



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2024.0000723307

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade Criminal nº 0001721-84.2023.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são interessados C. A. DOS S., C. A. S., H. W. DE M., L. A. A., P. L. M. R., R. H. DE O., R. A. DA S., R. A. DE P., R. DO C. F., Z. T., E. A. C. L., M. A. DE M., S. F. DE O., V. S. G., A. A. R. G., J. L. R., R. Y. Y., A. L. A. M., J. C. D., M. DE O. C., J. C. DO P., F. T., E. P. C., A. DA S. M., M. G. DE O., A. C., W. C. L., C. C. L. S., W. M. DE S., U. G., V. C., S. S. DOS A., L. N., V. A. DE M., R. R. DOS S., A. S. S., A. D. S., S. M. M., E. E., M. M. R., L. A. A. T., W. A. C. S., P. P. DE O. M., C. DO C. B. S., C. M. C., G. P. DOS S. F., S. S., L. W. B., R. L. S. P., M. H. F. J., W. T. A. DE A., E. T., S. B. DA S., L. A. G., M. R. P., E. C. P., S. G. L., J. R. L., M. J. DE L., T. P., P. E. F., M. G. L., P. E. DE M., A. DOS S. C., J. A. D. DOS S., A. J. DA S., J. C. F., D. M. B., S. DE S. D., R. H., S. N. S., R. R. P., A. M. S., O. P., A. M. F., B. Y. DE S., F. Z. H., M. H., M. DO N. P., J. F. DOS S., C. R. DA S., J. R. DE J., J. C. A., L. DE J. M., M. A. S. F., I. D. N. J., H. A., W. B. P. F., A. C., E. F., J. L. S. C., A. R. DE A., G. DOS S. R., R. DE M. J., C. F. N., R. S. F., M. C. M. DE M., S. DE S. M., L. C. P. M., A. P. D. A., N. C. R., H. A. D., C. B. L., A. A. B., C. M. Z. J., M. S., R. S. DE O., L. R. M. J., S. R. V. D., R. R. B., E. P. N., C. C. DE O., L. P. A., F. C. L., J. D. DE T., A. F. R., A. C. C. R., J. R. DE O. F. e J. R. S.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "POR MAIORIA DE VOTOS, REJEITARAM A ARGUIÇÃO. ACÓRDÃO COM O EXMO. SR. DES. DAMIÃO COGAN. VENCIDOS OS EXMOS. SRS. DES. FÁBIO GOUVEA (COM DECLARAÇÃO), VICO MAÑAS, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, MATHEUS FONTES E AROLDO VIOTTI. FARÃO DECLARAÇÃO DE VOTO VENCEDOR OS EXMOS. SRS. DES. NUEVO CAMPOS, RICARDO DIP E JARBAS GOMES. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. FERNANDO TORRES GARCIA. JULGAMENTO PRESIDIDO PELO EXMO. SR. DES. BERETTA DA SILVEIRA.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores DAMIÃO COGAN, vencedor, FÁBIO GOUVEA, vencido, BERETTA DA SILVEIRA (Presidente), MATHEUS FONTES, AROLDO VIOTTI, RICARDO DIP, FIGUEIREDO GONÇALVES, LUCIANA BRESCIANI, LUIS FERNANDO NISHI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, SILVIA ROCHA, NUEVO CAMPOS, CARLOS MONNERAT, RENATO RANGEL DESINANO, JOSÉ CARLOS FERREIRA ALVES, GOMES VARJÃO, ROBERTO SOLIMENE, FRANCISCO LOUREIRO, XAVIER DE AQUINO, VICO MAÑAS, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO E VIANNA COTRIM.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

São Paulo, 7 de agosto de 2024

*

RELATOR DESIGNADO

Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE CRIMINAL nº
 0001721-84.2023.8.26.0000

