execução Penal, 4º edição 2008 p. 1035

De mais a mais, temos que a anistia poderá ser condicionada, quando reclamar a aceitação de obrigações por parte de quem a medida beneficiar ou incondicionada, que não se demanda nenhuma medida por parte do beneficiário.

70

Conforme supracitado, a anistia é medida concebida por lei, entretanto, caberá, exclusivamente ao Poder Judiciário examinar o alcance da medida e sua adequação no caso concreto.

Quanto aos efeitos, têm-se que estes são *ex tunc*, ou seja, vão retroagir e extinguir todos os efeitos penais do crime, inclusive do decreto condenatório, englobando também outras medidas penais, como, por exemplo, as penas pecuniárias, a suspensão condicional da pena, a reincidência etc. Lado outro, os efeitos retroativos não conseguem atingir os efeitos civis.⁷¹

De mais a mais, conforme artigo 96, parágrafo único, do Código Penal, a anistia é considerada medida extintiva da punibilidade, o que, por sua vez não se impõe a medida de segurança, muito menos poderá ser executada a que lhe fora imposta. Além disso, em caso de concessão de anistia, essa não pode ser revogada por outra lei diante, inteligência do artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal de 1988.⁷²

No que diz respeito ao seu processamento, deve o aplicador da lei atentar-se a algumas observações de ordem práticas descritas alhures, como, por exemplo, no caso da anistia condicionada, em que a natureza de clemência reclama que os interessados sejam consultados de sua concordância ou não à submissão imposta na medida, sendo que, somente após a aceitação é que o magistrado deverá decretar extinta a punibilidade.⁷³

Ainda no que tange ao processamento da anistia, com base na legislação de regência podem requerer a anistia o interessado, o Ministério Público, podendo ser proposta tanto pela autoridade administrativa- diretor do presídio ou outro investido como tal em legislação local-, como pelo Conselho Penitenciário,

⁷⁰MIRABETE, Júlio Fabrini. Manual de Execução Penal. São Paulo: Atlas, 2014, 12º ed. p. 896

⁷¹NUCCI, Guilherme de Souza, Manual de Processo Penal e Execução Penal, 4º edição 2008 p. 1037

⁷²MIRABETE, Júlio Fabrini. Manual de Execução Penal. São Paulo:Atlas, 2014, 12º ed. p. 896

⁷³

podendo o juiz também concedê-la de ofício, conforme o artigo 188 da Lei de Execução Penal.⁷⁴

3.2. Do indulto

Vamos agora analisar outra modalidade de indulgência estatal, o indulto, que pode ser tanto individual como coletivo. Antes de adentrar na análise do indulto propriamente dito, é salutar que se diferencie a anistia do indulto, vez que este ser concedido de ofício e de caráter coletivo – em regra-, enquanto aquele, em regra deverá ser solicitado.

Passadas as questões preliminares, temos o indulto individual quando este é concedido em caráter pessoal, visando a atingir um único indivíduo, sendo que, conforme o artigo 188 da Lei de Execuções Penais, tal medida deverá ser por provocação, mediante petição, e que, por mais paradoxal que pareça, poderá ser por iniciativa do Ministério Público, bem como pela autoridade administrativa e pelo Conselho Penitenciário.

Além disso, salienta-se, que, diferente da anistia, esta modalidade não poderá o magistrado, de ofício, concedê-la⁷⁵

Já indulto coletivo ganha relevo por suas próprias razões, visto que, da mesma forma que o indulto individual, este poderá ser concedido de forma espontânea pelo Presidente da República. Entretanto, tal atribuição poderá ser delegada aos Ministros de Estado, ao Procurador-geral da República ou ao Advogado Geral da União, conforme se verifica no do artigo 84, parágrafo único da Lei Maior.

