

HABEAS CORPUS 90.364-9 MINAS GERAIS

RELATOR : **MIN. RICARDO LEWANDOWSKI**
PACIENTE(S) : **IVONIR OLIVEIRA NEVES**
IMPETRANTE(S) : **CARLOS LACERDA DE CAMPOS**
COATOR(A/S)(ES) : **PRESIDENTE DA REPÚBLICA**
ADVOGADO(A/S) : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. INDULTO E COMUTAÇÃO DE PENA. EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO. CRIME HEDIONDO. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 5º, XLII, E 84, XII, AMBOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ALEGADA ILEGALIDADE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI 8.072/90 E DO DECRETO 5.993/06. INOCORRÊNCIA. CONCESSÃO DE FAVORES QUE SE IONSEREM NO PODER DISCRICIONÁRIO DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA. NÃO-CABIMENTO DE HC CONTRA LEI EM TESE. IMPETRAÇÃO NÃO CONHECIDA

I - Não cabe *habeas corpus* contra ato normativo em tese.

II - O inciso I do art. 2º da Lei 8.072/90 retira seu fundamento de validade diretamente do art. 5º, XLII, da Constituição Federal.

III - O art. 5º, XLIII, da Constituição, que proíbe a graça, gênero do qual o indulto é espécie, nos crimes hediondos definidos em lei, não conflita com o art. 84, XII, da Lei Maior.

IV - O decreto presidencial que concede o indulto configura ato de governo, caracterizado pela ampla discricionariedade.

V - *Habeas corpus* não conhecido.

HABEAS CORPUS 90.364-9 MINAS GERAIS

RELATOR : **MIN. RICARDO LEWANDOWSKI**
PACIENTE(S) : **IVONIR OLIVEIRA NEVES**
IMPETRANTE(S) : **CARLOS LACERDA DE CAMPOS**
COATOR(A/S)(ES) : **PRESIDENTE DA REPÚBLICA**
ADVOGADO(A/S) : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**

R E L A T Ó R I O

O Senhor Ministro **RICARDO LEWANDOWSKI**: - Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de medida liminar, impetrado por Carlos Lacerda de Campos em favor de IVONIR OLIVEIRA NEVES, contra ato do Presidente da República, consubstanciado na edição do Decreto 5.993/06, publicado no Diário Oficial da União de 19.12.2006, insurgindo-se o impetrante, mais especificamente, contra o art. 8º, II, do referido diploma normativo, que subtraiu dos condenados por crimes hediondos, praticados após a edição da Lei 8.072/90, o direito ao indulto ou à comutação da pena.

Narra o impetrante, em síntese, ter sido o paciente condenado pela prática de extorsão mediante seqüestro, em concurso de pessoas (art. 159, § 1º, combinado com o art. 29, ambos do Código Penal), a uma pena de treze anos e seis meses de reclusão em regime integralmente fechado (fl. 3).

Diz, também, que, por meio de ordem concedida pela 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no HC 47.500/MG, foi afastada a vedação legal à progressão de regime, razão pela qual se encontra atualmente cumprindo o restante de sua pena em regime semi-aberto na Penitenciária Antônio Dutra Ladeira, localizada em Ribeirão das Neves, Minas Gerais (fls. 2 e 6).

Sustenta, em suma, a inconstitucionalidade do art. 2º, I, da Lei 8.072/90, bem como do art. 8º, II, Decreto 5.993/06, que vedam o indulto e a comutação da pena aos condenados por crimes hediondos (fls. 4-7).

Alega, mais, que, apesar constituir a concessão de indulto uma faculdade do Chefe do Executivo, não lhe seria dado afrontar o disposto no art. 5º, XLIII, da Carta Magna,¹ que não estabelece qualquer restrição nesse sentido, visto que, embora considere os crimes hediondos insuscetíveis de fiança, graça ou anistia, não faz qualquer alusão ao indulto ou à comutação da pena (fl. 4).

A vedação constante dos dispositivos legais atacados, ademais, colidiria com o art. 5º, I, da Carta

¹ "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 crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem; (...)." *in* CF, art. 5º, XLIII.

