



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE GOIÁS
COMARCA DE GOIÂNIA
Vara de Execução de Penas e Medidas Alternativas

Rua 72, qd. C-15 c/ qd. C-19 , , BAIRRO JARDIM GOIAS, GOIÂNIA - Fone: 30188167

Ação: Execução da Pena (Lei 7210 - LEP)
Processo nº: 0306567.54.2013.8.09.0175
Nome: JANIO SILVA JUNIOR

DECISÃO

Indulto. Pena Restritiva de Direito. *Sursis* Penal e Multa. Desvio de finalidade do instituto. Desencarceramento. Desproporcionalidade. Paralisa a eficácia de restrições irrazoáveis a direitos fundamentais, uma dimensão de *vedação à proteção insuficiente*. Inconstitucionalidade. *Ratio decidendi*. Indulto indevido.

A **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE GOIÁS** requer a **concessão do indulto** e respectiva **extinção da punibilidade** em favor do apenado **JANIO SILVA JUNIOR**, condenado a pena privativa de liberdade de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, **substituída por duas restritivas de direito**, consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária, em razão da prática do crime previsto no art. 33º, §4º da Lei Federal nº 11.343/06, alegando preencher todos os requisitos do art. 1º, XIII do Decreto Presidencial nº 7.873, de 26.12.2012.

Instado a se manifestar o **MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL** pugnou **favorável**, alegando o cumprimento do percentual exigido pelo decreto presidencial.

É o relatório. **DECIDO**.

Dispõe o **Decreto Presidencial nº 7.873/2012**, *in verbis*:

[...]

Art. 1º É concedido o indulto coletivo às pessoas, nacionais e estrangeiras:

XII - condenadas a pena privativa de liberdade, desde que substituída por pena restritiva de direitos, na forma do art. 44 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, ou ainda beneficiadas com a suspensão condicional da pena, que, de qualquer forma, tenham cumprido, até 25 de dezembro de 2012, um quarto da pena, se não reincidentes, ou um terço, se reincidentes;

Valor: R\$ 0,00 | Classificador: Vista à DPE
Execução da Pena (Lei 7210 - LEP)
GOIÂNIA - VARA DE EXECUÇÃO DE PENAS E MEDIDAS ALTERNATIVAS
Usuário: Danyllo Luiz Guimaraes - Data: 29/05/2019 11:14:47

XIII - condenadas a pena privativa de liberdade sob o regime aberto ou substituída por pena restritiva de direitos, na forma do art. 44 do Código Penal, ou ainda beneficiadas com a suspensão condicional da pena, que tenham cumprido, presas provisoriamente, até 25 de dezembro de 2012, um sexto da pena, se não reincidentes, ou um quinto, se reincidentes;

[...]

Art. 2º As pessoas condenadas à pena privativa de liberdade, não beneficiadas com a suspensão condicional da pena, ainda que substituída por pena restritiva de direitos, na forma do art. 44 do Código Penal, que, até 25 de dezembro de 2012, tenham cumprido um quarto da pena, se não reincidentes, ou um terço, se reincidentes, e não preencham os requisitos deste Decreto para receber indulto, terão comutada a pena remanescente de um quarto, se não reincidentes, e de um quinto, se reincidentes, aferida em 25 de dezembro de 2012.

§ 1º O cálculo será feito sobre o período de pena já cumprido até 25 de dezembro de 2012, se o período de pena já cumprido, descontadas as comutações anteriores, for superior ao remanescente.

§ 2º A pessoa que teve a pena anteriormente comutada terá a nova comutação calculada sobre o remanescente da pena ou sobre o período de pena já cumprido, nos termos do **caput** e § 1º, sem necessidade de novo requisito temporal e sem prejuízo da remição prevista no art. 126 da Lei de Execução Penal.

[...]

Art. 6º O indulto ou a comutação da pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos alcança a pena de multa aplicada cumulativamente.

Parágrafo único. A inadimplência da pena de multa cumulada com pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos não impede a declaração do indulto ou da comutação de penas.

[...]

Art. 12. Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 26 de dezembro de 2012; 191ª da Independência e 124ª da República.

DILMA ROUSSEFF
José Eduardo Cardozo

Este texto não substitui o publicado no DOU de 26.12.2012 - Edição extra

[...]

O sistema de concepção e aplicação das sanções penais estrutura-se, no Brasil, em três fases: (i) *legislativa*, em que são eleitas as condutas que merecerão tutela do direito penal e previstas abstratamente as respectivas sanções; (ii) *judicial*, em que o Estado-juiz fixa concretamente, observando os patamares máximo e mínimo impostos pelo legislador, a sanção descrita no tipo incriminador; e (iii) *executória*, em que a pena estabelecida é efetivamente aplicada ao condenado.