Tal medida, visa beneficiar uma gama determinada de condenados, ou que estão submetidos al alguma medida de segurança, desde que preencham os requisitos exigidos pelo decreto natalino.⁷⁶

⁷⁴NUCCI, Guilherme de Souza, Manual de Processo Penal e Execução Penal, 4 ° edição 2008 p. 1037

⁷⁵MIRABETE, Júlio Fabrini. Manual de Execução Penal. São Paulo:Atlas, 2014, 12° ed. p. 899

⁷⁶AVENA, Noberto Execução Penal Esquematizado, 2° ed. Rio de janeiro, Método p. 402/403

Esses requisitos podem ser tanto objetivos (quando o decreto exigir o cumprimento de determinado período da reprimenda), como subjetivo (na circunstância em que o decreto reclame para sua concessão características individuais do condenado, por exemplo, a primariedade e a conduta durante o período em que esteve recolhido ao sistema prisional).

Ocorre que todos esses requisitos deveram ser observados pelo magistrado (que deverá ser, em regra, o juiz da execução penal) ouvido o membro do Ministério Público.⁷⁷

De mais a mais, cabe ressaltar que existe também a figura do indulto humanitário, figura que reclama apenas um requisito para sua concessão, qual seja: estar o indivíduo acometido de doença grave, seja ela premente ou que gere a incapacidade, sobretudo aos que exigem cuidados especiais que não possam ser atendidos pela unidade prisional. Nesse sentido é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, senão vejamos:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CONSTITUCIONAL. INDULTO HUMANITÁRIO. TRÁFICO DE DROGAS. POSSIBILIDADE. DECRETO 7.420/2010. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA. 1. Nos termos do art. 1.º, inciso IX, alínea c, do Decreto Presidencial n.º 7.420/2010, foi concedido indulto aos apenados acometidos "de doença grave e permanente que apresentem incapacidade severa, grave limitação de atividade e restrição de participação ou exijam cuidados contínuos que não possam ser prestados no estabelecimento penal, desde que comprovada a hipótese por laudo médico oficial ou, na falta deste, por médico designado pelo juízo da execução, constando o histórico da doença, caso não haja oposição da pessoa condenada, mantido o direito de assistência nos termos do art. 196 da Constituição". 2. A restrição contida no art. 8.º do mencionado Decreto, que afasta a possibilidade de se conceder indulto aos condenados pela prática de tráfico de drogas, não atinge aqueles que, assim como o Paciente, se enquadram na hipótese do art. 1.º, inciso IX, conforme ressalva contida no próprio art. 8.º § 1.º. Precedentes. 3. Ordem de Habeas Corpus concedida. (STJ - HC: 233664 RS 2012/0031709-2, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 28/05/2013, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 06/06/2013)

Quanto ao momento de sua concessão, o Supremo Tribunal Federal tem entendimento firmando no sentido que basta o trânsito em julgado da decisão

⁷⁷NUCCI, Guilherme de Souza, Manual de Processo Penal e Execução Penal, 4º ed 2008 p. 1037

condenatória para a acusação, não fazendo diferença se ainda tiver recurso pendente da defesa, senão vejamos:

HABEAS CORPUS. PENAL MILITAR. CONDENAÇÃO PELO CRIME DE DESERÇÃO. 1. PACIENTE INDULTADO ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA: SUBSISTÊNCIA DO INTERESSE NO JULGAMENTO DA PRESENTE AÇÃO. 2. QUESTÃO RELATIVA À NECESSIDADE DE PERÍCIA NEUROPSIQUIÁTRICA PARA CONSTATAR A INIMPUTABILIDADE DO PACIENTE. IMPROCEDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DO CONJUNTO PROBATÓRIO DOS AUTOS. 1. Concessão de indulto antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. Não há falar em perda do objeto da presente impetração, uma vez que a tese defensiva poderia levar à absolvição do Paciente e ao prejuízo do indulto. Precedente. 2. Alegada necessidade de realização de perícia neuropsiquiátrica. Instauração de incidente de insanidade mental afastada pelo Superior Tribunal Militar com base nas provas e nos fatos cuidados no processo. Pacífica a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual não é possível reexame de provas na via do habeas corpus. 3. Ordem denegada. (STF - HC: 105022 DF, Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 12/04/2011.