Magna, segundo o qual *"homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações"*

Assevera, ainda, que o quadro legal sofreu modificação após ter o Plenário do Supremo Tribunal Federal declarado a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, sublinhando que, *"alterada a lei na questão da progressividade, permitindo regime mais benéfico, por analogia, o benefício do indulto, desde que preenchidos os requisitos pelo condenado, deve ser estendido a todos que estão apenados na lei 8.072/90"* (fl. 6).

Por essas razões, requer, liminarmente, a suspensão dos efeitos do art. 8º, II, do Decreto 5.993/06, e que seja determinado ao Juiz da Vara das Execuções Criminais da Comarca de Ribeirão das Neves, Minas Gerais, que se abstenha de indeferir o pedido de indulto ou comutação da pena a ser formulado pelo paciente, limitando-se a verificar a presença dos requisitos legais para concessão dos benefícios, requerendo, ao final, a concessão definitiva da ordem.

A liminar foi indeferida pelo Ministro Vice-Presidente, no exercício da Presidência (fls. 32-33), tendo este Relator, depois, negado seguimento ao agravo regimental interposto contra aquela decisão (fls. 44-46).

O Ministério Público Federal, em parecer de lavra da Subprocuradora-Geral da República Cláudia Sampaio Marques, aprovado pelo Procurador-Geral da República, Antônio Fernando Barros e Silva de Souza, opinou pela denegação da ordem (fls. 53-55).

É o relatório.

HABEAS CORPUS 90.364-9 MINAS GERAIS

V O T O

O Senhor Ministro **RICARDO LEWANDOWSKI** (Relator):

Senhora Presidente:

O impetrante pretende, com o presente *writ*, afastar a inconstitucionalidade que entende macular o art. 8º, II, do Decreto 5.993/06, que apresenta a seguinte redação:

“Os benefícios previstos neste Decreto não alcançam os condenados: (...) II – por crime hediondo, praticado após a edição da

Lei nº8.072, de 25 de junho de 1990, observadas as alterações posteriores”.

O paciente, como visto, foi condenado pela prática extorsão mediante seqüestro, em concurso de agentes, tendo logrado obter a progressão de regime, por meio de *habeas corpus* impetrado junto ao Superior Tribunal de Justiça, o qual afastou o óbice contido na Lei dos Crimes Hediondos, que vedava esse benefício, declarado inconstitucional por esta Corte no julgamento do HC 82.959/SP, Relator o Ministro Marco Aurélio.

A impetração, a meu ver, não pode ser conhecida, visto não que não cabe *habeas corpus* contra norma legal em tese.

Com efeito, ao que consta, o paciente não chegou a pleitear o indulto, conforme lhe facultava o art. 9º, I, do Decreto 5.993/06, embora entenda preencher os demais requisitos exigidos pela legislação para a concessão do benefício, por entender que este seria indeferido em virtude da natureza do delito que cometeu.

Não nego a possibilidade de discutir-se a inconstitucionalidade de ato normativo pela via do *habeas corpus*, como decidiu esta Corte no RHC 76.946, relatado

pelo Ministro Carlos Velloso, o qual consignou em seu voto que *“também a coação ou a ameaça indireta à liberdade individual justifica a impetração da garantia constitucional inscrita no art. 5º, LXVIII, da C.F.”*

Naquele julgamento, porém, pretendia-se, por meio de *habeas corpus*, cassar decisão do Superior Tribunal Militar que negou seguimento a impetração em que o paciente pretendia fosse reconhecida a inconstitucionalidade do art. 417, § 2º, do Código de Processo Penal Militar.

Ocorre que, diferentemente dos presentes autos, naquele caso houve um pedido formulado na primeira instância, que foi indeferido. Em outras palavras, havia um ato específico desafiando a liberdade de ir e vir do paciente, tido como inconstitucional.

A hipótese sob exame, todavia, é distinta.

Aqui não pode esta Corte, penso eu, adentrar na análise do mérito da impetração, sob pena de conferir a um particular a possibilidade de atuar, de forma oblíqua, no controle abstrato de constitucionalidade, permitindo-lhe investir contra um diploma normativo em tese.

A norma legal, cuja inconstitucionalidade é aqui atacada, não representa, por si mesma, uma coação, que deverá sempre consistir num ato concreto ou potencial ameaçador da liberdade de deambulação de alguma pessoa. É o que acontece, por exemplo, quando uma autoridade judicial ou administrativa suprime ou ameaça o direito de ir e vir de alguém, valendo-se de norma inconstitucional.