No judiciário, as penas previstas são moderadas, como a privação de liberdade temporalmente limitada, a multa, restrição de direitos (CF, art. 5º, XLVI).

Uma vez fixada concretamente a pena, após a condenação do acusado em processo submetido à observância das garantias fundamentais, inicia-se a fase executória. Caso se trate de decisão condenatória a pena privativa de liberdade, a execução penal será realizada no sistema penitenciário. Em se tratando de penas

restritivas de direito ou *sursis* penal, não há se falar em encarceramento, porquanto constituem medidas alternativas à prisão.

Concretizando o princípio constitucional da individualização da pena (CF, art. 5º, XLVI), a legislação previu um sistema progressivo de cumprimento da pena privativa de liberdade (art. 33, § 2º, do Código Penal e art. 112 da Lei de Execução Penal).

Nesse sentido, cito:

[...] O STF já teve a oportunidade de reconhecer a constitucionalidade do regime progressivo, dada sua vinculação com a garantia da individualização da pena, declarando a inconstitucionalidade da imposição legal do cumprimento da pena em regime integralmente fechado [...] - (HC 82959, Rel. Min.

Marco Aurélio, j. 23.02.2006).

De acordo com esse mecanismo, as penas devem ser executadas de forma escalonada, partindo de um regime rigoroso, passando por estatutos mais suaves, até a concessão da liberdade, de modo a promover a ressocialização paulatina do condenado.

O Código Penal (art. 33) e a Lei de Execução Penal (art. 110 e ss.) disciplinam três regimes diversos de cumprimento de penas privativas de liberdade: o *fechado*, o *semiaberto* e o *aberto*. Para cada um desses regimes, a legislação definiu estabelecimentos penais próprios, sabido que “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado” (inciso XLVIII do art. 5º da Constituição).

Em atenção ao objetivo de ressocialização do condenado, além da progressão de regime, a legislação prevê uma série de benefícios – como a remição de pena por trabalho ou estudo, as autorizações de saída e o livramento condicional – a serem concedidos de acordo com fatores como a gravidade do crime cometido, o histórico criminal do apenado e, especialmente, seu comportamento carcerário.

Dada a adoção desse sistema, condenados primários e com bom comportamento podem, de modo geral, progredir de um regime mais rigoroso para outro menos severo após o cumprimento de um sexto da pena.

O INDULTO

Origem, natureza e evolução do indulto. O direito comparado.

O indulto consiste essencialmente no perdão da pena. Suas origens remontam às primeiras organizações jurídicas e à ideia de que cabe ao líder de uma sociedade – o imperador, príncipe, sacerdote ou, em tempos modernos, o Presidente da República – cuidar de seu povo.

Na história da Igreja Católica, registro de indulgência se encontra na passagem em que Pôncio Pilatos, respaldado pela multidão, perdoa Barrabás, mas, ao mesmo tempo, condena Jesus Cristo. Até mesmo no período da Inquisição canônico–medieval, em que os tipos mais cruéis de tortura eram admitidos, réus já sentenciados podiam gozar de indulto, que os dispensava total ou parcialmente de sua pena [João Bernardino Gonzaga, **A inquisição em seu mundo**. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 12].

No percurso histórico mais remoto, portanto, o indulto representava um ato de bondade e clemência do soberano, a quem era conferida a prerrogativa de perdoar penas como forma de aliviar os excessos do direito penal e demonstrar cuidado com seu povo. Trata-se de uma das formas mais antigas de se obter a liberdade.

Sob diferentes justificativas, o poder do chefe de Estado de abdicar do poder punitivo estatal sobreviveu aos séculos e até hoje se encontra previsto na maior parte das constituições das democracias



desenvolvidas do mundo. Mas não de forma ilimitada. Não com efeitos gerais. Também não mais baseado no poder absoluto do monarca, nem em inspiração divina.

A *ratio* continua a ser a de uma atitude de clemência, mas a ser utilizada em casos específicos e individuais, dentro da moldura constitucional da separação dos Poderes. Especialmente quando se tem em conta que, no Estado de Direito, as penas previstas são razoáveis e somente podem ser impostas mediante observância do devido processo legal.