INTERESSADOS: C. A. DOS S. , C. A. S. , H. W. DE M. , L. A. A. , P. L. M. R. , R. H. DE O. , R. A. DA S. , R. A. DE P. , R. DO C. F. , Z. T. , E. A. C. L. , M. A. DE M. , S. F. DE O. , V. S. G. , A. A. R. G. , J. L. R. , R. Y. Y. , A. L. A. M. , J. C. D. , M. DE O. C. , J. C. DO P. , F. T. , E. P. C. , A. DA S. M. , M. G. DE O. , A. C. , W. C. L. , C. C. L. S. , W. M. DE S. , U. G. , V. C. , S. S. DOS A. , L. N. , V. A. DE M. , R. R. DOS S. , A. S. S. , A. D. S. , S. M. M. , E. E. , M. M. R. , L. A. A. T. , W. A. C. S. , P. P. DE O. M. , C. DO C. B. S. , C. M. C. , G. P. DOS S. F. , S. S. , L. W. B. , R. L. S. P. , M. H. F. J. , W. T. A. DE A. , E. T. , S. B. DA S. , L. A. G. , M. R. P. , E. C. P. , S. G. L. , J. R. L. , M. J. DE L. , T. P. , P. E. F. , M. G. L. , P. E. DE M. , A. DOS S. C. , J. A. D. DOS S. , A. J. DA S. , J. C. F. , D. M. B. , S. DE S. D. , R. H. , S. N. S. , R. R. P. , A. M. S. , O. P. , A. M. F. , B. Y. DE S. , F. Z. H. , M. H. , M. DO N. P. , J. F. DOS S. , C. R. DA S. , J. R. DE J. , J. C. A. , L. DE J. M. , M. A. S. F. , I. D. N. J. , H. A. , W. B. P. F. , A. C. , E. F. , J. L. S. C. , A. R. DE A. , G. DOS S. R. , R. DE M. J. , C. F. N. , R. S. F. , M. C. M. DE M. , S. DE S. M. , L. C. P. M. , A. P. D. A. , N. C. R. , H. A. D. , C. B. L. , A. A. B. , C. M. Z. J. , M. S. , R. S. DE O. , L. R. M. J. , S. R. V. D. , R. R. B. , E. P. N. , C. C. DE O. , L. P. A. , F. C. L. , J. D. DE T. , A. F. R. , A. C. C. R. , J. R. DE O. F. E J. R. S.

INTERESSADO: 4 C. DE D. C. DO T. DE J. DO E. DE S. P.

COMARCA: SÃO PAULO

VOTO Nº 51345

Incidente de Inconstitucionalidade. Art. 6º, do Decreto nº 11.302, de 22 de dezembro de 2022, que “concede indulto natalino e dá outras providências”. Concessão de indulto a crimes que, na época dos fatos, não eram considerados hediondos. Competência privativa do Presidente da República para definir sua concessão a partir de requisitos e critérios de conveniência e oportunidade. Inteligência do artigo art. 84, inciso XII, da Constituição Federal. Irretroatividade da lei penal mais gravosa. Decreto que determina expressamente a “indulgentia principis” a crimes considerados não hediondos quando praticados. Incidência do artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal, que menciona que “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”. Interpretação do Decreto além do que foi nele escrito. Interpretação do decreto de indulto deve ser técnica, sem levar em conta orientações jurisprudenciais ou ideológicas. Constitucionalidade. Inexistência de crime contra a humanidade. Não aplicação de sanções do Tribunal Penal Internacional. Incidente de arguição rejeitado para declarar a constitucionalidade do artigo 6º, “caput” e parágrafo único e artigo 7º, “caput”, inciso II e parágrafo 3º, do Decreto Presidencial nº 11.302/2022.

Trata-se de incidente de arguição de inconstitucionalidade



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

requerido pelo Ministério Público do Estado de São Paulo e suscitado pela E. Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nos autos da apelação nº 0338975-60.1996.8.26.000, em face do artigo 6º, do Decreto Presidencial nº 11.302, de 22 de dezembro de 2022, que “concede indulto natalino e dá outras providências”.