O indulto coletivo ainda poderá ser classificado em total, quando extingue a punibilidade do agente, conforme artigo 107, II do Código Penal, ou parcial, quando não gera a extinção da punibilidade, gerando apenas uma redução da reprimenda remanescente ou, inclusive a sua substituição por outra pena mais branda, sendo essa modalidade denominada de comutação.⁷⁸

Outro ponto de destaque é quanto ao condicionamento da referida benesse, visto que o Decreto de concessão pode trazer ou não está previsão, vejamos o entendimento do STJ em relação a essa possibilidade:

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. CONCESSÃO DE INDULTO CONDICIONADO. DECRETO N.º 4.904/2003. PREVISÃO LEGAL. CONSTITUCIONALIDADE. 1. Limitando-se o juiz de primeiro grau às condições previstas no decreto presidencial, não ultrapassando, em nenhum momento, a definição dos termos para a concessão do benefício, pré-estabelecidas nos exatos termos no dispositivo legal, não há falar em constrangimento ilegal. 2. O que não se admite é a inovação judicial quanto ao efetivamente estatuído no decreto presidencial. 3. De acordo com entendimento firmado no Supremo Tribunal Federal, os decretos

⁷⁸AVENA, Noberto. Execução Pena Esquematizado. 2º ed. São Paulo: Método, 2015 p. 402/403

concessivos do benefício do indulto, fruto do poder discricionário do Presidente da República, sujeitam-se a um juízo de conveniência e oportunidade, sendo plenamente legítimo e constitucional o estabelecimento de condições para sua validade e eficácia, as quais, uma vez inobservadas, importam na revogação automática do benefício. 4. Ordem denegada. (STJ - HC: 39005 RS 2004/0148657-2, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 13/09/2005.

Assim como na anistia, o indulto também poderá ser condicionado ou incondicionado. Será incondicionado quando da sua aplicação nada requerer para sua concessão, sendo que, caso reclame alguma condição para seu aperfeiçoamento, como, por exemplo, o condenado não ter cometido crime doloso durante determinado tempo que será esclarecido no referido decreto.

Nesse sentido, da mesma forma que a anistia, o indulto condicionado poderá ser recusado pelo agente a quem se beneficie.⁷⁹

3.3 Da possibilidade de indulto aos crimes hediondos

A possibilidade de indulto coletivo aos condenados por crimes hediondos e equiparados é muito debatida na Jurisprudência dos Tribunais Superiores bem como pela doutrina, razão pela qual o presente tópico é o responsável pelo tema do presente trabalho de conclusão de curso.

O ponto central dessa possibilidade surge pelo fato da Lei 8.072/90, em seu artigo 2º, “I”, proibir a concessão da indulgência aos crimes previstos em seu corpo normativo. Lado outro, a Constituição Federal veda a sua concessão apenas no que diz respeito a graça ou a anistia no que diz respeito aos crimes hediondos e equiparados, conforme se verifica em seu artigo 5º, XLIII.⁸⁰ Diante disso, surge duas orientações para com esse problema.

A primeira corrente sustenta que a vedação da concessão da benesse aos crimes hediondos seria inconstitucional, vez que a Constituição veda a

⁷⁹MIRABETE, Júlio Fabrini. Manual de Execução Penal. São Paulo: Atlas, 2014, 12º ed. p. 900

⁸⁰AVENA, Noberto. Execução Pena Esquematizado. 2º ed. São Paulo: Método, 2015 p. 402

concessão tão somente a anistia e a graça, não prevendo, ao menos expressamente, vedação de indulto vejamos a jurisprudência:

RECURSO DE AGRAVO. INDULTO PLENO. DECRETO 8.172/2013. CONDENAÇÃO POR TRÁFICO DE DROGAS PRIVILEGIADO (ARTIGO 33, CAPUT, C/C O §4º, DA LEI Nº. 11.343/2006). AFASTAMENTO DA NATUREZA HEDIONDA. POSSIBILIDADE DE INDULTO. TEMPO DE PRISÃO PROVISÓRIA SUPERIOR A 1/6 (UM SEXTO). CRIME NÃO PREVISTO NO ROL DOS CRIMES IMPEDITIVOS. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus n. 118.533, afastou a natureza hedionda do tráfico privilegiado (HC 118.533/MS, Relatora Ministra Carmem Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 23/06/2016).

