



**Universidade de Brasília**

**Faculdade de Direito**

**Bruna Athayde Barros**

**A CONCESSÃO DO INDULTO COLETIVO PARA OS  
ENCARCERADOS PROVISÓRIOS**

**Brasília**

**2015**

**Bruna Athayde Barros**

**A CONCESSÃO DO INDULTO COLETIVO PARA OS  
ENCARCERADOS PROVISÓRIOS**

Monografia apresentada como requisito  
parcial para obtenção do título de Bacharel em  
Direito pela Universidade de Brasília – UnB.  
Orientador: Professor João Costa Ribeiro Neto

Brasília

2015

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Nome: BARROS, Bruna Athayde

Título: A concessão do Indulto Coletivo para os encarcerados provisoriamente

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília – UnB.

Data da defesa: 20.11.2015

Resultado: \_\_\_\_\_

### **BANCA EXAMINADORA**

\_\_\_\_\_  
Professor João Costa Ribeiro Neto (Orientador)

\_\_\_\_\_  
Professor Marcelo Turbay Freiria

\_\_\_\_\_  
Professor Flávio Augusto Milhomem

\_\_\_\_\_  
Mestrando Victor Paiva Macedo Lahud (Suplente)

*“O importante não é ver tudo. É ver o que os outros não vêem.”*

José Ingenieros

## AGRADECIMENTOS

Agradeço, em primeiro lugar, a Deus, por me guiar ao longo de toda essa caminhada; e à minha família, que, sempre me apoiou mesmo quando nem eu acreditava ser possível.

À minha mãe (Odete), à minha avó (Edina) e à minha madrinha (Ana Teresa) faço um agradecimento especial, pois jamais teria chegado até aqui sem elas. Tenho uma admiração e um amor incondicional por vocês; sou extremamente grata pelas três mães que foram colocadas na minha vida. Obrigada por todo o carinho e por me fazerem ser o que hoje eu sou.

Também em especial, agradeço à Marina, à Lulu, ao Pedro e à Anna Clara, que apesar do grau de parentesco de cada um, se fazem presentes em minha vida como se fossem todos verdadeiros irmãos. Muito obrigada pelo companheirismo de todos os dias e por compreenderem minha ausência ao longo desse semestre.

Agradeço, ainda em relação aos meus familiares, ao meu pai, Iton da Cunha Barros, que mesmo distante, se faz tão presente em minha vida, sempre me apoiando e me auxiliando nos momentos mais difíceis de minha vida.

Agradeço, também, ao meu orientador, professor João Costa Neto que, mesmo afirmando não ter muito conhecimento sobre o assunto quando eu o procurei, jamais esteve ausente e me auxiliou em tudo o que estava ao seu alcance.

Agradeço, ainda, a todos os meus amigos que se fizeram presentes de diversas formas ao longo desses anos em que estive na UnB. Obrigada àqueles que já eram extremamente importantes para mim antes mesmo de eu entender o verdadeiro significado de amizade (em especial Raissa Capibaribe e Marina Dias), e, igualmente, obrigada àqueles que me fizeram aprender que a faculdade é uma fase inesquecível da vida e que por isso merece ser compartilhada com pessoas, extremamente diferentes, mas ao mesmo tempo extremamente marcantes (Popofãs, e em especial, Pedro Vítor, Caroline Beda e Marina Mendonça).

## RESUMO

O presente trabalho possui como objetivo analisar a possibilidade de concessão do indulto penal para os encarcerados provisoriamente. Para tanto, será tomado como base o entendimento sumulado pelo Supremo Tribunal Federal que embasou as Súmulas n. 716 e 717, as quais permitem a aplicabilidade da Progressão de Regime para aqueles que ainda se encontram em situação processual não definida. Ademais, serão trazidos argumentos relevantes acerca do efetivo uso da execução provisória, de modo a esclarecer que, apesar de previsão expressa conceituando-se como medida cautelar, na prática trata-se de verdadeira antecipação de cumprimento de pena. Posteriormente, passar-se-á à análise jurisprudencial acerca da matéria. Nessa fase, serão analisados dois casos que ensejam a reflexão de dois pontos que causam grande perplexidade: a taxatividade do rol de requisitos objetivos exigidos para a concessão do indulto penal e a possibilidade de pendência recursal. Por fim, serão delimitadas as exigências previstas no Decreto n. 8380/2014 à luz dos argumentos esposados anteriormente, para contribuir para um futuro debate sobre o tema.

**Palavras-chave:** indulto penal; execução provisória; progressão de regime; cumprimento antecipado da pena; execução definitiva.