No V. Acórdão considerou-se que a concessão de indulto a crime de natureza considerada hedionda na data de sua publicação contém potencial ofensa à ordem constitucional, remetendo os autos a esse E. Órgão Especial para atender a cláusula de reserva do Plenário (fls. 57/62).

A D. Procuradoria Geral de Justiça opina pelo acolhimento do incidente de inconstitucionalidade sob o argumento de que os dispositivos objurgados, ao concederem o indulto àqueles que praticaram crimes hediondos, são incompatíveis com o artigo 5º, XLIII e §§ 2º e 4º, da Constituição Federal (fls. 126/138).

É o breve relatório.

Iniciado o julgamento, tendo sido apresentado o voto do E. Relator e este, do ora Signatário, foi pedido vista pelo E. Desembargador Costabile Solimene, que apresentou voto convergente a este.

Entretanto na última sessão acolheu-se a possibilidade de se suspender o julgamento até o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, que conheceria eventual inconstitucionalidade do Decreto em tese.

Este E. Órgão Especial está a analisá-la incidentalmente.

Procedeu então o E. Presidente à colheita de votos sendo que por 12 votos a 10, decidiu-se pela suspensão do julgamento até a decisão do C. Supremo Tribunal Federal.

Por determinação do Ministro Luiz Fux o feito retornou a julgamento nesta E. Corte.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

O presente incidente questiona a constitucionalidade do artigo 6º, do Decreto Presidencial nº 11.302, de 22 de dezembro de 2022, que “concede indulto natalino e dá outras providências”:

Art. 6º. Será concedido indulto natalino também aos **agentes públicos que integram os órgãos de segurança pública** de que trata o art. 144 da Constituição e que, **no exercício da sua função ou em decorrência dela**, tenham sido **condenados**, ainda que provisoriamente, por **fato praticado há mais de trinta anos**, contados da data de publicação deste Decreto, **e não considerado hediondo no momento de sua prática**.

Parágrafo único. O disposto no caput aplica-se, ainda, às pessoas que, no momento do fato, integravam os órgãos de segurança pública de que trata o art. 144 da Constituição, na qualidade de agentes públicos.

Art. 7º. O indulto natalino concedido nos termos do disposto neste Decreto não abrange os crimes:

II - praticados mediante grave ameaça ou violência contra a pessoa ou com violência doméstica e familiar contra a mulher; §

3º A vedação constante no inciso II do **caput** deste artigo não se aplica na hipótese prevista no art. 6º.

De acordo com o artigo 84, inciso XII, da Constituição Federal, é ato privativo do Presidente da República a concessão de indulto.

Art. 84, CF. Compete privativamente ao Presidente da República:

XII - conceder indulto e comutar penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei;

Divirjo do E. Relator para entender que o Decreto de concessão de indulto ora em discussão é legal e se encontra dentro da



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

esfera de atribuição do Exmo. Sr. Presidente da República.

Entendo, com a devida vênia, que se está a pretender uma solução urgente pois a aplicação do referido Decreto “pode vir a caracterizar o descumprimento pela República Federativa do Brasil quanto às conclusões e recomendações expedidas no Relatório 34/2000 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, recomendando, dentre outros pontos, que a República Federativa do Brasil deve “realizar uma investigação completa, imparcial e efetiva a fim de identificar e processar as pessoas e funcionários responsáveis pelas violações dos direitos humanos assinaladas nas conclusões deste Relatório” (fls. 136/137 da Manifestação da D. Procuradoria Geral de Justiça).

Com a devida vênia, o Estado de São Paulo tomou todas as providências sugeridas no Relatório da referida Comissão Interamericana de Direitos Humanos, instaurando investigações que foram acompanhadas desde o início pelo Ministério Público, havendo denúncia e julgamento pelo Tribunal do Júri.

E mesmo que não houvesse qualquer recomendação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, o Ministério Público brasileiro e o Poder Judiciário são independentes e autônomos para levar avante qualquer investigação que entenderem conveniente.

