

TESE INSTITUCIONAL 15

Súmula: É inconstitucional o art. 1 do Decreto 8.940/16 que veda a concessão de indulto aos condenados à pena privativa de liberdade substituída por pena restritiva de direitos ou multa. (I Encontro Estadual – 2017)

Proponente: Dra. Mariana Martins Nunes

Assunto: Decreto nº 8.940/16. Penas Restritivas de Direito

Fundamentação jurídica:

O indulto insere-se no poder discricionário do Presidente da República, conforme previsão do art. 84, XII da Constituição Federal¹, constituindo instrumento de política criminal colocado à disposição do Estado para a reinserção e ressocialização dos condenados que a ele façam jus. Trata-se de instituto com previsão constitucional que gera direito público, subjetivo, líquido e certo ao apenado de ter extinta a sua punibilidade, conforme disposto no artigo 107, II do Código Penal².

Cabe, então, ao Presidente da República, por meio de ato normativo, elencar os requisitos subjetivos e objetivos que devem ser preenchidos pelo sentenciado para que faça jus ao referido direito.

Não obstante, em que pese o exercício desta atribuição vincular-se ao juízo político de conveniência e oportunidade do chefe do Poder Executivo, isso não impede a possibilidade de controle de constitucionalidade de atos concessivos de indultos, uma vez que estes devem, necessariamente, respeitar os princípios e limites previstos na própria Constituição³. Neste sentido, verifica-se que:

[...] vige em sua plenitude a ideia de que o indulto e a comutação da pena configuram típico ato de governo, que se caracteriza pela discricionariedade. Apesar disto, é necessário observar que este ato está sujeito ao controle de constitucionalidade, pois “enquanto a Constituição é o fundamento de validade (superior) do ordenamento e consubstanciadora da própria atividade político-estatal, a jurisdição constitucional para a ser a condição de possibilidade do Estado Democrático de Direito”.⁴ Com isto, o exercício destes atos deverão adequar-se aos princípios constitucionais, cabendo ao Chefe do Poder Executivo Federal a observância, dentre outros, do princípio da razoabilidade, como um modo de temperar o poder discricionário de clemência concedido pelo texto constitucional.⁴

¹ Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

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

² STJ. HC 2.380-3/RJ

³ Petição inicial da ADI 5343 – disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=5343&processo=5343>

⁴ Engelmann, Wilson. Comentário ao art. 84, XII. In: Canotilho, J. J. Gomes; Mendes, Gilmar F.; Sarlet, Ingo W.; Streck, Lenio L. (coords.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 1.254

Com efeito, conforme assevera Salo de Carvalho, com o advento da Lei de Execução Penal em 1984, e após sua recepção pela Constituição de 1988, firmou-se o entendimento acerca da judicialização da execução da pena, de modo que todos os seus incidentes não devem mais ser encarados como “favores” ou “benefícios” concedidos pelo Estado, mas como direitos que devem ser postulados em face do “Estado Punitivo”⁵.

Feitas tais considerações, verifica-se que o disposto no artigo 1º do Decreto 8.940/2016 viola frontalmente a Constituição Federal, sendo necessária a realização de controle difuso de sua constitucionalidade, conforme se passa a demonstrar.

Com efeito, o Decreto 8.940/2016 estabelece no art. 1º que:

O indulto será concedido às pessoas nacionais e estrangeiras condenadas a pena privativa de liberdade, não substituída por restritivas de direitos ou por multa, que tenham, até 25 de dezembro de 2016, cumprido as condições previstas neste Decreto.

Inicialmente, vislumbra-se que ao impedir a concessão de indulto às pessoas condenadas a pena privativa de liberdade substituída por pena restritiva de direito, referido dispositivo nega o direito ao indulto a todo àquele condenado que preencha os requisitos do art. 44 do Código Penal.⁶

Neste ponto, cumpre consignar que as penas restritivas de direito, que foram introduzidas na reforma da Parte Geral do Código Penal, através da Lei 7.209/84, e ampliadas com o advento da Lei 9.714/98, possuem como finalidade a “*busca de sanções outras para delinquentes sem periculosidade ou crimes menos graves*”, conforme consta da exposição de motivos da Parte Geral do Código Penal.

