

VEDAÇÃO DO INDULTO PARA CRIMES HEDIONDOS SOB O PRISMA DO PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE DA LEI PENAL

Ellãn ARAUJO SILVA¹

RESUMO: O trabalho propõe criar um debate no qual apresenta argumentos jurídicos contra e a favor da concessão do benefício de Indulto (causa de extinção da punibilidade) para crimes hediondos que ao tempo de sua prática não eram assim considerados. Por vezes ressaltamos o princípio da anterioridade da lei penal que acaba se tornando fonte do desdobramento em outros dois princípios, o da irretroatividade da lei penal mais severa e o da retroatividade da lei mais benéfica. Outras vezes demos lugar ao princípio da separação de poderes e do *in dubio pro societate*, tratando a vedação como questão de segurança pública. A discussão ganha relevância a partir do momento em que estamos tratando de um conflito de interesses que é o da liberdade individual do sentenciado e a máxima da segurança jurídica e a segurança, ordem e paz pública. O método utilizado é o do discurso dialético, com uma nota explicativa sobre a aplicabilidade da lei penal no tempo. O presente trabalho não tem a pretensão de trazer uma posição consolidada em um dos dois lados, e sim fomentar a discussão que ele traz.

Palavras-chave: Lei penal no tempo. Crimes Hediondos. Indulto. Princípio da Segurança Pública.

1 INTRODUÇÃO

Para a contextualização da discussão exposta no trabalho, tomamos como parâmetro este trecho da obra *Dos delitos e das penas*:

Sendo a multiplicação do gênero humano, embora lenta e pouco considerável, muito superior aos meios que apresentava a natureza estéril e abandonada, para satisfazer necessidades que se tornavam a cada dia mais numerosas satisfazer necessidades que se tornavam a cada dia mais numerosas e se cruzavam de mil maneiras, os primeiros homens, até então selvagens, se viram forçados a reunir-se. Formadas algumas sociedades, logo se estabeleceram novas, na necessidade em que se ficou de resistir às primeiras, e assim viveram essas hordas, como tinham feito os indivíduos, num contínuo estado de guerra entre si. As leis foram as condições que reuniram os homens, a princípio independentes e isolados. (BECCARIA, 2016, p. 22)

Com o advento do Estado, ao regular as condutas sociais, ao impor uma norma a ser seguida, necessitava-se assim de uma força coercitiva que fizesse o

¹ Discente do 2º ano do curso de Direito do Centro Universitário “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. ellanaraujo56@gmail.com.

membro da sociedade não delinquir, essa foi então a sanção que concretizou o monopólio do direito de punir do Estado, para garantir pena proporcional e razoável à delito cometido.

Cansados de só viver no meio de temores e de encontrar inimigos por toda parte, fatigados de uma liberdade que a incerteza de conservá-la tornava inútil, sacrificaram uma parte dela para gozar do restante com mais segurança. A soma de todas essas porções de liberdade, sacrificadas assim ao bem geral, formou a soberania na nação; e aquele que foi encarregado, pelas leis, do depósito das liberdades e dos cuidados da administração foi proclamado o soberano do povo.

[...]

O conjunto de todas essas pequenas porções de liberdade é o fundamento do direito de punir. Todo exercício do poder que se afastar dessa base é abuso e não justiça; é um poder de fato e não de direito; é uma usurpação e não mais um poder legítimo. (BECCARIA, 2016, p. 23 e 24)

No nosso ordenamento jurídico, há situações em que o legislador achou razoável que o direito de punir do Estado fosse extinto, trata-se das causas de extinção da punibilidade. Uma delas é o indulto concedido através de Decreto Presidencial.

O trabalho cria um embate de ideias no tocante à concessão do indulto para crimes hediondos que ao tempo de sua prática não eram hediondos, porém, a ideia não tomar um posicionamento e fomentar a discussão pela justificativa de haver a possibilidade de estar-se violando o direito ambulatorial do sentenciado.

2 PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE DA LEI PENAL

Ao discorrer sobre o que está em epígrafe deste tópico, se faz necessário que tenhamos a noção propedêutica de que se trata de uns dos princípios mais importantes, se não o mais, que serve de alicerce para todo o campo da ciência jurídica penal. Baluarte da liberdade e da segurança jurídica entre os membros da sociedade e o Estado, em que ambos acabam tomando sentido teleológico-finalístico como nortes a serem alcançados pelo Direito Penal.

