

Proponente: André Paulo Francisco Fasolino de Menezes

Área: Execução Criminal

I – Súmula.

A condenação criminal pela prática de crime anterior ao início da execução da pena não configura infração disciplinar impeditiva à concessão de indulto e comutação de penas.

II – Assunto.

O assunto da presente proposta relaciona-se ao pleito de indulto de penas. De forma recorrente, tal benesse vem sendo negada, sob o fundamento de que a única condenação criminal imposta em sede de processo de conhecimento acarretaria, simultaneamente, em pena a ser cumprida e, também, como sanção disciplinar, ante o exposto no artigo 52, caput, da Lei 7.210/84. Ocorre que tal entendimento revela uma incongruência notória, eis que, decerto, não há que se falar em falta grave sem que haja uma execução criminal a ser cumprida.

III – Indicação do item específico das atribuições institucionais da Defensoria Pública.

Item específico das atribuições institucionais da Defensoria Pública na Lei Complementar estadual n.º 988 de 09 de janeiro de 2006:

“Art. 5.º – São atribuições institucionais da Defensoria Pública do Estado, dentre outras:

(...)

IV – promover:

(...)

b) a tutela dos direitos humanos em qualquer grau de jurisdição, inclusive perante os sistemas global e regional de proteção dos Direitos Humanos;

c) a tutela individual e coletiva dos interesses e direitos da criança e do adolescente, do idoso, das pessoas com necessidades especiais e das minorias submetidas a tratamento discriminatório;

(...)

i) a tutela dos direitos das pessoas necessitadas, vítimas de qualquer forma de opressão ou violência;

(...)

VII - atuar nos estabelecimentos policiais, penais e de internação, inclusive de adolescentes, visando a assegurar à pessoa, sob quaisquer circunstâncias, o exercício dos direitos e garantias individuais”

IV – Fundamentação jurídica.

Como cediço, o indulto de penas é causa de extinção da punibilidade, consoante exposto no art. 107, inciso II, do Código Penal. Demais disso, faz-se necessário rememorar que, anualmente, o Presidente da República, munido de sua atribuição privativa, que exsurge do art. 84, inciso XII, da Constituição Federal, vem adotando esta profícua opção política de contramedida aos efeitos maléficos e detrimenentosos do cárcere.

Assim sendo, forçoso reconhecer que tal instituto, ora jungido aos princípios reitores de nosso Estado Democrático de Direito e que vem ao encontro da dignidade humana, eixo interpretativo que irradia suas luzes sob todo o ordenamento jurídico, é a medida que deve ser buscada, perquirida e imposta, a fim de se conquistar uma sistema carcerário mais humanizado e propício a tão almejada (re) socialização dos encarcerados.

Advém dos termos dos decretos de indulto que para sua concessão o apenado deverá preencher os requisitos objetivo e subjetivo. O primeiro refere-se à determinada fração do cumprimento de penas e o segundo, por sua vez, diz respeito à inexistência de sanção por cometimento de falta disciplinar de natureza grave nos doze meses que antecedem à publicação do decreto concessivo.

Não bastasse, é cediço que a concessão de indulto decorre de ato de vontade **privativo do Presidente da República**, cuja extensão e critérios cabem a ele definir, incluindo exigências que, a seu critério, lhe pareçam necessárias para a concessão da clemência. Nesse sentido:

EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBOS CIRCUNSTANCIADOS. COMUTAÇÃO DE PENA. DECRETO 6.294/07. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. OCORRÊNCIA. FALTA DISCIPLINAR COMETIDA APÓS A PUBLICAÇÃO DO DECRETO. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

1. Ao magistrado não é permitido extrapolar os limites da interpretação, na medida em que impõe requisito não-estabelecido no decreto, cuja elaboração é da **competência discricionária e exclusiva do Presidente da República**, a teor do art. 84, XII, da Constituição Federal.

2. O Decreto 6.294/07 autoriza a comutação de 1/4 da pena imposta ao condenado não reincidente que tenha cumprido 1/4 da pena e não tenha sofrido sanção disciplinar por falta grave, praticada nos últimos 12 meses do cumprimento da pena, apurada na forma do art. 59 e seguintes da Lei de Execuções Penais, contados retroativamente a partir da publicação do referido decreto.

