



PODER JUDICIÁRIO  
SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR

# Pode um Decreto de Indulto Ser considerado Inconstitucional?



**Dr Carlos Alberto Marques Soares**  
Ministro

**Brasília/2001**



PODER JUDICIÁRIO  
SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR

*Pode um Decreto de  
Indulto ser considerado  
Inconstitucional?*

Dr Carlos Alberto Marques Soares  
Ministro

Brasília/2001

SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR  
DIDOC - Seção de Divulgação  
Praça dos Tribunais Superiores  
Edifício-Sede - 10º Andar  
Brasília-DF  
70098-900

Digitação: *Gabinete do Ministro*  
Capa e formatação: *Seção de Divulgação*  
Impressão e acabamento: *Setor de Reprografia*  
Ficha catalográfica: *Seção de Biblioteca*

Soares, Carlos Alberto Marques.

Pode um decreto de indulto ser considerado inconstitucional? / Carlos Alberto Marques Soares. - Brasília : Superior Tribunal Militar, 2001.

24 p.

1. Decreto de indulto - doutrina. 2. Indulto condicional. 3. Extinção da punibilidade. I. Título.

CDU 343.292

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho é uma adaptação do voto vencido proferido no Recurso Criminal nº 6864-9/AM, julgado em 6/9/2001, ao qual se seguiram outros<sup>1</sup>, sobre a mesma matéria, em que não acolhemos a vigência plena do decreto de indulto do ano de 2000.

Daí por que julgamos de bom alvitre trazer à colação as sábias considerações sobre votos vencidos, que muito nos alentam a prosseguir, às vezes, solitário em nossas pesquisas e estudos em prol, certamente, do aperfeiçoamento do ordenamento jurídico.

“ .....

E, nesse contexto, Senhor Presidente, torna-se imperioso lembrar a alta significação política e jurídica de que se revestiram, no processo de edificação da República, de construção da Federação e de consolidação da prática dos direitos fundamentais, os votos vencidos, proferidos em memoráveis julgamentos, por juízes eminentes desta Corte

---

<sup>1</sup> *Recursos Criminais nºs 6865-7/AM, 6844-4/AM, 6855-0/AM, 6837-1/AM, 6866-5/AM, 6839-1/AM, 6841-3/AM, 6852-5/AM, 6854-1/AM, 6853-3/AM, 6860-6/AM, 6859-2/AM, 6862-2/AM e 6863-0/AM.*

Suprema, cujas lições ainda iluminam os nossos caminhos, ajudando-nos a forjar, em nossos espíritos, a consciência superior da liberdade e da cidadania.

Aquele que vota vencido, Senhor Presidente, não pode ser visto como um espírito isolado nem como uma alma rebelde, pois, muitas vezes, é ele quem possui o sentido mais elevado da ordem e da justiça, exprimindo, na solidão de seu pronunciamento, uma percepção mais aguda da realidade social que pulsa na coletividade, antecipando-se, aos seus contemporâneos, na revelação dos sonhos que animarão as gerações futuras na busca da felicidade, na construção de uma sociedade mais justa e solidária e na edificação de um Estado fundado em bases genuinamente democráticas.

Aquele que vota vencido, por isso mesmo, Senhor Presidente, deve merecer o respeito de seus contemporâneos, pois a história tem registrado que, nos votos vencidos, reside, muitas vezes, a semente das grandes transformações.”<sup>2</sup>

“ .....

Há, porém, personalidades que enxergam diferentemente as leis e lhes dão dimensão diversa da concepção da maioria. E exprimem voto dissidente. No sóbrio e lúcido discurso que proferiu na solenidade de posse do ministro Marco Aurélio, na presidência do Supremo Tribunal Federal, o ministro Celso de Mello assinalou, com singular propriedade, o valor histórico do ‘voto vencido’. Invocando exemplos, desde o de Pisa e Almeida no próprio Supremo Tribunal, no princípio da República, realçou como

---

<sup>2</sup> *Do discurso proferido pelo Ministro Celso de Mello, em nome do Supremo Tribunal Federal, na solenidade de posse do Ministro Marco Aurélio, na Presidência do STF, em 31/5/2001.*

a opinião derrotada de um dia se transforma na jurisprudência de amanhã.