2. Considerando que a Suprema Corte deixou de submeter o tráfico privilegiado ao regime jurídico dos crimes equiparados a hediondos, restou afastado o óbice à concessão do indulto.

3. Se o crime de tráfico privilegiado, além de não ser hediondo, não se encontra no rol dos crimes que não podem ser contemplados com o indulto ou comutação, é irrelevante para a concessão do benefício o fato de o inciso XIV do artigo 1º do Decreto nº. 8.172/2013 não ter sido mencionado no parágrafo único do artigo 9º do mesmo Decreto, que tratam apenas das exceções em relação à regra de impedimento, na qual o delito sequer está inserido.

4. Recurso de agravo conhecido e provido para deferir a concessão do indulto pleno ao sentenciado. (Acórdão n.1003580, 20160020493152RAG, Relator: ROBERVAL CASEMIRO BELINATI 2ª TURMA CRIMINAL, Data de Julgamento: 09/03/2017, Publicado no DJE: 20/03/2017. Pág.: 305/340)

RECURSO DE AGRAVO. TRÁFICO PRIVILEGIADO. NATUREZA HEDIONDA. EXCLUSÃO. POSSIBILIDADE. PRISÃO PROVISÓRIA. CONCESSÃO DE INDULTO PLENO COM APOIO NOS INCISOS XIII E XIV DO ART. 1º DO DECRETO PRESIDENCIAL Nº 8.172/2013. EXPRESSA VEDAÇÃO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. DECISÃO MANTIDA. PREQUESTIONAMENTO.

1. O caráter hediondo do crime de tráfico privilegiado deve ser afastado para efeito de concessão de novos benefícios ao condenado, conforme recente entendimento do Supremo Tribunal Federal (HC 118533/MS, Rel. Min. Cármen Lúcia, 23.6.2016, DJE 19.09.2016 - ATA Nº 137/2016. DJE nº 199, divulgado em 16.09.2016).

2. A concessão de indulto aos condenados por tráfico de drogas é possível, nos termos do parágrafo único do art. 9º do Decreto nº 8.172/2013, tão somente nas hipóteses dos incisos X, XI, XII e XIII, do art. 1º, desse mesmo Decreto.

3. Inviável a concessão de indulto com apoio no inciso XIII do art. 1º do Decreto nº 8.172/2013, uma vez que, embora primário e sua pena privativa de liberdade tenha sido substituída por restritiva de direitos, o recorrente não cumpriu, até 25.12.2013, 1/4 da sua reprimenda.

4. Para fins de prequestionamento, é desnecessário que o julgador esmiúce cada um dos argumentos e dispositivos legais tidos por violados, bastando que esclareçam os motivos que o levaram à determinada conclusão.

5. Recurso conhecido e parcialmente provido.

([Acórdão n.998443](#), 20160020496144RAG, Relator: JOÃO BATISTA TEIXEIRA 3ª

TURMA CRIMINAL, Data de Julgamento: 16/02/2017, Publicado no DJE: 02/03/2017. Pág.: 536/549)