## ABSTRACT

This work aims to analyze the possibility of granting the criminal pardon for those jailed provisionally. Therefore, it will be (taken) based on the jurisprudential understanding of the Supreme Court that has given base to the Precedents n. 716 and 717, which allow the applicability of the *progression regime* for those who still haven't been set in procedural situation. In addition, relevant arguments will be brought about the effective use of provisional execution, in order to clarify that although express provision is conceptualizing it as a precautionary measure, in practice it is true anticipation of serving sentence. It will then pass up to the jurisprudential analysis on the subject. In this phase, it will analyze two cases giving rise to reflection colon causing great perplexity: the exhaustive list of objective requirements for the grant criminal pardons and the possibility of appeal pending. Finally, it will be defined the requirements of the Decree. 8380/2014 in the light of the arguments espoused previously, to contribute to a future debate on the subject.

**Keywords:** criminal pardon; provisional execution; progression system; early completion of the sentence; final execution.

## **Lista de Figuras**

Figura 1 - Regimes de Detenção - CNJ (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA)	22
---	----



## **Siglas**

- CP** Código de Processo Penal
- DF** Distrito Federal
- HC** Habeas Corpus
- LEP** Lei de Execução Penal
- MP** Ministério Público
- MPF** Ministério Público Federal
- TJSP** Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b>	17
<b>1 A EXECUÇÃO PROVISÓRIA - REFLEXÕES ENTRE A TEORIA E A PRÁTICA</b>	20
1.1 A situação prisional no Brasil	20
1.2 A Execução Provisória - aspectos doutrinários	26
1.3 Virada jurisprudencial: a progressão de regime para os presos provisórios	31
1.4 Considerações parciais do capítulo	34
<b>2 O INDULTO PENAL E A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA: ANÁLISE ARGUMENTATIVA DE CASOS CONCRETOS</b>	37
2.1 O benefício do Indulto Penal - características gerais	37
2.2 O Indulto Penal na jurisprudência brasileira	44
2.2.1 O Habeas Corpus n. 252.733/SP e a análise de necessidade do trânsito em julgado da sentença penal condenatória face à pendência de recurso da acusação	45
2.2.2 O Habeas Corpus n. 299.157 (2014/0173273-0) e a exigência de novos requisitos por parte do Poder Judiciário	56
2.3 Considerações parciais do capítulo	61
<b>3 A CONCESSÃO DO INDULTO PENAL SOB O ENFOQUE DA PRÁTICA JURISDICIONAL</b>	63
3.1 A Lei de Execuções Penais e o Decreto Presidencial n. 8380/2014	63
3.1.1 Requisitos objetivos e subjetivos para a concessão do Indulto Penal	65
3.1.2 Do cabimento em situações excepcionais previstas no decreto presidencial vigente: possibilidade do trânsito em julgado apenas para a acusação	67
3.1.2.1 Do risco da perda da eficácia da concessão do benefício - trânsito em julgado apenas para a acusação	70
3.2 Considerações parciais do capítulo	73
<b>4 CONSIDERAÇÕES FINAIS</b>	75
<b>5 REFERÊNCIAS</b>	77

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo principal o levantamento dos principais argumentos atinentes à concessão do indulto penal para os presos provisórios. Diante da ausência de manifestação por parte do Superior Tribunal de Justiça até o momento, tal pesquisa se direciona à realização de uma reflexão crítica a partir do atual entendimento jurisprudencial relativo à concessão da Progressão de Regime ainda em sede de Execução Provisória.

Desta forma, ressaltando-se desde já a dificuldade de se encontrar doutrinadores que sequer comentem a respeito do assunto a ser abordado, esta pesquisa de final de curso centra-se em analisar os argumentos sustentados perante os Tribunais Brasileiros, ainda que originalmente se refiram a outro benefício, mas que também podem ser aplicados ao indulto penal em conformidade com a proposta a ser defendida.

Para tanto, importa destacar a atualidade da temática a ser abordada. Muito se discute acerca da constitucionalidade do instituto da Execução Provisória no Brasil e, até o momento, ainda se tem doutrinadores que sustentam ambos os lados. De qualquer forma, tal como é previsto no ordenamento jurídico pátrio, este instituto deveria ser uma medida de urgência e cautelaridade, tendo sua aplicabilidade condicionada aos casos em que se fizer necessário à efetividade do processo.