.....  
Exatamente por ter, não raro, essa dimensão, o voto vencido reveste-se de expressão da justiça no seu sentido mais amplo. É a voz do futuro nas contingências do presente, a claridade do direito na penumbra da lei. Enfim: a divergência educada é forma de afirmação ou de libertação da consciência e caminho para o reconhecimento dos direitos contestados.”<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> *Extraído do artigo sob o título “Vantagens da opinião divergente”, de Josaphat Marinho, ex-Senador, Professor emérito da UNB e da Universidade Federal da Bahia e Diretor da Faculdade de Direito da UPIS – Correio Braziliense de 17/6/2001.*



## **PODE UM DECRETO DE INDULTO SER CONSIDERADO INCONSTITUCIONAL?**

Sem ousarmos da arrogância dos sábios, porém a humildade daqueles que a todo momento buscam o saber, porque a cada passo muito aprendemos e vemos o quanto ainda temos que aprender, respondo o questionamento afirmativamente.

Ao afirmarmos que um decreto de indulto pode ser eivado de irregularidades que maculam a sua natureza, tivemos como base o inconformismo de algumas decisões de primeira instância, a minudente pesquisa e o competente estímulo de minha assessoria jurídica, no exame do Decreto nº 3.667, de 21/11/2000.

Em vários recursos julgados pelo Superior Tribunal Militar, tem sido questionada a legalidade da decisão de magistrado de 1ª instância que, ao declarar extinta a punibilidade pelo indulto de sentenciado por considerar atendidos os requisitos do art. 1º, inciso V e art. 3º, inciso II, do Decreto nº 3.667/2000, deixou, no entanto, de aplicar o art. 4º, c/c o art. 5º do mesmo decreto, que dispõe sobre o chamado indulto condicional, sob o fundamento de extravasamento do poder regulamentar do Presidente da República.

As manifestações recursais do órgão do Ministério Público se assentam, basicamente, em artigo do renomado penalista e professor Damásio Evangelista de Jesus, inserido em uma de suas mais recentes obras.

O mencionado artigo, com o sugestivo título “**INDULTO CONDICIONAL: O DECRETO PODE SUBORDINAR A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE A PERÍODO DE PROVA?**”, tem exercido, não só pelo inquestionável valor do publicista, como também pela oportunidade do questionamento,

decisiva influência no julgamento das questões relacionadas com o tema.

Eis por que se impõe a sua transcrição quase integral, para melhor esclarecimento da *quaestio*:

“... O Decreto n. 1.860, de 11 de abril de 1996, chamado ‘indulto condicional’, permite que sejam postos em liberdade provisória (condicional) condenados a pena privativa de liberdade inferior a seis anos, desde que preenchidas determinadas condições. O decreto não agradou aos partidários da lei e da ordem.

A questão que se põe em debate é saber se o Presidente da República, em decreto de indulto, pode condicioná-lo a condição futura, subordinadora da extinção da punibilidade, como, p. ex., ter boa conduta social.

Creemos que não há empecilho.

O indulto pode ser simples ou condicionado (condicional).

Na forma simples, o decreto presidencial não subordina a extinção da punibilidade a nenhum requisito. No condicional, a declaração judicial da extinção da pretensão executória depende do preenchimento de certas exigências, de natureza objetiva ou subjetiva. Algumas devem ser consideradas em face da pena e da situação executória do condenado; outras, de seu comportamento anterior ou posterior a eventual data designada pelo ato presidencial.

As condições objetivas referem-se, em regra, à quantidade da pena privativa de liberdade já cumprida; as subjetivas, ou pessoais, dizem respeito às qualidades pessoais do condenado, seus antecedentes, primariedade e conduta.