Dessa forma, os condenados à pena restritiva de direito são aqueles pequenos e médios infratores, condenados a pena não superior a 04 anos, por crimes não violentos, que não sejam reincidentes e que possuam todas as circunstâncias judiciais favoráveis, a teor do que dispõe o art. 44 do Código Penal.

Neste passo, o art. 1º do Decreto 8.940/2016, ao vedar à concessão de indulto aos sentenciados que cumpram pena restritiva de direito, viola flagrantemente o princípio da individualização das penas, estampado no art. 5º, XLVI da Constituição

⁵ Carvalho, Salo. O indulto e as penas restritivas de direito. In Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.12, n.142, p. 2-3, set. 2004.

⁶ Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos;

II – o réu não for reincidente em crime doloso;

III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

Federal , merecendo, portanto, uma interpretação principiológica, sob pena de incorrer em patente inconstitucionalidade.

Conforme já consignado, o indulto insere-se no poder discricionário de clemência do Presidente da República, constituindo instrumento de política criminal colocado à disposição do Estado para a reinserção e ressocialização dos condenados que a ele façam jus.

A individualização da pena, por seu turno, é a concretização da isonomia, visto que implica tratamento diferenciado a situações e pessoas diferentes, na medida das respectivas diferenças. Esta deve ocorrer em três etapas, quais sejam: (i) na elaboração legislativa; (ii) na aplicação da pena no caso concreto; e (iii) na execução das penas⁷.

Em relação à individualização da pena especificamente na fase executória, que aqui nos interessa, verifica-se que esta se dá por meio do sistema progressivo, do livramento condicional, da remição de pena e da concessão de comutação e indulto.

Isto posto, verifica-se que a vedação à concessão de indulto aos condenados à pena restritiva de direito viola o princípio da individualização da pena na medida em que, de maneira inexplicável, os colocava em situação de exclusão e de injustiça frente aos condenados por crimes mais graves e sujeitos a penas mais altas, desde que atendidas as condições impostas no decreto de indulto⁸.

A esse respeito, são as lições de Salo de Carvalho:

Em sendo assim, injustificável possibilitar a extinção da punibilidade a um cidadão cuja pena é de prisão, que expressa o alto grau de reprovabilidade de sua conduta, e negar o mesmo direito a quem sofreu condenação a uma pena menor, isto é, a um sujeito ao qual a valoração do seu ato foi atenuada, indicando culpabilidade mínima.

[...]

Notório, assim, a violação ao princípio da proporcionalidade, bem como da isonomia, devendo ser este abuso do Executivo corrigido pelo Poder Judiciário através do controle, no caso difuso, de constitucionalidade. E isto não significa, em absoluto, invasão de esfera exclusiva da Presidência da República. O raciocínio inverso seria correto, ou seja, se o Judiciário limitasse direitos conferidos pelo Chefe do Executivo, estaria indo além de suas atribuições; mas é obrigação da Magistratura garantir aplicação isonômica e proporcional quando o Executivo descumpre o sistema de princípios e garantias constitucionais⁹.

Ainda, cumpre consignar que Decreto 8.940/2016 não apenas coloca os pequenos e médios infratores em situação de desvantagem em relação àqueles que

⁷ Junqueira, Gustavo. Direito Penal. 11 ed.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

⁸ Disponível em <https://jus.com.br/artigos/17186/indulto-e-pena-restritiva-de-direitos-interpretacao-da-norma-a-luz-da-politica-criminal> (acesso em 09/02/2017).

⁹ Carvalho, Salo. O indulto e as penas restritivas de direito. In Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.12, n.142, p. 2-3, set. 2004.

cometeram crimes mais graves e que, portanto, não fazem jus à substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, como ainda coloca-os em situação idêntica aos condenados por crimes hediondos ou equiparados a hediondos, na medida, em que somente nestes casos – ou seja, condenados à pena restritiva de direitos ou por crime hediondo ou equiparado – é que, independentemente da satisfação dos critérios objetivos e subjetivos, é veda a concessão de indulto, conforme redação do art.1º e 2º do Decreto 8.940/2016.¹⁰

Pelo exposto, conclui-se que os condenados à pena privativa de liberdade substituída por restritiva de direito têm o direito público subjetivo ao indulto, em decorrência da interpretação sistemáticas das regras e princípios do Direito Constitucional Penal, sobretudo o da individualização da pena e da proporcionalidade.