Estamos falando do princípio consolidado no art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal e à Lei de Contravenções Penais, o art. 1º, 2º, parágrafo único do Código Penal sob o título de “Da Aplicação da Lei Penal”, no art. 5º XXXIX, XL da Constituição Federal e no item 9 da Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do CP (Lei nº 7.209/84).

Todos os dispositivos supracitados tratam da vigência e aplicação da lei penal no tempo, tendo em vista a sucessão de leis que alteram a situação jurídica daqueles que, infelizmente, sucumbem à prática delitiva e se consomem no submundo do crime.

É a redação desses dispositivos no Código Penal:

Art. 1º: Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.

Art. 2º: Ninguém pode ser punido por fato que a lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória.

Parágrafo único: A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decidido por sentença condenatória transitada em julgado.

Pela extração da norma nesses dispositivos através do processo hermenêutico, podemos concluir que o princípio da irretroatividade da lei penal, em verdade, é desdobramento de princípio mais amplo que é o da anterioridade da lei corolário do princípio da legalidade e da reserva legal.

A irretroatividade, como princípio geral do Direito Penal moderno, embora de origem mais antiga, é consequência das ideias consagradas pelo *iluminismo*, insculpida na Declaração Francesa dos Direitos do homem e do Cidadão, de 1789. Embora conceitualmente distinto, o princípio da irretroatividade ficou desde então incluído no princípio da legalidade, constante também da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948. Desde que uma lei entra em vigor até que cesse a sua vigência rege todos os atos abrangidos pela sua destinação. 'entre estes dois limite – entrada em vigor e cessação de sua vigência – situa-se a sua eficácia. Não alcança, assim, os fatos ocorridos antes ou depois dos dois limites extremos: não retroage e nem tem ultra-atividade. É o princípio *tempus regit actum*'. (BITTENCOURT, 1997, p. 42)

Pois o princípio da legalidade trata que determinada conduta só ser considerada crime pela lei, que por sua vez, só lei² poderá determinar que uma conduta seja crime (reserva legal). O legislador então, partindo dessa premissa deve ter se perguntado: e se ao tempo da prática dessa conduta, não houvesse lei determinando que a mesma seja crime? Foi então que no artigo 1º do Código Penal e no art. 5º, XXXIX da Constituição Federal não só foi consagrado o princípio da anterioridade da lei, qual seja a ideia de que só crime quando há que o define e só há pena com prévia cominação legal, mas como determinou a negativa da natureza jurídica de crime para as condutas praticadas anteriormente à vigência da lei.

² O termo "lei" interpreta-se como lei ordinária.

Ainda, por disposição do art. 2º do Código Penal já citado, o agente não poderá ser punido por fato que lei posterior que revoga a lei incriminadora (*abolitio criminis*), afinal, não faz mais sentido punir alguém por fato que não seja mais crime, assim como a finalidade da pena perde sua consistência, uma vez que aquela conduta deixa de ser ofensiva, lesiva, perigosa e reprovável pela sociedade e pelo Estado. Acontece que, a leitura isolada deste dispositivo é insuficiente para extrair o real potencial contida nela; portanto, devemos conjuga-la com inciso XL do art. 5º da Constituição Federal, que tal redação: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”. Ou seja, a lei que deixa de incriminar o fato, não deixa de punir condutas anteriores a ela apenas pelos motivos já citados, mas também pela situação ser mais benéfica a quem a pratica.

Assim, do art. 2º do Código Penal e do art. 5º, XL da Constituição Federal, podemos extrair dois princípios, o da irretroatividade da lei mais severa (*lex gravior*), e a sua negação lógica, da retroatividade da lei mais benéfica (*lex mitior*).

Nesse sentido leciona Mirabete:

Pelo princípio da anterioridade da lei penal (art. 1º), está estabelecido que não há crime ou pena sem lei anterior, o que configura a regra geral da irretroatividade da lei penal. Por um lado, esse princípio, todavia, somente se aplica à lei mais severa que a anterior, pois a lei nova mais benigna (*lex mitior*) vai alcançar o fato praticado antes do início de sua vigência, ocorrendo, assim, a retroatividade da lei mais benigna. (2016, p. 43)

E Alexandre de Moraes (2007, p. 262): “A presente norma penal prevê dois princípios que regem eventuais conflitos de leis penais no tempo: irretroatividade da lei mais severa (*lex gravior*) e retroatividade da lei mais benigna (*lex mitior*)”.