As condições pessoais podem ser pretéritas ou futuras.

Os decretos de indulto geralmente exigem condições pessoais pretéritas, como bom comportamento carcerário, primariedade, antecedentes, reparação do dano etc. Não se desconhece a imposição da medida condicionada a exigência de comportamento ou fato futuro, concernente a deveres de fazer ou deixar de fazer alguma coisa (Antolisei, *Manual de derecho penal*, trad. Juan del Rosal e Ángel Torio, Buenos Aires, Uteha, 1960, p. 542, n. 241, B). Assim, a extinção da punibilidade fica na dependência de um fato, positivo ou negativo, a ser realizado pelo condenado, como, p. ex., não residir em certo local. É o que ocorre no Código Penal espanhol (art. 115), em que o descumprimento da condição futura elimina o benefício legal, de modo que o indulto pode determinar que a extinção da pretensão executória fique na dependência do comportamento social do beneficiado durante determinado período de prova, desde que nunca superior ao restante da pena. O efeito prático da medida é imediato: soltura do condenado; a extinção da punibilidade, contudo, sujeita-se a requisito futuro. Com isso, não se está criando um novo instituto, uma nova forma de livramento condicional, o que seria defeso ao Presidente da República mediante decreto. Um novo tipo de livramento condicional só pode ser criado pela lei.

O indulto, ainda que subordinado a condição futura, e o livramento condicional não se confundem. Aquele constitui incidente da execução disciplinado na Lei de Execução Penal (arts. 187 e s.). Insere-se na despenalização. O livramento condicional, inversamente, é forma de execução de pena. Tem natureza sancionatória, vida própria e princípios rígidos e específicos.

O direito de indulto compreende a extinção plena ou parcial da pretensão executória: a extinção completa da punibilidade, a comutação da pena (substituição por outra

menos grave) e a redução ou *suspensão de sua execução* (Reinhart Maurach, *Tratado de derecho penal*, cit., v. 2, p. 623). O Presidente da República pode, inclusive, suspender a execução da pena mediante indulto. Ora, se pode o mais, i. e., conceder um decreto incondicionado, como não poderia o menos, qual seja, impor uma condição à extinção da punibilidade?

Aloysio de Carvalho Filho, abordando o assunto, dizia que, 'no indulto condicional, deixa de subsistir o favor, furtando-se o réu, posteriormente, a cumpri-la' (a condição). 'Nesse caso, prosseguia, 'o Juiz determinará que se execute a pena' (*Comentários ao Código Penal*, 4. Ed., Rio de Janeiro, Forense, 1958, v. 4, p. 189). No mesmo sentido, Magalhães Noronha admitia fosse recusado o indulto quando condicionado, não cumprindo o destinatário 'a exigência a que estivesse subordinada' a medida (*Direito Penal*, cit., v. 1, p. 400 e 402, n. 233-4). Aníbal Bruno fazia referência à hipótese de o condenado negar-se a 'cumprir a condição', única em que, segundo ele, poderia recusar o benefício (*Direito Penal*, cit., v. 3, p. 204, n. 7). Em suma, está nos limites do indulto impor uma condição futura, não desconhecida dos cultores do direito e da doutrina nacional e estrangeira."<sup>4</sup>

Como se pode ver, sustenta o emérito penalista que existem abonações históricas de indulto condicional no direito nacional e alienígena, segundo as quais a declaração de extinção da punibilidade é adiada até o cumprimento das condições impostas pelo decreto de *indulgentia principis* (clemência soberana), sem embargo da liberação imediata do sentenciado que preencheu, de antemão, requisitos especificados.

---

<sup>4</sup> *Novíssimas Questões Criminais*, 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 1999. P.106/108.