A propósito, permita-me a expor trecho do voto do Min. ROBERTO BARROSO na ADI 5874/DF, Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

[...] Em países como Alemanha, Estados Unidos, Inglaterra, Portugal, Espanha, Itália e França, o chefe de Estado somente detém competência para conceder o perdão em caráter individual. [...] O indulto coletivo é reservado à deliberação dos parlamentos, o que garante maior controle da legitimidade democrática na extinção da punibilidade com efeitos genéricos. É interessante observar que alguns desses países passaram por reformas constitucionais justamente para transferir ao Parlamento, com exclusividade, a competência para a concessão de indultos coletivos. Na Itália, a alteração ocorreu com a edição da *Legge Costituzionale* 6, de 1992. Na França, a mudança veio em 2007, sob a justificativa de que “a tradição de conceder tais graças não pode significar um mecanismo de regulamentação da política carcerária”. [Relatório elaborado pelo Comitê de reflexão e proposição sobre a modernização e reequilíbrio das instituições da 5ª República. (*Rapport du Comité deréflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Ve République*. JORF n°252 du 30 octobre 2007, p. 17699, texte n° 1). [...] (ADI 5874, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 16/11/2018, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-247 DIVULG 20/11/2018 PUBLIC 21/11/2018)

O estudo do instituto na história e no direito comparado, portanto, revela que o indulto foi originalmente concebido como um ato de clemência do soberano, fazendo-se desaparecer, ao longo do tempo, nos países democráticos mais avançados.

O indulto no direito Brasileiro:

No direito Brasileiro, a indulgência soberana, em sentido amplo, designa a renúncia do Estado ao direito de punir, que pode se manifestar de três formas: anistia, graça ou **indulto**. A *anistia* consiste em ato legislativo, de competência do Congresso Nacional, que exclui, com efeitos retroativos, a punibilidade de fatos criminosos, extinguindo todos os efeitos da condenação. A *graça* e o **indulto**, por sua vez, são atos de natureza administrativa de competência do Presidente da República, que podem tanto perdoar quanto comutar penas.

A diferença entre eles é que a graça possui caráter individual e o indulto, caráter geral. Em ambos, o perdão atinge a execução da pena, mas mantém intactos os demais efeitos da condenação, para fins de antecedentes, reincidência ou de reparação civil. Além disso, o indulto pode ser total, caso em que equivale ao perdão da pena, ou parcial, também chamado de comutação, hipótese em que a pena é diminuída ou substituída por outra mais branda.

O indulto foi previsto em todas as constituições do país, desde o Império [Constituição de 1824, art. 101, VIII e IX; Constituição de 1891, art. 48, §6º; Constituição de 1934, art. 56, §3º; Constituição de 1937, art. 74, 'n', na redação dada pela Lei Constitucional 9/1945; Constituição de 1946, art. 87, XIX; Constituição de 1967, art. 83, XX; Emenda Constitucional nº 1/1969, art. 81, XXII].

Na Constituição de 1988, o art. 84, XII, prevê a competência do Presidente da República para “conceder indulto e comutar penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei”. Na legislação infraconstitucional, o art. 107, II, do Código Penal prevê o indulto como causa de extinção da punibilidade. Desde 1988, todos os anos foram expedidos decretos de concessão do benefício. Como a sua publicação



costuma ocorrer em data próxima ao Natal, convencionou-se a referência ao *indulto natalino*. Terminologia essa inserida pelo costume nos corredores forenses (*direito consuetudinário*).

A análise dos decretos de indulto natalino revela uma tendência de abrandamento nos requisitos para a concessão do perdão presidencial, sendo certo que esse progressivo alargamento do indulto ao longo dos anos foi tradicionalmente associado à necessidade de enfrentamento do problema do hiperencarceramento no país. O indulto tem sido considerado, no Brasil, não apenas um ato de clemência do chefe do Poder Executivo, mas também um instrumento da política criminal brasileira.

No julgamento da ADI nº 2.795-MC, inclusive, o Min. Maurício Corrêa definiu o indulto como “*instrumento de política criminal colocado à disposição do Estado para a reinserção e ressocialização dos condenados que a ele façam jus, segundo a conveniência e oportunidade das autoridades competentes*”.

Assim, no direito brasileiro, diferentemente de outros países, o indulto coletivo não foi extinto. Pelo contrário: o uso desse instituto foi ampliado ao longo do tempo, sob a justificativa de compor a política criminal e penitenciária.

Deveres de Proteção e Mandamento da Proporcionalidade:

Para assegurar que a atuação estatal na garantia de valores constitucionais se dê em justa medida, o mandamento da proporcionalidade comporta, além de uma vertente de proibição do excesso, que paralisa a eficácia de restrições irrazoáveis a direitos fundamentais, uma dimensão de vedação à proteção insuficiente.