Acrescentemos aqui, ainda, a leitura analítica do parágrafo único do art. 2º do Código Penal que dispõe: “A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que, decididos por sentença condenatória transitada em julgado”. Claro que se tiver uma visão restrita do dispositivo, chegaremos a conclusão que essa disposição trata de eventual criação de atenuante, redução da pena abstrata, causa de diminuição de pena, situação jurídica privilegiada de um crime. Sobre a *novatio legis in pejus*:

Nessa situação estão as leis posteriores em que se comina pena mais grave em qualidade (reclusão em vez de detenção, por exemplo) ou quantidade (de dois a oito anos, em vez de um a quatro, por exemplo); se acrescentam circunstâncias qualificadoras ou agravantes não previstas anteriormente; se

eliminam atenuantes ou causas de extinção da punibilidade; se exigem mais requisitos para a concessão de benefícios etc. (2016, p. 44)

Entretanto, são circunstâncias que, cronologicamente, favorecem o sentenciado na fixação da pena, mas esse não é o real alcance da desta norma penal, pois devemos ter em mente que após a fixação da pena, temos a fase executória da pena, que é a realização prática do *jus puniendi* do Estado, dessa forma, iniciado o cumprimento de pena, é possível que lei posterior favoreça o sentenciado em execução da pena, e tomamos como exemplo a Lei 11.464/07 que regulamentou os lapsos temporais a serem cumpridos para fins de progressão de regime aos autores de crimes hediondos³, após a criação da Súmula Vinculante nº 26⁴ que consolidou o entendimento que vinculou todos os Tribunais do país no sentido de considerar inconstitucional a vedação de progressão de regime para os praticantes de crimes hediondos, pois estar-se-ia tolhendo a função ressocializadora da pena⁵; assim, aqueles que praticaram crimes hediondos antes deste entendimento e produção legal, não ficaram excluídos da possibilidade de progressão, pois entendeu-se que, além da inconstitucionalidade denotada, aplicar-se-ia o princípio da retroatividade da lei benigna.⁶

Portanto, devemos abranger a interpretação do parágrafo único do art. 2º não apenas para as circunstâncias que se aplicam na dosimetria da pena, mas também a todo processo executório da pena, havendo assim a aplicação do

³ 2/5 (dois quintos) para primário e 3/5 (três quintos) para reincidente.

⁴ “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 (...). 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” (HC 82.959/SP, rel. min. Marco Aurélio, DJ 01/09/2006).

⁵ Corrente defendida pela Escola da Defesa Social de Adolfo Prins e Filippo Grammatica, posteriormente pela Nova Defesa Social de Marc Ancel (Teoria Ressocializadora). Consulte-se: MIRABETE, 2016, p. 231

⁶ A discussão do efeito *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade da vedação foi no tocante ao lapso a ser usado para aqueles com delito anterior à data da Lei nº 11.464/07, dessa forma, com natureza inconstitucional, a perspectiva foi de que aquele dispositivo nunca deveria ter existido no ordenamento jurídico, assim, o lapso que dever-se-ia ter aplicado é o genérico 1/6 (um sexto) ante a nulidade da disposição (ato normativo nulo = efeito *ex tunc*), a nova regulamentação pela Lei nº 11.464/07 seria mais severa, sendo aplicado os novos lapsos apenas aos crimes hediondos posteriores à nova lei. Há posicionamento contrário como o de Mirabete, em que entende que a vedação não era inconstitucional e por isso, a Lei nº 11.464/07 seria mais benéfica ante a anterior vedação. A discussão foi pacificada após a edição da Súmula nº 471 do Superior Tribunal de Justiça que fixa a submissão dos condenados por crimes hediondos antes da vigência da Lei nº 11.464/07 na fração de 1/6 (um sexto).

princípio da retroatividade da lei mais benéfica, e, por negação lógica e por raciocínio jurídico, a princípio da irretroatividade da lei penal mais severa. Isso devido a máxima de segurança jurídica que deve ser observada. “Em suma, a lei penal mais benéfica é a única que tem extra-atividade: é retroativa quando posterior e ultrativa quando anterior. Contrario sensu, assenta-se a regra da não extra-atividade das leis penais mais gravosas.” (PRADO, 2018, p. 121)