Afirma, destarte, o ilustre penalista que o indulto pode ser condicionado à exigência de bom comportamento e de fatos futuros, arrimado na expressa disposição do art. 115 do vigente Código Penal da Espanha, sem atentar, todavia, que seu texto foi refundido conforme a Lei nº 44/1971, o qual não autoriza a abonação, por se referir apenas a prazo de extinção da punibilidade.

De outra parte, a redação do mencionado dispositivo, após a edição da última atualização do Código Penal Espanhol, operada pela **Lei Organica nº 11/1999**, não se concilia com a citação do mencionado artigo doutrinário, pois dispõe esta apenas sobre a fixação de danos e indenizações, por juízes e tribunais.

O equívoco da citação, paradoxalmente, tem o mérito de evidenciar que a matéria deve ser examinada sob a perspectiva do princípio basilar do direito penal dos Estados Democráticos, vale dizer, princípio da legalidade ou da reserva legal, que constitui efetiva limitação do poder punitivo estatal, bem como sob a égide do devido processo legal, princípios expressamente consagrados na Constituição Federal (art. 5º, incisos XXXIX, LIII e LIV).

O princípio do devido processo legal impõe ao juiz a observância do procedimento regular como também o resguardo de todas as garantias constitucionais.

João Mendes de Almeida Júnior, em clássica obra editada há exatamente um século, já demonstrava a importância das normas processuais, como se vê do trecho a seguir transcrito:

“... As leis do processo são o complemento necessário das leis constitucionais; as formalidades do processo são as atualidades das garantias constitucionais. Se o modo e a forma da realização dessas garantias fossem deixados ao

critério das partes ou à discricção dos juizes, a justiça, marchando sem guia, mesmo sob o mais prudente dos arbitrios, seria uma ocasião constante de desconfianças e surpresas. É essa a razão pela qual, se os legisladores puderam, em algumas épocas, deixar as penas ao arbitrio dos juizes, nunca deixaram ao mesmo arbitrio as formalidades de suas decisões”.<sup>5</sup>

Presume-se que o cidadão, ao violar a lei penal, deve ter prévio conhecimento não só da natureza, como da duração da sanção penal, a qual só poderá ser aplicada de acordo com as normas processuais vigentes.

E o indulto, tanto no Código Penal Militar, como no Código Penal comum, é uma causa de extinção da punibilidade, e o seu reconhecimento judicial faz cessar o *ius puniendi* do Estado, não se podendo cogitar de qualquer restrição ou ameaça futura à liberdade individual, a ser imposta por meio de decreto do Presidente da República.

Todo e qualquer decreto de indulto baixado pelo Poder Executivo que inovar a ordem jurídica se reveste de ilegalidade e, como tal, deve ser afastado de plano, por quem exerce, nos lindes de sua competência, a função jurisdicional, como vem ocorrendo com as decisões impugnadas.

Havendo o Decreto nº 3.667/2000, com evidência imediata, incidido naquela reprovação, torna-se desnecessário examinar-se, numa perspectiva doutrinária, a distinção entre decreto autônomo ou regulamentar, valendo apenas lembrar que a existência do

---

<sup>5</sup> O Processo Criminal Brasileiro. Laemmert S.A: Rio de Janeiro, 1901. P. 5 – Ortografia atualizada.

primeiro não merece aprovação da quase unanimidade dos operadores do direito.

São bastante elucidativos sobre a matéria os subsídios oferecidos por José Celso de Mello Filho, atualmente exercendo as funções de Ministro do Supremo Tribunal Federal, a seguir transcritos:

“... O decreto não se confunde com o regulamento. O decreto é o meio pelo qual o Chefe do Poder Executivo pratica os atos de sua competência. Possui função instrumental. Nele é que se contém o regulamento. O decreto apenas veicula, na sua qualidade de instrumento formal, uma declaração de vontade, emanada do Chefe do Poder Executivo.”<sup>6</sup>

As abonações doutrinárias de que se socorreu o Professor Damásio de Jesus não são claras, pois se sabe que há casos de indultos chamados condicionais que estabelecem um prazo de sua aplicabilidade e os que condicionam o seu reconhecimento à verificação de determinados fatos futuros, como, por exemplo, o do Decreto nº 21.946, de 12/10/1932, mencionado expressamente por Aloysio de Carvalho Filho, numa das obras citadas pelo ilustre penalista (Comentários ao Código Penal, 4ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1958, v. 4, p. 189).