RECURSO DE AGRAVO. INDULTO PLENO. DECRETOS 8.380/2014 E 8.615/2015. CONDENAÇÃO POR TRÁFICO DE DROGAS PRIVILEGIADO (ARTIGO 33, CAPUT, C/C O §4º, DA LEI Nº. 11.343/2006). AFASTAMENTO DA NATUREZA HEDIONDA. POSSIBILIDADE DE INDULTO. TEMPO DE PRISÃO PROVISÓRIA SUPERIOR A 1/6 (UM SEXTO). CRIME NÃO PREVISTO NO ROL DOS CRIMES IMPEDITIVOS. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus n. 118.533, afastou a natureza hedionda do tráfico privilegiado (HC 118.533/MS, Relatora Ministra Carmem Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 23.06/2016).
2. Considerando que a Suprema Corte deixou de submeter o tráfico privilegiado ao regime jurídico dos crimes equiparados a hediondos, restou afastado o óbice à concessão do indulto.
3. Se o crime de tráfico privilegiado, além de não ser hediondo, não se encontra no rol dos crimes que não podem ser contemplados com o indulto ou comutação, é irrelevante para a concessão do benefício o fato de os incisos XIV do artigo 1º do Decreto nº. 8.380/2014 e XV do artigo 1º do Decreto nº 8.615/2015 não terem sido mencionados no parágrafo único do artigo 9º dos mesmos Decretos, que tratam apenas das exceções em relação à regra de impedimento, na qual o delito sequer está inserido.
4. Recurso de agravo conhecido e provido para deferir a concessão do indulto pleno ao sentenciado. ([Acórdão n.989047](#), 20160020483184RAG, Relator: ROBERVAL CASEMIRO BELINATI 2ª TURMA CRIMINAL, Data de Julgamento: 15/12/2016, Publicado no DJE: 23/01/2017. Pág.: 256/293)

Já a segunda, é no sentido da constitucionalidade da vedação de indulto, seja ele individual ou coletivo, aos crimes hediondos e equiparados. A argumentação funda-se no fato do indulto nas suas duas modalidades são espécie de graça.

Assim, quando o legislador constituinte vedou a concessão de graça em relação ao delitos supracitados, indiretamente veda também a concessão de indulto.⁸¹

Importa salientar, que essa segunda orientação é a que prevalece no Supremo Tribunal Federal: senão vejamos:

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. LATROCÍNIO. CRIME HEDIONDO. COMUTAÇÃO DE PENA. DECRETO N. 7.046/2009. VEDAÇÃO LEGAL EXPRESSA. IMPOSSIBILIDADE. DENEGAÇÃO DA ORDEM.

1. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que o instituto da graça, previsto no art. 5.º, inc. XLIII, da Constituição

⁸¹AVENA, Noberto. Execução Pena Esquematizado. 2º ed. São Paulo: Método, 2015 p. 403

Federal, engloba o indulto e a comutação da pena, estando a competência privativa do Presidente da República para a concessão desses benefícios limitada pela vedação estabelecida no referido dispositivo constitucional. Precedentes.

2. O Decreto n. 7.046/2009 dispõe que a concessão dos benefícios de indulto e comutação da pena não alcança as pessoas condenadas por crime hediondo, praticado após a edição das Leis ns. 8.072/1990, 8.930/1994, 9.695/1998, 11.464/2007 e 12.015/2009.

3. Ordem denegada.⁸²

RECURSO DE AGRAVO. EXECUÇÃO PENAL. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. INDULTO PLENO. CRIME DE TENTATIVA DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL. CRIME HEDIONDO. PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE DE INDULTO. INCONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA.

1. Muito embora o Decreto nº 8.615/2015, em seu artigo 1º, caput, inciso XIV c/c artigo 9º, parágrafo único, preveja a concessão de indulto pleno ao sentenciado com pena substituída por restritiva de direitos, a Constituição Federal e a Lei nº 8.072/1990 (art. 5º, XLVIII) vedam a concessão do benefício nas hipóteses de condenação por crimes hediondos e os a eles equiparados, estando inserido nesse rol o crime de tentativa de estupro de vulnerável. Precedentes.

Recurso conhecido e improvido.

(Acórdão n.975500, 20160020327607RAG, Relator: CESAR LOYOLA 2ª TURMA CRIMINAL, Data de Julgamento: 20/10/2016, Publicado no DJE: 27/10/2016. Pág.: 101/132)

Em face do entendimento testilhado Pelo Supremo, outra controvérsia surge, qual seja: a possibilidade do indulto a os delitos que hoje são considerados hediondos, mas que quando foram praticados não eram.