Assim é o princípio da retroatividade da lei penal mais favorável para o Supremo Tribunal Federal:

STF – ‘A retroatividade da lei penal mais favorável consiste basicamente em imputar as consequências jurídicas benéficas aos fatos nela previstos, embora ocorridos anteriormente a sua vigência, sem, contudo, poder fazer retroceder o próprio curso do tempo’ (STF – 1ª T. – HC nº 70. 641/SP – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Diário da Justiça, Seção I, 26 ago. 1994, p. 21.890)

3 DA VEDAÇÃO DE INDULTO PARA CRIMES HEDIONDOS

Assim reza a Constituição Federal:

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;

No passado muito se discutiu a validade de o Decreto Presidencial de Indulto dado a competência prevista no art. 84, inciso XII da Constituição Federal, vedar a concessão de Indulto justamente por o dispositivo constitucional supracitado não prever tal vedação especificadamente para o Indulto.

No entanto, o art. 2º da Lei nº 8.072/90, traz expressa a vedação, assim como o art. 44 da Lei nº 11.343/06.

No sentido da não vedação do Indulto, diz Roig:

Além disso, a Constituição não vedou o indulto coletivo, mas apenas a graça, que é o indulto individual. Como mencionado, a decisão quanto à concessão de indulto é de competência privativa do Presidente da República (art. 84, XII, da CF), competência esta que somente pode ser

limitada pela própria Constituição. Como não há vedação constitucional expressa, é possível o indulto coletivo. (2014, p. 480)

No entanto, não é esse o entendimento do Supremo Tribunal Federal que tenciona em considerar válida a vedação:

Não ofende o art. 5º, XLIII, da CF ("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") decreto presidencial que exclui do benefício do indulto os condenados por crimes definidos como hediondos, na conformidade da Lei nº 8.072/90, uma vez que o indulto é modalidade do poder de graça do Presidente da República. Com esse entendimento, o Tribunal, por maioria, indeferiu habeas corpus e confirmou a constitucionalidade da expressão 'e indulto' constante do art. 2º, I, da Lei 8.072/90, e, em consequência, reconheceu a legalidade do art. 8º, II, do Decreto 2.365/97. Vencido o Min. Marco Aurélio que – ao entendimento de que o art. 5º, XLIII, da CF não faz referência ao indulto, não podendo, assim, lei ordinária inserir restrição nele não contida -, deferida o writ, em parte, e declarava, incidenter tantum, a inconstitucionalidade da expressão mencionada da Lei 8.072/90, e reconhecida a ilegalidade do referido Decreto. Precedentes citados: HC 71.262-SP (DJU de 20-6-97); HC 73.118-RS (DJU de 10-5-96) e HC 74.132-SP (DJU de 27-9-96)" (STF – Pleno – HC nº 77.528//AP – Rel. Min. Sydney Sanches, decisão: 18-2-1999. Informativo STF, nº 138). (MORAES, 2007, p. **ver página**)

Também:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DECRETO DEFERAL. INDULTO. LIMITES. CONDENADOS PELOS CRIMES PREVISTOS NO INCISO XLIII DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. IMPOSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO CONFORME. REFERENDO DE MEDIDA LIMINAR DEFERIDA. 1. A concessão de indulto aos condenados a penas privativas de liberdade insere-se no exercício do poder discricionário do Presidente da República, limitado à vedação prevista no inciso XLIII do art. 5º da Carta da República. A outorga do benefício, precedido das cautelas devidas, não pode ser obstada por hipotética alegação de ameaça à segurança social, que tem como parâmetro simplesmente o montante da pena aplicada. 2. Revela-se inconstitucional a possibilidade de que o indulto seja concedido aos condenados por crimes hediondos, de tortura, terrorismo ou tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, independentemente do lapso temporal da condenação. Interpretação conforme a Constituição dada ao § 2º do art. 7º do Decreto 4495/02 para fixar os limites de sua aplicação, assegurando-se legitimidade à *indulgentia principis*. Referendada a cautelar deferida pelo Ministro Vice-Presidente no período de férias forenses (ADI 2795 MC/ DF; Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade, Tribunal Pleno, j. 8-5-2003.

Sendo o entendimento majoritário que o Indulto é vedado aos condenados por crime hediondo, por mais que pareça violar o princípio da taxatividade da lei penal, partiremos agora para o discurso dialético entre a extensão da vedação para os crimes hediondos que ao tempo de sua consumação não era considerado hediondo ou no sentido da concessão do indulto para esses crimes que

ainda não eram rotulados dessa forma, sob o prisma do princípio da irretroatividade da lei penal mais severa.