O mencionado decreto arrola duas condições futuras, com sentidos inteiramente diversos daquele que lhes foi emprestado:

“Art. 2º .....(omissis).....”

---

<sup>6</sup> *Constituição Federal Anotada. 2ª edição. Editora Saraiva: São Paulo, 1986. P. 254/255.*

- a).....
- b) O lugar onde vão residir;
- c) O ofício ou profissão que irão exercer e o respectivo local.” (sem grifos no original)

Equívocou-se, mais uma vez, o emérito penalista, quando asseverou que o não menos ilustre Magalhães Noronha admitiu a existência do indulto condicional, nos moldes do que foi concedido pelo Decreto nº 1.860, de 11/4/1996, e reproduzido, ante a perplexidade e a acomodação dos operadores do direito, no Decreto nº 3.667, de 21/11/2000.

Na verdade, o que afirmou Magalhães Noronha foi que tanto a anistia, como o indulto podiam ser recusados, “quando forem condicionados”, à época em que ainda não vigiam a Lei de Execução Penal (art. 192) e o CPPM (art. 648), que agora dispõem expressamente sobre a matéria.

Referia-se o mestre, certamente, ao indulto que estabelece condições, aliás da natureza de ato de clemência, como a que condiciona o benefício à prévia reparação do dano.

Em nenhum momento cogitou Magalhães Noronha da separação, no tempo, da data de liberação do sentenciado da data da extinção da punibilidade, após o cumprimento da condição. É o que se depreende da leitura de todo o trecho de sua obra, sob a epígrafe “Da extinção da punibilidade – Graça e indulto” (Direito Penal, vol. 1, 14ª edição. Editora Saraiva: São Paulo, 1977. P. 400/402. Nº 234).

O professor Damásio de Jesus, empenhado em demonstrar a existência, em nosso direito, do “indulto condicional”, com o significado de indulto adiado, socorre-se da autoridade de

Antolisei, o qual, na obra citada em seu parecer (Manual de Derecho Penal, 1960, p. 542), empregou a expressão “puede-se someterse a condiciones o deveres”.

Olvidou, porém, o consagrado mestre que, na utilização do direito comparado, há que se atentar para o sistema de direito estrangeiro, procedendo-se a escrupulosa comparação com o direito nacional, visando à identificação de compatibilidade.

Antolisei referiu-se ao direito italiano, no qual há a possibilidade da concessão de indulto condicional, por expressa disposição legal (art. 596, 2ª parte, do Código de Processo Penal Italiano, de 19/10/ 1930), *in verbis*:

“... L’amnistia e l’indulto condizionati si applicano definitivamente se alla scandeza del termine è dimostrato l’adempimento delle condizioni o degli obblighi ai quali la concessione del beneficio è subordinata ...” (A anistia e o indulto condicionados se aplicam definitivamente se, no vencimento do prazo, fica demonstrado o cumprimento das condições ou das obrigações a que a concessão do benefício está subordinada – Tradução livre do autor).

Não há, todavia, no CPPM, ou mesmo na Lei de Execução Penal, nenhuma regra semelhante.

O instituto do indulto condicional citado pelo mestre Antolisei não se compadece, portanto, com o sistema penal pátrio e a sua adoção fere os princípios da legalidade e do devido processo legal, como já ficou consignado.

Destarte, o que mereceu exame nos vários recursos, foi a legalidade do estabelecimento de condições futuras e se deve o juiz

deixar de julgar extinta a punibilidade pelo indulto, ladeando a lei expressa (art. 123, inciso II, CPPM), a pretexto de previsão de um “aperfeiçoamento” do benefício, decorrido o prazo de 24 meses, se o sentenciado **“não praticar qualquer delito, bem como manter bom comportamento”** (sic).