Entretanto, conforme será esclarecido, a Execução Provisória<sup>1</sup>, em realidade, não funciona dessa forma. Tal instituto é aplicado quase que indiscriminadamente para todos os casos, o que, por vezes, reforça a importância de se pensar a aplicabilidade desta medida, já que afeta quantidade considerável de indivíduos que demandam judicialmente na seara criminal. E, pior que isso, é aplicada de modo desenfreado e não como medida cautelar; tratando-se de verdadeiro cumprimento antecipado da pena.

---

<sup>1</sup> Diz-se que o indivíduo está na condição de preso provisório quando este, ainda ausente sentença condenatória transitada em julgado e, portanto, ainda na qualidade de acusado ou investigado, é mantido preso até a data do seu julgamento definitivo. Quando desta modalidade de prisão o próprio Supremo Tribunal Federal asseverou que: “esta modalidade de prisão é regulamentada pela Lei de Execuções Penais (Lei 7.210/1984), que possibilita, inclusive, o sistema de progressão do regime de cumprimento das penas, trata dos direitos e deveres dos presos e determina as sanções às faltas disciplinares, entre outros temas.” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2009)

Isso fica ainda mais grave quando, diante de sua real efetividade, como verdadeira execução penal, não lhe é conferido o mesmo tratamento em relação aos benefícios previstos na Lei de Execução Penal. Por essa razão, face à mudança de entendimento travado em relação à Progressão de Regime, faz-se mister refletir acerca do alcance para os demais benefícios.

Neste sentido, o presente trabalho se propõe a pensar em uma possível extensão do entendimento também para o instituto do Indulto Penal, o qual se trata de um benefício inerente à execução penal e é regulado por decreto presidencial editado anualmente. O indulto funciona como um “perdão humanitário” da pena, o qual apenas extingue a punibilidade do indivíduo, mas em nada afeta os demais efeitos jurídicos decorrentes da prática do delito.

Concedido em sede de execução definitiva, questiona-se: porque não se pensar na concessão do indulto também para os presos provisórios?

Buscando-se enfrentar tal questão, tem-se, no primeiro capítulo, a meta de apresentar uma visão geral acerca do assunto a ser abordado, perpassando brevemente pelos argumentos que serão sustentados ao longo da pesquisa.

Assim, como forma de introduzir o tema, será demonstrado, com base em pesquisas e relatórios recentes, o elevado número de indivíduos que poderiam ser beneficiados com a eventual decisão do Superior Tribunal de Justiça de acordo com esta proposta. Em seguida, serão esclarecidas as principais características e discussões que circundam o assunto da execução provisória, ressaltando-se, ainda, a virada jurisprudencial ocorrida quanto à concessão do benefício da Progressão de Regime para os presos provisórios. Nesse ponto, serão ponderadas algumas reflexões quanto à aplicabilidade dos argumentos que embasaram o novo entendimento relativo à concessão da progressão de regime aos presos provisórios também para a concessão do indulto penal, já que se trata de uma mesma classe de presos.

Em seguida, no segundo capítulo deste trabalho, tratar-se-á a respeito do benefício do Indulto Penal, como forma de se estabelecer a base conceitual necessária para que, ainda nessa mesma fase da pesquisa, seja realizada descrição minuciosa acerca dos argumentos trazidos no bojo dos Habeas Corpus n. 252.733/SP e n. 299.157/SP quanto à concessão do indulto penal para os presos provisórios. Cumpre salientar que também serão trazidos alguns outros casos que se fizerem relevantes à compreensão das reflexões ponderadas, com vistas a se esgotar os possíveis questionamentos que possam surgir em relação ao problema a ser enfrentado nessa pesquisa.

Finalmente, no terceiro capítulo, a proposta será trazida para o contexto da atualidade. Desta forma, será analisado detidamente a sistemática prevista na Lei de Execução Penal e no Decreto Presidencial n. 8380/2014, o qual hodiernamente regula a concessão dos institutos do Indulto Penal e da Comutação de Penas. Este capítulo motiva-se pela tentativa de guiar o posicionamento dos juízes quando inseridos nesta situação, posto que, a meu ver, não há razão para que o Superior Tribunal de Justiça não conceda este benefício aos presos provisórios.

Destaca-se, por fim, que o problema a ser tratado neste trabalho deu-se devido à importância de se pensar na execução penal não apenas como forma de punição, mas também sob a ótica de sua função humanitária. Assim, sendo a realidade brasileira do preso provisório a mesma de um condenado definitivo, torna-se necessário que a ele seja aplicada a Lei de Execução Penal de forma completa, garantindo-lhe a possibilidade de concessão dos benefícios ali previstos.

## **1 A EXECUÇÃO PROVISÓRIA - REFLEXÕES ENTRE A TEORIA E A PRÁTICA**

Inicialmente, considerando que o presente estudo se propõe a verificar a possibilidade de concessão do benefício do Indulto Penal para os presos ainda não condenados em definitivo, é pertinente passar por uma reflexão acerca do número de possíveis beneficiados com esta proposta.

Para tanto, neste primeiro capítulo, serão demonstrados dados percentuais relativos ao número de encarcerados provisoriamente no Brasil de acordo com o relatório da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e do Ministério da Justiça.

Também imprescindível realizar-se uma breve análise acerca das características dos institutos da Execução Provisória, ressaltando a sua efetiva prática no Brasil enquanto cumprimento de pena antecipada. Destacando-se, ainda, a virada jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal quanto à possibilidade de Progressão de Regime também para os presos que não possuem sentença condenatória transitada em julgado.

Assim, cumpridos estes dois requisitos, objetiva-se fornecer a base conceitual suficiente à compreensão do próximo capítulo, no qual se questionará acerca da possibilidade de se estender o entendimento relativo à Progressão de Regime também para o benefício do Indulto Penal, concedendo-o não apenas para os condenados definitivos, mas também para os presos provisórios.

### **1.1 A situação prisional no Brasil**

Há muito tempo os problemas enfrentados pelo Sistema Carcerário Brasileiro vêm sendo assunto recorrente quando se analisa o paralelo existente entre a tendência punitivista do Estado e a justiça criminal brasileira. Dentre os inúmeros documentos que alertam sobre a situação dos presídios brasileiros, destaca-se o relatório elaborado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, intitulado de “Las Condiciones de Detención y Tratamiento en el Sistema Penitenciario Brasileño”:

La Comisión durante los últimos años ha recibido información denunciando condiciones de detención y prisión violatorias de los derechos humanos en las

cárceles de Brasil, y la consiguiente situación de rebeldía constante, a la que en muchos casos los agentes gubernamentales reaccionan con imprevisión, excesiva violencia y descontrol.<sup>2</sup> (grifos nossos) (COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 1997, p. 1)

E mais:

En este sentido, el Grupo de Trabajo sobre Detenciones Arbitrarias constató en su reciente visita a Brasil de marzo de 2013, que de una población 18 penitenciaria total de aproximadamente 550,000 personas, una de las más grandes del mundo, aproximadamente 217,000 están detenidas en espera de juicio; en El Salvador en enero de 2012 observó que de un total de más de 25,400 personas privadas de libertad, 7,376 se encontraban en detención preventiva, de las cuales 970 habían excedido el tiempo máximo de detención provisional establecido en la ley; (COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, 2013, p. 19-20)

59. Brasil es el segundo país de la región, luego de los EEUU, con la mayor cantidad de personas privadas de libertad con 549,577 a mediados de 2012, de los cuales 508,357 estaban en el sistema penitenciario y 41,220 bajo custodia de las policías estatales; de ese total de presos bajo custodia del sistema penitenciario 191,024 estaban en prisión preventiva. Entre junio de 2009 y junio de 2012 el número total de personas privadas de libertad se incrementó en un 17.04%, la población penal del sistema penitenciario en un 24.21% y la población de personas en prisión preventiva en un 27,76%. También es relevante observar que el 27.2% de la población penal en custodia del sistema penitenciario está entre los 18 y 24 años de edad. (COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, 2013, p. 27)

A título de ilustração, destaca-se o gráfico disponibilizado pelo Ministério da Justiça:

---

<sup>2</sup> Retirado de: Capítulo 4 - Informe de Brazil - 1997. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Capítulo IV. p. 1.

Tradução feita pela própria autora: “A Comissão, durante os últimos anos, vem recebendo informações denunciando as condições de detenção e prisão violatórias dos direitos humanos nas prisões do Brasil, e a consequente situação de constante rebeldia, nos quais em muitos casos o Estado acaba por reagir de forma imprevisível, com excessiva violência e descontrolo.”

Destaca-se que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos é um órgão da Organização dos Estados Americanos criado para promover a observância e a defesa dos direitos humanos e para servir como órgão consultivo da Organização nesta matéria. É o que se verifica do Estatuto dessa Comissão, que foi aprovado pela resolução AG/RES. 447 (IX-O/79), e está disponível: <<http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/t.Estatuto.CIDH.htm>> Acesso em 26 out 2015.

FIGURA 1: REGIMES DE DETENÇÃO - CNJ (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA)



Figura 1: Conselho Nacional de Justiça - Jun/2013

É evidente que esse elevado número de encarcerados provisoriamente contribui para a grave situação dos presídios brasileiros. Por essa razão, não são poucos os trabalhos que buscam mecanismos capazes de solucionar a superlotação dos presídios brasileiros, o que inclui a procura por locais para se construir novas penitenciárias, bem como a possibilidade de possíveis penas alternativas, dentre outros pontos.

Essa busca constante, no entanto, acaba se dando em razão da necessidade de se respeitar os direitos fundamentais basilares do Estado Democrático de Direito, destacando-se, aqui, o Princípio da Dignidade Humana, que está expressamente previsto no artigo 1º inciso



III, da Constituição Federal de 1988<sup>3</sup>, que é também sustentáculo para diversas outras passagens do texto constitucional.

Dada a importância dos Princípios Fundamentais consagrados no texto constitucional, é evidente que o processo de execução penal deve estar em consonância com esses permissivos legais. Sobre o assunto, Renato Flávio Marcão assevera que:

A execução penal deve objetivar a integração social do condenado ou do internado, já que adotada a teoria mista ou eclética, segundo a qual a natureza retributiva da pena não busca apenas a prevenção, mas também a humanização. Objetiva-se, por meio da execução, punir e humanizar (MARCÃO, 2005, p. 1).

Garantir que a execução penal cumpra sua função de humanizar não é uma tarefa fácil. Isso porque, conforme já esclarecido, os presídios brasileiros enfrentam a crítica situação de superlotação, não havendo sequer espaço físico necessário para abarcar os indivíduos garantindo-lhes um mínimo de conforto.

Nesse contexto, se pensar em mecanismos que tenham como objetivo alterar quaisquer pontos estruturais dos presídios, ou instrumentos que ensejem alguma consequência para os presos, ainda que de forma secundária, exige que haja uma determinada cautela, dado o elevado número de indivíduos que sofrerão os impactos causados pela prática.

A proposta enfrentada no presente trabalho, portanto, ao destinar-se diretamente à classe de presidiários provisórios, a qual, em verdade, representa uma grande parcela dos presos, preocupa-se não verdadeiramente com o conjunto de seres humanos, mas sim com cada um deles em sua individualidade. Isto porque, caso houvesse apenas um encarcerado provisoriamente, se deveria cogitar a concessão do indulto penal para este indivíduo. A proporção numérica de presos provisórios citada, portanto, apenas demonstra a necessidade de uma resposta o mais breve possível por parte do Superior Tribunal de Justiça, posto que, não apenas um, mas vários poderiam contar com a indulgência soberana.

---

<sup>3</sup> Art. 1º da Constituição Federal de 1988: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Assim, destinando-se aos presos provisórios, objetiva-se com essa pesquisa analisar a concessão do indulto penal para os presos que ainda não possuem condenação definitiva, isto é, ainda permanecem em sede de execução provisória, não possuindo sequer situação processual definida.

Tal proposta surgiu em razão do incômodo causado pelo tratamento desumano que é dado ao encarcerado em geral, o que se agrava ainda mais quando este sequer foi condenado definitivamente, realidade de grande parte dos presidiários brasileiros. Por essa razão, se pensou nas garantias constitucionais em relação a estes indivíduos e nos possíveis instrumentos processuais que auxiliassem a efetivá-las, de modo que, ao analisar um dos presos em sua individualidade, diversos poderiam ser os beneficiários da indulgência soberana.

Um parêntese, nesse ponto, apenas para salientar que, ainda que houvesse apenas um encarcerado provisório no caso do Brasil, seria necessário se analisar a concessão do indulto penal para ele. O elevado número dessa classe de presos citada acima apenas aumenta a amplitude dos efeitos a serem causados caso este estudo possa, de alguma forma, influenciar a possível decisão do Superior Tribunal de Justiça acerca do tema.

Tais dados deveriam ser uma surpresa para qualquer leitor destas pesquisas. No entanto, a verdade é que esse alto índice representa nada além de uma resposta ao atual panorama do sistema penal brasileiro, sendo, desta forma, extremamente previsível. Apesar de a prisão provisória ser, na teoria, apenas uma das hipóteses de prisões cautelares permitidas no Brasil, tal como coloca Cezar Roberto Bittencourt<sup>4</sup>, em sua obra *Tratado de Direito Penal*, o mau uso desse instituto acabou por fazer com que ele seja aplicado quase que indistintamente para todos os casos (BITTENCOURT, 2010, p. 531).

E, ainda que fosse efetivamente tratado como uma medida cautelar, deveria ser tratada não como regra, mas sim como exceção; deveria, em verdade, ser utilizada apenas em situações de urgência, tal como originalmente foi pensada. Até porque, o magistrado, ao

---

<sup>4</sup> Vale a leitura do seguinte trecho:

“Prisão provisória é a prisão processual, ou seja, que pode ocorrer durante a fase processual, antes da condenação transitar em julgado. No Direito vigente temos as seguintes hipóteses de prisão provisória: prisão em flagrante delito, prisão temporária, prisão preventiva, prisão decorrente de sentença de pronúncia e prisão condenatória recorrível. A prisão, em qualquer dessas hipóteses, deve ser descontada da pena aplicada.” (BITTENCOURT, 2010)

analisar o caso, o faz no exercício de sua cognição sumária e com base na fumaça do bom direito, privando investigados e condenados de seu direito de locomoção de modo significativamente mais simplista do que quando o faz por meio do procedimento penal ordinário, quando da prolação de uma sentença penal condenatória.

Esse argumento, de extrema simplicidade em razão da cognição sumária do juízo quando da análise das medidas cautelares, dentre outros, acabou por levar os juristas a repensarem a execução provisória. Foi então que se chegou à recente Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011, que inovou substancialmente o ordenamento jurídico brasileiro no tocante às medidas cautelares. Instituiu que o processo penal agora contaria com dez espécies distintas de medidas cautelares, sendo a prisão preventiva apenas a última opção a ser aplicada no caso concreto<sup>5</sup>.

Apesar de não ser o objetivo principal dessas alterações, a expectativa popular se dava no sentido de que o acréscimo dessas outras medidas cautelares pudesse auxiliar positivamente no problema da superlotação carcerária brasileira atual, o que, infelizmente, não ocorreu:

Dados do Departamento Penitenciário Nacional (Depen) do Ministério da Justiça mostram que a lei ainda não resultou em uma diminuição na população carcerária brasileira (veja gráfico ao lado). Embora o número de presos provisórios tenha crescido menos (o aumento em 2011 foi de 1%, contra 2,9% em 2010), o total de presos provisórios chegou a 217 mil no em dezembro de 2011, último número disponível. (CONJUR, 2012)

Como bem colocou o artigo, é importante que o número de presos provisórios tenha crescido menos, mas, ainda assim, é extremamente elevado o número ocupado por esses indivíduos que ainda não possuem condenação em definitivo nos estabelecimentos prisionais brasileiros. Essa é exatamente a razão de se pensar na proposta aqui apresentada, posto que, ainda que com a recente Lei 12.403/11, os presos provisórios ainda representam uma parcela

---

<sup>5</sup> São essas medidas cautelares:

- uso de tornozeleira eletrônica;
- retenção do valor pago em fiança;
- proibição de ausentar-se da comarca;
- prisão domiciliar;
- comparecimento periódico em juízo;
- recolhimento domiciliar em período noturno;
- proibição de acesso ou frequência a determinados lugares;
- proibição de manter contato com determinada pessoa;
- suspensão do exercício da função pública;
- internação provisória.

significativa da população carcerária brasileira e, portanto, não podem ser deixados à margem dos debates do cenário penal atual.

Sabendo disso, resume-se o problema a ser enfrentado nesta pesquisa como sendo a análise dos possíveis argumentos contrários à concessão do indulto penal aos presos provisórios, de modo a convencer o leitor de que tal concessão é, em verdade, um direito de todo e qualquer preso que cumpra os requisitos necessários para tal.

Diante disso, demonstrada a exata noção da dimensão do problema a ser enfrentado, o tópico seguinte cuidará de fazer uma breve análise acerca do que se entende pelo instituto da Execução Provisória, abordando suas características gerais e a sua aplicabilidade por parte dos Tribunais Superiores Brasileiros, com o objetivo de se estabelecer base sólida capaz de subsidiar as próximas etapas da pesquisa.

## **1.2 A Execução Provisória – aspectos doutrinários**

Conforme esclarecido no tópico anterior, o instituto da Execução Provisória se caracteriza por ser uma execução que não possui o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Nas palavras de Celso Delmanto:

Prisão provisória é aquela a que pode ficar submetido o acusado, antes de a sua condenação tornar-se definitiva, desde que demonstrada, no caso concreto, a sua necessidade cautelar.

(...)

