

## **SOBRE A VEDAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL À APLICAÇÃO JUDICIAL DO INDULTO E DA COMUTAÇÃO EM BENEFÍCIO DE CONDENADOS PELA PRÁTICA DE CRIMES HEDIONDOS E EQUIPARADOS**

**Arion Escorsin de Godoy<sup>1</sup>  
Domingos Barroso da Costa<sup>2</sup>**

**RESUMO:** Pelo presente artigo examinam-se as hipóteses de vedação infraconstitucional à aplicação judicial do indulto e da comutação, em benefício de condenados pela prática de crimes hediondos e equiparados. Para tanto, introdutoriamente, apresentam-se reflexões sobre a ideia de proporcionalidade e sua estreita vinculação com o ideal de Justiça, especialmente no que tange à previsão, aplicação e execução de sanções penais. Adiante, em breve resumo, busca-se expor os avanços da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal na efetivação do princípio da individualização da pena, a partir de hermenêutica mais condizente com os ditames constitucionais. Em seguida, questiona-se a constitucionalidade do dispositivo que veda a concessão de indulto e comutação a condenados por crimes hediondos ou equiparados, atualmente expresso no art. 8º do Decreto de regência. Nesse ponto, confere-se destaque às peculiaridades que envolvem o óbice à aplicação judicial da comutação aos referidos apenados, concluindo-se o estudo a partir de abordagem acerca dos limites em que deve ser compreendida a discricionariedade do Presidente da República ao definir as hipóteses de indulto e comutação.

**PALAVRAS-CHAVE:** Constituição – indulto – comutação – lei – discricionariedade.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução: sobre proporção e Justiça. 2. A individualização da pena e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 3. Quanto ao indulto e sua aplicação aos condenados pela prática de crimes hediondos ou equiparados. 4. Quanto à

---

1 Defensor Público no Rio Grande do Sul. Especialista em Direito Urbanístico pela PUC-Minas e Mestrando em Direito Ambiental e Novos Direitos pela Universidade de Caxias do Sul..

2 Defensor Público no Rio Grande do Sul. Mestre em Psicologia pela PUC-Minas. Especialista em Criminologia e Direito Público.

comutação e sua aplicação aos condenados pela prática de crimes hediondos ou equiparados. 5. Um pouco mais sobre os limites da discricionariedade na definição das hipóteses de concessão de indulto e comutação. 6. Considerações finais. 7. Referências.

## 1 INTRODUÇÃO: SOBRE PROPORÇÃO E JUSTIÇA

A ideia de proporção é inseparável de um conceito de Justiça que tome por referência primeira a noção de distribuição igualitária, fundada no equilíbrio das diferenças. E, se o que se pretende Direito deve ter por ideal máximo a Justiça<sup>3</sup>, há de se concluir que a legitimidade de um ordenamento jurídico depende de normas que viabilizem – ao menos idealmente – que a cada sujeito seja garantido o que é seu, nem mais, nem menos.

É a esse horizonte de proporção e Justiça que se abre a Constituição brasileira, como explicitam diversos de seus dispositivos, princípios e regras que se harmonizam na fundação de marcos orientadores para o estabelecimento de uma sociedade livre, igualitária, que se movimenta no sentido de reduzir as desigualdades sociais, promovendo-se, assim, o bem de todos, independentemente das diferenças que são características de uma democracia.

Pode-se afirmar, portanto, que a ideia de proporção – e, logo, de Justiça – permeia o ordenamento jurídico brasileiro, balizando a elaboração, interpretação e aplicação do Direito. Assim, a proporção há de ser observada no que concerne à distribuição e gozo de direitos, mas com ainda mais rigor no que tange a medidas que impliquem limitação a esses direitos – e a seu gozo –, especialmente as de natureza penal, por incidirem, ao menos potencialmente, sobre a liberdade, direito fundamental que é pressuposto máximo do Estado de Direito. Afinal, pela afirmação da liberdade do indivíduo frente ao Estado superou-se o Absolutismo, emergindo a lei como expressão de uma racionalidade que a partir de então deveria limitar todo exercício de poder. Essas, portanto, as bases do que se estabeleceu como Estado Liberal de Direito, estrutura que permanece viva e renovada nas constituições ocidentais contemporâneas, enquanto sistemas que têm por alicerce garantias