Percebe-se, de forma clara, que o “aperfeiçoamento” de que trata o art. 4º do Decreto 3.667/2000 é matéria de natureza eminentemente penal e que só pode ser objeto de disciplinamento por meio de lei, aprovada pelo Congresso Nacional.

Até mesmo por meio de medida provisória, é vedada toda e qualquer inovação de natureza penal, ou processual penal, havendo, em casos pretéritos, tal procedimento merecido unânime reprovação da doutrina e da jurisprudência pátrias, até ser alcançado pelo repúdio do Congresso Nacional, consubstanciado na Emenda Constitucional nº 32, de 12/9/2001.

O estabelecimento em decreto de indulto de um “aperfeiçoamento”, a título de prazo de prova, constitui, sem sombra de dúvida, uma modalidade de suspensão condicional da pena, não prevista em lei e contraria o art. 123, inciso II, do CPM, o qual considera o indulto uma causa de extinção da punibilidade, sem exigência de qualquer outra condição.

De outra parte, na há nenhuma regra de natureza processual que fixe qualquer prazo para o adiamento de declaração da extinção da punibilidade, como sucede no direito processual penal italiano.

Os arts. 4º e 5º do Decreto 3.667/2000 são incompatíveis, pois, com a lei penal militar, o que evidencia, sob o ponto de vista técnico, uma flagrante ilegalidade.

E, mais, no caso da Justiça Militar, desfigura o seu sistema penal.

Examine-se o art. 88, inciso II, letras “a” e “b” do CPM e constatar-se-á a existência de vários delitos a que não se aplica a suspensão condicional da pena, entre os quais se inclui a deserção, delito tipicamente militar.

Entendimento diverso, com a aceitação de indulto condicional, importaria em admitir-se por via oblíqua, a aplicação de um benefício vedado de forma direta, nos casos especificados.

Não há, a meu sentir, sistema jurídico que resista a um raciocínio tão temerário.

Se, por absurdo, se admitisse que um decreto de indulto pudesse guardar compatibilidade com vários dispositivos do Código Penal Militar e do Código de Processo Penal Militar, chegar-se-ia ainda a outro absurdo, vale dizer, a declaração de extinção da punibilidade, adiada no tempo, de uma pena já extinta, *ex vi legis*, pelo adimplemento de condições impostas no caso da suspensão condicional de pena.

Nelson Hungria, em minucioso estudo sobre extinção da punibilidade, lembra que a enumeração de suas causas no art. 108 do Código Penal Brasileiro, de redação semelhante à do art. 123 do Código Penal Militar, não é taxativa e demonstra que outras causas extintivas são reconhecíveis naquele código, aqui e ali, entre as quais arrola a desistência e o arrependimento eficaz na tentativa (Novas Questões Jurídico-Penais, Editora Nacional de Direito Ltda: Rio de Janeiro, 1945, p. 105).

Não seria o cumprimento de pena, ou do prazo de suspensão condicional, com a cessação do *jus puniendi* do Estado, uma forma de extinção da punibilidade?

Tanto assim é que, à leitura do art. 615 do CPPM (art. 708 do CPP e art. 192 da LEP), não podemos deixar de concluir de forma diversa.

“Art. 615. Expirado o prazo da suspensão, ou da prorrogação, sem que tenha havido motivo de revogação, a pena privativa da liberdade será declarada extinta.”(grifo nosso)

Cumprе salientar que as normas sobre execução penal previstas no CPPM continuam vigentes, mesmo após a edição da Lei de Execução Penal, a qual tem aplicação no foro militar apenas subsidiariamente.