4 O ÂMAGO DA QUESTÃO

4.1 Do discurso em sentido favorável

Para exposição das razões de cada discurso, tomaremos numa posição doutrinária que diverge respectivamente à próxima. Dessa maneira, para assentar a ideia que será disposta nesta seção, tomamos a ideia de Roig:

Em regra, não fazem jus ao indulto ou comutação de pena as pessoas condenadas por crime de tortura, terrorismo ou tráfico ilícito de droga (nos termos do caput do art. 33, § 1º, e dos arts. 34 a 37 da Lei n. 11.343/2006), por crime hediondo (evidentemente praticado após a edição da Lei n. 8.072/90 e de todas as leis que a alteraram posteriormente) e por crimes definidos no Código Penal Militar que correspondam aos delitos de tortura, terrorismo, tráfico ilícito de droga ou hediondo (exceto quando configurada situação do uso de drogas disposto no art. 290 do Código Penal Militar). (2014, p. 496)

Trata-se em verdade em uma questão de lógica temporal sob o prisma do princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica.

Primeiramente, a redação dada ao inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal delega a definição a lei ordinária a definição de crimes hediondos para fins de vedação dos benefícios de anistia, graça e indulto, tendo em vista que também se encontra essa definição em nenhum dispositivo da Constituição. Não havendo definição de imediato do que seria crime hediondo, é claro que não poderia surtir efeito as consequências jurídicas fruto do enquadramento do delito nesta nova figura do ordenamento jurídico brasileiro, portanto, com o fim de assegurar a segurança jurídica e afastar a arbitrariedade, tal dispositivo toma o condão de norma de aplicabilidade limitada. Assim, mesmo existindo a vedação, não existia o rol taxativo que listava quais eram os crimes hediondos.

A lei que taxava certos crimes como hediondos foi surgir 2 anos depois da entrada em vigor da Constituição Federal, com a Lei nº 8.072/90. Temos que, apesar de podermos classificar crimes cometidos antes de sua entrada em vigor

como hediondo, a situação mais severa que a lei trouxe, não poderia retroagir segundo o princípio o qual já discorremos sobre.

STF – ‘A retroatividade da lei penal mais favorável consiste basicamente em imputar as consequências jurídicas benéficas aos fatos nela previstos, embora ocorridos anteriormente a sua vigência, sem, contudo, poder fazer retroceder o próprio curso do tempo’ (STF – 1ª T. – HC nº 70. 641/SP – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Diário da Justiça, Seção I, 26 ago. 1994, p. 21.890)

Portanto, sendo mais severa a lei, apenas surte efeitos *ex nunc*, o que traz a tona a possibilidade de concessão de Indulto para crimes hediondos cometidos antes de serem incluídos no rol do art. 1º da Lei nº 8.072. A título de exemplo, os mais recentes crimes hediondos, o homicídio simples praticado em atividade de grupo de extermínio e o homicídio qualificado incluídos pela Lei nº 13.142/15, pois que, os homicídios qualificados cometidos antes desta data, não possuíam natureza jurídica de hediondo, ficando estagnado no tempo, agindo apenas de forma ultrativa para assegurar a condição mais benéfica ao réu e garantir a segurança jurídica.

Em suma, a lei penal mais benéfica é a única que tem extratividade: é retroativa quando posterior e ultrativa quando anterior. *Contrario sensu*, assenta-se a regra da não extratividade das leis penais mais gravosas. (PRADO, 2018, p. 121)

Em síntese, a situação jurídica do sentenciado em cumprimento de pena por prática de crime hediondo antes do mesmo ser considerado hediondo é mais benéfica até a entrada em vigor de lei que inclui o crime praticado pelo sentenciado como hediondo, assim, devendo a situação anterior prevalecer sobre a posterior.

O requerimento anterior ou prévio da lei indica que, em princípio, sua vigência é para o futuro, não podendo retroagir seus efeitos a fatos anteriores a sua entrada em vigor. Sem embargo, como exceção, o texto constitucional autoriza o efeito retroativo para beneficiar o réu (art. 5º, XL, da CF). (RAIZMAN, 2011, p. 54)

Poder-se-ia retroagir o enquadramento, mas os efeitos mais severos não. A lógica está na já citada situação dos condenados por crime hediondo no tocante à progressão, já que os condenados antes da Lei nº 11.464/07, cumpre o

lapso mais benéfico de 1/6 (um sexto) ao invés do lapso de 2/5 (dois quintos) para primário e 3/5 (três quintos) para reincidente.