3. Ordem concedida para assegurar ao paciente o direito à comutação da pena, nos termos do Decreto 6.294/07. (HC 140580 / SP, Min, Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJe 05/04/2010 (grifamos).

Ocorre que, conquanto a sentença concessiva ser de natureza meramente declaratória, haja vista que os direitos já foram enunciados no decreto concessivo, alguns magistrados, em verdadeira analogia *in malam partem*, vêm, de forma reiterada, estipulando outras circunstâncias para a não concessão deste direito subjetivo. Desta feita, repita-se, cabe ao Poder Judiciário apenas, analisar se preenchidos os requisitos legais e, se preenchidos, declarar a concessão do indulto ou da comutação.

Insta salientar pela crise da legalidade que se avulta em sede de execução criminal diante de interpretações que, evidentemente, prejudicam os sentenciados. *In casu*, decide-se em contrariedade ao próprio decreto, ora exigindo a realização de exame criminológico para a aferição de boa conduta, ora considerando a falta grave posterior ao período aquisitivo como circunstância impeditiva.

Dentre as mencionadas perspectivas que subtraem do sentenciado a fruição do indulto de penas, está aquela, ora tema desta tese, que considera maculado ou não preenchido o requisito subjetivo na hipótese em que o apenado teria, supostamente, incorrido em falta disciplinar grave, ante o fato de ter praticado crime doloso, nos moldes do que reza o artigo 52, caput, da Lei 7.210/84, senão vejamos:

"Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave (...)".

De fato, constata-se que é IMPOSSÍVEL que a prática de um determinado delito seja, também, considerada como falta disciplinar de natureza grave desta única execução, pelo simples fato de que esse ocorreu antes do início da execução da sua própria pena.

Nessa linha de raciocínio, acresça-se que a falta disciplinar tem por pressuposto basilar o cumprimento de uma execução penal, isto é, somente pode cometer falta grave o sentenciado que se encontrar cumprindo reprimenda penal. Nítida está a violação ao princípio do *non bis in idem* se tal entendimento se perpetuar, pois o sentenciado já fora apenado na fase de conhecimento e, novamente, em sede de execução penal, seria punido por não ser agraciado pelo indulto.

Nesse sentido, não destoam o entendimento sufragado pelo Tribunal Bandeirante Paulista, senão vejamos:

*"(...) verifica-se que, mesmo à época da r. decisão (30.06.2015), **ainda não havia sido dado início à execução das penas de nenhum dos dois delitos nela indicados, não havendo, portanto, que se falar em falta disciplinar de natureza grave pela prática de referidos delitos, ante a ausência de execução penal.*** Agravo de Execução Penal nº 0002556-42.2015.8.26.0521. (destacamos)

De igual forma já decidiu esta mesma Corte:

Desse modo, não há falar em cometimento de falta grave por esse sentenciado, certo que não se considera o crime que deu origem à única condenação e consequente execução da reprimenda.

Por sinal, constitui infração disciplinar grave a prática de fato – previsto como crime doloso - no curso de cumprimento de pena aplicada mediante processo anterior, nos termos do artigo 52 da Lei de Execução Penal. Agravo de Execução Penal nº 0003033-65.2015.8.26.0521.

Assim, seguindo a Teoria dos Freios e Contrapesos, o Poder Judiciário apenas analisará se foram preenchidos os requisitos legais (expressamente previstos na legislação infraconstitucional) e aqueles descritos no decreto presidencial (a quem constitucionalmente compete perdoar a pena de alguém).

Seguindo referida assertiva, é prescindível uma perscrutação mais acurada sobre a atuação do Poder Judiciário pátrio, em relação ao perdão concedido pelo Poder Executivo, para chegar-se a conclusão lógica de que a sentença judicial acerca do

indulto/comutação de pena é meramente declaratória, ou seja, se concessiva, é porque restaram presentes os requisitos expressamente previstos em lei e no decreto indulgente ou, do contrário, se denegatória, é porque um ou mais dos requisitos expressamente previstos não se encontram presentes naquele caso.