Um dos membros do *Parquet* Militar, que emitiu parecer sobre o indulto condicional, anteviu, com muita acuidade, a necessidade de lei que regulasse o novel instituto, apontando, porém, como aplicável à espécie, o art. 648 do CPPM, *in verbis*:

“Art. 648. Concedido o indulto ou comutada a pena, o juiz, de ofício, ou por iniciativa do interessado ou do Ministério Público, mandará juntar aos autos a cópia do decreto, a cujos termos ajustará a execução da pena, para modificá-la, ou declarar a extinção da punibilidade.”

Ora, o art. 648 do CPPM reproduziu quase literalmente o art. 738 do Código de Processo Penal comum, de 1940, tendo tal dispositivo permanecido em vigor até o advento da Lei de Execução Penal, período longo em que não se encontra referência

na doutrina e na jurisprudência ao chamado “indulto condicional”, que nada mais é que indulto diferido, adiado, ou a longo termo.

Examinado, com mais cuidado, o que dispõe o art. 648 do CPPM, chega-se à conclusão de que, em essência, o mesmo não discrepa do art. 192 da Lei de Execução Penal. Poder-se-ia, pois, afirmar que, sem sombra de dúvida, na disciplina da comutação da pena e do indulto, a expressão “a cujos termos ajustará a execução da pena, para modificá-la”, corresponde exatamente à primeira hipótese e a locução “ou declarar a extinção da punibilidade”, à segunda.

Há, pois, como ficou demonstrado, clara incompatibilidade entre os arts. 4º e 5º do Decreto nº 3.667/2000 com o art. 123, inciso II, do CPM.

Toda a controvérsia, ao que se depreende, é mais de natureza semântica do que jurídica, pois diz respeito ao sentido da expressão indulto condicional.

O Presidente da República pode conceder, sem dúvida, indulto condicional, na acepção de medida que estabeleça condições que, uma vez identificadas, importam em extinção da punibilidade, cujo reconhecimento e declaração são atribuídos a uma autoridade judiciária.

Num sistema jurídico que consagra a tripartição dos Poderes, pode o Presidente da República conceder indulto e comutar penas, o que deve ocorrer, no entanto, nos limites de sua competência constitucional, com estrita obediência da legislação vigente.

Inexplicável, destarte, a perplexidade de meus pares, seguida de desaprovação, quando argüi a incompatibilidade dos arts. 4º e 5º

do Decreto nº 3.667/2000 com os arts. 123, inciso II, do CPM e 648 do CPPM, a pretexto de que são ilimitados os poderes do Chefe de Estado.

Tal argumento só encontraria justificativa na vigência da Constituição Política do Império, de 25/3/1824, que atribuía ao Imperador, como titular do Poder Moderador, considerado pessoa “inviolável e sagrada”, competência para perdoar e moderar penas impostas aos réus condenados (art. 101, inciso VIII).

Daí por que não se encontra nenhum constitucionalista, a partir da vigência da Constituição de 1891, que sustente que pode o chefe do Poder Executivo, ao conceder indulto e comutar penas, desconsiderar uma lei que regule a matéria.

Raimundo Macedo, em preciosa monografia sobre a extinção da punibilidade, já sustentou a inconstitucionalidade integral do Decreto nº 19.445, de 31/12/1930, e parcial do Decreto nº 24.351, de 6/6/1934 (Da extinção da punibilidade. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1946. P. 106), o que demonstra que a tese defendida no presente trabalho não é inédita e, por sua relevância, merece ser aprofundada.

O “indulto condicional”, baixado com o Decreto nº 3.667/2000, semelhante ao Decreto nº 1.860/96, volto a acentuar, nada mais é do que uma modalidade de suspensão condicional da pena que se choca com a legislação penal militar e a Lei de Execução Penal, pois importa em liberação do sentenciado após ser estabelecido um prazo de prova de dois anos.

Observa-se, no entanto, que a matéria vem sendo tratada superficialmente, como demonstra a decisão do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, no Agravo em Execução nº 1.040.661/0, da

13ª Câmara, julgado em 21/1/1997 (RT 740/630), referente ao Decreto de Indulto de nº 1860/96.