De acordo com essa ideia, as normas jurídicas que deixem de estabelecer patamares adequados de proteção a valores resguardados pela Constituição são inválidas. Em tais casos, o poder público descumpra o dever de adotar as ações necessárias à defesa de valores de estatura constitucional, justificando-se, portanto, a atuação corretiva do Judiciário.

Assim, uma política criminal excessivamente leniente é incapaz de proteger bens jurídicos constitucionais de grande relevância, como a vida, a integridade física das pessoas, o patrimônio e a probidade administrativa. Por essa razão, um decreto do Presidente da República que veicular política pública capaz de frustrar a efetividade mínima do sistema penal será inexoravelmente contrário à Constituição, por violar o princípio da proporcionalidade, em sua dimensão de vedação à proteção insuficiente.

Da inconstitucionalidade da concessão de indulto para condenados que cuprem pena restritiva de direito, multa ou beneficiados pelo *sursis* penal:

Se o indulto foi elaborado para desencarcerar os estabelecimentos penais, **não é lógico** que **esse benefício alcance apenas já beneficiados** – por política criminal – com medidas alternativas à prisão, a exemplo das penas restritivas de direitos e *sursis* penal.

No que se refere à pena restritiva de direitos, e multa, o perdão da pena não se justifica à luz das finalidades próprias do instituto do indulto. *A uma*, porque a reinserção social já foi satisfatoriamente estimulada por outros meios, menos gravosos do que a prisão. *A duas*, porque o indulto não se justifica como medida alternativa, já que o sujeito não se encontra encarcerado, sob pena de instituir uma “*alternativa a alternativa a prisão, ou seja, uma alternativa binária ou múltipla*”. Não há, aqui, efeitos benéficos de caráter humanitário – pois o indultado não sofre as agruras do cárcere – nem econômico-social – porquanto a medida não reduz a superlotação dos presídios.

O único efeito prático é a liberação de todos os efeitos da condenação, sem que, em contrapartida, se observem ganhos normalmente atribuídos ao indulto. Refiro-me, particularmente, ao atendimento das funções da pena.

Penas restritivas de direitos, como a prestação de serviços à comunidade ou o pagamento de



prestações pecuniárias destinadas a projetos de interesse social, a um só tempo (i) reparam danos causados pelo delito; (ii) reabilitam o apenado, ao inculcar-lhe maior senso de responsabilidade; (iii) e contribuem, assim, para que o apenado não reincida na atividade criminosa. O indulto de tais sanções, além de eliminar todos esses efeitos, transforma-as em verdadeiros embustes, transmitindo à sociedade um sentimento de desproteção e desestimulando a obediência da lei.

Ademais, a pena de multa possui como destino o Fundo Penitenciário, isto é, para a própria estrutura do cárcere. Logo, a concessão de indulto para a multa aborta sua própria existência.

É aqui o guarda-chuva que (des)ampara a (des)proporcionalidade que irradia a vedação à proteção insuficiente pelo Estado, o qual conduz, exclusivamente, o suporte do *jus puniend*.

Ainda menos justificável é a concessão do indulto nos casos de sursis penal, em que sequer existe o cumprimento da pena para ser perdoada.

Segundo BASILEU GARCIA, “*sursis* – substantivo masculino – significa suspensão. É correlato ao verbo *surseoir* – suspender. Sendo de inspiração belgo-francesa o sistema da legislação brasileira, a própria palavra *sursis* integrou-se aos hábitos forenses, com pronúncia já um tanto nacionalizada”. Cuida-se, portanto, de se “evitar a execução da pena, se a natureza do fato criminoso e as qualidades pessoais do agente o permitirem” (*Instituições de direito penal*. Vol. I. Tomo II. 4ª Ed. São Paulo: Max Limonad, 1972, pp. 536-538).

Sursis, portanto, significa suspensão da execução da pena, impedindo-se que ela se inicie (art. 77 do Código Penal e art. 84 do Código Penal Militar).

Tanto o *sursis* não traduz cumprimento da sanção que, revogado o benefício, a pena privativa de liberdade imposta deverá ser integralmente cumprida, sem que haja detração do período de prova eventualmente já decorrido até a data da revogação.

Caso o período de prova efetivamente significasse tempo de cumprimento de pena, forçosamente nele deveria ser computado, pelo instituto da detração, o período de prisão provisória do condenado.

Isso, todavia, segundo FERNANDO CAPEZ, não é possível, uma vez que

“[o] o *sursis* é um instituto que tem por finalidade impedir o cumprimento da pena privativa de liberdade. Assim, impossível a diminuição de uma pena que nem sequer está sendo cumprida, por se encontrar suspensa” (*Curso de direito penal. Parte geral*. Vol. 1. 18ª ed. São Paulo : Saraiva, 2014, p. 515, grifo nosso).

Nesse sentido, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal já pacificou o entendimento de que o período de prova do *sursis* não pode ser computado como efetivo cumprimento de pena (HC nº 117.855/SP, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe de 19/11/13). E ainda: (HC nº 117.855/SP, Primeira Turma, Relator o Ministro **Luiz Fux**, DJe de 19/11/13); (HC nº 123.425/PE, Relatora a Ministra **Rosa Weber**, DJe de 7/11/4).

Na Segunda Turma, perfilha desse entendimento, também esposado pela Ministra **Cármem Lúcia**, Relatora do HC nº 123.698/PE.

Sepultando em definitivo a controvérsia, a Segunda Turma, em sessão de 17/11/15, assentou a impossibilidade de se considerar o período de prova do *sursis* como tempo de cumprimento de pena (HC nº 129.209/PE; HC nº 123.698/PE, Relatora a Ministra **Cármem Lúcia**; HC nº 123.828/RJ, Relator o Ministro **Teori Zavascki** e Redator para o acórdão o Ministro **Dias Toffoli**; HC nº 123.973/RJ, Relator o Ministro **Teori Zavascki** e Redator para o acórdão o Ministro **Dias Toffoli**; e RHC nº 128.514/BA-AgR, Relator o Ministro **Celso de Mello**), reafirmando julgados anteriores (HC nº 128.613/AM, DJe de 3/8/15; e RHC nº 128.514/BA-MC, DJe de 18/6/15, ambos da relatoria do Ministro **Celso de Mello**).

Da superação de precedentes:

Não desconheço a concessão do benefício de indulto - em ocasiões pretéritas - autorizada por este Juízo em favor dos apenados de penas alternativas, havendo uma mudança de entendimento paulatinamente, o que, a toda evidência, ocorrera em razão das mudanças legislativas, doutrinárias e jurisprudencial, apegando-se, ainda, a casuísticas em que a regra de experiência demonstrava a inefetividade do instituto quanto a "prevenção" e "repressão" do crime na individualização da pena no curso da execução da pena.

Desta feita, houve o **overruling** (superação) dos precedentes deste Juízo, firmando-se, a *posteriori*, a um novo entendimento de afastar o indulto aos apenados que cumpre penas alternativas à prisão.

Das disposições:

Diante de tais considerações entendo que os incisos XII e XIII do art. 1º, e art. 2º, *caput*, e art. 6º do Decreto Presidencial nº 7.873/2012, padecem de inconstitucionalidade por desvirtuamento dos fins do indulto; de individualização da pena; e esvaziamento do processo de execução penal.

ANTE O EXPOSTO, controlando o caso concreto (controle concentrado), *ex vi* do art. 66º, VI da LEP, a qual estabelece a competência do juízo da execução penal zelar pelo correto cumprimento da pena, **declaro, ex officio, a inconstitucionalidade *incidenter tantum* com efeito *inter partes***, dos incisos XII e XIII do art. 1º; art. 2º e art. 6º, *caput* e parágrafo único do Decreto nº 7.873/2012, que autorizam a concessão do indulto e comutação de penas aos apenados que cumprem pena restritiva de direito, multa ou *sursis* penal, e na mesma *ratio decidendi*, **INDEFIRO o pedido de INDULTO** formulado pela **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE GOIÁS** em favor de **JANIO SILVA JUNIOR**, ante a inconstitucionalidade outrora declarada.

Colham-se, no prazo máximo de 10 (dez) dias, novos informes junto ao setor de fiscalização competente a que se refere o art. 48 da LEP, sobre a (ir)regularidade no cumprimento da pena restritiva de direito objeto desta execução penal, para fins de "*zelar pela correto cumprimento da pena*", nos termos do que estabelece o art. 66, VI da LEP.

Intimem-se sucessivamente o **Ministério Público Estadual** e **Defensoria Pública Estadual** sobre esta decisão, devendo a serventia desta especializada observar as diretrizes e atribuições delegadas por porção da Portaria nº 01/2019 desta Vara de Execução de Penas e Medidas Alternativas analisada, aprovada e anotada/registrada pela Corregedoria-Geral de Justiça de Goiás.

Intimem-se e Cumpra-se.

GOIÂNIA-GO, data e assinatura digital.

Documentos datado e assinado digitalmente

WILSON DIAS DA SILVA

Juiz de Direito