---

3 Como bem assinala Radbruch: “O direito só pode ser compreendido no âmbito da atitude referida ao valor. O direito é uma manifestação cultural, isto é, um fato relacionado a um valor. O conceito do direito não pode ser determinado de modo diferente do que o dado, cujo sentido é o de tornar real a ideia do direito. O direito pode ser injusto (summa ius – summa

individuais e princípios os quais determinam que todo exercício de *poder* seja intermediado pelo *saber*<sup>4</sup>.

Especificamente no que diz respeito ao poder punitivo estatal, conclui-se que, pela racionalidade que se expressa na lei, se tem por objetivo a contenção dos abusos que marcam a história das penas e sua aplicação sobre o corpo e, mais recentemente, sobre a liberdade dos indivíduos. E, se visa à contenção de abusos, pode-se afirmar que a *lei* – abrangidos, aqui, princípios e regras – deve assegurar penas *proporcionais* (*necessárias e suficientes* à retribuição pelo dano causado e prevenção quanto a novas práticas criminosas), o que implica sejam cominadas as sanções nos limites da gravidade abstratamente considerada do delito<sup>5</sup>; aplicadas as penas segundo as circunstâncias do caso concreto e condições pessoais do agente; e, por fim, executadas de forma individualizada, com a necessária consideração das características pessoais dos apenados, a cada um deles devendo ser garantida a possibilidade de uma harmônica reintegração à sociedade (LEP, art. 1º) e o acesso gradativo à liberdade, segundo seu mérito.

Penas excessivas, abusivas convertem-se em injustiça, em constrangimento ilegal pelo qual o Estado se iguala ao criminoso cujo(s) ato(s) visa retribuir, no que se esvazia de legitimidade a pena que aplica, na medida em que, por ela, o *poder* termina por superar o *saber*, em negação aos próprios fundamentos do Estado de Direito. Daí não se admitir a legitimidade de dispositivos legais ou quaisquer atos normativos – como decretos presidenciais – que, extrapolando autorizações constitucionais, imponham vedações genéricas ao acesso a direitos como progressão de regime, livramento condicional, indulto ou comutação.

## 2 A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Por oportuno, necessário destacar que vedações genéricas como as acima referidas têm sido a marca de nossa legislação penal nos últimos vinte anos, em

---

iniúria), mas só é direito por ter o sentido de ser justo.” (RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 11.)

4 Como o devido processo legal e todo o arcabouço principiológico que dele deriva.

5 “O interesse geral não é apenas que se cometam poucos crimes, mas ainda que os crimes mais prejudiciais à sociedade sejam os menos comuns. Os meios de que se utiliza a legislação para impedir os crimes devem, portanto, ser mais fortes à proporção que o crime é mais contrário ao bem público e pode tornar-se mais frequente. Deve, portanto, haver uma proporção entre os crimes e as penas.” BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2004 [1764]. p. 69-69.

fenômeno impulsionado pelos meios de comunicação de massa, que, avocando para si a condição de veículo da *opinião pública*<sup>6</sup>, encontra eco pronto em políticos que fazem de um vazio discurso punitivista seu palanque eleitoral. Lucram as empresas que existem por trás dos *mass media*, a partir dos altos índices de audiência garantidos pela ininterrupta e banalizada exploração de temáticas relacionadas à violência e criminalidade, e os políticos, que se (re)elegem a partir de um discurso *prêt-à-porter*, repetido à exaustão, mas que garante aos eleitores a sensação de segurança, eis que propalado na mídia como solução para todos os males que afligem o país. Enfim, um círculo vicioso que se retroalimenta pela reinvenção de soluções fáceis para problemas complexos, como o são violência e criminalidade.

Apesar de todo esse empuxo, devem ser louvados os corajosos posicionamentos que o Supremo Tribunal Federal vem adotando há cerca de seis anos no que diz respeito à efetiva tutela do princípio da individualização da pena.