Para alguns doutrinadores, como Cleber Masson, deve-se analisar a natureza do delito na época do decreto presidencial. Entretanto, para Guilherme Nucci, é incabível que o delito seja considerado hediondo antes da vigência da Lei dos Crimes Hediondos, visto que se for considerado geraria prejuízo ao condenado.⁸³

Já no âmbito do Supremo Tribunal Federal, o entendimento é divergente, visto que em sentido favorável temos o julgamento realizado no Habeas Corpus nº 101.238/SP/SP (DJ 20.05.2010) em que se consignou o seguinte:

⁸²STF, *Habeas Corpus*, 115099/SP, DJ 13.03.13

⁸³AVENA, Noberto. *Execução Pena Esquematizado*. 2º ed. São Paulo: Método, 2015 p. 403

“Ofende o princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa, a vedação do indulto atinge apenas os delitos cometidos após o advento a lei que os considerou hediondos.”⁸⁴

Em sentido contrário ao entendimento supracitado, o Supremo se manifestou pelo entendimento de que não atingiria o princípio supramencionado, esse entendimento foi ventilado no Habeas Corpus nº 94679/SP (DJ 18.12.2008), senão vejamos:

“A natureza dos crimes hediondos não contemplados pelo decreto presidencial que concede o benefício de indulto e comutação de pena deve ser aferida à época da edição do respectivo ato normativo, pouco importando a data em que tais delitos foram praticados.”⁸⁵

Outro ponto de relevo é no que diz respeito aos efeitos da concessão do indulto, visto que poderá extinguir as sanções penais que foram expressas no Decreto do Presidente da República. Lado outro, vão subsistir os outros efeitos penais, como reincidência e a obrigação de indenizar.⁸⁶

Ainda em relação aos reflexos da referida medida, devemos analisar algumas proposições, como, por exemplo, se com a concessão indulto estaria também extinta a pena de multa.

Em face dessa premissa temos duas orientações, uma no sentido de que só haverá a extinção da pena de multa se vier expressamente previsto no decreto presidencial, a outra no sentido de que haveria a extinção da pena de multa mesmo que não venha assim definido no decreto.⁸⁷

Quanto as penas restritivas de direito, também existem dois posicionamentos, que nos mesmos moldes dos supramencionados tudo depende da regulamentação prevista no decreto presidencial, já que para alguns deve vir

⁸⁴MIRABETE, Júlio Fabrini. Manual de Execução Penal. São Paulo: Atlas, 2014, 12º ed. p. 899

⁸⁵AVENA, Noberto. Execução Pena Esquematizado. 2º ed. São Paulo: Método, 2015 p. 403

⁸⁶MIRABETE, Júlio Fabrini. Manual de Execução Penal. São Paulo: Atlas, 2014, 12º ed. p. 900

⁸⁷AVENA, Noberto. Execução Pena Esquematizado. 2º ed. São Paulo: Método, 2015 p. 403

previsto e pra outros para a sua concessão não precisa de disposição expressa do referido decreto.⁸⁸

Outro ponto de relevo é o que diz respeito ao cometimento de falta grave durante a execução da reprimenda, ou seja, se a sua pratica gerará algum efeito para a concessão de indulto. Mesmo que com a pratica de falta grave se tenha a impressão de o apenado não haja com mérito no cumprimento de sua pena, somente com a previsão no decreto presidencial é que teremos a possibilidade de negar o benefício ao reeducando.⁸⁹

Ainda em relação as previsões do decreto presidencial para a concessão do benefício, temos que uma questão muito recorrente da Varas de Execução Criminal , que é quando há o cometimento de dois ou mais crimes em concurso em que apenas um ou alguns delitos permitam que haja a concessão do indulto ou comutação da pena. Nesses casos, assim como os demais supracitados, tudo vai depender da regulamentação trazida no corpo do decreto.⁹⁰

Quanto ao processamento do indulto, por mais que o procedimento seja bastante simples, como se verifica nos artigos 192 e 193 da Lei de Execução Penal em que o juiz (inclusive de ofício) que conceder o indulto ao condenado anexará aos autos do processo da execução criminal cópia do decreto presidencial e, havendo os requisitos para a concessão, irá declará-la extinta ou irar comutar o remanescente da pena.⁹¹

Salienta-se, por oportuno que o membro do parquet deverá sempre ser ouvido, exceto se ele for o autor da demanda, visto que como visto anteriormente, o indulto pode ser requerido tanto pelo próprio condenado, como pelo Ministério público e pelo Conselho Penitenciário ou autoridade administrativa.