Não se pode deixar de consignar, também, que a vedação à concessão de indulto exposta no Decreto 8.940/2016 constitui flagrante afronta ao princípio da vedação ao retrocesso, o qual, segundo conceitua Canotilho, constitui a impossibilidade de supressão de qualquer medida tendente a revogar direito já regulamentado. No caso em comento, verifica-se que o Decreto 8.940/2016, ao vedar a possibilidade de concessão de indulto àqueles que cumpram pena restritiva de direito, suprime do ordenamento jurídico importante direito individual, com reflexos nefastos na política criminal.

Neste ponto, observa-se que a possibilidade de concessão de indulto aos que cumprem penas restritivas de direitos vinha sendo expressamente garantida desde 2009¹¹, ou seja, há 08 anos consecutivos. Ressalta-se, ainda, que desde a instituição das penas restritivas de direitos, em 1984, há menção expressa a essa possibilidade em outros três Decretos de indulto¹², além de inúmeros outros Decretos que, embora não trouxessem dispositivos específicos para as penas restritivas de direitos, possibilitavam a sua concessão através da existência de cláusulas genéricas¹³.

¹⁰ Art. 2º As hipóteses de indulto concedidas por este Decreto não abrangem as penas impostas por crimes:

I - de tortura ou terrorismo;

II - tipificados no caput e no § 1º do art. 33, bem como nos arts. 34, 36 e 37 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, salvo a hipótese prevista no art. 4º deste Decreto;

III - considerados hediondos ou a estes equiparados praticados após a publicação da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, observadas as suas alterações posteriores;

IV - previstos no Código Penal Militar e correspondentes aos mencionados neste artigo; ou

V - tipificados nos arts. 240 e parágrafos, 241 e 241-A e § 1º, da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.

¹¹ Há referência expressa à possibilidade de concessão de indulto às penas restritivas de Direito no Decreto nº 8.615/2015, art. 1º, XIV e XV; Decreto nº 8.380/2014, art. 1º, XIII e XIV; Decreto nº 8.172/2013, art. 1º, XIII e XIV; Decreto nº 7.873/2012, art. 1º, XIII e XI; Decreto nº 7.648/2011, art. 1º, XII e XIII; Decreto nº 7.420/2010, art. 1º, XI; Decreto nº 7.046/2009, art. 1º, IX.

¹² Decreto nº 4.495/2002, art. 1º, VI; Decreto nº 4.011/2001, art. 1º, V; Decreto nº 3.226/1999, art. 1º, VII.

¹³ Decreto nº 4.904/2003; Decreto nº 3.667/2000; Decreto nº 2.838/1998; Decreto nº 2.365/1997; Decreto nº 953/1993; e Decreto nº 90.570/1984.

Por todo o exposto, verifica-se que negar o direito ao indulto aos sentenciados que cumpram pena restritiva de direitos além de inconstitucional e desproporcional, é ilógico. Deve ser feita, portanto, uma leitura principiológica do Decreto 8.940/2016, corrigindo-se, dessa forma, as incongruências apontadas e permitindo que seja dado integral cumprimento ao objetivo visado pelo instituto jurídico da indulgência soberana.

Fundamentação fática:

A presente tese foi resultado da necessidade de oferecer resposta satisfativa aos cerca de 150 usuários¹⁴ que buscaram atendimento junto ao Núcleo Criminal de Curitiba nos meses de janeiro, fevereiro e março de 2017, requerendo que fosse concedido o direito ao indulto. Cumpre consignar que o trabalho desenvolvido pela 1ª Vara de Execução de Penas e Medidas Alternativas de Curitiba juntamente à Defensoria Pública, sobretudo durante as audiências admonitórias, busca não apenas a conscientização do sentenciado a respeito dos efeitos da pena e das consequências do seu descumprimento, mas, sobretudo, a respeito dos seus direitos ao longo da execução penal, sendo constantemente orientados de que o cumprimento de parcela da pena conjuntamente à ausência de falta grave geraria o direito ao indulto.