Primeiro, assistiu-se à modificação do entendimento acerca da constitucionalidade da vedação – genérica – à possibilidade de progressão de regimes a condenados por crimes hediondos ou equiparados. A partir de interpretação que permanece rara nos tribunais brasileiros, em seu voto de relatoria, o Min. Marco Aurélio vivificou a norma que se expressa pelo art. 1º da LEP, enquanto princípio máximo de orientação da execução penal, nele se calcando para reconhecer a inconstitucionalidade do texto então vigente do §1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, por contrariar o art. 5º, XLVI, da CF. Segundo o Ministro, a vedação genérica a que se refere não poderia prevalecer, uma vez que a “progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semiaberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social.”<sup>7</sup> Posteriormente, o STF considerou incompatível com a Constituição da República a vedação – também genérica – à conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, no que concerne ao delito de tráfico de drogas<sup>8</sup>. Da ementa do julgado que teve por relator o Min. Ayres Britto destacam-se as

---

6 Em verdade, opinião publicada, a troco de consideráveis lucros.

7 Supremo Tribunal Federal. HC 82959, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 23/02/2006.

8 Entendimento que deve ser estendido aos demais crimes hediondos ou equiparados. Afinal, se a substituição da pena privativa de liberdade é admissível para o tráfico, que tem repressão recrudescida especificamente assegurada pela Constituição (arts. 144, §1º, II e 243), muito maiores razões há para que seja assegurada a outras práticas, quanto às quais não seja reconhecida idêntica gravidade – desde que preenchidos os requisitos para a substituição (art. 1º, VII-B, da Lei nº 8.072/90).

seguintes considerações, que refletem importante crítica ao sistema prisional brasileiro e seu potencial criminógeno:

[...] 3. As penas restritivas de direitos são, em essência, uma alternativa aos efeitos certamente traumáticos, estigmatizantes e onerosos do cárcere. Não é à toa que todas elas são comumente chamadas de penas alternativas, pois essa é mesmo a sua natureza: constituir-se num substitutivo ao encarceramento e suas sequelas. E o fato é que a pena privativa de liberdade corporal não é a única a cumprir a função retributivo-ressocializadora ou restritivo-preventiva da sanção penal. As demais penas também são vocacionadas para esse geminado papel da retribuição-prevenção-ressocialização, e ninguém melhor do que o juiz natural da causa para saber, no caso concreto, qual o tipo alternativo de reprimenda é suficiente para castigar e, ao mesmo tempo, recuperar socialmente o apenado, prevenindo comportamentos do gênero. toca aos delitos hediondos e equiparados. [...]9

Finalmente, o STF reconheceu a inconstitucionalidade da regra que impedia que se iniciasse o cumprimento da pena em regime diverso do fechado – novamente quanto aos delitos hediondos ou equiparados –, invocando que tal decisão inclusive seria consectário lógico da possibilidade da conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos:

Habeas corpus. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei nº 11.464/07. Pena inferior a 8 anos de reclusão. Obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado. Declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90. Ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). Fundamentação necessária (CP, art. 33, § 3º, c/c o art. 59). Possibilidade de fixação, no caso em exame, do regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade. Ordem concedida.<sup>10</sup>

Inegável que se cuida de considerável evolução, em resgate à prevalência hierárquica da Constituição e dos valores que por ela se afirmam enquanto pilares do Estado Democrático de Direito que sustenta a República Federativa do Brasil. No que diz das relações entre os poderes, é de se frisar que o progresso hermenêutico em promoção da efetividade do princípio da individualização das penas – logo, da proporcionalidade e justiça das sanções – representa, antes de mais nada, importante intervenção do Judiciário na contenção de uma voracidade legislativa em produzir leis penais simbólicas<sup>11</sup>, violadoras dos preceitos constitucionais e

9 Supremo Tribunal Federal. HC 97256, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 01/09/2010, DJe-247 DIVULG 15-12-2010 PUBLIC 16-12-2010 EMENT VOL-02452-01 PP-00113 RT v. 100, n. 909, 2011, p. 279-333.