Pelo que se fez não há que se temer que referida Comissão censure o país, pois ela não integra o Poder Judiciário Brasileiro e não cabe a ela emitir juízo de valor sobre a prova colhida.

Em sede de julgamento pelo Tribunal do Júri foram levados ao banco dos réus 77 acusados, sendo que 300 policiais participaram da invasão do presídio e resgate de presos que estavam submissos aos revoltosos.

Tanto a prova era insuficiente quanto à autoria, que a E. Quarta Câmara Criminal desta Corte em julgamento de embargos



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

infringentes, por quatro votos deu provimento para submeter os acusados a novo julgamento, sendo que o quinto voto os absolvía.

Em julgamento posterior pelo STJ manteve-se a decisão do Tribunal do Júri sem outros considerandos, entendendo que a decisão adotou uma das vertentes das teses e que teria amparo nos autos.

Agora vem a esta Corte a discussão incidental a respeito de que o indulto teria extrapolado o permissivo constitucional previsto no artigo 5º, inciso XLIII, que não permite a concessão de graça, modalidade da qual o indulto é parte, por se tratar de crime hoje considerado hediondo (homicídio qualificado).

Parece-nos que há um equívoco na interpretação de que o Decreto Presidencial incluiu crimes hediondos no indulto. Basta se ver que o artigo 6º menciona “aos agentes públicos ... que tenham sido condenados, ainda que provisoriamente, por fato praticado há mais de trinta anos, contados da data da publicação deste Decreto, **e não considerado hediondo no momento de sua prática**”.

Como se verifica saiu-se do lugar comum em que se colocava nos Decretos anteriores a proibição de indulto para crimes hediondos e daí vinha a discussão que já era comum de quando se contava a hediondez, a partir do Decreto que considerou o delito como hediondo, ou da data da prática do crime.

Não é essa a discussão em causa, uma vez que o Decreto expressamente mencionou “crimes não hediondos” no momento de sua prática.

Não se deixou ao intérprete da lei entender que o indulto abrangia os crimes hediondos e se discutia se o eram à época da emissão do Decreto ou na data da prática do mesmo porque o Decreto de indulto deixava a interpretação ao Judiciário. Daí existirem duas correntes, entendendo que na hora da emissão do Decreto poderia eventualmente não se aplicar aos hoje crimes considerados hediondos,



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

e outra que permitia sua aplicação à época da prática da infração.

A discussão é diversa e não se pode pretender que tenha saído da esfera da atribuição do Sr. Presidente da República a concessão do “indulgentia principis”, eis que não ofendeu o artigo 5º, inciso XLIII onde se menciona que não cabe a graça ou anistia a delitos entre eles, os hediondos.

Pelo que se encontra no Decreto Presidencial expressamente está mencionado que o Decreto se aplica a crimes em que, **quando de sua prática, não eram considerados hediondos** e que tenham ocorrido há mais de trinta anos da publicação do Decreto.

Assim, não se deixou margem ao Judiciário de interpretação, pois não se mencionou a proibição de aplicação a crimes hediondos, mas expressamente se determinou sua aplicação a crimes não hediondos em perfeita harmonia com o que menciona o artigo 84, inciso XII, da Constituição Federal, que coloca entre atribuições privativas do Presidente da República:

“XII - conceder indulto e comutar penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei;”

Mencionando expressamente a aplicação do Decreto a **crimes não hediondos** quando de sua prática atende ao previsto no artigo 5º, inciso XL, quando diz que “a lei penal não retroagirá salvo para beneficiar o réu”.