De mais a mais, no que tange a decisão que concede ou nega provimento ao pedido da concessão de indulto (que sempre deverá ser fundamentada e seguir o procedimento citado no parágrafo anterior), esta deverá ser

⁸⁸MIRABETE, Júlio Fabrini. Manual de Execução Penal. São Paulo: Atlas, 2014, 12º ed. p. 901

⁸⁹AVENA, Noberto. Execução Pena Esquematizado. 2º ed. São Paulo: Método, 2015 p. 403

⁹⁰AVENA, Noberto. Execução Pena Esquematizado. 2º ed. São Paulo: Método, 2015 p. 403

⁹¹MIRABETE, Júlio Fabrini. Manual de Execução Penal. São Paulo: Atlas, 2014, 12º ed. p. 902/903

desviada pelo recurso de agravo em execução, que encontra previsão no artigo 197 da Lei de Execução Penal⁹²

⁹²AVENA, Noberto. Execução Pena Esquematizado. 2º ed. São Paulo: Método, 2015 p. 405

4. Conclusão

O presente trabalho tratou sobre a possibilidade de indulto dos crimes hediondos, tema que vem ganhando destaque no meio jurídico e social, uma vez que se trata de uma indulgência estatal dada a determinados delitos considerados graves pela legislação pátria.

Analisar tal possibilidade foi de suma importância para elucidação sobre o tema, haja vista que sua abordagem na doutrina e na legislação ainda é muito modesta.

A ausência de diplomas específicos, bem como o pouquíssimo conteúdo encontrado na literatura, motivaram a temática da presente monografia, haja vista que muitas são as dúvidas relacionadas ao tema.

Para melhor didática das informações trabalhadas, o presente trabalho foi dividido em três capítulos, os quais analisaram de forma pormenorizada os institutos ora mencionados e suas formas de aplicação.

Inicialmente, buscou-se analisar se há previsão constitucional e quais seriam os sistemas de classificação do crime hediondo, bem como se é possível substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, ou, ainda, se poderia haver a suspensão condicional da pena em relação aos referidos delitos.

Além disso, buscou-se analisar também quais benefícios prisionais seriam aplicáveis aos crimes hediondos, bem como se é necessário o recolhimento à prisão para apelar ou se a prisão temporária é aplicada aos crimes hediondos e equiparados.

O aprofundamento nesse ponto foi de extrema importância, uma vez que o conhecimento sobre o tema ainda é muito limitado, o que acaba gerando confusão na aplicação dos referidos institutos aos delitos hediondos e equiparados, razão pela qual foram feitas separações temáticas sobre cada um dos institutos supracitados.

Já no segundo capítulo buscou-se analisar quais são os tipos de indulgências estatais previstas no ordenamento jurídico interno, analisando suas especificidades, os sujeitos ativos e passivo de cada uma delas.

Ainda em relação ao segundo capítulo, verificou-se também qual a autoridade seria competente pra decretar as referidas benesses, bem como o procedimento/processo pra o seu deferido.

Analisar de forma minuciosa o indulto facilitou de o estudo sobre a possibilidade de sua aplicação em relação aos crimes hediondos e equiparados, visto que era necessário saber quais os requisitos para sua aplicação, para que se pudesse entender quais seriam os obstáculos para a aplicação do indulto referente aos crimes hediondos e equiparados.