10 Supremo Tribunal Federal. HC 111.840/ES – Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 14/06/2012 [ainda sem publicação oficial do acórdão]

11 Porque ineficazes em cumprir as funções do Direito Penal, na efetiva retribuição e prevenção a práticas criminosas, nos limites do necessário e suficiente.

indiferentes à precária realidade do sistema carcerário brasileiro, fruto de históricas omissões especialmente do Poder Executivo.

Contudo, apesar de toda a evolução que se sedimentou sob a chancela do Supremo Tribunal Federal, insistem em nossa realidade jurídica interpretações que desconsideram a Constituição, ressuscitando antigos fantasmas positivistas e sua obsessão pela aplicação cega de leis e decretos. É o que se verifica no que tange ao indulto e à comutação de penas, de que se cuidará especificamente a seguir.

### **3 QUANTO AO INDULTO E SUA APLICAÇÃO AOS CONDENADOS PELA PRÁTICA DE CRIMES HEDIONDOS OU EQUIPARADOS**

Primeiramente, necessário pontuar que o indulto é causa de extinção da punibilidade prevista no art. 107, II, do Código Penal – autonomamente e ao lado de graça e anistia, em situação topográfica da qual já se infere o descabimento de qualquer tese que defenda tratar-se o indulto de uma *espécie de graça*, razão pela qual estaria ele abarcado pela vedação constitucional constante do art. 5º, XLIII<sup>12</sup>.

Trata-se, afinal, de ato administrativo discricionário, privativo do Presidente da República, consoante disposto no art. 84, XII, da CF. Segundo Brito<sup>13</sup>:

A exemplo da graça, o indulto mantém a norma penal principal (o tipo) intacta e subtrai o autor da incidência da norma secundária (a pena). Mas neste caso, o indulto presta-se a corrigir os efeitos de uma sentença penal proferida entendida como injusta ou desnecessária, e não a lei penal em abstrato, o que faz a anistia. O fundamento do indulto é – ou deveria ser como ressalta Zagrebelsky – um juízo de oportunidade sobre a pena infligida, e não sobre as leis penais das quais foram infligidas (Op. cit. p. 76).

Ocorre que, embora decorram de ato normativo do Executivo, as disposições relativas ao indulto extrapolam até mesmo o que a Constituição autoriza à lei, no que concerne aos condenados por crimes hediondos e equiparados.

Nesse sentido, vale observar o que prevê o artigo 8º do Decreto nº 7.873/12:

Art. 8º O disposto neste Decreto não alcança as pessoas condenadas por:  
I - crime de tortura ou terrorismo;  
II - crime de tráfico ilícito de droga, nos termos do caput e § 1º do art. 33 e dos arts. 34 a 37 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006;  
III - crime hediondo, praticado após a publicação das Leis no 8.072, de 25 de julho de 1990; no 8.930, de 6 de setembro de 1994; no 9.695, de 20 de agosto de 1998; no 11.464, de 28 de março de 2007; e no 12.015, de 7 de agosto de 2009, observadas, ainda, as alterações posteriores; ou

<sup>12</sup> Raciocínio que visa legitimar a conclusão no sentido de que os crimes hediondos e equiparados também são insuscetíveis de indulto – e até mesmo de comutação, que, por sua vez, seria uma espécie de indulto.

<sup>13</sup> BRITO, Alexis Couto de. **Execução penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 371.

IV - crimes definidos no Código Penal Militar que correspondam aos delitos previstos nos incisos I e II, exceto quando configurada situação do uso de drogas disposto no art. 290 do Código Penal Militar.

Parágrafo único. As restrições deste artigo e dos incisos I e II do caput do art. 1º não se aplicam às hipóteses previstas nos incisos IX, X, XI e XII do caput do art. 1º.

Apesar do exposto no dispositivo acima transcrito, certo é que seus termos não podem prevalecer frente aos limites restritivos impostos à lei pela Constituição, também não se podendo desprezar a linha hermenêutica que se expõe pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal dos últimos anos, acerca das vedações genéricas impostas pela legislação ordinária relativamente aos crimes hediondos e equiparados.