Recordo, a propósito, que Constituição, por lado, atribui, no art. 84, XII, ao Presidente da República a competência privativa de conceder indulto e comutar penas, vedando, por outro, no art. 5º, XLIII, a concessão de anistia ou graça aos autores de crimes hediondos.

Esta Corte, cumpre sublinhar, já tem posição firmada quanto ao tema, valendo trazer à colação ilustrativo trecho do voto proferido pelo Ministro Sydney Sanches, no HC 77.528, *verbis*:

"5. Na verdade, se a norma do inc. XLIII do art. 5º da Constituição Federal vedou a concessão do benefício da graça, que é indulto individual, e até o da anistia, que depende de lei, nas hipóteses de crimes hediondos como tal definidos, não há de ter pretendido, com o disposto no art. 84, XII, deixar ao Presidente da República a possibilidade de, mediante indulto coletivo, contemplar os praticantes de tais delitos.

Em outras palavras: se a Constituição não tolera que qualquer indivíduo que haja

praticado crime legalmente considerado hediondo, seja contemplado com a graça (indulto individual), não há de tolerar que o mesmo indivíduo seja beneficiado mediante o expediente do indulto coletivo.

Aliás, o termo indulto é usado no art. 84, XII, da Constituição Federal, no sentido amplo, de modo a abranger o indulto individual (graça) e o coletivo.

E não teria sentido, data venia, interpretação que pusesse em conflito duas normas da Constituição: a do inciso XLII do art. 5º, que proíbe a graça (indulto individual), nos casos de crimes hediondos definidos em lei, e a do inciso XII do art. 84 que atribui poder ao Presidente da República para conceder indulto (individual ou coletivo), sem fazer distinções quanto aos crimes praticados.

Se é possível uma harmonização das normas constitucionais, não é o caso de se reconhecer a inconstitucionalidade de lei, que respeite a interpretação de uma delas, e não entre em conflito com a interpretação da outra.

6. E nada impedia que uma lei proibisse, expressamente, o que já estava implicitamente vedado na Constituição, qual seja, a concessão de indulto coletivo, nas hipóteses de crimes hediondos."

Nessa mesma linha de raciocínio, colaciono, ainda, os seguintes julgados: HC 81.565/SC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 22/3/2002; HC 81.566/SC, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 17/5/2002; HC 81.567/SC, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 5/4/2002; HC 82.359/SP, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 4/4/2003; HC 82.412/SP, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 14/3/2003; RHC 84.572/RJ, Rel. para o acórdão o Min. Sepúlveda Pertence, DJ 3/12/2004; HC 85.279/RJ, Rel. Min.

Carlos Velloso, DJ 10/6/2005; HC 86.615/RJ, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 24/11/2006.

Ora, segundo o impetrante, o Presidente da República, ao excluir da lista de indultados os autores de crimes hediondos, impõe a estes uma restrição que a Carta Magna não estabelece, repousando nisso a coação ilegal sofrida o paciente.

Não vejo, porém, a questão sob essa ótica.

O indulto, leciona Nilo Batista,

“verdadeiramente significa, como lembra JESCHECK, uma renúncia ao direito de execução da pena (‘einen Verzicht auf das Strafvollstreckungsrecht’); ANTOLISEI menciona ‘l’abbandono, da parte dello Stato, del potere-dovere di infliggere al reo la pena comminata dalla legge’. Embora em perspectiva puramente processual, MAURACH não se afasta dessa linha, referindo-se a ‘impedimento de ejecución’. No Brasil, é essa a opinião abalisada de ANÍBAL BRUNO, para quem o indulto ‘impede tão-somente a execução da pena a que tenham sido condenados os que dele se beneficiam’. O efeito do indulto é a extinção da punibilidade no aspecto particular da execução da pena”.²

É, portanto, na lição de Aléxis Brito, *“um ato de clemência coletiva, sem individualização, que pelas*

² BATISTA, Nilo. Um pensamento sobre indulto. *Revista de Direito Penal*, nº 19/20, p. 35-38, jul./dez. de 1975.

condições dos condenados, a natureza da infração, a quantidade ou qualidade da pena encontram-se na situação prevista no decreto".³

Nas palavras do Ministro Maurício Corrêa, Relator da ADI-MC 2795/DF, sufragadas pelo Plenário desta Corte:

"o indulto, modalidade de graça, como elementar, insere-se no poder discricionário de clemência que detém o Chefe do Poder Executivo, a evidenciar instrumento de política criminal colocado à disposição do Estado para a reinserção e ressocialização dos condenados que a ele façam jus, segundo a conveniência e oportunidade das autoridades competentes".

Tenho, portanto, que a concessão de indulto configura típico ato governo, que se caracteriza, como assentei em sede acadêmica, pela *"ampla discricionariedade, inobstante seja empreendido para a consecução de fins constitucionalmente pré-ordenados e sujeitar-se ao controle de legalidade pelo Judiciário"*.⁴

A amparar esse entendimento existem algumas decisões desta Corte, a exemplo daquela proferida no HC 84.829/PR, Relator o Ministro Marco Aurélio:

³ BRITO, Aléxis Augusto Couto de. *Execução Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, pág. 367.

⁴ LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Pressupostos materiais e formais da intervenção federal no Brasil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, págs. 36-37.

“observe-se a natureza, em si, do indulto. É ato do Presidente da República – praticado a partir do disposto no inciso XII do artigo 84 da Constituição Federal – que se situa no grande âmbito da política criminal. Surge a discricionarietà”.

A discricionarietà do ato presidencial é tão ampla que o STF, no RHC 84.572/RJ, sendo redator para o acórdão o Ministro Sepúlveda Pertence, admitiu, sem reservas, que fossem excluídos do indulto aqueles que cometeram crimes hediondos, mesmo antes da Lei 8.072/90, nos seguintes termos:

“tenho como certo, no entanto, com todas as vênias, que, na espécie, a exclusão do recorrente do indulto presidencial que reivindica não constitui aplicação retroativa da lei penal: é mero exercício do poder presidencial de graça, que implica o de excluir do benefício os condenados por quaisquer tipos penais, seja qual for a lei vigente no tempo de sua comissão.”

O assunto, interessantemente, já foi enfrentado em 1976, pelo já citado Nilo Batista, o qual, à época, ponderava o seguinte:

“entendeu o legislador, todavia, que não deveria renunciar o Estado à execução das penas aplicadas por crimes contra a segurança nacional ou de tráfico de drogas. Transparece, na restrição, o caráter político que acompanha o direito da graça desde suas mais primitivas

manifestações. São delitos cujas penas, a juízo do poder executivo, merecem ser integralmente executadas. Ainda quando se discorde dos critérios eleitos pelo legislador, força é convir que a ele era lícito estatuir classes de delitos cujas penas não fossem abrangidas pelo indulto e/ou comutação, e que tal restrição não significa disparidade de tratamento legal”⁵

Claro está, portanto, tratar-se de instrumento de política criminal de que dispõe o Chefe do Executivo, configurando o seu emprego típica sanção premial, na consagrada terminologia de Hans Kelsen.

E, em assim sendo, constitui decisão sujeita a critérios de conveniência e oportunidade, a ser empreendida sob a ótica da prevenção criminal, com amparo nos subsídios da Criminologia e demais ciências sociais.

Foi, portanto, no exercício de um juízo que informa tipicamente os atos de governo, que o Presidente da República houve por bem excluir do rol dos indultados aqueles apenados pela prática de crimes hediondos, sem que tenha, assim, cometido qualquer ilegalidade ou ofensa à Constituição.

Ainda que se entenda, apenas para argumentar, que a Carta Magna não proibiu a concessão de indulto aos

⁵ *Op. cit.*, grifos nossos.

condenados pelos mencionados delitos, forçoso é convir que ela **não obrigou** o Chefe do Executivo a outorgar o benefício.

Sim, porque como afirmou o Ministro Celso de Mello, no HC 74.991:

“o ato concessivo de indulto - enquanto expressão formal da indulgentia principis - qualifica-se como prerrogativa constitucional eminentemente discricionário do Presidente da República, que pode, por isso mesmo, excluir, do alcance desse gesto meramente facultativo de liberalidade estatal, os autores de determinados ilícitos penais”

Em face do exposto, não conheço da impetração, por entender incabível, questionar-se, mediante a via eleita, diploma legal em tese, ademais editado no exercício do poder discricionário do Chefe do Executivo Federal.