V – FUNDAMENTAÇÃO FÁTICA E IMPORTÂNCIA DA PROPOSTA.

A presente tese tem por escopo fornecer argumentos jurídicos concretos e aptos a invalidar situação de flagrante ilegalidade, na qual, ante uma interpretação que, evidentemente, prejudica o sentenciado e se faz uso de analogia in malam partem, não lhe é concedido o seu direito subjetivo ao indulto de penas.

Sob via reflexa, ainda, restam inquinados o princípio da legalidade, reitor do Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana e se contribui para a consolidação de um Direito Penal que se ocupa da obstinada perseguição, rotulação e segregação do indivíduo, prevalecendo, assim, o "Direito Penal do fato" sobre o "Direito Penal do autor".

Tal situação não deve ser admitida, mormente, porquanto dentre as notáveis atribuições desempenhadas pelo Defensor Público, em sede de execução penal, destaca-se a postulação pela concessão do indulto de penas (art. 81-B, alínea h, da LEP).

VI – SUGESTÃO DE OPERACIONALIZAÇÃO.

Em primeiro plano, deve ser postulado o indulto ao juízo da execução criminal e, posteriormente, caso se faça necessária, a proposição de habeas corpus e/ou interposição de agravo em execução penal ao Tribunal de Justiça de São Paulo.

EXCELENTÍSSIMO(A) SENHOR(A) JUIZ(A) DE DIREITO DAS EXECUÇÕES CRIMINAIS DEECRIM 10ª RAJ – SOROCABA

São prerrogativas dos membros da Defensoria Pública do Estado receber, inclusive quando necessário, mediante entrega dos autos com vista, intimação pessoal em qualquer processo e grau de jurisdição ou instância administrativa, contando-se-lhes em dobro todos os prazos (art. 128, I, LC80/94).

A **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**, vem respeitosa e perante Vossa Excelência, em favor de **JOÃO VITOR DE SOUZA**, já qualificado nos autos do processo de execução de nº em epígrafe, interpor **RECURSO DE AGRAVO EM EXECUÇÃO** e neste ato apresentar **razões do recurso**, em face da decisão de fls. 126, a qual indeferiu o pedido de benefício de indulto.

Caso Vossa Excelência não se utilize do **juízo de retratação**, requer seja dado regular processamento ao recurso, encaminhando-se os autos ao Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo.

Itapetininga, 06 de dezembro de 2016.

André Paulo F. F. de Menezes

2ª Defensoria Pública de Itapetininga

MINUTA DE AGRAVO EM EXECUÇÃO

Execução n.º 0005147-74.2015.8.26.0521

Agravante: JOÃO VITOR DE SOUZA

EGRÉGIO TRIBUNAL,

COLETA CÂMARA,

I – DOS FATOS

O MM. Juiz indeferiu pedido de Indulto, com base no **Decreto Executivo nº 8.615/15**, sob o argumento que o sentenciado " (...) *incorreu na prática de dois delitos no período de doze meses que antecede a publicação do Decreto em referência*".

Entretanto, esta decisão não deve prevalecer. Vejamos:

II – DO DIREITO

O agravante formulou pedido de Indulto com fulcro no **Decreto Executivo nº 8.615/15**, por ostentar todos os requisitos necessários para tanto, porém, tal pleito foi indeferido devido o sentenciado ter supostamente praticado falta disciplinar de natureza grave em **2015**.

Assim, o que se verifica, é que o magistrado indeferiu o pedido com base em interpretação que evidentemente prejudica o sentenciado, decidindo em contrariedade ao próprio decreto.

Nessa oportunidade, cumpre ressaltar que o sentenciado foi condenado a um **total de 02 anos de reclusão, com a fixação do regime inicial semiaberto, ex. vi, fls. 31-32, sendo que já cumpriu 1/3 da pena em 20/11/2015.**

De fato, ao contrário do exposto no r. decisum é IMPOSSÍVEL que a prática de um determinado delito seja também considerada como falta disciplinar de natureza grave da execução da pena desse mesmo delito, pelo simples fato de que este ocorreu antes do início da execução da sua própria pena.