Esta é a posição, ao que tudo indica, majoritária e mais recente do C. Supremo Tribunal Federal, como se vê dos seguintes acórdãos:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO PENAL E PROCESSO PENAL. INDULTO. **COMPETÊNCIA**



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

PRIVATIVA DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA (CF, ART. 84, XII) PARA DEFINIR SUA CONCESSÃO A PARTIR DE REQUISITOS E CRITÉRIOS DE CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE. PODER JUDICIÁRIO APTO PARA ANALISAR A CONSTITUCIONALIDADE DA CONCESSÃO, SEM ADENTRAR NO MÉRITO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA IMPROCEDENTE. 1. A Constituição Federal, visando, principalmente, a evitar o arbítrio e o desrespeito aos direitos fundamentais do homem, previu a existência dos Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, repartindo entre eles as funções estatais. 2. **Compete ao Presidente da República definir a concessão ou não do indulto, bem como seus requisitos e a extensão desse verdadeiro ato de clemência constitucional, a partir de critérios de conveniência e oportunidade. 3. A concessão de indulto não está vinculada à política criminal estabelecida pelo legislativo, tampouco adstrita à jurisprudência formada pela aplicação da legislação penal, muito menos ao prévio parecer consultivo do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, sob pena de total esvaziamento do instituto, que configura tradicional mecanismo de freios e contrapesos na tripartição de poderes. 4. Possibilidade de o Poder Judiciário analisar somente a constitucionalidade da concessão da *clementia principis*, e não o mérito, que deve ser entendido como juízo de conveniência e oportunidade do Presidente da República, **que poderá, entre as hipóteses legais e moralmente admissíveis, escolher aquela que entender como a melhor para o interesse público no âmbito da Justiça Criminal.** 5. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente. (STF, ADI 5874, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Relator(a) p/ Acórdão: ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 09/05/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-265 DIVULG 04-11-2020 PUBLIC**



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

05-11-2020)

PENAL. PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. INDULTO E COMUTAÇÃO DE PENA. EXTORSÃO MEDIANTE SEQÜESTRO. 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 INSEREM 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. (STF, HC 90364, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 31/10/2007, DJe-152 DIVULG 29-11-2007 PUBLIC 30-11-2007 DJ 30-11-2007 PP-00029 EMENT VOL-02301-03 PP-00428 RTJ VOL-00204-03 PP-01210)

Assim já decidiu o E. Desembargador Figueiredo Gonçalves, neste E. Tribunal de Justiça:

[...] É claro que o Presidente da República pode estender aos crimes de homicídio qualificado, anteriores à Lei 8930/94, ou a outros delitos, anteriores à Lei 8072/90, a vedação do indulto e da comutação de pena. **Contudo, isso deve vir expresso no**



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

diploma concessivo. Porém, se vedou apenas a incidência da benesse em crimes hediondos, dando como termo inicial para incidência a data da edição da lei, essa expressão não podia alcançar delitos que não eram legalmente abrangidos, porque anteriores a essa classificação legal (TJSP; Agravo de Execução Penal 0021317-69.2014.8.26.0000; Relator Figueiredo Gonçalves; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Criminal; Foro Central Criminal Barra Funda - 5ª Vara das Execuções Criminais; Data do Julgamento: 16/06/2014; Data de Registro: 16/06/2014)

A jurisprudência mais recente do C. Supremo Tribunal Federal é no sentido de dar relevo à **inaplicabilidade de lei penal superveniente mais gravosa**, permitindo a concessão de indulto a apenados por homicídio qualificado praticado antes do advento da Lei que os considerou como hediondos:

HABEAS CORPUS – COMUTAÇÃO DA PENA – ESPÉCIE DE INDULTO PARCIAL – CRIMES DE HOMICÍDIOS E DE ROUBOS QUALIFICADOS – PRÁTICA OCORRIDA ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 8.072/90 E DA LEI Nº 8.930/94 – INDEFERIMENTO, PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO, DE PEDIDO DE COMUTAÇÃO DA PENA, PELO FATO DE TRATAR-SE DE CRIME HEDIONDO, NÃO OBSTANTE COMETIDO EM MOMENTO (1987) QUE PRECEDEU A DEFINIÇÃO LEGAL, COMO HEDIONDO, DO CRIME DE HOMICÍDIO QUALIFICADO (LEI Nº 8.930/94) – INAPLICABILIDADE DE LEI PENAL SUPERVENIENTE MAIS GRAVOSA (“LEX GRAVIOR”) – VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 5º, XL) – “HABEAS CORPUS” DEFERIDO. – **Revelam-se passíveis de indulto (total ou parcial), não obstante a regra inscrita no inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal, os crimes cujo caráter hediondo lhes tenha sido**