E o último capítulo, que buscou analisar a possibilidade ou não da aplicação do indulto aos crimes hediondos, tratou sobre diversos diplomas, como, por exemplo a aplicação da Lei de Execuções Penais – LEP, alguns decretos presidências sobre o indulto, a Lei de Anistia. Trabalhou-se, também, com alguns entendimentos doutrinários, e a análise de diversas jurisprudências, as quais muitas delas acabaram por inovar em alguns campos do presente trabalho.

Além disso, ainda no que diz respeito ao terceiro e último capítulo, analisamos todo o passo a passo do processamento do indulto, desde o seu peticionamento, passando pelos trâmites internos dentro de cada tribunal. Salientou-se, também, que antes de proferir a decisão de concessão ou não do indulto, o magistrado deve ouvir o membro do Ministério Público.

Foi trabalhado também o instituto da comutação da pena, que serve como um abatimento do remanescente ou a substituição de uma pena mais severa para uma mais branda, podendo ocasionar, também, na mudança de regime prisional, seja do fechado para o semiaberto, como do semiaberto para o aberto, sempre levando em consideração o remanescente de pena.

De mais a mais, ainda em relação ao processamento do indulto, trabalhamos também sobre o recurso cabível em relação ao indulto, qual seja: Agravo em Execução, previsto no artigo 197 da LEP, o qual não possui efeito suspensivo.

Nessa senda, a proposta trabalhada na presente monografia buscou facilitar o entendimento sobre os crimes hediondos e os a estes equiparados, sempre demonstrando os dois pontos de vista, sejam eles favoráveis ou contrários a sua concessão.

Ao final, consignamos a corrente contrária a sua concessão, haja vista que estamos diante de uma espécie de perdão dado ao Chefe do Executivo Federal para que possa perdoar os condenados de forma genérica em todo território nacional, devendo estes apenas preencher alguns requisitos constantes em cada decreto que é editado ao final do ano, em 24 de dezembro.

Ocorre que, conceder tal benefício a um condenado a crime hediondo, a nosso ver, afrontaria a Lei Maior, vez que seu artigo 5º, XLIII, veda a concessão de graça ou anistia aos crimes de tortura, tráfico de drogas e afins o terrorismo e os assim definidos como hediondos.

Assim, mesmo não havendo citação expressa a vedação de concessão de indulto, este, como fora explicado nos capítulos anteriores, funciona como uma espécie de graça. Além disso, diversos precedentes do STJ vão no mesmo sentido. Além do que, a própria lei dos crimes hediondos também veda a concessão de indulto a este tipo de delito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDREUCCI, Ricardo Antonio. Legislação Penal Especial. 7º ed. São Paulo: Saraiva, 2010;
- AVENA, Noberto Execução Penal Esquematizado, 2º ed. Rio de Janeiro, Método. 2015;
- BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. 6. ed. São Paulo: Martin Claret, 2015;
- BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: Parte Geral 1. Ed. 15 São Paulo: Saraiva, 2010;
- BRASIL. Lei nº 8072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Acesso em 20 de março de 2016;
- BRASILEIRO, Renato Lima. Legislação Penal Extravagante. 2º ed. Juspodvum, Salvador. 2014;
- GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. 8ª. Ed. Niterói: Impetus, 2014.
- LOPES, Wellen Candido. **Execução penal e Assistência Religiosa**. Disponível em: <http://www.paginalivre.com.br/Noticias/Opiniao-e-artigos/2364/>, acessado em 20/03/2017.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal**, 10 Edição, Ed. Atlas, 2002, p.64.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 18º Ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2002.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal: Comentários à Lei nº 7.210 de 11-7-84**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1997.
- MONTEIRO, Antonio Lopes. Crimes hediondos: texto, comentários e aspectos polêmicos, 10ª edição.. Saraiva, 7/2015
- NUCCI, Guilherme de Souza, Lei penais e Processuais Penais Comentadas, 3º edição 2008;
- OLIVEIRA, Marina M. C de. **A religião nos presídios**. São Paulo, Cortez & Moraes, 1978;

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. São Paulo: RT. 1997.