Nesse sentido, não destoam o entendimento sufragado pelo Tribunal Bandeirante Paulista, senão vejamos:

" (...) *verifica-se que, mesmo à época da r. decisão (30.06.2015), ainda não havia sido dado início à execução das penas de nenhum dos dois delitos nela indicados, não havendo, portanto, que se falar em falta disciplinar de natureza grave pela prática de referidos delitos, ante a ausência de execução penal.* (grifei) Agravo de Execução Penal nº 0002556-42.2015.8.26.0521.

Excelências, o delito em apreço, qual seja, o furto qualificado, datado de 12/02/2015, trata-se de delito apontado por Sua Excelência como o mesmo que deu origem à execução sob foco. Desse modo, **não há falar em cometimento de falta grave por esse sentenciado, certo que não se considera o crime que deu origem à única condenação e consequente execução da reprimenda.**

Por sinal, constitui infração disciplinar grave a prática de fato – previsto como crime doloso - **no curso de cumprimento de pena** aplicada mediante processo anterior, nos termos do artigo 52 da Lei de Execução Penal.

Oportuno salientar que por se tratar de Direito Penal, que atinge diretamente o direito à liberdade do recorrente, a lei mais benéfica deve retroagir!

Decerto, O julgador não pode impor condições não exigidas em lei para conceder benefício a uma pessoa condenada, interpretando artigos de lei por analogia, quando estes são prejudiciais ao condenado

Neste contexto é bom que se afirme que:

Como bem se sabe, a concessão do indulto de penas é ato de soberania do Chefe de Governo, uma vez que o artigo 84, inciso XII, da Carta Magna é cristalino em determinar a atribuição privativa do Presidente da República em conceder o indulto e a comutação de penas, estando, limitado apenas pelas regras constitucionais pertinentes ao tema.

Dessa forma, o Executivo Federal tem a discricionariedade para eleger os requisitos necessários para perdoar total ou parcialmente as penas de uma generalidade de sentenciados, através de um ato normativo primário, devendo o Poder Judiciário apenas declarar presentes ou ausentes referidas exigências.

Assim, seguindo a Teoria dos Freios e Contrapesos, o Poder Judiciário apenas analisará se foram preenchidos os requisitos legais (expressamente previstos na legislação infraconstitucional) e aqueles descritos no decreto presidencial (a quem constitucionalmente compete perdoar a pena de alguém).

Seguindo referida assertiva, é prescindível uma perscrutação mais acurada sobre a atuação do Poder Judiciário pátrio, em relação ao perdão concedido pelo Poder Executivo, para chegar-se a conclusão lógica de que a sentença judicial acerca do indulto/comutação de pena é meramente declaratória, ou seja, se concessiva, é porque restaram presentes os requisitos expressamente previstos em lei e no decreto indulgente ou, do contrário, se denegatória, é porque um ou mais dos requisitos expressamente previstos não se encontram presentes naquele caso.

Nestes termos, reafirma-se que O SENTENCIADO CUMPRIU TODOS REQUISITOS TRAZIDOS PELO DECRETO, não podendo o benefício ser indeferido com base em uma exigência que não consta do decreto indulgente, sob pena de ferir os princípios da legalidade e da separação de poderes.

Assim sendo, forçoso reconhecer o direito do agravante no perdão de sua pena.

III - DO PEDIDO

Ante o exposto, requer o **PROVIMENTO** do presente recurso de **AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL**, indultando, em consequência, a pena do agravante.

Itapetininga, 06 de dezembro de 2016.

André Paulo F. F. de Menezes

2ª Defensoria Pública de Itapetininga

VII – Conclusão.

Requer o subscritor a inscrição e o recebimento da proposta apresentada, para que seja avaliada pela carreira no Pré-Encontro Estadual dos Defensores Públicos da Execução Penal/2018.

Itapetininga, 18 de abril de 2018.

ANDRÉ PAULO FRANCISCO FASOLINO DE MENEZES

2ª Defensoria Pública de Itapetininga