Em sintonia com a evolução hermenêutica do Pretório Excelso – já trabalhada –, destaca-se a decisão proferida pela Desembargadora gaúcha, Dr<sup>a</sup>. Lizete Andreis Sebben, concernente ao indulto humanitário, assim ementada:

AGRAVO EM EXECUÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CONCESSÃO DE INDULTO HUMANITÁRIO. ART. 1º, INCISO IX, LETRA "C" DO DECRETO Nº 7.420/10. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. CASO CONCRETO. Ainda que o agravante tenha sido condenado por tráfico de drogas, crime equiparado ao hediondo, nos termos da Lei nº 8.072/90, sendo, por isso, em tese, insuscetível de indulto, entendo que, diante das peculiaridades do caso, é de ser concedido o indulto humanitário. Primeiro, porque os requisitos da lei de concessão do indulto restaram preenchidos, com base no laudo pericial juntado aos autos; segundo, pelo fato de que a aplicação da regras referentes ao tráfico de drogas vem sendo amenizada pela Jurisprudência e pela Lei, tanto que o próprio Colendo STF vem reconhecendo a inconstitucionalidade de dispositivos ali inseridos, sendo possível, atualmente, a concessão de liberdade provisória ao acusado por esse crime, bem como a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, sem falar, também, que atualmente o acusado não precisa cumprir integralmente a pena no regime fechado; e terceiro, a meu ver o mais relevante, é o fato da Constituição Federal pregar a dignidade da pessoa humana como um de seus princípios fundamentais (art. 1º, inciso III, da CF), razão pela qual a simples hediondez, reconhecida em lei infraconstitucional, não pode se sobrepor a esse princípio, ainda mais, quando preenchidos os requisitos legais que autorizam a concessão da benesse, contando o autor com 50 anos de idade, condenado a uma pena de 07 anos, 05 meses e 20 dias, restando, ainda, um saldo de mais de cinco anos para cumprimento da pena, o que demonstra a impossibilidade, pela gravidade da doença, em cumpri-la no estabelecimento prisional. Decisão reformada. AGRAVO PROVIDO.<sup>14</sup>

E, há de se ressaltar, não se trata de entendimento isolado, como se pode extrair de algumas decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, dentre as quais se indicam, a título de ilustração, aquelas veiculadas nos

<sup>14</sup> Tribunal de Justiça do RS. Agravo Nº 70048095673, Segunda Câmara Criminal, Relatora: Lizete Andreis Sebben, Julgado em 09/08/2012.

acórdãos nº 279749 (20070020081752HBC, Relator ROMÃO C. OLIVEIRA, 2ª Turma Criminal, julgado em 16/08/2007, DJ 12/09/2007, p. 92) e nº 277141 (20070020056203HBC, Relator GEORGE LOPES LEITE, 1ª Turma Criminal, julgado em 14/06/2007, DJ 01/08/2007, p. 91).

Ademais, fundamental destacar que o que a Constituição admite e veda é a concessão de graça ou anistia – mas não indulto ou comutação –, no que toca aos crimes hediondos ou equiparados, conforme previsão do artigo 5º, inciso XLIII, a seguir transcrito:

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

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem. (*destaque nosso*)

Dessa forma, o disposto no artigo 8º do Decreto Presidencial nº 7.648/2011 revela-se destoante e, logo, inconstitucional, eis que, por via imprópria – no caso, um mero Decreto, ato normativo do Executivo –, impõe restrição excessiva e não justificada ao direito fundamental à liberdade, no que exacerba os permissivos constitucionais.

Em síntese, salienta-se que, muito embora o art. 8º do Decreto nº 7.873/12 estabeleça que os direitos por ele concedidos não alcançam pessoas condenadas pela prática de condutas que se amoldem à definição de crimes hediondos, tortura, terrorismo ou tráfico de drogas (esta, nos termos dos arts. 33, *caput* e §1º, 34 a 37 da Lei nº 11.343/06), observa-se que o óbice ali firmado, pela via imprópria – decreto presidencial –, termina por ampliar indevidamente a restrição prevista na CF. Ou seja, mais precisamente o seu art. 5º, XLIII, segundo o qual a tortura, o tráfico de drogas, o terrorismo e aqueles definidos como crimes hediondos seriam insuscetíveis, por lei, à graça ou anistia. Verifica-se, ainda, que o óbice que se expressa pelo art. 8º do Decreto em questão repete-se no art. 2º, I, da Lei nº 8.072/90, bem como no art. 44, *caput*, da Lei nº 11.343/06, que preveem serem insuscetíveis de graça, anistia ou indulto as espécies de conduta acima referidas, no que também extrapolam os claros limites constitucionais estabelecidos à lei que viesse fazer da tortura, tráfico de drogas, terrorismo e crimes hediondos delitos insuscetíveis de graça ou anistia, nada estabelecendo de impedimento ao indulto.



#### 4 QUANTO À COMUTAÇÃO E SUA APLICAÇÃO AOS CONDENADOS PELA PRÁTICA DE CRIMES HEDIONDOS OU EQUIPARADOS

E se, no que tange ao indulto, as Leis nºs 8.072/90 e 11.343/06 e, mais ainda, o Decreto nº 7.873/12 violam a Constituição ao extrapolarem os limites por esta estabelecidos à restrição que incide diretamente sobre o direito fundamental à liberdade – e que só poderia dizer respeito à anistia ou graça –, nenhuma razão há para que se admita a extensão desse óbice à comutação, considerando-se que nem a Constituição, nem as Leis nº 8.072/90 e 11.343/06 expressam impedimentos ao seu reconhecimento em benefício dos apenados pela prática de tortura, tráfico de drogas, terrorismo e crimes hediondos. Noutros termos, se pelo que preveem os arts. 2º, I, da Lei nº 8.072/90 e 44, *caput*, da Lei nº 11.343/06 ainda se faça possível vislumbrar alguma plausibilidade do impedimento ao reconhecimento especificamente do indulto em benefício dos condenados pela prática de crimes hediondos e equiparados<sup>15</sup>, uma vez que nada dizem em relação à comutação, torna-se ainda mais evidente a inconstitucionalidade do previsto no art. 8º do Decreto nº 7.873/12, que estende a vedação a esse instituto – comutação<sup>16</sup>.

Posto isso, não hão de ser acolhidas posturas injustificadamente discriminatórias que visem legitimar a vedação de que se trata a partir de uma abertura ilimitada à discricionariedade com que atua o Presidente da República ao definir as hipóteses em que aplicáveis indulto e comutação. Discricionariedade não se confunde com arbítrio e não justifica violação à isonomia, especialmente quando, para tanto, não se identifique qualquer amparo constitucional. Noutros termos, se desigualar condenados pela prática de crimes ditos comuns em relação àqueles que o foram pela por delitos hediondos ou equiparados no que tange à possibilidade de benefício pela anistia ou graça, a Constituição não o faz para fins de indulto ou comutação. Assim, uma vez que se analisam institutos que incidem negativamente sobre a liberdade (implicando maior tempo de privação ao gozo desse direito fundamental), não é de se admitir que a discricionariedade do Chefe do Executivo Nacional extrapole os limites de restrição estabelecidos pela Constituição,

---

15 Considerando-se que o art. 5º, XLIII, da CF prevê que “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia” a prática de crimes hediondos ou equiparados.

16 Se nem mesmo seria admissível a restrição por lei – que, no caso da comutação, sequer existe –, impossível que se repute legítimo o impedimento veiculado por decreto presidencial, eis que representa drástica limitação ao direito fundamental à liberdade em franca violação ao princípio da legalidade, orientador primeiro de um Direito Penal inserido no contexto de um Estado de Direito.

discriminando injustificadamente pessoas que se encontram na mesma situação – não diferenciadas pela Constituição, repita-se –, especialmente se noutro sentido indica a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Mais: as condições – precárias – de encarceramento são as mesmas para condenados por crimes comuns e apenados por delitos hediondos ou equiparados, havendo de se destacar que a diferenciação constitucionalmente admissível entre uns e outros já se dá pelo elastecimento dos prazos para acesso à progressão de regime e livramento condicional que a lei estabelece em detrimento destes, suficiente para agravar sua pena na medida da lesividade que se atribui às práticas que lhes são imputadas. Ou seja, não há o que justifique a discriminação, que, por exemplo, em casos como o dos crimes contra o patrimônio cometidos sem violência ou grave ameaça, nos quais seja observada a reparação do dano, se legitimaria pela inexistência de consequência lesiva decorrente da conduta, a converter a manutenção do encarceramento ou a imposição da pena original em pura injustiça.