Diante desse trabalho de educação em direitos, observou-se que muitos dos sentenciados esforçaram-se em cumprir ao longo do ano de 2016 a quantidade máxima da pena restritiva de direitos possível para que fizessem jus ao direito de indulto referente àquele ano.

Assim, logo no início do mês de janeiro, diversos sentenciados procuraram a Defensoria Pública para pleitear que fosse instaurado incidente para a concessão do indulto. Ocorre que, diante da redação do Decreto 8.940/2016, as Defensoras Públicas com atribuição para atuar perante a 1ª Vara de Execução de Penas e Medidas Alternativas de Curitiba reuniram-se com os usuários que reivindicavam o direito que tinham como certo, para informá-los a respeito das restrições impostas pelo referido decreto, ocasião em que se comprometeram a buscar uma solução jurídica para o caso.

Diante da questão posta e da demanda crescente pela concessão de indulto pelos sentenciados que cumpriam pena restritiva de direitos, é que se buscou desenvolver a tese sobre a inconstitucionalidade do art. 1º do Decreto 8.940/2016, possibilitando, então, a concessão do direito aos sentenciados que preenchessem os requisitos objetivos previstos no artigo 3º, e subjetivos previstos no art. 9º, ambos do referido Decreto.¹⁵

¹⁴ Planilha de atendimentos disponível para conferência nos arquivos da Secretaria do Núcleo Criminal de Curitiba.

¹⁵ Art. 3º Nos crimes praticados sem grave ameaça ou violência à pessoa, o indulto será concedido quando a pena privativa de liberdade não for superior a doze anos, desde que, tenha sido cumprido:

Até o momento, foram instaurados 83 incidentes de indulto a sentenciados que cumprem pena restritiva de direitos por esta proponente¹⁶, sendo que, até o momento, estes têm sido concedidos com o afastamento expresso da vedação prevista no art. 1º do Decreto 8.940/2016.

Sugestão de operacionalização:

Os Defensores Públicos poderão utilizar a tese para requerer a concessão de indulto aos sentenciados que cumpram pena restritiva de direitos, requerendo assim a realização de controle difuso da constitucionalidade do Decreto 8.940/2016 em sede de incidente da execução.

Outrossim, seria possível o ajuizamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade pela Associação Nacional dos Defensores Públicos - ANADEP, com fundamento nos arts. 102, I, a e p, 103, IX, e na Lei 9.868, 10 de novembro de 1999, em face do art. 1º do Decreto 8.940/2016, utilizando-se dos fundamentos dessa tese. A esse respeito, verifica-se que conforme o art. 102, I, “a”, da Constituição Federal, é possível a propositura de ação direta de inconstitucionalidade em face de lei ou ato normativo federal ou estadual. Com efeito, o Decreto 8.940/2016 constitui ato normativo primário, uma vez que contém os requisitos essenciais de autonomia jurídica, abstração, generalidade e impessoalidade, e disciplina diretamente a Constituição, retirando o seu fundamento de validade do art. 84, XII, da Constituição da República.¹⁷ Assim, além do controle difuso de constitucionalidade, no presente caso seria plenamente cabível a realização de controle concentrado de constitucionalidade.

I - um quarto da pena, se não reincidentes, ou um terço, se reincidentes; ou

II - um sexto da pena, se não reincidentes, ou um quarto, se reincidentes, nas hipóteses do § 1º, do art. 1º.

[...]

Art. 9º A declaração do indulto prevista neste Decreto fica condicionada à ausência da prática de infração disciplinar de natureza grave, nos doze meses anteriores à publicação deste Decreto.

¹⁶ Relatório encaminhado à Corregedoria.

¹⁷ Petição inicial da ADI 5343 – disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=5343&processo=5343> acessado em 04 de abril de 2017.