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

atribuído por legislação superveniente ao momento em que consumados ou tentados. Precedentes. – O sistema constitucional brasileiro impede a aplicação de leis penais supervenientes mais gravosas, como aquelas que afastam a incidência, sobre fatos delituosos cometidos em momento anterior ao da edição da “lex gravior”, de causas extintivas da punibilidade (ou, ainda, daquelas que autorizam a substituição da sanção por outra mais benéfica). (STF, HC 97700, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 05/04/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014)

Habeas Corpus. 2. Homicídio qualificado praticado antes do advento da Lei n.º 8.072/90. Concessão de indulto. Possibilidade. Observância do princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa. (art. 5º, XL, da CF). 3. Constrangimento ilegal caracterizado. 4. Ordem concedida. (STF, HC 104817, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 23/11/2010, DJe-243 DIVULG 13-12-2010 PUBLIC 14-12-2010 EMENT VOL-02450-01 PP-00176)

INDULTO E COMUTAÇÃO DE PENA - CRIMES HEDIONDOS - LEI Nº 8.072/90 - OBSERVÂNCIA NO TEMPO - DECRETO Nº 4.011/01 - ALCANCE. *A vedação de benefícios prevista no Decreto nº 4.011/01 àqueles que tenham cometido crime definido na Lei nº 8.072/90 como hediondo remete à data em que foi praticado, ante o princípio constitucional da irretroatividade da lei penal mais gravosa.* (STF, RE 452991, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 07/04/2009, DJe-157 DIVULG 20-08-2009 PUBLIC 21-08-2009 EMENT VOL-02370-06 PP-01280 RTJ VOL-00212-01 PP-00553)



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Na mesma linha a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. **HOMICÍDIO QUALIFICADO PRATICADO ANTES DA CLASSIFICAÇÃO COMO CRIME HEDIONDO**. PROGRESSÃO DO REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA IMPOSTA AO PACIENTE. POSSIBILIDADE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. A lei dos crimes hediondos, por se tratar de norma de direito material mais gravosa no que tange ao regime de cumprimento da pena imposta, não se aplica aos delitos assim classificados, que foram praticados antes de sua vigência, em observância ao disposto no art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal. Precedentes.

2. Na hipótese, o crime foi praticado no dia 18 de novembro de 1992, antes, portanto, da entrada em vigor da Lei nº 8.930/94, que alterou o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, incluindo no rol dos crimes hediondos o homicídio qualificado.

3. Ordem parcialmente concedida, apenas e tão somente para reconhecer o direito do paciente à progressão do regime de cumprimento da pena que lhe foi imposta, caso preencha os requisitos legais a serem verificados pelo Juízo da execução. (STJ, HC n. 35.450/PR, relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 5/10/2004, DJ de 25/10/2004, p. 371.)

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO PRATICADO ANTERIORMENTE À VIGÊNCIA DA LEI N. 8.930/94, QUE O INSERIU COMO CRIME HEDIONDO NA LEI N. 8.072/90. CONCESSÃO DE INDULTO. CASSAÇÃO EM AGRAVO À EXECUÇÃO. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 5º, INCISO XL DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. **Homicídio qualificado praticado**



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

anteriormente à vigência da Lei n. 8.930/94, que o inseriu no rol dos crimes hediondos da Lei n. 8.072/90.

Concessão de indulto com fundamento no decreto n. 4.495/02. Cassação, em agravo à execução, sob o fundamento de haver disposição expressa, no decreto, vedando o benefício aos condenados por crimes hediondos.