Na ementa do mencionado acórdão, foi consignado que “não é dado ao Magistrado considerar inconstitucionais as regras dispostas em decreto presidencial e agraciar sentenciado com o indulto pleno, escoimando os requisitos que nomeou de ilegais”.

Após esclarecer que o decreto de indulto é ato normativo de carácter geral, que a todos obriga, por se tratar de *factum principis*, a fundamentação do acórdão é encerrada com expressivo trecho:

“O indulto é doação presidencial e, portanto, sujeito às condições que o mandatário-mor, doador, houver por bem impor, respeitados, logicamente, os limites da lei”. (sem grifos no original)

Ora, o que se sustentou, até agora, foi que no art. 648, do Código de Processo Penal Militar e no art. 192 da Lei de Execução Penal, que disciplinam o indulto e a comutação de penas, não há previsão do chamado “indulto condicional”, denominação de resto equivocada, como ficou demonstrado.

Na formulação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, a ofensa à Constituição Federal pode ser direta ou indireta. Se direta, entende aquela elevada Corte que se trata de inconstitucionalidade; se indireta, de ilegalidade.

Em suma, pode-se afirmar que o Decreto nº 3.667/2000 afronta a lei de forma direta (arts. 123, inciso II, do CPM e art. 648, do CPPM) e a Constituição Federal vigente, de forma indireta (art. 22, inciso I).

Minha convicção mais se robustece após a leitura no **site** do Ministério Público do Estado de São Paulo, de um “QUADRO COMPARATIVO PARA EFEITO DA EVOLUÇÃO DOS DECRETOS DE INDULTO”, no qual consta a observação que se segue, a respeito do Decreto nº 1.860/1996, de redação idêntica à do Decreto nº 3.667/2000:

“Decreto e ano - 1860/abr/96 - Obs. Este foi o Indulto Especial, indigno de qualquer comentário, pois subverteu a ordem processual, inverteu a seqüência lógica de se aferir o mérito e os requisitos subjetivos etc”.

Acrescente-se, extraíndo-se de casos concretos, que a relevância do tema não se limita ao questionamento técnico em detrimento do espírito “nobre” do decreto que, a título de “aperfeiçoar” os decretos anteriores, inovou ao estabelecer período de prova de 2 (dois) anos, que o retardamento da declaração da extinção de punibilidade interferirá, de forma quase letal, no instituto da reabilitação, prorrogando-se o seu prazo ao arrepio da lei.

O malsinado decreto, admitindo conceder indulto aos réus beneficiados com o *sursis*, que tenham cumprido pelo menos metade do período de prova, ao indultá-los estará prorrogando por mais 2 (dois) anos o interstício entre a extinção da pena (ou sua execução) e a reabilitação, que no CPPM é de 5 (cinco) anos, em flagrante prejuízo ao réu.

Com a não aceitação do indulto, seria, pois, à evidência, muito mais benéfico ao réu.

Por derradeiro, gostaríamos de registrar que o nosso propósito no questionamento do referido decreto visa, como já

dissemos, através da discussão científica, aprimorar o ordenamento jurídico já tão combalido em face da torrencial edição de medidas provisórias, que traz a insegurança jurídica ao povo e aos operadores do direito.

Deixo, como em outras ocasiões, quando questionamos as “velhacarias” jurídicas, tão comuns nos dias de hoje, o sempre prudente pensamento do professor Afrânio Silva Jardim:

“... chamamos à atenção para o risco de interpretações açodadas, mais comprometidas com a busca preconcebida de novidades do que com a reflexão madura de todo o sistema normativo processual. Afastemos o ranço do espírito conservador, sem ficarmos, entretanto, tomados pela sedução de ingênuas aventuras.”<sup>7</sup>

Creio ter respondido, o *quantum sufficit*, a indagação que serviu de título ao presente trabalho.

---

<sup>7</sup> *Direito Processual Penal*. 7ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999, p. 292.

## **REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA**