

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ CURSO DE DIREITO

RODRIGO CLARK GOMES

**EXECUÇÃO PENAL: DA APLICAÇÃO DO INDULTO QUANDO HÁ CUMULAÇÃO
DE CRIME HEDIONDO COM CRIME COMUM**

RECIFE
2016

RODRIGO CLARK GOMES

**EXECUÇÃO PENAL: DA APLICAÇÃO DO INDULTO QUANDO HÁ CUMULAÇÃO
DE CRIME HEDIONDO COM CRIME COMUM**

Monografia apresentada à Faculdade Damas da
Instrução Cristã como requisito parcial à obtenção do
título de Bacharel em Direito.

Área de Concentração: Ciências Jurídicas

Orientador: Prof. Dr. Teodomiro Noronha Cardozo

Recife
2016

Gomes, Rodrigo Clark

Execução penal: da aplicação do indulto quando há cumulação de crime hediondo com crime comum. / Rodrigo Clark Gomes. – Recife: O Autor, 2016.

48 f.

Orientador(a): Prof. Dr. Teodomiro Noronha Cardozo

Monografia (graduação) – Faculdade Damas da Instrução Cristã. Trabalho de conclusão de curso, 2016.

Inclui bibliografia.

1. Direito penal. 2. Crime hediondo. 3. Execução penal. 4. Indulto. I. Título.

34 CDU (2.ed.)
340 CDD (22.ed.)

Faculdade Damas
TCC 2016-411

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos que me apoiaram nesse momento incrível de conclusão de curso e de apresentação de um trabalho que demonstra toda dedicação a profissão escolhida.

Não posso deixar de agradecer também a minha família e minha noiva que são exemplos de perseverança e dedicação ao que fazem.

Por final, deixo meus sinceros agradecimentos a toda equipe da área criminal da Defensoria Pública da União onde atuei por dois anos como estagiário, exclusivo dos ofícios criminais, na qual pude aprender na prática e na teoria toda a relação acadêmica e forense com o âmbito penal.

Quando uma sociedade perde pontos de referências, quando os valores compartilhados – e sobretudo uma definição elementar do bem e do mal – se desvanecem, é o Código Penal que os substitui.

Jean-Claude Guillebaud.

RESUMO

O sistema penitenciário brasileiro se tornou um grande tema de debates eleitoreiros. Não obstante, há tempos que vem servindo de base para diversas pesquisas científicas no campo do direito, principalmente, e, mais especificamente, na área da execução penal. Um problema que causa profundo desconforto aos advogados criminalistas e servidores da justiça que lidam diariamente com a execução penal, é descobrir se pode ou não ser utilizado o instituto do indulto quando há unificação de pena de crime impeditivo com outro não impeditivo. Além disto, por desconhecerem tal procedimento, não se verifica a fórmula correta na aplicação deste benefício ao reeducando. Por isso, poucos são os operadores que sabem utilizar uma comum maneira de extinção da punibilidade - o indulto - para melhorar de alguma forma a situação do cárcere. É incontroverso, pois está descrito na Constituição Federal do Brasil, que os crimes hediondos e os equiparados são insuscetíveis de anistia, graça e indulto, no entanto, tal uso pode ser posta quando há unificação das penas definitivas de crimes comuns com hediondos. O grande dilema está em como calcular de forma correta e específica o uso deste benefício aos imputados de crime hediondo e comum. É neste particular caso que este trabalho demonstra a forma correta no cômputo das penas para utilização deste benefício e confirma a possibilidade dela.

Palavras Chaves: Crime Comum, Crime Hediondo, Indulto.

ABSTRACT

The Brazilian penitentiary system has become a major subject of public's debates. Nevertheless, there are times that have served as the basis for several scientific researches in the field of law, especially in the area of criminal enforcement. An issue that causes deep distress to criminal lawyers and servants of justice, who deal daily with criminal enforcement, is to find out whether you can use the institute of pardon when there is a unification penalty impediment crime with another no impediment. In addition, for not knowing such a procedure, the correct formula is not been in applying in benefit to convicted. Therefore, there are few operators who know how to use a common form of extinction of criminal liability - pardon - to improve somehow the prison situation. It is common ground, as is described in the Federal Constitution of Brazil, which heinous crimes and equivalent are not susceptible of amnesty, grace and pardon, whoever such institute can be used when there is unification of the final common conviction penalty with heinous crimes. The big dilemma is how to calculate correctly and specific the use of this benefit to the accused of heinous and common crime. In this particular case, this work demonstrates the correct way in the computation of the conviction penalty use this benefit and the possibility of use it.

Key words: Common crime, heinous crimes and pardon.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	8
2. DO INDULTO.....	11
2.1 Conceito.....	11
2.2 Evolução histórica	13
2.3 Graça.....	18
2.4 Anistia.....	20
3. PROCEDIMENTOS NA EXECUÇÃO PENAL	22
3.1 Pedido de unificação de penas.....	22
3.2 Configuração do indulto e da graça de acordo com a Lei de Execução Penal	24
3.3 Concessão do indulto e homologação judiciária	27
3.4 Atestado de pena.....	28
4. A PROBLEMÁTICA DE COMO DEVE SER O CÁLCULO DO INDULTO QUANDO UNIFICADAS AS PENAS DO CRIME HEDIONDO E DO CRIME COMUM	30
4.1 Conceito de crime hediondo	31
4.2 A fórmula de aplicação do cálculo do indulto quando unificado as penas do crime hediondo e do crime comum	34
4.3 Jurisprudência a respeito do tema.....	38
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	44
REFERÊNCIAS	46

1 INTRODUÇÃO

As obras no campo de direito penal na parte geral e especial são vastas e, por isso, diferentes são as posições doutrinárias em vários aspectos dos temas a procurar. O mesmo não se pode falar em relação à execução penal. Parece que depois do processo de conhecimento, do trânsito em julgado da sentença, mais especificamente, todos os andamentos posteriores são esquecidos pela doutrina e também, pode-se dizer, pela jurisprudência quando se fala em direito ao reeducando.

Poucos são os estudiosos que realmente se dedicam e debatem o tema execução penal. Na verdade, ínfimos são os doutrinadores que realmente entram de cabeça no tema e constrói uma teoria diferente não apenas explicando a Lei de Execução Penal (Lei de nº 7.210/84). Devido a isso, transtornos são comuns no sistema penitenciário nacional. A sociedade, por meio da mídia, começa a se questionar quão relapso está o sistema carcerário e quão eficaz para o cumprimento de pena realmente é.

A aparente falta de amparo dos três Poderes da República do Brasil para a situação do cárcere gera constantes conflitos e incongruências na execução penal. Adentrando mais profundamente no tema, a graça, a anistia e o indulto fazem parte de uma série de benefícios que tem direito o apenado. Benefícios esses que não podem ser esquecidos e devem ser colocados em prática quando realmente adquirido. Mais especificamente o indulto, uma das formas de extinção da punibilidade (art. 107, inciso III, do CP), resumidamente, faz com que a pena seja exasperada, esquecida, por preencher o condenado uma série de requisitos através de um decreto presidencial. Por outro lado, este instituto, politicamente, visa atenuar o sistema carcerário atual retirando das penitenciárias aqueles que já cumpriram uma determinada quantidade de pena e atingiram um patamar satisfatório de cumprimento.

No entanto, com o estudo dos casos de requerimento de indulto perante o Conselho Penitenciário de Pernambuco, percebe-se uma quantidade relevante de unificação de penas de crimes comuns com crimes hediondos. Pois, deve o juízo de execução penal (art. 66 da LEP), unificar as penas finais para que suas execuções, do condenado, sejam realizadas pelo total delas e iniciando-se pela mais grave (art. 75, §2º, e art. 76 da CPB e art. 111 da LEP).

Apesar da Constituição Federal da República do Brasil de 1988, não deixar claro no seu art. 5º, inciso XLIII, que o crime hediondo ou equiparado será insuscetível de indulto,

enumera apenas a graça e anistia, a doutrina e jurisprudência, já pacificadas, declaram a impossibilidade de concessão deste instituto para casos como este.

A justificativa desta pesquisa é a importância deste instrumento, o indulto, no uso cotidiano dos advogados criminalistas, pois é uma forma existente para a exasperação da pena do reeducado extinguindo sua punibilidade e direito subjetivo. Portanto, essa pesquisa tem como hipótese a afirmativa de que se pode utilizar o instituto do indulto quando existirem penas cumuladas de crimes hediondos e crimes comuns, somente, nas penas comuns.

A difícil utilização do indulto na forense penal nos casos de cumulação de penas de crimes hediondos com os comuns é um dilema. O problema contextualizado tem como base a seguinte indagação: na unificação de penas de crimes comuns com hediondos, qual a melhor maneira ou mais correta para computar o indulto quando há cumulação de penas vindas de crimes hediondos com crimes comuns?

Apesar de nada dispor a CF/88, o Código Penal e a Lei de Execução Penal sobre especificamente estes casos, há, na doutrina e jurisprudência, embates e resistência se deve ser concedido o indulto, e, em caso de afirmação, como tal cálculo deve ser realizado. Por não ser usual e por falta de doutrina que explore o caso, alguns advogados e servidores da justiça ainda não sabem ou não têm ideia como resolver esta situação. Assim, em busca de uma maneira, por meio de análise dos decretos de indultos natalinos que se consegue vislumbrar uma solução para esta questão.

O objetivo geral consiste em analisar um caminho para solucionar o problema relacionado ao benefício do indulto quando as penas de crime hediondo e comum são unificadas.

Os objetivos específicos consistem em: a) conceituar o indulto, a graça e a anistia, bem como demonstrar a evolução histórica que passou o indulto; b) analisar os procedimentos adotados pela Lei de Execução Penal nos casos de indulto e graça; e c) demonstrar a melhor forma de calcular o benéfico do indulto quando há cumulação de penas.

A metodologia a ser utilizada é o método hipotético-dedutivo ao embate epistemológico na submissão do problema, como teste de falseabilidade, para verificação da validade ou não da hipótese da pesquisa. Isto se dará por meio do estudo descritivo, qualitativo, através de revisão bibliográfica e exemplo prático. Será descritiva pelo fato de observar o que já foi estudado sobre o assunto e, devido a interpretação dos fenômenos que observa. Analítico, por analisar, sem intervenções, os fenômenos já existentes, constatados, infere-se nas partes isoladamente estudadas uma verdade não contida.

O trabalho monográfico é estruturado em três capítulos e suas considerações finais:

No **primeiro capítulo** abordar-se-á o conceito do instituto do indulto, da graça e da anistia, diferenciando-os para não haver qualquer prejudicialidade quanto ao uso deles, e a evolução histórica do indulto.

No **segundo capítulo** procurar-se-á demonstrar o procedimento adotado pela Lei de Execução Penal para a unificação das penas e a competência para realizar tal ato, assim como se dá a concessão do indulto e do atestado de pena.

Por fim, o **terceiro capítulo** abordar-se-á fórmula que deve ser levada em consideração no momento de utilizar o indulto nas penas cumuladas com crimes impeditivos, como deve ser separada as penas dos crimes comuns dos hediondos e a real necessidade dessa estruturação, o conceito de crime hediondo e algumas jurisprudências a respeito do tema.

2 DO INDULTO

Antes de entrar especificamente na problemática do tema, o cômputo do indulto quando há unificação de penas relativas ao crime hediondo com o crime comum, faz-se necessário conceituar e diferenciar o indulto da graça, da anistia, e sua evolução histórica.

2.1 Conceito

No dia a dia forense dos advogados criminalistas, principalmente aqueles que trabalham com execução penal, o instituto da extinção da punibilidade é um importante direito resguardado ao seu cliente. Não menos importante é a graça e anistia que serão observados mais a frente, porém aquele, coletivo, se torna uma ferramenta necessária e útil a cada ano que passa.

Para uns o indulto extingue a punibilidade, mas, para outros, como se verá a frente, é a extinção da execução da pena. No entanto, antes disso, é necessário conceituar o indulto, primordialmente para diferenciá-lo dos demais institutos de extinção da punibilidade, principalmente a graça.

O indulto é tradicionalmente ato discricionário do Presidente da República que em sua essência faz parte de uma política pública social importante na execução penal e ao direito penal. Nas palavras de Juarez Cirino, tem-se que:

O indulto constitui igualmente ato de competência do Presidente da República, tem por objeto crimes comuns e por objetivo beneficiar uma coletividade de condenados, selecionados pela natureza do crime realizado ou pela quantidade da pena aplicada, com exigências complementares facultativas, geralmente relacionadas ao cumprimento parcial da pena; finalmente, também tem por efeito extinguir ou comutar a pena aplicada – exceto no indulto sob condições, que podem ser recusadas pelo indultado.¹

Na opinião de Renato Marcão,

Como emanção da soberania do Estado, o indulto revela-se verdadeiro ato de clemência do Poder Público, consistindo em benefício concedido privativamente pelo Presidente da República, que, a teor do disposto no art. 84, XII, parágrafo único, da Constituição Federal, poderá delegar tal atribuição aos Ministros de Estado, ao Procurador-Geral da República ou ao Advogado-Geral da União, que observarão os limites traçados nas respectivas delegações.²

Assim, pode-se observar que o indulto é um objeto do decreto do Presidente da República, que pode ser delegado a algumas pessoas determinadas para tal, visando a extinção

¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 3.ed. Curitiba: Lumen Juris, 2008, p. 692.

² MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. 13. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015, p. 353.

da punibilidade do crime cometido pelo reeducando. Isto importa em uma situação bastante favorável ao réu condenado. A pena já transitada em julgado, imposta pelo juiz ou pelo Tribunal, pode ser sopesada ou excluída por completo se forem cumpridos os requisitos impostos pelo decreto.

Já faz parte da história do direito penal e da execução penal brasileira, os decretos promulgados pelos Presidentes da República Federativa do Brasil, de regra no dia 24 de dezembro de cada ano. Este, mais conhecido pelo nome de indulto natalino, é disposto no intuito de comutar ou extinguir de vez a pena do réu que atenda aos requisitos e são levados em consideração critérios pré-estabelecidos pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, ligado ao Ministério da Justiça.

No entanto, devem-se observar as informações reproduzidas por Adeildo Nunes que por indulto entende-se a decisão judicial emanada de autoridade judiciária competente, no devido processo legal, que com base em decreto presidencial decida pelo perdão total ou parcial da pena, ouvidos o Conselho Penitenciário e o Ministério Público.³

Continua afirmando:

Concebido equivocadamente pelo Código penal de 1940 e pela grande reforma realizada em 1984 como causa de extinção da punibilidade do agente (art. 107, II, do CP), na verdade o *indulto* é um instituto de execução da pena e, por conseguinte, é causa de extinção da execução da pena ou da medida de segurança. Tratando-se de perdão estipulado exclusivamente a quem já foi condenado, era de se esperar que essa clemência não viesse tratada como causa de extinção da punibilidade, que so pode ser declarada antes do trânsito em julgado da sentença. É cediço que o perdão é decorrente de algum ato imoral ou ilegal. Ora, o crime é um ato contrário à norma penal, motivo pelo qual – insistimos – não pode ser causa de extinção da punibilidade, mas, sim, de extinção da execução, dois procedimentos absolutamente diferentes, porque o de conhecimento existe com a função de atingir uma eventual punição do acusado, enquanto na fase de execução a pena ou a medida de segurança já foi concretizada em definitivo.⁴

Adeildo Nunes tem uma posição na qual acredita ser o indulto uma extinção da execução da pena e não uma extinção da punibilidade, pois o condenado já cumpre sentença transitada em julgada e não merece, neste caso, ser visto como extinção de punibilidade e sim da execução da pena.

Passada essa divergência na doutrina, pode-se analisar que o indulto se divide em individual, mais reconhecido como a graça, ou o coletivo, cujo teor abarca todos os sentenciados que preenchem os requisitos do benefício do decreto. Se o decreto abrange todos os condenados do País sua natureza é coletiva, porque pode beneficiar a todos,

³ NUNES, Adeildo. **Execução da pena e da medida de segurança**. São Paulo, SP. Editora Malheiros, 2012, p. 211.

⁴ Idem, p. 211.

indistintamente, que façam jus ao benefício especial (...)⁵. O indulto ainda pode ser subdividido em parcial, quando a minoração da pena (comutação), ou total, quando há extinção dela, fazendo-se livre definitivamente por extinção da punibilidade total do Estado.

Neste sentido, Paulo José da Costa Jr. diz que:

O indulto é a medida de caráter coletivo. Abrange um grupo de condenados, seguindo determinados critérios subjetivos (primariedade etc) e objetivos, como a duração da pena imposta e o cumprimento de parte dela, a exclusão dos autores de certas práticas criminosas e assim por diante.⁶

Portanto, há duas espécies de indulto, tem-se o indulto em individual, que se dá o nome também de graça, ou coletivo, podendo estes acabar definitivamente com a sanção total ou apenas parcialmente, neste último, dá-se a comutação cujo objetivo é apenas diminuir a pena final.

Não obstante, continuam vigorando os efeitos da condenação criminal, assim como ensina Luiz Flavio Gomes: “Efeitos: o indulto só alcança a execução da pena imposta. Não afeta a sentença penal, que permanece íntegra, sobretudo para efeito da reincidência, antecedentes etc. O indulto, em suma, não rescinde a sentença penal condenatória.”⁷

Da mesma forma explica Guilherme de Souza Nucci, tanto o indulto individual quanto o coletivo, pressupõem o trânsito em julgado da sentença condenatória, servindo apenas para apagar os efeitos executórios da condenação, mas não os secundários (nome no rol dos culpados, reincidência, obrigação de indenizar a vítima etc).⁸

Com base nesse tipo de benefício o magistrado pode extinguir a punibilidade e colocar fora do sistema do cárcere pessoas que preenchem tais requisitos, objetivos ou subjetivos, determinados nos decretos natalinos.

2.2 Evolução histórica

O indulto não foi vislumbrado inicialmente ao ordenamento jurídico brasileiro na promulgação da Constituição de 1988. Pelo contrário, antes mesmo de se ver juridicamente

⁵ NUNES, Adeildo. **Execução da pena e da medida de segurança**. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 212.

⁶ COSTA JR., Paulo José da. **Código penal comentado**. 9. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: DPJ Editora, 2007, p. 319.

⁷ GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal**: parte geral: vol. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 925.

⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014, p. 479.

posto na primeira Constituição do Brasil de 1824, já vinha sendo utilizado em tempos remotos. A indulgência é imanente ao espírito humano e remonta à Antiguidade.⁹

Devido à importância deste instituto já se fazia uso no passado, tornando-se parte da origem do direito propriamente dito. Pode-se perceber pela inteligência dada:

Relatos indicam que, a anistia, o indulto e a graça, tenham surgido na Grécia, no período de 594 A.C, no governo de Sólon que instaurou um regime democrático e concede atos de clemência ao reintegrar os direitos aos cidadãos perseguidos pelos regimes tirânicos antecedentes, concedendo assim o perdão a todos aqueles que foram perseguidos, exceto aos condenados por traição ou homicídio (BITTENCOURT, 2003, p.445). Em Roma temos a figura do "generalis abolitio", que segundo Rui Barbosa, possuía os mesmos efeitos, quais sejam, esquecimento ou perdão. No período medieval, com a ascensão do feudalismo, observa-se uma "vulgarização" desse conceito visto que, não havia nenhuma lei que regulamentasse sua concessão, era concedida a partir dos critérios pessoais de cada senhor feudal. Essa situação vai até a Revolução Francesa em 1791, onde a ideia de anistia graça e indulto, no texto da constituição, ficaram como uma atribuição privativa do Presidente da República. Após a Revolução Francesa, os três institutos foram incorporados em diversas constituições da Europa, e permanecem até os dias atuais.¹⁰

A realidade atual é que se torna difícil seu estudo nos tempos passado devido à pouca obra publicada com este intuito. Pesquisas são realizadas e publicadas mais na forma de artigos científicos e como meio de introdução do tema à uma teoria mais aprofundada.

Assim, em uma obra publicada no site do Senado do Brasil constata-se que o indulto:

Embora presente em todas as fases da história da humanidade, irradiou-se, como instituto, de Roma para os demais povos. Na Idade Média o poder de agraciar foi exercido, inclusive, por pessoas ou organismos que não tinham soberania, como a clemência dos tribunais e o asilo que os senhores feudais podiam oferecer. Após esse período de repartição dos poderes de agraciar voltou o soberano a exercitá-lo sozinho. A revolução francesa desconsiderou-a, a princípio, mas logo voltou a ser reimplantada, como prerrogativa do Chefe do Estado.¹¹

Percebe-se que há uma diferença entre o indulto como é visto na atualidade daquele usado na antiguidade. Isso é devido o passar dos tempos e a evolução da sociedade, pois, no decorrer das grandes revoluções e das grandes mudanças, houve uma nova leitura sobre este instituto. Mais direitos e valores foram incorporados pelas sociedades quanto a pessoa humana e, com isso, a coragem de debater temas como as punições pelos crimes e suas penas, bem como uma maneira de humanizar e amenizar a crescente situação.

⁹ LIMA, Roberto Gomes e Ubiracyr Peralles. **Teoria e prática da execução penal**: doutrina, formulários, jurisprudência e legislação. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 107.

¹⁰ TESDESCO, Aline Gabriel. **Análise sócio jurídica do indulto de natal**. 2001. <<http://www.ebah.com.br/content/ABAAAfI2gAJ/artigo-sobre-indulto-alintedesco>>. "Acesso em: 24/02/2016."

¹¹ DE SOUZA, Jarbas Fidelis. **Breves considerações sobre a graça, o indulto e reduções de pena**. <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181478/000403563.pdf?sequence=3>>. "Acesso em: 24/02/2016."

Associando a esta linha de pensamento, vale ressaltar que, pelas palavras de Marcos Antônio Duarte:

A sociedade passou por um longo período para se estabilizar como um Estado de Direito quando o respeito à pessoa humana passou a ter consonância e determinante, considerada avançada. A dignidade do ser humano passou a assumir o primeiro e mais importante plano na sociedade chamada moderna, a preocupação em ao menos oferecer condições de justiça igualitária começou por distinguir-se em todas as camadas sociais tornando possível imaginar uma mudança brusca no paradigma. O Direito Penal com sua forma de penalização passou a exercer papel fundamental nesta metamorfose de inovações, as penas cruéis foram substituídas pela pretensão de penas que pudessem reinserir a pessoa criminosa na sociedade, havendo com isso uma reintegração e ressocialização. O caminho até este momento foi árduo, houve muitos erros, muitos excessos, muita vingança com o nome de justiça, mas se recobrou o senso crítico e se avançou para um estado de coisas mais razoáveis e aceitáveis.¹²

Observa-se, com a evolução da história da humanidade e conseqüentemente com o avanço do direito penal, o ser humano e seus direitos foram postos mais em evidências e as preocupações com seu bem-estar se valoraram cada vez mais, consubstanciando na importante humanização do direito penal como um todo e suas formas de punir.

Em um artigo escrito por André Karam Trindade, encontram-se outras informações do surgimento do indulto. Assim, tem-se:

Aprofundando a pesquisa, todavia, encontram-se relatos do perdão no Direito grego e romano. Willian F. Duker, em um belo ensaio intitulado *The President's Power to Pardon: A Constitutional History*, publicado, em 1977, na *William & Mary Law Review*, investiga a clemência, instituída pelos ingleses ainda durante a Idade Média e aperfeiçoada no início da modernidade.

No século XVI, com o surgimento do Estado moderno — ainda na sua versão absolutista — e a concentração do poder ilimitado nas mãos do soberano, o indulto se torna um importante (e paradoxal) instrumento em favor do indivíduo contra as arbitrariedades do Leviatã e, sobretudo, da Santa Inquisição.

O que não fica suficientemente claro é por que o constitucionalismo liberal — refiro-me especialmente às Constituições americana (1787) e francesa (1791), ambas resultantes de processos revolucionários (e talvez esta seja uma chave de leitura) — manteve a tradição de um instituto jurídico absolutista contrário às noções de devido processo legal e de separação dos Poderes que caracterizam o Estado de Direito.

Nesse mesmo sentido, inclusive, merece destaque recente decisão do Tribunal Supremo espanhol, que arquivou o processo movido contra Zapatero e seu ministro da Justiça por beneficiarem, arbitrariamente, o banqueiro Alfredo Sáenz, porém reconheceu, expressamente, que o indulto — regulado por uma Lei de 1870 — é uma “herança do absolutismo” na medida em que não exige nenhum tipo de justificação.

Segundo o relator do caso, Perfecto Andres Ibañez, trata-se de um instituto de “no facil encaje, en principio, en un ordenamiento constitucional como el español vigente, presidido por el imperativo de sujeción al derecho de todos los poderes, tanto en ordem procedimental como sustancial de sus actos; y, en consecuencia, por

HO GHEHU GH GDU S~EOLFD FXHQWD GH O SRUTXp GH O y
Na verdade, como sempre refere Calvo González, meu querido amigo de Málaga, o indulto representa um arcaísmo jurídico que se conservou, anacronicamente, no

¹² SILVA, Marcos Antônio Duarte. **O indulto aos presos no natal e seus aspectos ressocializadores**. 2014. <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=14235>. “Acesso em: 24/02/2016.”

interior da arquitetura do Estado Constitucional de Direito: *las indulgencias deberiam quedarse reservadas a los papas*.¹³

Em entender um pouco sobre a história mais remota do indulto na era da Europa Antiga, isso traz constantes visões e indicativos que o mesmo sistema fora utilizado na época do Brasil colonial onde suas leis e dogmas eram importados deste continente, sua pátria colonizadora.

No Brasil, similar a anistia e a graça, o indulto tem uma longa história e data do período colonial no processo de colonização com o surgimento das capitanias hereditárias, os donatários tinham um amplo poder e estes iam desde a aplicação da pena de morte a clemência.¹⁴

No entanto, é apenas com a Constituição de 1824 e independência do Brasil que o indulto começa seu valor histórico jurídico no âmbito nacional. Nesta, em seu inciso VIII do artigo 101, verifica-se a possibilidade do indulto por meio de ato do então Imperador:

Art. 101. O Imperador exerce o Poder Moderador
 (...)
 VIII. Perdoando, e moderando as penas impostas e os Réos condemnados por Sentença.
 (...)
 IX. Concedendo Amnistia em caso urgente, e que assim aconselhem a humanidade, e bem do Estado.
 (...)

Daí por diante todas as Constituições da República Federativa do Brasil foram unânimes em inserir um dispositivo sobre o indulto. Observa-se:

Na Constituição de 1891:

Art. 48 - Compete privativamente ao Presidente da República:
 (...)
 6º) indultar e comutar as penas nos crimes sujeitos à jurisdição federal, salvo nos casos a que se referem os arts. 34, nºs 28, e 52, § 2º;
 (...)

Nota-se que nesta Constituição houve uma restrição por parte do indulto e a comutação de penas na qual o Presidente da República só poderia indultar ou comutar apenas de crimes sujeitos a jurisdição federal, de regra. Diferentemente de como estava inicialmente disposta na Constituição de 1824.

Posteriormente, na Constituição de 1934, tem-se:

Art. 56 - Compete privativamente ao Presidente da República:
 (...)

¹³ TRINDADE, André Karam. **Indulto é resquício absolutista ou garantia democrática?** 2013. <<http://www.conjur.com.br/2013-jan-05/diario-classe-indulto-resquicio-absolutista-ou-garantia-democratica>>. “Acesso em: 24/02/2016”.

¹⁴ DE CARVALHO, Lazara Cristina Do Nascimento. **Detração, remição e indulto:** institutos de observância à dignidade da pessoa humana. 2010. <<http://www.webartigos.com/artigos/detracao-remicao-e-indulto-institutos-de-observancia-a-dignidade-da-pessoa-humana/52575/#ixzz415OhXodf>>. “Acesso em: 24/02/2016”.

§ 3º) perdoar e comutar, mediante proposta dos órgãos competentes, penas criminais;
(...)

Imperioso destacar um novo procedimento nesta época. Volta-se a conceder indulto e comutar os crimes de forma geral, não somente os crimes sujeitos a jurisdição federal, como também devem ser efetivados mediante propostas dos órgãos competentes daquele período.

Não muito distante da anterior Carta Magna, surge a Constituição de 1937 dispondo:

Art. 74 - Compete privativamente ao Presidente da República:
(...)
n) exercer o direito de graça;
(...)

Diferentemente de qualquer outra Constituição já realizada na história do Brasil, esta apenas refere-se a graça, o indulto individual, cujo objetivo era apenas extinguir a pena de certas pessoas. Interessante relembrar que esta Constituição, de cunho Fascista, teria dado início a um período ditatorial no Brasil. Daí a importância de vislumbrar apenas a graça como poder do Presidente da República dando margem a extinguir a punibilidade apenas das pessoas que ele assim bem entendesse.

Logo após, um período conturbado no cenário político brasileiro, implanta-se a Constituição de 1946, na qual vislumbrava o indulto e sua comutação:

Art. 87 - Compete privativamente ao Presidente da República:
(...)
XIX - conceder indulto e comutar penas, com audiência dos órgãos instituídos em lei.

Retornam-se aos mesmos procedimentos adotados na Constituição de 1934, incumbindo ao Presidente da República ouvir órgãos competentes na matéria, instituídos em lei, para que posteriormente seja editado o respectivo decreto de indulto e comutação.

A Constituição de 1967, em seu art. 83, inciso XX, bem como a Nova Constituição de 1967, redação dada pela Emenda Constitucional nº 1, de 17.10.1969, no seu art. 81, inciso XXII, incorporaram da mesma forma o indulto que a Constituição de 1988:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:
(...)
XII - conceder indulto e comutar penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei.
(...)

Parágrafo único. O Presidente da República poderá delegar as atribuições mencionadas nos incisos VI, XII e XXV, primeira parte, aos Ministros de Estado, ao Procurador-Geral da República ou ao Advogado-Geral da União, que observarão os limites traçados nas respectivas delegações.

Hodiernamente, o indulto (coletivo) objetiva diminuir a superpopulação carcerária, beneficiando os condenados menos perigosos para o corpo social. É instituído, normalmente em data próxima ao natal¹⁵, como explica Roberto Lima.

Assim, o passado histórico desta forma de extinção de punibilidade remete a suas origens e maneiras utilizadas para configurá-la. Estudando o passado e analisando-o, pode-se entender o porquê existe e da sua utilização ainda hoje.

2.3 Graça

Assim como o indulto coletivo, mais conhecido de maneira ampla apenas como indulto, existe o individual que é conceituado como graça. Esta, assim como o anterior, é ato privativo do Presidente da República, podendo ser passado essa atribuição a algumas poucas pessoas, porém a sua grande diferença em relação ao indulto coletivo é sua especificidade quanto a pessoa.

O indulto, coletivo, vislumbra abarcar um número de apenados que se encaixe nos requisitos exigidos pelo decreto presidencial, ou seja, um número amplo, sem determinação pontual. Por outro lado, a graça é específica, determinada a uma única pessoa apenas. Aquela que se deseja ver fora do cárcere por qualquer motivo relevante.

Luiz Flavio Gomes afirma que

O indulto individual precisa ser solicitado ao Presidente da República (o pedido tem tramitação pelo Ministério da Justiça); o coletivo é concedido de ofício, pelo Presidente da República (ou pessoa delegada: Ministro de Estado, Procurador-Geral da República ou Advogado-Geral da União), por decreto (isso vem ocorrendo todos os anos com o chamado indulto natalino).¹⁶

Neste caso há a necessidade de mudar o procedimento adotado no indulto para o da graça. Nesta, é necessário solicitar a graça via Ministério da Justiça em que alguns órgãos darão parecer favorável ou não para que isso possa ocorrer. No caso da graça, será

¹⁵ LIMA, Roberto Gomes e Ubiracyr Peralles. **Teoria e prática da execução penal**: doutrina, formulários, jurisprudência e legislação. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 107.

¹⁶ GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal**: parte geral: vol. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 925.

beneficiado por essa extinção da punibilidade um único apenado, não podendo ultrapassar para qualquer outra pessoa este privilégio.

Guilherme de Souza Nucci informa que:

O indulto pode ser utilizado tanto para reparação de um erro judiciário como para beneficiar quem praticada um ato de heroísmo durante a execução da pena. Nesse caso, deve o Presidente da República valer-se do indulto individual, ou seja, a graça, que extingue a punibilidade de pessoa certa. Por outro lado, o indulto coletivo pode servir como instrumento de política criminal, perdoadando vários condenados e permitindo o esvaziamento de estabelecimentos penais.¹⁷

Para Claudio Brandão:

O indulto é o ato do Presidente da República que dispensa a pena total ou parcialmente. Doutrinariamente, o indulto pode ser classificado como coletivo ou individual. O primeiro se dá quando os beneficiários são pessoas indeterminadas, geralmente se especificando apenas condições que, quando preenchidas, atingem todos os apenados, beneficiando-os. O indulto individual é aquele cujo destinatário é determinado e individualizado.¹⁸

Assim, diferentemente do indulto coletivo que visa uma forma de fazer uma política carcerária um tanto diferente, a graça em nada se parece nesse caso, pois apenas irá beneficiar um único condenado e por motivos mais diferentes possíveis, basta o Presidente achar que é necessário no caso específico.

Adeildo Nunes diz que, por fim, o indulto propriamente dito é coletivo ou individual. Se a determinada pessoa é dirigido exclusivamente o perdão, também por decreto presidencial, denomina-se *graça* o instituto.¹⁹

Continua ele:

A graça é um indulto consagrado pelo Presidente da República, mediante decreto, de forma individualizada – por conseguinte, beneficiando determinado condenado, desde que o crime não seja hediondo ou a ele equiparado e o apenado não registre falta grave nos últimos 12 meses, contados da sua publicação.²⁰

Importante ressalva foi realizada pelo autor quanto ao impedimento da concessão da graça aos crimes impeditivos conforme o art. 5º, XLIII, da Constituição do Brasil de 1988. Isso torna impossível ser agraciado um réu condenado por um crime de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes, terrorismo e os crimes hediondos pelo indulto individual.

¹⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 9. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 1050.

¹⁸ BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 389.

¹⁹ NUNES, Adeildo. **Execução da pena e da medida de segurança**. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 212.

²⁰ Idem, p. 214.

2.4 Anistia

No desenvolvimento histórico de cada sociedade o ato de punir sempre foi exercido e formador de muitas divergências. Devido a evolução, houve mudanças do responsável em punir, antes a entidade privada (justiça privada) detinha esse poder, porém, verificou-se a falta de legitimidade para tal e, dessa forma, passou-se para o poder estatal que representaria toda coletividade.

Não obstante o poder dado ao Estado para representar e punir os delinquentes, apareceram alguns distúrbios, como a política penal exercida por causa dos apelos sociais quanto aos crimes e suas formas de punir.

Com o esquecimento do cárcere e dos indivíduos condenados, há da mesma forma o esquecimento e a reciclagem das leis de execução penal. As leis e reformas introduzidas no sistema da justiça carcerária, de forma geral, não são eficientes na proteção das garantias individuais.

Já dizia Foucault:

(...) E a “reforma” propriamente dita, tal como ela se formula nas teorias de direito ou que se esquematiza nos projetos, é a retomada política ou filosófica dessa estratégia, com seus objetivos primeiros: fazer da punição e da repressão das ilegalidades uma função regular, coextensiva à sociedade; não punir menos, mas punir melhor; punir talvez com uma severidade atenuada, mas para punir com mais universalidade e necessidade; inserir mais profundamente no corpo social o poder de punir.²¹

Observa-se por meio da evolução de cada entidade uma forma menos onerosa de administrar a justiça social e apontando a cada pessoa a parcela que lhes cabe na sua atuação social, por meio da força exercida pelo Estado se proporciona, ou ao menos tem essa intenção, justiça ou uma melhor justiça na atualidade.

A extinção da punibilidade referida nesta obra, como a anistia, a graça e o indulto, é reflexo disto. Perdendo espaço para o crime, por não o entender ou por falta de políticas públicas, o Estado tenta de alguma forma diminuir o problema do sistema carcerário brasileiro ou reduzir o número de encarcerados por força de decretos do Poder Executivo.

O problema dos presídios é evidente e de atenção nacional. Essas são algumas maneiras encontradas para tentar amenizar a situação. De acordo com as palavras do doutrinador Cláudio Brandão, “o Estado que tem o poder de punir (jus puniendi), também tem

²¹ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. 34. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2007, p. 70.

o poder de dispensar a punição, e essa dispensa da punição é feita através da anistia, da graça e do indulto.”²²

Uma das formas de extinguir a punibilidade é a anistia. Mais conhecida do que as outras duas formas, a graça e o indulto, por ter sido usada na época de transição do poder ditatorial para o democrático que ensejou a atual Constituição de 1988 no Brasil, a anistia é uma forma política utilizada pelo Congresso Nacional, na qual há o esquecimento de crimes cometidos em épocas de conturbação política da história. De maneira geral, é utilizada quando há práticas de crimes efetuados em épocas de extrema movimentação e conturbação política numa sociedade.

Segundo Rogério Sanches:

Anistia é uma espécie de ato legislativo federal (Congresso Nacional), ou seja, lei penal, devidamente sancionada pelo executivo, através do qual o Estado, em razão de clemência, política, social etc., esquece um fato criminoso, apagando seus efeitos penais (principais e secundários). Os efeitos extrapenais, no então, são mantidos, podendo a sentença condenatória definitiva ser executada no juízo civil, por exemplo.²³

Dessa forma, a anistia, bem como o indulto e a graça, é tida como uma clemência do Estado - *indulgentia principis* -, sendo justificada pela inevitabilidade de atenuar-se os rigores e as somas demasiadas das penas impostas, algumas vezes desproporcionais ao delito e conduta praticada pelo réu.

Cezar Roberto Bitencourt explica que

A anistia é o esquecimento jurídico do ilícito e tem por objetivos fatos (não pessoas) definidos como crimes, de regra, políticos, militares ou eleitorais, excluindo-se, normalmente, os crimes comuns. A anistia pode ser concedida antes ou depois da condenação e, como o indulto, pode ser total ou parcial.²⁴

Alguns podem até ser levados a pensar que a anistia consiste num *abolitio criminis*, quando lei penal atual e vigente descriminaliza conduta anteriormente tida como crime. No entanto, eles não se confundem, pois, a primeira se refere a um ato político com embasamento na Constituição inseridos na parte das competências exclusivas da União, referindo-se a anistia, de regra, a crimes políticos, militares ou eleitorais.²⁵

No próximo capítulo abordar-se-ão os procedimentos na execução penal.

²² BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 388.

²³ CUNHA, Rogério Sanches. **Código Penal para concursos**. 2. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2009, p. 196.

²⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. vol 1. 17. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 757.

²⁵ MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. 13. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015, p. 351.

3 PROCEDIMENTOS NA EXECUÇÃO PENAL

Pensar que apenas o direito ao indulto já está consagrado e não precisar de uma forma específica de um procedimento é ao menos um tanto ingênuo. É importante explicar como se procede na seara do processo penal quanto ao tema, pois por meio desse que se pode almejar a garantia do direito subjetivo.

3.1 Pedido de unificação de penas

Interessante abrandar esse tópico, pois é a partir da soma das penas do crime impeditivo, hediondo ou equiparado, com a do crime comum que começa o dilema da imputação do indulto ao reeducando.

A incidência de várias condenações no histórico do apenado é um fato que deve ser analisado detidamente. Isso se deve pelo motivo que a atenção se volta ao tipo de concurso efetuado entre os delitos. Crimes matérias, formais e continuado (art. 69, 70 e 71 do Código Penal, respectivamente), tem cada um suas fórmulas exclusivas de cômputo, por isso a atenção do juiz de conhecimento para esses institutos.

Após o trânsito em julgado das sentenças condenatórias diversas, caberá ao juiz da execução penal na qual se encontra cumprindo e vinculado o reeducando realizar a soma e unificação das penas condenatórias. Na Lei de Execução Penal, em seu art. 66, inciso III, alínea “a”, mais especificamente, determina que compete ao juiz da execução decidir sobre a soma ou unificação de penas.

Para Renato Marcão

Também compete ao juízo das execuções da comarca em que o condenado estiver cumprido sua pena decidir sobre a soma ou unificação de penas (...). Mesmo que as condenações sejam provenientes de vários Estados da Federação, a competência será do juízo das execuções onde o condenado se encontrar, para onde devem ser remetidas as guias de recolhimento (cartas de guia), uma vez fixada a competência.²⁶

Dessa forma, em caso de haver mais de uma condenação contra o mesmo sentenciado, não sendo observado o disciplinado nos arts. 76 a 82, mandamento da unicidade de processo e julgamento, deverá o juiz da execução aditar as penas.

Mirabete explana que a unificação

concretiza na execução a unidade estabelecida pela lei penal referente às penas dos crimes praticados em concurso. Havendo, assim, duas ou mais condenações em que tenha ocorrido concurso formal, crime continuado, erro na execução ou resultado

²⁶ MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.93.

diverso do pretendido, será efetuada a unificação das penas impostas em processos diversos.²⁷

A requisição a este pleito, somas e unificação das penas, podem ser realizadas pelas partes. Tanto o Ministério Público quanto a defesa, advogado constituído nos autos ou Defensoria Pública, podem requisitá-la quando atentarem para condenações transitadas em julgado diversas ainda sem sua unificação.

Não obstante, o magistrado também pode atuar de ofício em casos tais e, corroborando com a competência da Defensoria Pública, na Lei de Execução Penal, em seu art. 81-B, inciso I, alínea “d”, deixa claro que incumbe também à esta instituição requerer a unificação de penas.

A unificação das penas é necessária para o correto assentamento carcerário e para em caso de benefícios assegurados pela lei, serem de forma correta estudados e impostos ao preso. Não é uma atuação discricionária, e, sim, vinculada quando estiverem evidentes duas ou mais penas ainda não unificadas.

Além disso, o regime de cumprimento de pena será determinado também pelas somas das penas impostas, como dispõe o art. 111 da LEP:

Art. 111. Quando houver condenação por mais de um crime, no mesmo processo ou em processos distintos, a determinação do regime de cumprimento será feita pelo resultado da soma ou unificação das penas, observada, quando for o caso, a detração ou remição.

Parágrafo único. Sobrevindo condenação no curso da execução, somar-se-á a pena ao restante da que está sendo cumprida, para determinação do regime.

Assim, no meio do processo de execução é necessário e importante para o juiz de execução penal descobrir todas as condenações já transitada em julgado no intuito que exista a unificação das penas, havendo assim um melhor entendimento de como deve ser a execução penal do condenado referente.

Um ponto que não deve ser deixado de lado é que para haver soma das penas é imprescindível que haja condenação transitada em julgado, pois ainda não se tornou definitiva sua pena. No entanto, com a recente decisão na qual o Supremo Tribunal Federal - HC 126.292 SP²⁸ - possibilitou o cumprimento da sentença condenatória após o julgamento de apelação, abre-se a possibilidade de soma das penas depois de mantida a condenação após o julgamento da apelação, pois a medida já deverá ser cumprida de acordo com o decidido no

²⁷ Apud CUNHA, Rogério Sanches. **Execução penal para concursos**. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2015, p. 91.

²⁸ STF - HC: 126292 SP, Relator: Min. Teori Zavascki, Data de Julgamento: 05/02/2015, data de Publicação: DJe-027 Divulg 09/02/2015 Public 10/02/2015.

acórdão. Houve uma mudança substancial, ao menos nesse acórdão, do conceito de trânsito em julgado perante a Constituição Federal de 1988.

Além disso, a súmula 716 do STF já dizia que é admissível a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. Dessa forma, importante analogia deve ser usada na aplicação do indulto trazendo como referencial esta súmula e o precedente do HC 126.292 SP.

Assim, a unificação das penas do condenado se torna factível para a correta execução da pena a cumprir. Sendo necessária não só para a correção da forma de cumprimento de pena, mas também de garantir direitos impostos pelas legislações e pela CF/88.

3.2 Configuração do indulto e da graça de acordo com a Lei de Execução Penal

Nesta parte, mostra-se relevante esmiuçar os procedimentos que deverá ser verificado quando na necessidade do pleito para o indulto e a graça. Esses procedimentos são encontrados nos arts. 188 a 193 da Lei de Execuções Penais.

Importante diferenciar que o indulto individual, no caso a graça, tem procedimento diferente do indulto coletivo.

Na graça, a extinção é concedida exclusivamente a um único apenado e para que isso aconteça é necessário que este, por meio de sua defesa, elabore uma petição solicitando tal extinção de punibilidade. Defesa esta que pode ser realizada tanto por advogado constituído quanto pela Defensoria Pública. Não obstante, pode, além deles, o Ministério Público, o Conselho Penitenciário ou a Autoridade Administrativa provocar também o pedido de graça.

Da mesma forma, Rogério Greco:

É oportuno comentar que nos termos do art. 188 da Lei de Execução Penal, a graça, modernamente conhecida como indulto individual, poderá ser provocada por petição do condenado, por iniciativa do Ministério Público, do Conselho Penitenciário ou da autoridade administrativa, sendo que a petição, acompanhada dos documentos que a instruírem, será entregue ao Conselho Penitenciário para a elaboração de parecer e posterior encaminhamento ao Ministério da Justiça.²⁹

Importante ressaltar que o decreto que concede o benefício à determinada categoria de sentenciados não é auto executável e se traduz em mera expectativa de direito,

²⁹ GRECO, Rogério. **Código penal comentado**. 7. ed. Niterói, RJ: Editora Impetus, 2013, p. 255.

tanto que sua aplicação depende de decisão judicial, cabendo ao Juízo da Execução Criminal verificar o preenchimento dos requisitos exigidos para identificar quais daqueles condenados são alcançados pela benesse presidencial.³⁰

A petição instruída com todas as documentações necessárias será enviada ao Conselho Penitenciário para que este emita um parecer sobre o pedido, de acordo com o art. 189 da LEP. Isto não chega a ser necessário quando este mesmo Conselho é quem faz a requisição do indulto individual.

Após, parecer realizado, é levado todos os documentos, mais o parecer, ao Ministério da Justiça. Além disso, o Conselho Penitenciário poderá fazer diligências que achar necessária, bem como realizar alguns procedimentos burocráticos previsto no art. 190 da LEP.

Adeildo Nunes diz que:

O Código de Processo Penal de 1941 (art. 734) estabelece que a graça poderá ser provocada por petição do condenado, de qualquer pessoa do povo, do Conselho Penitenciário ou do Ministério Público, ressalvada, entretanto, ao Presidente da República a faculdade de concedê-la espontaneamente – donde se conclui que o procedimento pode ser iniciado na esfera administrativa (processado no Ministério da Justiça) ou judicial (processado na Vara de Execuções Penais). Em qualquer caso, haverá necessidade de parecer do Conselho Penitenciário (Federal ou Estadual).³¹

Já no Ministério da Justiça com todos os documentos e relatório do Conselho Penitenciário, será submetida a petição da graça à decisão do Presidente da República e, caso necessite, serão entregues os autos do processo ou a certidão de qualquer de suas peças, se assim for determinado.

Merece atenção, dessa forma, devido ao fato da graça poder ser concedida ou negada, pois é um ato discricionário. Quando concedida, o presidente ou a autoridade a quem couber conceder, conforme o art. 84, parágrafo único, da CF, deverá baixar o decreto de graça.

Nesse entendimento, Renato Marcão diz:

como emanção da soberania do Estado, o indulto revela-se verdadeiro ato de clemência do Poder Público, consistindo em benefício concedido privativamente pelo Presidente da República, que, a teor do disposto no art. 84, XII, parágrafo único, da Constituição Federal, poderá delegar tal atribuição aos Ministros de Estado, ao Procurador-Geral da República ou ao Advogado-Geral da União, que observarão os limites traçados nas respectivas delegações.³²

³⁰ TJ-SP - **Agravo de Execução Penal**: EP 00543479520148260000 SP 0054347-95.2014.8.26.0000. <<http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/164700693/agravo-de-execucao-penal-ep-543479520148260000-sp-0054347-9520148260000/inteiro-teor-164700705>>. “Acesso em: 24/02/2016”.

³¹ NUNES, Adeildo. **Execução da pena e da medida de segurança**. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 215.

³² MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 353.

Sendo concedido a graça e após anexação aos autos do processo de execução cópia do decreto que concede o instituto, o magistrado deverá abrir vistas ao Ministério Público e a Defesa para que se manifestem sobre o tema, e, logo após, declarará extinta a pena ou comutará a pena nos termos determinados no decreto, conforme art. 192 da LEP.

Procedimento diferente se faz no caso do indulto coletivo, ou, como conhecido propriamente só como indulto.

Adeildo Nunes:

No tocante ao procedimento para a edição do decreto presidencial de indulto e comutação de pena, anualmente o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária/CNPPC, pelo seu Pleno, apresenta ao Ministro de Estado da Justiça o projeto, que deverá ser submetido ao Presidente da República, para aprovação. Esses decretos, ao longo dos anos, vêm sendo constantemente adequados à realidade penitenciária do momento em que apreciados pelo CNPPC, com inovações que fazem parte dos relatórios elaborados por entidades públicas e privadas.³³

O indulto coletivo, diferentemente do individual, é um ato espontâneo do Presidente da República, em regra, cujo objetivo é beneficiar um determinado grupo de reeducando que se encaixam nos pré-requisitos definidos no decreto. Requisitos esses que são diferenciados entre objetivos e subjetivos. Os primeiros normalmente dizem respeito a um determinado tempo de pena cumprida necessária para concessão do indulto, e os segundos dizem respeito ao comportamento durante a execução da pena, se cometeu falta grave no período de prova, se é primário, reincidente, entre outros.

Renato Marcão informa que:

Processa-se de forma singela, e, assim, se o sentenciado for beneficiado por indulto coletivo, o juiz, de ofício, a requerimento do interessado, do Ministério Público ou por iniciativa do Conselho Penitenciário ou da Autoridade Administrativa, providenciará seja anexada aos autos cópia do decreto, e declarará extinta a pena ou ajustará a execução aos termos do decreto, no caso de comutação.³⁴

Assim como na graça, caberá ao Conselho Penitenciário emitir parecer sobre os pedidos de indulto³⁵ e quando não for requisitado pelo Ministério Público e Defesa, deverá abrir vistas a afim de se manifestarem sobre o caso, como determina o art. 112, § 2º, da LEP.

Importante ressaltar que os direitos atingidos pelo apenado são da época em que o decreto foi promulgado e não do momento de sua análise e concessão pelo magistrado. Isso porquê, devido ao grande volume de processos a demora para se chegar a cada reeducando que faz jus ao indulto é longa. Assim, o que deveria ser examinado logo depois, lapso

³³ NUNES, Adeildo. **Execução da pena e da medida de segurança**. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 213.

³⁴ MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 359.

³⁵ Idem. p. 359.

temporal curto, da promulgação do decreto natalino se estende, em alguns casos, por anos e anos perdendo-se, dessa forma, o objeto do indulto.

Fernando Capez diz que:

Quanto ao momento para aferição dos requisitos objetivos e subjetivos do indulto, há posicionamento no sentido de que o exame deles deve ser feito com base na situação do sentenciado à época do decreto e não no momento da decisão concessiva do benefício pelo Juiz.³⁶

3.3 Concessão do indulto e homologação judiciária

O procedimento abordado por cada instituto da extinção da punibilidade deve ser analisado de forma sistemática e bem detalhada, pois pode ocorrer prejuízo ao apenado e dando-lhe esperança de uma liberdade mais cedo do que realmente é merecedora.

Alguns são abordados na LEP, outros são esquecidos por falta de interesse ou mesmo falta de técnica legislativa para que se vislumbre tais procedimentos. O que na verdade, causa e traz bastantes discursões no âmbito da doutrina processualista penal brasileira, mais especificamente na parte de execução da pena.

Os debates foram acalorados quando não se definiu na Lei de Execuções Penais ou no Código Penal brasileiro o momento em que poderia o réu ou condenado ser beneficiado pelo instituto do indulto. A grande controvérsia é quanto à necessidade da pena ser definitiva ou pode ser a pena estipulada na condenação que ainda cabe recurso para se conceder o indulto.

Assim, resumidamente, a discursão que se tinha era se havia necessidade do trânsito em julgado da condenação cuja pena definitiva estaria disposta ou poder-se-ia indultar a pena provisoriamente, pois ainda caberia recurso, definida na sentença de condenação?

Fernando Capez explica que

Só ocorre após o trânsito em julgado da condenação. A jurisprudência o tem admitido após o trânsito em julgado para a acusação, ainda que caiba recurso da defesa. A obtenção desse benefício nesse momento não torna prejudicada a apelação que visa à absolvição do réu o qual vem a ser indultado, pois permanece o seu interesse no julgamento. Com efeito, o provimento do apelo poderá trazer consequências mais abrangentes ao indultado do que o próprio indulto, porquanto ele somente extingue a pena.³⁷

Nesse sentido, ficou determinado pela jurisprudência que a concessão do indulto só deve acontecer quando há o trânsito em julgado da sentença, neste caso para a acusação,

³⁶ CAPEZ, Fernando. **Execução penal simplificada**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 205.

³⁷ Idem, p. 205.

pois, caso seja absolvido pelos recursos interpostos pela defesa, o réu terá um maior benefício do que o próprio indulto.

Neste ponto, importa lembrar que o indulto apenas extingue a punibilidade e faz desaparecer a pena, ou o resto dela, restando configurado ainda os efeitos da condenação penal. Por outro lado, a absolvição do réu o remete aos benefícios estipulados como garantidores de sua pessoa, como a primariedade e a presunção de inocência.

Além da discussão gerada por parte da doutrina quanto ao momento que deve ser indultado o condenado, não se deve pensar automática ser a concessão do indulto. Como já demonstrado, é imprescindível o parecer do Conselho Penitenciário e a abertura de prazos para a Defesa e o MP, quando eles não requereram esse benefício, a fim de opinarem sobre o caso específico.

Por final, deve o juiz da execução penal observar todos os critérios estabelecidos pelo decreto natalino que o apenado faz jus, bem como os pareceres do Conselho Penitenciário respectivo e as informações prestados pelo MP e Defesa, com o propósito analisar a viabilidade da extinção da punibilidade do reeducando.

Importante atestar que deve ser decidido por um juiz da execução penal sobre a possibilidade da concessão do indulto ao preso, não gerando automático direito deste de saída do cárcere quando da publicação do decreto, pois a determinação deve ser judicial.

Desse modo, deve-se importar na homologação do juiz da execução penal do indulto concedido pelo decreto natalino depois de verificados todos os requisitos objetivos e subjetivos e se encaixando perfeitamente neles o apenado, saindo definitivamente do cárcere.

3.4 Atestado de pena

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 tem como um dos seus fundamentos a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III). Esse pilar para a sociedade brasileira deve estar inserido em todos os atos do cotidiano, desde a vida privada a vida pública, nas relações privadas às relações sociais como um todo.

Isso não poderia ser diferente quanto ao Poder do Estado exercido no âmbito da execução das penas cominadas de sentenças transitadas em julgadas ou nas de prisões cautelares. Apesar de estar encarcerado e ter sido julgado como culpado pelo Poder Judiciário brasileiro por atos praticados e tipificados como crimes, o condenado tem direitos e deveres a serem observados.

Os deveres estão insculpidos nos artigos 38 e 39 da Lei de Execução Penal, já os direitos, o que importa neste momento, está descritos nos artigos 40 a 43 do mesmo diploma legislativo. Um dos direitos referidos no art. 41, XVI, da LEP é atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente.

Mirabete explana que:

A Lei nº 10.613, de 13-8-2003, que acrescentou ao art. 41 o inciso XVI, inclui entre os direitos do preso o de atestado anual de pena a cumprir. Tem o preso o direito de ser intimado de todas as decisões judiciais que ensejam alterações da pena que lhe foi imposta. Pode também, a qualquer tempo, requerer certidão relativa à sua exata situação no curso da execução, inclusive quanto ao tempo de pena a cumprir. O novo dispositivo, porém, assegura-lhe, ainda, o recebimento de um atestado de pena a cumprir que, independentemente de requerimento, deve ser expedido anualmente, pela autoridade judiciária competente que é o Juiz da execução (art. 66, X).³⁸

Esse direito visa a necessidade de se atualizar anualmente o tempo de cárcere que o apenado já cumpriu e o restante, bem como verificar quais os benefícios concedidos a ele que podem diminuir a pena, como a detração e a remissão.

O atestado de pena anualmente atualizado se torna necessário devido ao fato de que todos os anos podem ser diminuída a pena por parte de possíveis indultos natalinos, quando não extinta a pena integral, ou parcial, como a comutação, e a remissão quando o reeducando trabalha e/ou estuda diminuindo a sua pena cada vez mais. Verifica-se que é um dever do juízo da execução penal emitir o atestado de pena e não um ato discricionário, devendo realizá-lo de ofício quando não solicitado.

Cabe ao juízo da execução penal a qual está vinculado o apenado o correto andamento de sua execução, bem como sua retificação e atualização dos assentamentos carcerários de cada preso sobre sua jurisdição.

Merece salientar que qualquer erro, contagem enganada, falta de dados quanto as remissões irão influenciar na contagem das penas restantes e conseqüentemente na contagem das reais datas de indultar ou atestado de pena a cumprir.

No próximo capítulo abordar-se-ão os procedimentos da contagem do indulto quando as penas do crime impeditivo e crime comum são unificadas.

³⁸ MIRABETE, Júlio Fabbrini e Renato N. Fabbrini. **Execução penal**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 121.

4 A PROBLEMÁTICA DE COMO DEVE SER O CÁLCULO DO INDULTO QUANDO UNIFICADAS AS PENAS DO CRIME HEDIONDO E DO CRIME COMUM

O indulto e a graça, diferentemente da anistia, são concedidos por decreto do Presidente da República do Brasil, o primeiro normalmente sendo editado e promulgado na época natalina de cada ano.

O decreto é configurado por meio de uma proposta enviada pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária o qual é vinculado ao Ministério da Justiça. No entanto, antes do encaminhamento desta, há um grande e democrático debate com variadas pessoas e associações envolvidas nos aspectos criminais na sociedade brasileira. Inclusive com contribuições dos mais variados órgãos do estado, como o Ministério da Justiça e da Casa Civil da Presidência da República.

No entanto, havia uma discussão se o art. 2º da Lei dos Crimes Hediondos, Lei nº 8.072/1990, era inconstitucional. Segundo o dispositivo, define que os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de anistia, graça, indulto e fiança (inciso I e II), dentre outros incisos.

A celeuma era sobre a inclusão do indulto nesse texto, já que no art. 5º, inc. XLIII, da CF, proíbe, tão somente, a concessão de graça, a anistia e fiança.

Sem embargo, o STF, guardião da Constituição de 1988, definiu assentar pela constitucionalidade do 2º, I, da Lei nº 8.072/90.³⁹ Dessa maneira, firmou-se que o Presidente da República tem, no exercício do poder discricionário, a faculdade de conceder o indulto aos condenados as penas privativas de liberdade. Restringiu-se apenas ao impedimento previsto no inciso XLIII do art. 5º da CF, ficando decidido que o conceito de graça que está previsto no texto constitucional, abarca o indulto e a comutação de penas.

Dessa forma, ficou determinado que os crimes impeditivos não podem receber o indulto, a graça e anistia como forma de extinção da punibilidade.

Feito esta introdução, antes de adentrar especificamente na problemática do trabalho é interessante ressaltar e discorrer sobre o conceito de crimes hediondos na legislação brasileira.

³⁹ ADI 2795 MC/DF

4.1 Conceito de crime hediondo

Com parâmetro nos relevantes estudos prestados pelo Professor Cláudio Brandão, destaca-se que “o crime pode ser definido como uma ação típica, antijurídica e culpável”.⁴⁰ Refere-se ao famoso conceito tripartite do crime, o qual tem sua origem remota ao direito alemão. Dessa forma, no intuito de compreender melhor esse sistema, é necessário esmiuçar, mesmo que resumidamente, cada um de seus elementos.

Um ponto de partida para entender esses institutos do conceito de crime é compreender que não há crime sem lei, assim como não há pena sem lei. Ou seja, no direito penal moderno, para compreender o sistema conceitual é necessário haver constituído uma lei primeiramente com a descrição do crime perfeitamente, como preceitua o ditado *nullum crimen nulla poena sine lege*.

Essa expressão tão bem prolatada pelos operadores do direito criminal, dá significado ao princípio da legalidade, cuja filosofia é a conduta humana praticada, contrária ao que determina a lei, esteja descrita especificamente em legislação. Cria-se, dessa maneira, o instituto da tipicidade, primeiro elemento do crime, na qual é imprescindível a perfeita adequação da ação ao tipificado na lei criminal. Assim define Mirabete, “(...)a tipicidade, que é a correspondência exata, a adequação perfeita entre o fato natural, concreto, e a descrição contida na lei”.⁴¹

Dessa forma, no momento em que o legislador cria lei com descrição de uma ação humana, colocando-a com um significado relevante e não incentivada no âmbito social, há a tipificação e, conseqüentemente, anuência de que tal conduta não deve ser realizada. Além da própria tipificação, analisando um pouco além, é presumível a não aceitação do direito quanto a conduta descrita.

O direito não deseja que aquela ação humana seja praticada daquela forma prescrita. Com esse ponto de partida, percebe-se que para existir o crime há necessariamente que haver fato típico e, agora, o antijurídico, pois todas ações tipificadas vão de encontro, de maneira geral, ao direito, sendo ela antijurídica. Segundo Jescheck, antijuridicidade é a contradição da ação com uma norma jurídica⁴², e, de acordo com Welzel, a antijuridicidade é

⁴⁰ BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 117.

⁴¹ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal**: parte geral, vol. 1. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 102.

⁴² Apud BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. vol. 1. 8 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 240.

a contradição da realização do tipo de uma norma proibitiva com o ordenamento jurídico em seu conjunto.⁴³

Interessante observar que os dois primeiros elementos do conceito de crime (tipicidade e antijuridicidade) são juízos referentes à ação humana. A culpabilidade, terceiro e último elemento do conceito de crime, diferentemente dos dois primeiros refere-se ao autor da ação. Consegue ela fechar uma brecha onde se apontava exclusivamente para o fato da conduta humana e nunca para o próprio homem em si.

Não obstante verificado os dois primeiros elementos do crime, existe a real necessidade de se saber, se ao tempo da ação ou omissão, o suposto autor do delito detinha o livre discernimento para se comportar conforme ou não o direito, ou, livremente, por sua própria vontade, optou por se comportar contrário a ele. Sendo assim, a culpabilidade é referente ao autor da conduta criminosa o qual faz parte do conjunto dos elementos de uma forma geral do crime. De acordo com Cláudio Brandão, “a culpabilidade é um juízo de reprovação que se faz sobre uma pessoa, censurando-a em face do Ordenamento Jurídico-Penal.”⁴⁴

Assim, de acordo com Wiliam Wanderley:

definiu-se o crime, então, como sendo uma conduta (compreendido a ação e omissão) humana a que se juntam os elementos da antijuridicidade, da culpabilidade, prevista necessariamente em lei, ou seja, para empregar-se a denominação de Beling, típica. Surge o conceito analítico ou dogmático: crime é uma conduta humana, típica, antijurídica e culpável.⁴⁵

Há um montante enorme de classificações sobre o crime, porem para esta obra o que se espera não são suas definições, no entanto, uma em especial é a que mais interessa neste momento. Aquela que define alguns crimes como hediondo.

Crimes hediondos são aqueles crimes entendidos pelo Poder Legislativo como mais graves ao cenário social. Está estipulado na Constituição do Brasil de 1988, no art. 5º, inciso XLIII, que deverá ser definido pela lei, ou seja, deve os deputados e os senadores estudar, analisar e promover o conceito de crimes hediondos. Esses devem ser considerados os delitos que causam mais aversão à sociedade brasileira por irem de encontro a valores mais elevados comuns à coletividade e, devido a isto, mereçam uma maior repreensão pelas

⁴³ Apud BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. vol. 1. 8. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 244.

⁴⁴ BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. 4. ed. vol. 1. São Paulo: Atlas, 2015, p. 112.

⁴⁵ JORGE, Wiliam Wanderley. **Curso de direito penal tributário**. Campinas: Millennium Editora, 2007, p. 113.

autoridades. O Brasil adotou o critério legal, conclusão que se extrai da simples leitura do art. 5º, XLIII, da CF.⁴⁶

Por isso, surge no Brasil a Lei 8.072/1990 e em seu primeiro artigo há o rol taxativo dos crimes hediondos. São eles:

Art.1º São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, consumados ou tentados: (Redação dada pela Lei nº 8.930, de 1994) (Vide Lei nº 7.210, de 1984)

I – Homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2o, incisos I, II, III, IV, V, VI e VII); (Redação dada pela Lei nº 13.142, de 2015)

I-A – lesão corporal dolosa de natureza gravíssima (art. 129, § 2o) e lesão corporal seguida de morte (art. 129, § 3o), quando praticadas contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição; (Incluído pela Lei nº 13.142, de 2015)

II - Latrocínio (art. 157, § 3o, in fine); (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 1994)

III - extorsão qualificada pela morte (art. 158, § 2o); (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 1994)

IV - Extorsão mediante sequestro e na forma qualificada (art. 159, caput, e §§ 1o, 2o e 3o); (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 1994)

V - Estupro (art. 213, caput e §§ 1o e 2o); (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

VI - Estupro de vulnerável (art. 217-A, caput e §§ 1o, 2o, 3o e 4o); (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

VII - epidemia com resultado morte (art. 267, § 1o). (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 1994)

VII-A – (VETADO) (Inciso incluído pela Lei nº 9.695, de 1998)

VII-B - Falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, caput e § 1o, § 1o-A e § 1o-B, com a redação dada pela Lei no 9.677, de 2 de julho de 1998). (Inciso incluído pela Lei nº 9.695, de 1998)

VIII - Favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável (art. 218-B, caput, e §§ 1º e 2º). (Incluído pela Lei nº 12.978, de 2014)

Parágrafo único. Considera-se também hediondo o crime de genocídio previsto nos arts. 1o, 2o e 3o da Lei no 2.889, de 1o de outubro de 1956, tentado ou consumado. (Parágrafo incluído pela Lei nº 8.930, de 1994)

Além destes, a tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são considerados crimes equiparados aos hediondos, por expressa previsão constitucional, de acordo com art. 5º, inciso XLIII da Constituição Federal⁴⁷. Ensina o professor da FAAP-SP, Ricardo Farabulini: “(...) podemos, com toda acuidade, definir como

⁴⁶ GOMES, Luiz Flávio e Cunha, Rogério Sanches. **Legislação criminal especial**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 494.

hediondos, os crimes cometidos com crueldade, com sadismo, mostrando-se repugnantes aos olhos humanos.”⁴⁸

Fica perceptível que o elemento caracterizador da configuração da qualidade do crime hediondo, reside na sua gravidade, e por via reflexa, na maior necessidade de repressão e punição estatal. O seu conceito fica restrito aos tipos penais elencados na própria lei de crimes hediondos, ou seja, crime hediondo são os crimes enumerados em lei específica para tal. Neles devendo ensejar uma resposta maior do Estado por fazer parte de um grupo de delitos considerados mais graves à sociedade.

4.2 A fórmula de aplicação do cálculo do indulto quando unificado as penas do crime hediondo e do crime comum

No momento em que está diante da prática de um ou vários crimes impeditivos (hediondos), é pacificado⁴⁹ o pensamento de que não cabe a concessão do indulto por previsão constitucional, verificado no art. 5º, inciso XLIII, da CF/88, como também por previsão na Lei de Crimes Hediondos - Lei nº 8.072/90 - e dos Decretos Natalinos. Tem-se como exemplo o decreto de indulto coletivo de 2014 (decreto nº 8.380/2014) no qual, em seu art. 9º, inciso, II, dispõe que o decreto “não alcança as pessoas condenadas por crime hediondo”.

Na mesma linha de raciocínio, analisa-se o que explicam Júlio Fabbrini Mirabete e Paulo José da Costa Jr, respectivamente:

Dispõe a Constituição que são insuscetíveis de graça a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os crimes definidos como hediondos. Regulamentando o art. 5º, XLIII, da CF, a Lei nº 8.072 diz que tais crimes, consumados ou tentados, são insuscetíveis de “graça ou indulto”, vedando-se, em consequência, tanto o indulto individual quanto coletivo.⁵⁰

Por fim, cabe ressaltar que, nos termos do disposto no art. 5º, XLIII, da Constituição Federal, são insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos (art. 2º, I, da Lei nº 8.072/90 e art. 1º, §6º, da Lei nº 9.455/97).⁵¹

Importante dar ênfase ao equívoco cometido pelo legislador quanto à formatação do texto deste artigo, pois se deveria explanar que o Decreto Natalino não se possibilitaria

⁴⁸FARABULINI, Ricardo. **Crimes Hediondos: breves considerações sobre a Lei 8.072/90**. 2004. <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4847>. “Acesso em 24/02/2016”.

⁴⁹ ADI 2795 MC/DF

⁵⁰ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código penal interpretado**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 781.

⁵¹ COSTA JR., Paulo José da. **Código penal comentado**. 9. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: DPJ Editora, 2007, p. 319.

aplicação aos crimes hediondos cometidos pelo condenado, e não às pessoas condenadas por crime hediondo. Destarte, como será demonstrado, um indivíduo condenado por crime hediondo pode ser agraciado pelo indulto no tocante a outro crime não impeditivo, contanto que cumpra o requisito temporal de 2/3 do crime deste. Assim, o texto deveria fazer referência aos crimes impeditivos ou, ao menos, às pessoas condenadas unicamente por crime por eles.

Antes de entrar especificamente no assunto tema, é necessária uma infusão sobre o tráfico de drogas privilegiado. Embora exista a vedação constitucional ao indulto no art. 5º, inciso XLIII, da CF/88, argumenta-se na pouca jurisprudência e na doutrina sobre este caso de privilegio haver possibilidade de aplicação do indulto. Apesar dos argumentos levantados, o Superior Tribunal de Justiça tem assentado entendimento no sentido de que “remanesce a tipicidade” do crime. Por oportuno, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a amplitude e importância da discussão sobre a hediondez do tráfico privilegiado, no entanto ainda não se chegou a nenhuma conclusão devido à não resolução do julgamento.⁵²

Quando há prática de crime impeditivo unificado suas penas com a de crime comum, neste específico caso, a norma é de que cumpridos dois terços (2/3) da pena relativa ao crime hediondo ou equiparado abre-se a possibilidade da concessão do indulto coletivo aos crimes não impeditivos, a partir que sejam realmente cumpridos os outros requisitos presentes no decreto concessivo. Isso está insculpido no Decreto Natalino de 2014, por exemplo, mais especificamente, no seu art. 8º, parágrafo único, da seguinte forma:

Na hipótese de haver concurso com crime descrito no art. 9º (crimes impeditivos), não será declarado o indulto ou a comutação da pena correspondente ao crime não impeditivo, enquanto a pessoa condenada não cumprir dois terços da pena, correspondente ao crime impeditivo dos benefícios.

Verifica-se a possibilidade da concessão do indulto, logo que preencham estes específicos requisitos, quanto aos crimes comuns que estejam suas penas somadas aos crimes hediondos e equiparados. Atenção: o decreto não dispõe, assim como já analisado, a possibilidade de concessão de indulto aos crimes hediondos, apenas aos não hediondos e equiparados.

Ressalta-se a evolução ocorrida depois do Decreto Natalino de 2009, pois este foi o primeiro decreto onde constava a possibilidade de interromper, depois de 2/3 de cumprimento, a execução da pena do crime impeditivo. Antes, até o Decreto de Indulto de 2008 deveria ser cumprido na sua integralidade a pena de crime impeditivo para depois iniciar a execução do crime comum e sua eventual comutação ou indulto.

⁵² TÁVORA, Nestor e Alencar, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 10. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2015, p. 1620.

A grande celeuma, causa de variadas discursões na prática forense, é entender e aplicar a correta contagem da pena nesses casos de unificação. No intuito de melhor explicar a questão, será utilizado, como exemplo, um caso prático, real, dos autos do Processo de Execução Penal de nº 2004.0028.000705, encaminhado ao Conselho Penitenciário do Estado de Pernambuco no intuito de realizar um parecer sobre a possibilidade da concessão do indulto. Foi por meio deste específico processo de execução que se contemplou para a importância da matéria e a necessária solução interpretativa que deve ser utilizada para o computo das penas aplicadas.

O réu fora condenado a uma pena de 8 anos pelo crime previsto no art. 121, § 2º, inciso II do Código Penal (Homicídio qualificado – crime hediondo, portanto) e a 3 anos e 06 meses pelo crime previsto art. 14 da Lei 10.826/2003 (Porte ilegal de arma de fogo de uso permitido – crime comum), sendo unificadas e totalizadas em 11 anos e 06 meses de reclusão.

Trata-se da somatória de dois crimes, um comum e o outro hediondo. Dessa forma, para calcular corretamente como se procede neste caso específico é imperioso separar e identificar as penas do crime hediondo com a do crime comum, mesmo que tenha sido realizada a unificação pelo magistrado. Ainda que haja mais de um crime hediondo ou equiparado e/ou comum deve-se proceder com esta forma virtual de separação e proceder como explicado a frente.

Observa-se que esta distinção é necessária devido ao crime impeditivo não comportar o indulto total nem sua comutação. Além do que, neste caso específico, não caberia a concessão do indulto, pois a unificação das penas ultrapassou o limite do inciso I, do artigo 1º, do Decreto Natalino de 2014 no qual exige condenação a pena privativa de liberdade não superior a oito anos, mas apenas a comutação do crime não impeditivo. Neste caso, necessitando de mais tempo de cumprimento para sua comutação, piorando a situação do reeducando.

Destacadas as penas, como o encarcerado fora condenado a uma pena de 8 anos de reclusão pelo crime hediondo, começa o cumprimento por este, até chegar a contagem de 2/3 desta pena, equivalente a 5 anos e 4 meses. Posteriormente ao adimplemento desse lapso encarcerado, suspende-se a execução dessa pena do crime impeditivo e se inaugura a contagem da execução da pena do crime comum, crime de porte de arma de fogo de uso permitido, neste caso, de 3 anos e 06 meses de reclusão.

Já no cumprimento do crime comum, depois de 1/3 de pena paga pelo período total de 3 anos e 06 meses, sendo o condenado réu primário (requisito subjetivo do Decreto Natalino), abre-se a possibilidade de concessão do indulto quanto ao crime não hediondo nos

termos do artigo 1º, inciso I do Decreto Natalino de 2014 (com redação praticamente inalterada nos Decretos anteriores). Em caso de ser reincidente a pena a ser cumprida deveria ser de metade (1/2) para a concessão do indulto.

Após a outorga da extinção da punibilidade quanto ao crime comum, regressa-se automaticamente, a partir da data em se torna possível a concessão do benefício do indulto ao crime não impeditivo, ao cumprimento e respectiva contagem do restante de pena em relação ao crime hediondo, que seria, com efeito, de um terço (1/3).

Vale salientar que a data início para retornar a contagem do cumprimento do tempo restante do crime hediondo será o dia respectivo da publicação do decreto, pois neste momento, atingindo os requisitos objetivos e subjetivos efetivados nele, se tornar direito subjetivo do apenado a extinção da punibilidade. No caso deste exemplo, desta execução penal, a publicação do Decreto Natalino de 2014, a data de início de retorno da contagem da pena restante do crime hediondo seria na data 24 de dezembro de 2014.

Dessa maneira, quando há o cumprimento integral do restante da pena do crime hediondo, é imperioso reconhecer a extinção da punibilidade do indivíduo devido a seu total cumprimento das condenações. No entanto, caso ainda falte algum tempo restante, deve cumprir normalmente conforme o composto na execução penal o que lhe falta para a completa erradicação da pena quanto ao crime impeditivo.

Por conseguinte, realizadas essas observações, chega-se as seguintes conclusões:

1. Quando houver unificação ou soma de penas de crime hediondo ou impeditivos com crimes comuns, deve-se separá-las e iniciar a contagem pelo cumprimento primeiramente do crime impeditivo;
2. Após o cumprimento do respectivo lapso temporal da pena do crime impeditivo, ou seja, depois de cumprido dois terços (2/3), suspende-se o cumprimento e contagem desta pena e inicia-se a execução do crime comum.
3. Tendo sido preenchido os requisitos objetivos e subjetivos para indultar o crime comum, concede-se tal benefício, voltando a cumprir normalmente o restante da pena do crime hediondo.

Neste ponto vale um adendo. No site do Conselho Nacional de Justiça existe uma calculadora de execução penal⁵³ em que é possível verificar, quando inseridos os dados necessários, a relação de quantidade de penas já cumpridas e suas possíveis compatibilidades com indultos já publicados. No entanto, para o computo de casos de específicos de unificação

⁵³ Conselho Nacional de Justiça. **Calculadora de Execução Penal**. <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/calculadora-de-execucao-penal>>. “Acesso em: 24/02/2016”.

de penas de crimes impeditivos com os crimes comuns, não há como utilizá-la, pois ainda não tem na sua programação a incidência de primeiro cumprir o crime impeditivo e depois de dois terço (2/3) iniciar o cumprimento do crime comum para se vislumbrar sua extinção ou minoração da pena.

4.3 Jurisprudência a respeito do tema

A respeito do tema tem-se alguns julgados de diferentes tribunais que merecem destaques não só pelo conteúdo de suas decisões, como também pela data de suas publicações.

Ementa do Superior Tribunal de Justiça de 2014:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.387.613 - DF (2013/0192038-0) RELATORA: MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS RECORRIDO: R C DE C ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PENAL. DECRETO Nº 7.046/2009. CONDENAÇÃO POR CRIME HEDIONDO E CRIMES COMUNS. COMUTAÇÃO. POSSIBILIDADE. ART. 7º, PARÁGRAFO ÚNICO, DO DECRETO PRESIDENCIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 5º, XLIII, CONSTITUIÇÃO FEDERAL. IMPOSSIBILIDADE. NEGADO SEGUIMENTO. DECISÃO Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público, com fundamento no art. 105, III, a, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios que, por unanimidade de votos, negou provimento ao agravo em execução ministerial, mantendo a decisão do Juiz da Vara de Execuções Penais do Distrito Federal que concedeu a comutação da pena ao recorrido com fundamento no Decreto n.º 7.046/09. (...) O art. 7º, parágrafo único, do Decreto n. 7.046/2009, não afronta o art. 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal, que se restringe aos benefícios da anistia e da graça, que não se confunde com o indulto ou comutação de penas. (...)

Em relação aos delitos considerados comuns, com fundamento no que dispõe o artigo 2º, caput, combinado com o artigo 4º, caput, e artigo 7º, parágrafo único, do Decreto 7046/2009, CONCEDO ao sentenciado a REDUÇÃO DA PENA, à razão de 1/5 (um quinto) do remanescente em 25.12.2009, quantificando-a na sua totalidade em 17 (DEZESSETE) ANOS, 02 (DOIS) MESES E 04 (QUATRO) DIAS DE RECLUSÃO. (...)

Inicialmente, para uma melhor compreensão da questão, cumpre transcrever o artigo 7º e seu parágrafo único do Decreto n. 7.046/2009: Art. 7º - As penas correspondentes a infrações diversas devem somar-se para efeito do indulto e da comutação. Parágrafo único - Na hipótese de haver concurso com infração descrita no art. 8º, a pessoa condenada não terá direito ao indulto ou à comutação da pena correspondente ao crime não impeditivo, enquanto não cumprir, no mínimo, dois terços da pena, correspondente ao crime impeditivo dos benefícios (art. 76 do Código Penal). Observa-se que, de acordo com o referido dispositivo legal, para a comutação das penas correspondentes aos crimes não impeditivos (ou seja, aqueles que não enquadram nos delitos previstos no art. 8º do referido Decreto), necessário que o sentenciado tenha cumprido, no mínimo, 2/3 (dois terços) da pena correspondente ao crime impeditivo. Além disso, o Decreto n. 7.046/2009 expressamente estabelece que a comutação da pena somente se aplica aos crimes comuns, ou seja, àqueles que não se enquadram entre os delitos previstos no art. 8º do referido Decreto, dentre os quais se incluem os crimes hediondos, pelo qual também foi

condenado o agravado (atentado violento ao pudor, atualmente denominado estupro). Desta forma, não vislumbro a inconstitucionalidade do art. 7º, parágrafo único, do Decreto n. 7.046/2009, uma vez que o art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal veda expressamente aos crimes hediondos a concessão da graça e da anistia e não do indulto ou comutação de penas. Acerca da diferenciação dos institutos, confira-se o escólio do ilustre doutrinador CEZAR ROBERTO BITTENCOURT, in Manual de Direito Penal, Ed. Saraiva, 2002, pág. 701, litteris: A anistia, já se disse, é o esquecimento jurídico e tem por objeto fatos (não pessoas) definidos como crimes, de regra, políticos, militares, ou eleitorais, excluindo-se, normalmente, os crimes comuns. A anistia pode ser concedida antes ou depois da condenação e, como o indulto, pode ser total ou parcial. A anistia extingue todos os efeitos penais, inclusive, o pressuposto de reincidência, permanecendo, contudo, a obrigação de indenizar. A graça tem por objeto crimes comuns e dirige-se a um indivíduo determinado, condenado irrecorrivelmente. A atual Constituição Federal, no entanto, não mais consagra a graça como instituto autônomo, embora continue relacionado no Código Penal em vigor. Por isso, na prática, a graça tem sido tratada como indulto individual. O indulto coletivo, ou indulto propriamente dito, destina-se a um grupo determinado de condenados e é delimitado pela natureza do crime e quantidade da pena aplicada, além de outros requisitos que o diploma legal pode estabelecer. Alguns doutrinadores chamam de indulto parcial a comutação da pena, que não extingue a punibilidade, diminuindo tão-somente a quantidade de pena a cumprir. A nova ordem constitucional diz que são insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, tráfico, ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e os crimes definidos como hediondos (art. 5º, XLIII, da CF e Lei 8.072). (...)

A comutação deve ser aplicada tão somente em relação às penas dos crimes comuns, conforme artigo 8º do Decreto 7.046/09. Cabe ao Presidente da República, pela competência constitucional prevista do art. 84, inciso XI, da CF, especificar os requisitos a que deve submeter-se o sentenciado para alcançar a comutação das penas dos crimes não vedados. Observados os limites da CF, não há inconstitucionalidade a ser declarada. (...)

O Decreto n. 7.648/2011 veda a comutação da pena para delitos hediondos (art. 8º, II). Todavia, na hipótese de concurso entre crimes comum e hediondo, permitiu-se a concessão da benesse, quanto ao primeiro delito, mediante o cumprimento de 2/3 da pena referente ao crime hediondo e de 1/4, se não reincidente, ou 1/3, se reincidente, da pena afeta ao delito comum (arts. 2º e 7º, parágrafo único) (AgRg no REsp. 1479104/DF, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 31/10/2014.) EXECUÇÃO PENAL. COMUTAÇÃO. ARTS. 9º E 10, I, DO DECRETO N.º 4.011/2001. RÉU CONDENADO PELA PRÁTICA DE VÁRIOS CRIMES, INCLUINDO-SE ENTRE ESTES ALGUNS HEDIONDOS. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO QUANTO AOS DELITOS NÃO CONSIDERADOS HEDIONDOS. ART. 76 DO CP. INEXISTÊNCIA DE ÓBICE AO RECONHECIMENTO DO DIREITO À COMUTAÇÃO QUANTO AO DELITO MENOS GRAVE ANTES DO CUMPRIMENTO INTEGRAL DA PENA PELO MAIS GRAVE (...)

(STJ - REsp: 1387613 DF 2013/0192038-0, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Publicação: DJ 13/11/2014)⁵⁴ (grifo nosso)

Como demonstrado, em posição recente, 2014, o STJ se pronunciou sobre a matéria da possibilidade de comutação ou indulto referente aos crimes não impeditivos quando cumulados com as penas dos crimes impeditivos, depois que tenham cumprido dois terços da pena desses últimos. Deixou assente que não se verifica nenhuma afronta ao Código

⁵⁴ STJ - REsp: 1387613 DF 2013/0192038-0, Relator: Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Data de Publicação: DJ 13/11/2014. <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/153682169/recurso-especial-resp-1387613-df-2013-0192038-0>>. “Acesso em: 24/02/2016”.

Penal e reiterou, como em outros julgados, não ser competente para julgar a tese de inconstitucionalidade apresentada no recurso interposto.

Além desse julgamento do STJ, tem-se também um do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro prolatado em 2015:

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL INTERPOSTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, OBJETIVANDO A REFORMA DO DECISUM DA VEP QUE INDEFERIU O PLEITO DE ELABORAÇÃO DE CÁLCULO DO TOTAL DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PARA O DELITO HEDIONDO MAIS A FRAÇÃO ESTABELECIDO NO DECRETO PRESIDENCIAL DA PENA DO DELITO NÃO HEDIONDO PARA FINS DE CONCESSÃO DE COMUTAÇÃO DA PENA. CONCESSÃO DE INDULTO QUANTO AO DELITO COMUM. POSSIBILIDADE. PEDIDO DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 7º DO DECRETO PRESIDENCIAL N. 7.873/2012. DESCAMBIMENTO. DECISÃO MANTIDA. **Ao contrário do sustentado, o dispositivo impugnado não concede indulto e comutação aos crimes hediondos, na medida em que apenas fixa frações de cumprimento da pena desses delitos para possível concessão dos benefícios referentes às penas dos delitos comuns. Não há qualquer excepcionalidade ao princípio da legalidade, uma vez que o referido decreto foi editado em observância aos parâmetros da Constituição Federal que, em seu artigo 5º, XLIII, veda a concessão de indulto aos condenados por crimes hediondos e assemelhados. A norma legal expressamente esclarece que, na hipótese de haver concurso de crimes comum e hediondo, a pessoa condenada não terá direito ao indulto ou à comutação da pena correspondente ao crime não impeditivo (comum), enquanto não cumprir, no mínimo, dois terços da pena, correspondente ao crime impeditivo dos benefícios (hediondo). Decisão impugnada que está em conformidade com as frações determinadas no decreto presidencial e com as diretrizes traçadas pela Constituição Federal. Inexistência de inconstitucionalidade.** Por outro lado, de fato preceitua o art. 76 do Código Penal que, no concurso de infrações, executar-se-á primeiramente a pena mais grave. No entanto, tal norma estabelece apenas a ordem em que se efetiva a execução das penas em caso de concurso de infrações, não constituindo óbice ao reconhecimento do direito à comutação dos crimes em relação aos quais o benefício não foi vedado pelo decreto concessivo. Diante desse painel fático, não há como se cassar a decisão do juízo da execução em que se indeferiu, com absoluto acerto, o pleito ministerial de elaboração de cálculo diferenciado. AGRAVO DESPROVIDO. (TJ-RJ - EP: 00099536120158190000 RJ 0009953-61.2015.8.19.0000, Relator: DES. JOAQUIM DOMINGOS DE ALMEIDA NETO, Data de Julgamento: 14/04/2015, SÉTIMA CAMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 22/04/2015 10:52)⁵⁵ (grifo nosso)

O TJRJ dá ênfase ao procedimento adotado e ratifica a posição na qual o apenado não está recebendo indulto referente aos crimes impeditivos e sim aos crimes comuns, coisa que se vislumbra por não haver impedimento Constitucional e nem legal. Informa que não há nenhum erro no dispositivo impugnado, pelo contrário, apenas sistematiza frações da pena dos delitos impeditivos para compor a possibilidade de indulto ou comutação aos crimes não impeditivos.

⁵⁵ TJ-RJ - **Agravo de Execução Penal**: EP 00099536120158190000 RJ 0009953-61.2015.8.19.0000. <<http://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/183872662/agravo-de-execucao-penal-ep-99536120158190000-rj-0009953-6120158190000>>. “Acesso em: 24/02/2016”.

Da mesma forma, em 2014, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais decidiu em dois recursos interposto:

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL - PEDIDO DE INDULTO - INDEFERIDO - NÃO RECONHECIDA A PRESCRIÇÃO EXECUTÓRIA - PENA CUMPRIDA INTEGRALMENTE - DECISÃO ESCORREITA - FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS AO DEFENSOR DATIVO - ATUAÇÃO NA SEGUNDA INSTÂNCIA - NECESSIDADE - RECURSO NÃO PROVIDO E DE OFÍCIO FIXADOS OS HONORÁRIOS. **1. Na hipótese de haver concurso entre delito de caráter hediondo e comum, o condenado terá direito ao indulto correspondente ao crime não impeditivo (não-hediondo), desde que cumpra no mínimo dois terços da pena correspondente ao crime hediondo, bem como preencha os requisitos subjetivos.** 2. In casu, o agravante não preencheu o lapso temporal para a concessão da benesse, sendo a negativa medida que se impõe. 3. Não restando extinto o dever do estado em executar a pena imputada, não há que se falar em prescrição executória. 4. Da análise dos autos, verifica-se devem ser fixados os honorários referentes à interposição do agravo em favor do acusado, os quais, quando não requeridos, devem ser fixados de ofício. 3. Recurso não provido e, de ofício, fixados os honorários do Defensor dativo.

(TJ-MG - AGEPN: 10002060111982001 MG, Relator: Kárin Emmerich, Data de Julgamento: 29/07/2014, Câmaras Criminais / 1ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 08/08/2014)⁵⁶ (grifo nosso)

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL - INDULTO - **CONCURSO DE CRIMES IMPEDITIVOS E NÃO IMPEDITIVOS - CUMPRIMENTO DE PELO MENOS 2/3 DA PENA IMPOSTA AO DELITO IMPEDITIVO** - TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO POSTERIOR - IRRELEVÂNCIA - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

(TJ-MG - AGEPN: 10231110004844001 MG, Relator: Furtado de Mendonça, Data de Julgamento: 03/12/2013, Câmaras Criminais / 6ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 09/01/2014)⁵⁷ (grifo nosso)

As referidas decisões importam no sentido de que dão parâmetros de utilização dos decretos natalinos para os juízes da execução penal. Neste sentido, deixa claro que quando há concurso de penas de crime impeditivos e não impeditivos deve ser cumprido ao menos dois terços da pena imposta do delito impeditivo para posterior vislumbamento do indulto ou comutação.

Outro precedente julgado em 2013 é o do Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. INDULTO. COMUTAÇÃO DE PENA. DECRETOS Nº 7.648/2011 E Nº 7.873/2012 CRIME HEDIONDO E CRIME COMUM. REQUISITOS DO DECRETO Nº 7.648/2011 ATENDIDOS. REQUISITO SUBJETIVO DO DECRETO Nº 7.873/2012 NÃO ATENDIDO. INDEFERIDA A COMUTAÇÃO DA PENA COM BASE NO DECRETO Nº 7.873/2012. **PRECEDENTES DESTES TRIBUNAL, ENTENDENDO QUE O ART. 7º, PARÁGRAFO ÚNICO, DOS DECRETOS Nº 7.648/2011 E Nº 7.873/2012, NÃO AFRONTA O ART. 76 DO CÓDIGO PENAL NEM VIOLA**

⁵⁶TJ-MG - **Agravo em Execução Penal:** AGEPN 10002060111982001 MG. <<http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/132804848/agravo-em-execucao-penal-agepn-10002060111982001-mg>>. “Acesso em: 24/02/2016”.

⁵⁷TJ-MG - **Agravo em Execução Penal:** AGEPN 10231110004844001 MG. <<http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/118701505/agravo-em-execucao-penal-agepn-10231110004844001-mg>>. “Acesso em: 24/02/2016”.

O ART. 5º, INCISO XLIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. OS DECRETOS Nº 7.648/2011 E Nº 7.873/2012 POSSIBILITARAM A COMUTAÇÃO DAS PENAS APLICADAS POR CRIMES COMUNS ANTES DO CUMPRIMENTO INTEGRAL DA PENA PELO CRIME HEDIONDO, NOS CASOS QUE ESPECIFICA, DESDE QUE OBSERVADO O CUMPRIMENTO DE 2/3 DA PENA PELO CRIME HEDIONDO E ATENDIDO, TAMBÉM, O CRITÉRIO SUBJETIVO. A FALTA DE PREENCHIMENTO DO REQUISITO SUBJETIVO PELO RECORRIDO, RESPONSÁVEL POR INFRAÇÃO DISCIPLINAR DE NATUREZA GRAVE CONSISTENTE EM FUGA, DENTRO DE PERÍODO CONSIDERADO RELEVANTE, OBSTA O BENEFÍCIO DA COMUTAÇÃO DA PENA PREVISTO NO DECRETO Nº 7.873/2012. RECURSO DE AGRAVO PARCIALMENTE PROVIDO PARA EXCLUIR O BENEFÍCIO PREVISTO NO DECRETO Nº 7.873/2013 DA CONTA DE LIQUIDAÇÃO DO SENTENCIADO, EM RAZÃO DA AUSÊNCIA DE REQUISITO SUBJETIVO OBRIGATÓRIO, E DETERMINAR A REALIZAÇÃO DE NOVO CÁLCULO.

(TJ-DF - RAG: 20130020132722 DF 0014116-88.2013.8.07.0000, Relator: MARIO MACHADO, Data de Julgamento: 15/08/2013, 1ª Turma Criminal, Data de Publicação: Publicado no DJE: 26/08/2013. Pág.: 251)⁵⁸ (grifo nosso)

Neste, além de dispor da possibilidade de concessão do indulto as penas dos crimes comuns quando somadas com as do impeditivo, depois de cumprido dois terços deste, deixou claro que já há precedentes neste Tribunal que não considera afronta a Constituição do Brasil e nem viola o art. 76 do Código Penal brasileiro.

Em 2011, outro Tribunal de outro Estado, Rio Grande do Sul, decidiu da mesma forma quanto aos demais:

AGRAVO EM EXECUÇÃO. DECRETO Nº 7.420/2010 COMUTACAO DE PENAS. CRIME HEDIONDO EM CONCURSO COM OUTRO CRIME. Um dos delitos sexuais praticados pelo agravante não foi considerado hediondo, de modo que, em relação a esse **tem direito à comutação, presentes os requisitos do Decreto 7.420/2010, ou seja, o cumprimento de 2/3 da pena do crime impeditivo. Comutação que se concede em relação ao crime não impeditivo, primeira condenação. AGRAVO PROVIDO EM PARTE.**

(Agravado Nº 70042506303, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Alberto Etcheverry, Julgado em 09/06/2011)⁵⁹ (grifo nosso)

Verifica-se a necessária pacificação do tema para que os direitos subjetivos sejam atendidos o quanto antes. Condenados no sistema carcerário atual, não se verifica qualquer chance de utilizar esse tempo para produzir ou melhorar de forma consideravelmente seu convívio social. Pelo contrário, colocados a mera sorte, são inseridos no sistema criminal que se torna quase impossível sua saída.

⁵⁸ TJ-DF - RAG: 20130020132722 DF 0014116-88.2013.8.07.0000, Relator: Mario Machado, Data de Julgamento: 15/08/2013, 1ª Turma Criminal, Data de Publicação: Publicado no DJE: 26/08/2013. Pág: 251. <<http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/115940677/recurso-de-agravo-rag-20130020132722-df-0014116-8820138070000>>. “Acesso em: 24/02/2016”.

⁵⁹ TJ-RS - **Agravado**: AGV 70042506303 RS. <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20042560/agravo-agv-70042506303-rs>>. “Acesso em: 24/02/2016”.

Em um sistema penal justo e eficiente, o qual o Brasil não faz parte, possivelmente não seria necessário o instituto do indulto, como já afirmava Cesare Beccaria, em 1784, na sua célebre obra “Dos Delitos e das Penas”:

A clemência, virtude que, às vezes, foi para o soberano o suplemento de todos os deveres do trono, deveria ser suprimida de uma legislação perfeita em que as penas fossem brandas e o método de julgamento regular e rápido. Esta verdade poderá parecer crua para quem vive na desordem do sistema penal, onde o perdão e a graça são necessários, na proporção do absurdo das leis e da crueldade das condenações.⁶⁰

Não obstante as posições de vários doutrinadores contrários a este entendimento, a verdade é que o sistema carcerário e penal do Brasil não consegue resolver e refletir sobre os problemas existentes.

Não há como se efetuar uma crítica sólida ao sistema penal e à aplicação da pena privativa de liberdade em que se tenha, de antemão, a real dimensão do significado de ambos e de suas inter-relações. Esta dimensão surge a partir da constatação de a determinação da pena privativa de liberdade carrega os caracteres do sistema penal a que serve. É ao mesmo tempo espelho e progênie.⁶¹

O ideal de justiça está longe da realidade fática encontrada no sistema penitenciário por todo o Brasil, no entanto, ao menos, deve-se sempre tentar diminuir, dentro das razões legais, sua superpopulação dando um pouco de humanidade e sobrevivência ao cárcere.

⁶⁰ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cratella. 3ª ed. rev. da tradução. São Paulo: RT, 2006, p. 115.

⁶¹ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros**. 2º ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 261.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O complexo sistema penal brasileiro se encontra num emaranhado de leis. Essas são o próprio Código Penal Brasileiro que vem sofrendo reformas pontuais. Na verdade era necessário um novo Código Penal e Processual para acompanhar as mudanças doutrinárias e jurisprudências de todo um sistema. Isso se reflete muito, principalmente, nas execuções das condenações desses crimes.

A partir da posição dos soberanos na antiguidade e sua forma de determinar quem deve ou não ser punido e sua evolução na própria história, o indulto sempre foi referência nos livros de direito e na sua história.

Analisado os conceitos de crime hediondo e de indulto, diferenciando-se este da graça e da anistia, o termo final é que existe a possibilidade de se indultar as penas dos crimes comuns quando este são unificados com as penas dos crimes impeditivos.

Primeiramente, quando há a unificação por determinação do magistrado, para efeito de cálculo, elas devem ser separadas e disposta unicamente. A fórmula desta contagem deve ser iniciada com o cumprimento do crime mais grave, no caso será sempre o crime hediondo ou qualquer outro impeditivo, e depois de efetivamente cumprir dois terços (2/3) da pena do crime mais grave, deve-se suspender e iniciar o cumprimento do crime não impeditivo.

Iniciado o cumprimento do crime comum, caso em que este lapso temporal poderá ser utilizado para a concessão do indulto natalino, desde que obtenha preenchido os requisitos objetivos e subjetivos de cada decreto publicado. Daí assevera que pode ser extinguida a pena em sua totalidade ou apenas minorada, comutada, do total restante. Extinguida por completo a pena do crime comum, por indulto total ou parcial repetidamente, volta-se ao cumprimento do restante da pena do crime impeditivo, ou seja, ao um terço (1/3) que faltava.

Importante destacar que a separação das penas, ainda que tenha ocorrido os somatórios das penas do impeditivo com o comum, é necessária. Embora a LEP dispõe sobre o instituto da unificação das penas com o objetivo de deixar mais fácil e claro o quanto de pena a ser cumprido e beneficiar o apenado no cálculo das possíveis comutações e indultos, no caso de cumulação de penas provindas de crimes hediondos com crimes não impeditivos, há contrariedade da lei. Necessário sua separação devido ao fato de que não haver óbice a concessão do indulto ao crime comum, apenas ao impeditivo.

Oportuno afirmar que esta interpretação de forma sistemática é mais benéfica e digna ao apenado, condizendo, dessa maneira, aos princípios e finalidades da ressocialização e minimalismo da repressão criminal a que se dispõe o tema do indulto no Brasil.

Aplicar este tipo de fórmula e cômputo com mais rapidez e efetividade é de grande importância, diante da presunção de falência do sistema carcerário brasileiro, seja pela falta de políticas públicas voltadas para essa área, seja pela superlotação das cadeias. Bem como a demasiada existência de fatos tipificados como crime e sua forma única de punir e o equivocado pensamento de que a formulação de mais fatos tipificados como crime é a solução para a redução da criminalidade, seja pela desproporcionalidade das penas.

Dessa forma, entendendo que existem institutos que visam melhorar ou amenizar a vida do encarcerado, como o indulto, é necessário à sua utilização de forma eficaz e continua no ordenamento jurídico brasileiro, mais especificamente nos cursos das execuções penais.

Assim, como se mostra evidente o esquecimento da execução penal no Brasil, o indulto não foge à regra. Pouco utilizado e, quando o é, não raro é aplicado de forma incorreta, sem ao menos atentar para as possibilidades das benesses como direito ao preso. Poucos são os órgãos e as pessoas que sabem realmente como utilizá-lo. Quando o é, dá ensejo a completa extinção do tempo de cárcere ou, ao menos, sua diminuição, proporcionando, dessa maneira, uma finalidade de busca, luta e de sobrevivência dentro do abarrotado sistema penal brasileiro.

REFERÊNCIAS

1 Livros

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cratella. 3. ed. rev. da tradução. São Paulo: RT, 2006.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. vol. 1. 17. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. vol. 1. 8. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. 4. ed. vol. 1. São Paulo: Atlas, 2015.

COSTA Jr., Paulo José da. **Código penal comentado**. 9. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: DPJ Editora, 2007.

CAPEZ, Fernando. **Execução penal simplificada**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CUNHA, Rogério Sanches. **Código penal para concursos**. 2. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2009.

CUNHA, Rogério Sanches. **Execução penal para concursos**. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2015.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. 34. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2007.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal**: parte geral. Vol. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

GOMES, Luiz Flávio e Cunha, Rogério Sanches. **Legislação criminal especial**. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

GRECO, Rogério. **Código penal comentado**. 7. ed. Niterói: Editora Impetus, 2013.

JORGE, Wiliam Wanderley. **Curso de direito penal tributário**. Campinas: Millennium Editora, 2007.

LIMA, Roberto Gomes e Ubiracyr Peralles. **Teoria e prática da execução penal**: doutrina, formulários, jurisprudência e legislação. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. 13. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código penal interpretado**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal**. Parte geral. vol. 1. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MIRABETE, Júlio Fabbrini e Renato N. Fabbrini. **Execução penal**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 9. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

NUNES, Adeildo. **Execução da pena e da medida de segurança**. São Paulo: Editora Malheiros, 2012.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 3. ed. Curitiba: Editora Lumen Juris, 2008.

TÁVORA, Nestor e Alencar, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 10. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2015.

2 Sites

CARVALHO, Lazara Cristina do Nascimento de Carvalho. Detração, remição e indulto: institutos de observância à dignidade da pessoa humana. **Revista Webartigos**, 20 de novembro de 2010. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/detracao-remicao-e-indulto-institutos-de-observancia-a-dignidade-da-pessoa-humana/52575/#ixzz415OhXodf>>.

FARABULINI, Ricardo. Crimes Hediondos: Breves considerações sobre a Lei 8.072/90. **Revista Âmbito Jurídico**, n. 19, ano VII, nov. 2004. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4847>.

GUEDES, Lucio Ferreira. O indulto e possibilidade de sua concessão aos condenados por crime hediondo após o cumprimento de 2/3 da pena. **Revista E-gov**, 29 de junho de 2012. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-indulto-e-possibilidade-de-sua-concess%C3%A3o-aos-condenados-por-crime-hediondo-ap%C3%B3s-o-cumprim>>.

SILVA, Marcos Antônio Duarte. O indulto aos presos no natal e seus aspectos ressocializadores. **Revista Jurisway**. Jan. 2015. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=14235>.

SOUZA, Jarbas Fidelis. Breves considerações sobre a graça, o indulto e as reduções de pena. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181478/000403563.pdf?sequence=3>>.

TEDESCO, Aline Gabriel. Análise sócio jurídica do indulto de natal. **Revista Ebah**, 24 de novembro de 2011. Disponível em: <<http://www.ebah.com.br/content/ABAAAFI2gAJ/artigo-sobre-indulto-alintedesco>>.

TRINDADE, André Karam. Indulto é resquício absolutista ou garantia democrática? **Revista Consultor Jurídico**, 5 de janeiro de 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jan-05/diario-classe-indulto-resquicio-absolutista-ou-garantia-democratica>>.