Violação do princípio da irretroatividade da lei, cuja exceção é a retroatividade da lei penal benéfica. Ordem concedida. (STJ, HC 99727, Relator(a): EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 01/12/2009, DJe-027 DIVULG 11-02-2010 PUBLIC 12-02-2010 EMENT VOL-02389-03 PP-00463)

HABEAS CORPUS. LATROCÍNIO E HOMICÍDIO QUALIFICADO PRATICADOS ANTES DA CLASSIFICAÇÃO COMO CRIMES HEDIONDOS. INDULTO. DECRETO Nº 2.365/97. POSSIBILIDADE.

1. O Decreto nº 2.365/97 não veda a possibilidade de concessão de indulto ou comutação a condenado por latrocínio e homicídio qualificado praticados antes das leis nº 8.072/90 e 8.930/94.

2. Ordem concedida. (STJ, HC n. 21.907/SP, relator Ministro Paulo Gallotti, Sexta Turma, julgado em 3/9/2002, DJ de 4/8/2003, p. 433.)

Ademais, tendo ocorrido menção a crime de “lesa humanidade”, é de se observar que o Estatuto de Roma que regulamenta o Tribunal Penal Internacional, menciona em seu artigo 5º que “o Tribunal terá competência para julgar os seguintes crimes:

a) O crime de genocídio;



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

- b) **Crimes contra a humanidade;**
- c) Crimes de guerra;
- d) O Crime de agressão.”

O artigo 7º - Crimes contra a Humanidade

1. Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por "**crime contra a humanidade**", qualquer um dos atos seguintes, quando **cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil**, havendo conhecimento desse ataque:

- a) Homicídio
- (...)

Como se verifica a prática de qualquer “crime contra a humanidade” pressupõe um ataque generalizado ou sistemático contra qualquer população civil que possa resultar em homicídios ou outros delitos.

Não é a hipótese presente já que não houve qualquer ataque armado à população civil mas, um ato legítimo do Estado de intervenção em presídio onde uma rebelião de grandes proporções ocorrera com inúmeras mortes de presos que não pertenciam à facção dominante (na época chamavam-se serpentes negras, que hoje se chama Primeiro Comando da Capital).

Anote-se que referido Estatuto de Roma ingressou na legislação brasileira através do Decreto 4388/2002, muito depois dos fatos apreciados no feito principal que datam de 1992.

Ademais não se tinha ainda o artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, que acresceu pela Emenda Constitucional nº 45, de 8.12.2004, o parágrafo 3º que menciona: “Os tratados e convenções internacionais sobre



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

Referido Estatuto de Roma entrou para o direito brasileiro através de Decreto, estando, portanto, abaixo da Constituição Federal e sua promulgação ocorreu mais de dez anos após os fatos ora apurados, não se podendo pretender a aplicação de qualquer sanção internacional ao que aqui ocorreu numa repressão policial à uma grave insurreição em presídio.

Errado, portanto, falar-se em crime contra a humanidade, já que nem se caracteriza referido tipo penal descrito no Estatuto do Tribunal Penal Internacional.

Segundo Carlos Maximiliano:

[...]Os tribunais só declaram a inconstitucionalidade de leis quando esta é evidente, não deixa margem a séria objeção em contrário. Portanto, se, entre duas interpretações mais ou menos defensáveis, entre duas correntes de ideias apoiada por juristas de valor, o Congresso adotou uma, o seu ato prevalece. A bem da harmonia e do mútuo respeito que devem reinar entre os poderes federais (ou estaduais), o Judiciário só faz uso de sua prerrogativa quando o Congresso viola claramente ou deixa de aplicar o estatuto básico, e não quando opta apenas por determinada interpretação não de todo desarrazoada.

(...)

368 – V. A constitucionalidade não pode decorrer só dos motivos da lei. Se o parlamento agiu por motivos reprovados ou incompatíveis com o espírito do Código supremo, porém a lei não é, no texto, contrária ao estatuto básico, o tribunal abstém-se de a condenar.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

(...)

370 – VII. Embora as expressões nas leis supremas sejam, mais do que nas ordinárias, vazadas em linguagem técnica, nem por isso entenderão aquelas como escritas em estilo arrevesado e difícil, inacessível à maioria, e, sim, em termos claros, precisos. Não se resolve contra a letra expressa da Constituição, baseado no elemento histórico ou no chamado Direito natural. Cumpre-se o que ressalta dos termos da norma suprema, salvo o caso de forte presunção em contrário: às vezes o próprio contexto oferece fundamento para o restringir, distender ou, simplesmente, determinar.

Não podem os tribunais declarar inexistente um decreto, legislativo ou executivo, apenas por ser contrário aos princípios da justiça, às noções fundamentais do Direito: é de rigor eu viole a Constituição, implícita ou explicitamente...” g.n. (Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 21ª Edição, Editora Forense, p. 278/279).

O indulto, como dito, é a “indulgentia principis”, sendo baseado apenas na vontade do Presidente da República com observância dos limites constitucionais para sua concessão. É ato discricionário.

Nos Decretos de indulto natalino mais antigos era sempre praxe se colocar que referido Decreto não se aplicava “aos crimes hediondos”, sendo que nenhum desses Decretos discriminava quando deveria ser reconhecida a hediondez, se na época do crime ou na época da publicação do Decreto.

Daí é que vieram orientações jurisprudenciais divergentes para se interpretar se o crime deveria ser considerado hediondo à época do fato ou à época da publicação do Decreto.

Mas tal não é o caso do Decreto ora em exame, posto que não



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

deixou margem ao Poder Judiciário para fazer essa distinção, uma vez que fixou textualmente que os crimes NÃO SERIAM HEDIONDOS À ÉPOCA DE SUA PRÁTICA, decorridos mais de 30 anos.

Assim, não cabe ao intérprete utilizar qualquer corrente jurisprudencial para pretender fazer uma interpretação diversa da vontade do Presidente da República na hora que publicou o Decreto de indulto, uma vez que obedeceu aos exatos termos da Constituição Federal de 1988 que tem seu art. 84, prevê que:

"Compete privativamente ao Presidente da República:

XII – conceder indulto e comutar penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei."

O limite para a atuação do Presidente da República se encontra definido no art. 5º da referida Constituição, que estabelece:

"inciso 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."

O indulto e a graça são semelhantes, sendo que o primeiro é coletivo e o segundo individual, mas ambos são concedidos pelo Presidente da República.

Só relembro que a Lei n. 8.072/1990 que dispõe sobre os crimes hediondos, só em 06 de setembro de 1994 é que incluiu homicídios qualificados como crimes hediondos e os aqui analisados foram praticados



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

em 02 de outubro de 1992.

Não se pode, portanto, por razões de corrente jurisprudencial ou ideológica, revogar a vontade do Sr. Presidente da República, que se ateve expressamente ao texto constitucional para conceder o indulto para aqueles que foram condenados por crimes que à época não eram hediondos.

Os condenados neste processo, se iniciarem o cumprimento da pena, terão para progressão de regime que cumprir um sexto (1/6) da pena para progressão ao semiaberto e aberto, o que não ocorreria se o crime fosse hediondo, quando teriam que cumprir dois quintos (2/5) para progredir para os regimes menos gravosos.

De outra feita o indulto não afasta as consequências secundárias da condenação como eventual regressiva para indenização de eventual dano causado, reincidência não é apagada, bem como, em caso de militar, a perda da patente, que pode ser objeto de julgamento pelo Tribunal de Justiça Militar.

Assim, não vejo como se possa dar uma interpretação de inconstitucionalidade para o Decreto Presidencial que concedeu indulto para os crimes não hediondos à época dos fatos, ora *sub examen*.

Isso posto, **rejeito o presente incidente para declarar a constitucionalidade do artigo 6º, “caput” e parágrafo único e artigo 7º, “caput”, inciso II e parágrafo 3º, do Decreto Presidencial nº 11.302/2022, devendo os autos retornar à E. 4ª Câmara Criminal para conclusão do julgamento.**

JOSÉ DAMIÃO PINHEIRO MACHADO COGAN
Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo
RELATOR DESIGNADO