Posto isso, ao se defender a possibilidade de aplicação irrestrita da comutação aos condenados pelas práticas de crimes hediondos e equiparados – nos termos do art. 2º do Decreto nº 7.873/12 –, cumpre ressaltar a importância desse entendimento na tutela dos interesses dos apenados pelas referidas práticas. Afinal, consoante se infere do próprio significado do vocábulo *comutação*<sup>17</sup>, as frações subtraídas da pena a partir da aplicação judicial do instituto são definitivamente extintas<sup>18</sup>, razão pela qual as penas originais terminam substituídas por aquelas alcançadas depois de sua redução na fração aplicável à hipótese. Sobre a pena resultante da subtração indicada incidirão os novos cálculos para acesso a direitos como progressão ou livramento condicional, restando assim evidenciados os benefícios que podem advir da comutação.

## **5 UM POUCO MAIS SOBRE OS LIMITES DA DISCRICIONARIEDADE NA DEFINIÇÃO DAS HIPÓTESES DE CONCESSÃO DE INDULTO E COMUTAÇÃO**

Por todo exposto, cabe agora frisar que não se questiona a natureza discricionária do ato do Presidente da República pelo qual concede indulto ou

---

<sup>17</sup> “Derivado de *commutatio*, de *commutare* (trocar, mudar de todo), tem a significação de troca ou permuta, ou substituição. [...]” (SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 191).

comutação a condenados de todo o Brasil, em competência expressamente definida na Constituição. Isso é certo, mas de forma alguma autoriza que se conclua pela plena liberdade do Chefe do Executivo Nacional para estabelecer discriminações imotivadas, que extrapolem as restrições previamente definidas na Constituição – valendo aqui consignar que é a própria Constituição que confere a competência para concessão de indulto e comutação, dela também devendo ser extraídos, portanto, os limites ao exercício dessa competência.

Daí se poder concluir que a vedação à aplicação judicial do indulto e comutação a condenados por crimes hediondos e equiparados extrapola a margem legítima de atuação do Presidente da República ao exercer a competência definida no art. 84, XII, da CF.

Sobre *discricionariedade*, ensina Mello<sup>19</sup> que consiste na

[...] margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente.

Em outros termos: a discricionariedade pressupõe a existência de diversas soluções admissíveis juridicamente, cabendo ao Administrador optar por aquela que mais atende, segundo o juízo de razoabilidade ou de conveniência e oportunidade, o interesse público, nos limites da finalidade da lei.

Porém, na hipótese, não há duas soluções igualmente adequadas em termos jurídicos. Há tão somente uma, especialmente porque o Supremo Tribunal Federal vem *insistentemente* decidindo, como visto, que não é possível haver limitações genéricas que conduzam à negação de benefícios legais exclusivamente pela natureza do crime – seja hedionda ou equiparada.

Ademais, é de se destacar que indulto e comutação requerem aplicação judicial, em atividade que, diversamente da administrativa, não se guia, exatamente, por razões de *conveniência e oportunidade* – ou se supõe que o Magistrado a condenar alguém o faz por tais motivos – *segundo sua consciência* – e não porque há prova para tanto? Ou seja, a atividade judicial, notadamente no âmbito criminal,

---

18 “O indulto não se confunde com a comutação da pena. No primeiro caso a punibilidade é extinta por inteiro, enquanto que no segundo somente uma parcela do cumprimento da pena é extinta ou a sanção é substituída por outra mais favorável. [...]” DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 679.

orienta-se a partir de garantias e direitos fundamentais que não podem estar à mercê da pura e simples vontade de quem quer que seja – nem mesmo do Presidente da República. Enfim, ainda que se concorde que sempre haverá determinada margem de atuação para o Juiz, não há como se conceber que exista a discricionariedade na forma propugnada no meio administrativo.

Vale dizer: o conceito de discricionariedade na seara criminal deve ser compreendido em harmonia com os postulados garantistas, aos quais deve alinhar-se a discricionariedade administrativa que se observa na definição, pelo Presidente da República, das hipóteses de concessão do indulto e comutação, que, por produzir reflexos diretos sobre direitos fundamentais – especialmente a liberdade – não comporta qualquer tipo de excesso ou arbítrio.

Outrossim, há de se observar que a atividade legislativa, de certo modo, também é discricionária, eis que o legislador pode, em tese, elaborar a norma que repute adequada, tendo por óbice material apenas o texto constitucional. Contudo, como referido, mesmo na atividade legislativa – que certamente apresenta contornos mais abrangentes e democráticos, dada sua natureza colegiada – não se admite, segundo o Pretório Excelso, como salientado, restrições genéricas a benefícios.

Diante disso, é de se concluir que expressa verdadeiro contrassenso o argumento que, a partir de sua natureza discricionária, procura atribuir validade ao ato Presidencial que estabelece vedação de acesso ao indulto e comutação por parte dos condenados pela prática de crimes hediondos ou equiparados. Afinal, incoerente – portanto, ilógico – que se repute inconstitucional a implementação de tais restrições a partir da atividade legislativa – também discricionária, nesse ponto de vista – e, ao mesmo tempo, se afirme válida a imposição de tais limitações pelo Presidente da República – em ato menos democrático, eis que monocrático. Enfim, o Parlamento encontraria um óbice material que inexistiria para o Presidente da República, o que, certamente, malferiria a tripartição de Poderes, notadamente, porque o ato do Executivo – mesmo em função atípica de legislador –, seria mais amplo do que o exercício puramente típico pela Casa de Leis, o que não deve ser admitido.

Ademais, deve ser observado que talvez não houvesse óbice, segundo os precedentes invocados, a que o Presidente da República estabelecesse gradação diversa para condenados por delitos da espécie, como já o faz no livramento condicional ou na progressão de regimes. O que não se concebe, frise-se, é a vedação absoluta, amparada tão-somente na natureza que a lei atribui ao delito perpetrado, sem qualquer consideração às especificidades do caso concreto ou, noutras palavras, à individualização da hipótese.

Nesse contexto, ainda, compreendemos que a discricionariedade – em seus devidos termos – só iria até a possibilidade de o Presidente da República conceder ou não o indulto e a comutação (aí a disponibilidade ou o juízo de oportunidade e conveniência). Se concede, não pode fazer as distinções que faz, através das quais termina por violar o princípio da isonomia – como já exposto –, além de afrontar a autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal.

## **6. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Finalmente, há de se concluir que não existe razão idônea para impedir a aplicação das *razões de decidir* de diversos julgados do Supremo Tribunal Federal, no que toca à vedação genérica – legal ou mesmo infralegal – de benefícios processuais ou executórios a condenados por crimes hediondos ou equiparados.

Em resgate à legitimidade do sistema penal brasileiro, impõe-se o respeito a hierarquias e o desenvolvimento de uma hermenêutica que atualize nosso ordenamento, a partir do que dispõem os princípios que o estruturam. Nesse norte, já não se podem conceber interpretações que priorizem disposições de decretos ou de leis em detrimento do que dispõe a Constituição, vezo que se espera já superado.

Portanto, imperativo que se reconheça que, tanto os limites constitucionais, quanto mesmo os limites legais – no caso da comutação – são extrapolados pela Presidenta da República quando, pelo art. 8º do Decreto nº 7.873/12, impede que tenham acesso ao indulto e à comutação os condenados pela prática de crimes hediondos ou equiparados. Consoante demonstrado, está-se diante de flagrante excesso, que não encontra justificação jurídica na discricionariedade que caracteriza o ato, marcadamente porque se busca defini-la exclusivamente a partir de contexto

e fonte significativa diversa – Direito Administrativo –, em que os direitos e garantias fundamentais não assumem contornos tão destacados como na seara criminal.

## **7 REFERÊNCIAS**

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2004.

BRITO, Alexis Couto de. **Execução penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. São Paulo: Malheiros, 2010.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.