4.2 Do discurso em sentido contrário

E o posicionamento adotado aqui é o de Mirabete:

Não há impedimento a que o decreto de indulto exclua de seus beneficiários o autor de crime hediondo, ainda que ao tempo de sua prática de sua prática o delito não fosse assim considerado por lei. Tratando-se de ato discricionário do Presidente da República, pode este estabelecer os critérios para a concessão do favor mediante referência às espécies delitivas e, especificamente, ao rol dos crimes hediondos, de acordo com a lei vigente à época do decreto, sem que se possa cogitar de ofensa ao princípio da irretroatividade da lei mais severa (art. 5º, XL, da CF)⁷. Se o decreto exclui a concessão do indulto e da comutação de penas aos autores de crime hediondo, sem ressalvas, não pode ser agraciado o condenado por crime de homicídio qualificado praticado anteriormente à vigência da Lei nº 8.930, de 6-9-1994, que o incluiu no rol previsto no art. 1º da Lei nº 8.072. (2016, p. 381)

Para contrapor a ideia passada na seção anterior, a vedação ao Indulto para os crimes hediondos que ao tempo de sua prática não eram taxados como hediondo não fere o princípio da irretroatividade da lei penal mais severa.

Pois temos que a previsão constitucional trata-se de norma de aplicabilidade contida, ou seja, produz seus efeitos desde de sua entrada em vigor, entretanto, sua eficácia jurídica estaria estagnada no tocante aos crimes hediondos, porém, quanto ao crime de tráfico, tortura e terrorismo não, tendo em vista, que não era possível identificar quais eram os crimes hediondos que receberiam tal tratamento; dessa forma, a vedação já estava expressa, apenas precisava de um instrumento normativo para conceder aplicabilidade plena, entretanto, seus já haviam sendo produzidos desde já quanto a vedação mas não concretamente ainda.

Outro motivo pelo qual a vedação não feriria o princípio que rege a lei penal no tempo, seria justamente o posicionamento de Mirabete; eis que o Decreto veda a concessão de Indulto para os crimes hediondos e seus equiparados indistintamente, independentemente da época em que foram praticados, e ainda, por o Decreto ser ato discricionário do Presidente, a ressalva dependeria da previsão expressa no Decreto por autoria do Presidente ou por seus delegados.

⁷ XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;

Assim, não cabe ao legislador dizer quando poder-se-á conceder o Indulto para crimes hediondos e quando não, pois, caso contrário, estar-se-ia ferindo o princípio da separação dos poderes.

Podemos invocar aqui a análise do caso em concreto conjugado com o princípio do *in dubio pro societate*, justamente por o Indulto ser causa de extinção de punibilidade, poderia ocasionar, caso não tivesse outras penas a cumprir, a saída do sentenciado para a tão almejada sociedade, e que, corrompido pelo submundo do crime, a possibilidade de reincidência específica em crime que agora é considerado hediondo pelo o novo valor axiológico negativo que se dá ao mesmo.

Torna-se uma questão de conflito de princípios, o da segurança jurídica do preso e o da segurança pública, em que o segundo deva prevalecer, haja vista que, na maioria dos casos, a coletividade deve prevalecer sobre o individual.

3 CONCLUSÃO

Como dito durante todo o trabalho, não há a pretensão de tomar um posicionamento concreto, entretanto, devemos observar o conflito de princípios que há em a aplicação dos princípios da irretroatividade da lei mais severa e do *in dubio pro societate*, uma vez que se tomado o primeiro posicionamento, poderíamos estar colocando a segurança pública em risco, e se adotado o outro, poderíamos estar consagrando uma insegurança jurídica à liberdade individual do sentenciado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2. ed, 1ª reimpressão. São Paulo: Edipro, 2016

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal: volume 1**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997

MIRABETE, Julio Fabbrini e FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2016

Comentado [EAS1]:

MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007

RAIZMAN, Daniel Andrés. **Direito Penal 1: Parte Geral**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução Penal**: teoria crítica. São Paulo: Saraiva, 2014

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal: volume I – parte geral**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018