Tais tempos de prisão provisória serão computáveis, mesmo que o acusado os tenha cumprido na forma de prisão especial ou domiciliar. (DELMANTO, 2002, p. 126)

Também nesse sentido as lições de José Frederico Marques:

A prisão cautelar tem por objeto a garantia imediata da tutela de um bem jurídico para evitar as consequências do *periculum in mora*. Prende-se para garantir a execução ulterior da pena, o cumprimento de futura sentença condenatória. Assenta-se ela num juízo de probabilidade: se houver probabilidade de condenação, a providência cautelar é decretada a fim de que não se frustrem a sua execução e seu cumprimento. (MARQUES, 2008, p. 47)

Esse instituto, no entanto, é alvo de grandes debates no âmbito doutrinário e jurisprudencial (DELMANTO, 2002, p. 127). Aury Lopes Jr., por exemplo, defende a

necessidade de trânsito em julgado para que haja o início da execução penal. O ponto central desse argumento, no entanto, centra-se na violação ao princípio da presunção de inocência, garantia fundamental prevista no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal de 1988<sup>6</sup>, caso um indivíduo receba tratamento de condenado antes da existência de uma sentença condenatória transitada em julgado. .

Ou seja, iniciar um processo executório antes mesmo de o acusado ser considerado culpado acarretaria um desrespeito ao princípio da presunção de inocência na medida em que o acusado não mais seria tratado como acusado, mas sim como culpado, já que faria jus a todas as garantias e deveres de um presidiário já considerado culpado.

Sobre o assunto, sustenta Aury Lopes Jr:

Sob a perspectiva do julgador, a presunção de inocência deve(ria) ser um princípio da maior relevância, principalmente no tratamento processual que o juiz deve dar ao acusado. Isso obriga o juiz não só a manter uma posição ‘negativa’ (não o considerando culpado), mas sim a ter uma postura positiva (tratando-o efetivamente como inocente). (LOPES Jr., 2010, p. 229)

De outra sorte, há também aqueles que compreendem que a Execução Provisória não está diante de um juízo de culpabilidade, mas sim de mera cautelaridade<sup>7</sup>. Isto porque, para

---

<sup>6</sup> Nesse sentido, destaca-se o entendimento dos autores Victor Eduardo Rios Gonçalves e Alexandre Cebrian Araujo Reis:

“Apenas quando não forem cabíveis mais recursos contra a sentença condenatória que o réu poderá ser considerado culpado. Referido princípio, como se verá não é absoluto, pois a própria Constituição permite a prisão provisória antes da condenação, desde que preenchidos os requisitos legais (art. 5, LXI).

O Supremo Tribunal, todavia, com base no princípio da presunção de inocência, firmou entendimento de que a pessoa que respondeu ao processo em liberdade não poderá ser presa nem mesmo quando a condenação for confirmada em 2ª instância, se ainda houver recurso pendente de julgamento nos tribunais superiores. O mandado de segurança só poderá ser expedido após o trânsito em julgado do último recurso.” (GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; REIS, Alexandre Cebrian Araujo, 2012, p. 77)

<sup>7</sup> Nessa mesma linha, tem-se:

“*Fumus boni iuris*, isto é, deve haver uma probabilidade do direito pleiteado. Qual o direito que a acusação está pleiteando? A condenação. Se não houver essa probabilidade, não há o *fumus boni iuris*. E o *periculum in mora*? Haverá tal perigo, se o indiciado ou o réu praticar qualquer ato que impeça a regularidade da instrução; se o réu ou indiciado pretender se furtar à prisão. Não deve, porém, o juiz confundir determinado meio de defesa com embaraço à ação judicial.” (NETO, 1994, p. 89-90)

que seja concedida, é necessário que a prisão cautelar processual demonstre concretamente os pressupostos estabelecidos no artigo 312 do Código de Processo Penal<sup>8</sup>.

Nesse sentido, destaca-se o voto proferido pela Ministra Ellen Gracie no Habeas Corpus n. 84.078-7:

[...] A prisão preventiva como todos sabem se dá por garantia da ordem pública. O Ministro Carlos Britto muito brilhantemente nos recordou que este é um princípio extremamente vago, de difícil aplicação, muito mais frequentemente rejeitado no reexame dos Tribunais. Pode ser também decretada por garantia da ordem econômica, e aqui nós estamos diante de uma hipótese ainda mais difícil de ser caracterizada, porque ordem econômica naturalmente é aquela ordem econômica mais ampla, a ordem nacional. Quem sabe talvez pudesse atentar contra a ordem econômica nacional algum ato do presidente do Banco Central; fora disso, realmente, é muito difícil de nós chegarmos a configurar essa hipótese. A terceira hipótese é a da conveniência da instrução criminal, já não aplicável porque a instrução criminal se encerrou. Portanto, ao invés de termos quatro pressupostos, temos apenas três. Ou ainda, a última hipótese: para assegurar a aplicação da lei penal. Neste caso concreto, Senhor Presidente, o Ministro Menezes Direito foi extremamente cuidadoso ao referir que o réu, na hipótese, estava vendendo todo o seu patrimônio, preparando-se, portanto, para colocar-se em condições de exatamente evadir-se à aplicação da lei penal. No entanto, também essa hipótese muito concreta que se verifica aqui não está sendo considerada pelo plenário. Portanto, Senhor Presidente, eu chego à conclusão de que raras, raríssimas serão as hipóteses em que esta Corte concederá qualquer valia, seja à sentença de primeiro grau, onde extensamente foi examinada prova e fato, ou à sua eventual confirmação pelo segundo grau de jurisdição, que como todos sabemos tem ampla liberdade para revisar a produção dessas provas e definir a certeza sobre os fatos. Aguardar, como se pretende, que a prisão só ocorra depois do trânsito em julgado, é algo inconcebível, com todo o respeito. A prevalecer essa tese nenhuma prisão poderia haver no Brasil, mesmo após a condenação pelo juiz ser confirmada por Tribunal de segundo grau, único competente, volto a frisar, para reexaminar a autoria, a materialidade, e a prova dos fatos. Esta análise não podem fazê-lo, nem o Superior Tribunal de Justiça, nem o Supremo Tribunal Federal, tanto que os recursos especial e extraordinário são desprovidos de efeito suspensivo. Não creio, não creio, Senhores Ministros, que a extrema violência que impera no Brasil, e a sensação de impunidade que a morosidade da justiça provoca na sociedade brasileira, estejam a recomendar interpretação diversa da que esta Corte firmou no julgamento do HC nº 72.366. Nesta linha, vale lembrar mais uma vez - [sobre] o precedente que estaríamos quebrando - as palavras do Ministro Francisco Rezek na apreciação de um outro HC, de nº 71.026. Disse Sua Excelência, naquela ocasião: “Há países onde se pode conviver, sem consequências desastrosas, com a tese segundo a qual a pessoa não deveria ser presa senão depois do trânsito em julgado de decisão condenatória. São países onde o trânsito em julgado ocorre com rapidez, porque não conhecem nada semelhante à nossa espantosa e extravagante prodigalidade recursiva”.

---

<sup>8</sup> Destaque para as palavras de Cleber Masson:

“Esse instituto é extremamente favorável ao réu, pois, ressalte-se, se for absolvido em grau recursal, não terá sofrido prejuízo algum. Pelo contrário, uma vez que já estará no regime semiaberto, ou quiçá no aberto, ao passo que, para os que refutam a execução provisória, teria ele aguardado o deslinde do recurso em posição mais gravosa no tocante à privação de sua liberdade. E, se for negado provimento ao recurso, já terá deixado para trás a parte mais severa do cumprimento da pena privativa de liberdade. Aqueles que não admitem a execução provisória, buscam amparo no princípio da presunção de não culpabilidade (CF, art. 5, LVII), alegando que se o acusado deve ser tratado como inocente até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, não se poderia executar previamente a pena. Essa posição, entretanto, é contraditória e insustentável, pois utiliza um direito fundamental justamente para prejudicar o réu, e não para protegê-lo da atuação estatal.” (MASSON, 2011, p. 584-585).

Ainda positivamente, Fernando Capez argumenta que “a prisão processual nada tem a ver com a satisfação da pretensão punitiva, mas sim com a necessidade acautelatória do processo. Daí por que se fala, nesse caso, em norma puramente processual.” (CAPEZ, 2011)

Verdade é que, apesar de um cenário de discussões, o ordenamento processual penal adotou expressamente a execução provisória da pena privativa de liberdade em determinadas situações, sendo que, em todas elas, o preso provisório deverá ter tratamento distinto do condenado definitivo e, por isso, deve permanecer separado deste<sup>9</sup>.

Este tratamento diferenciado decorre, principalmente, do fato de que, a rigor, um preso provisório encontra-se no âmbito da prisão processual, não se podendo falar em uma sentença penal transitada em julgado, tal como já verificado no início deste tópico. Assim, em princípio, tal prisão seria passível, inclusive, de absolvição, revogação ou alteração, e daí a razão para não tratar esse encarcerado como um verdadeiro condenado.

Nesse contexto, o próprio Sistema Interamericano estabeleceu alguns parâmetros para guiarem a aplicação deste instituto, a saber:

1. Neste aspecto, há mais de duas décadas os órgãos do Sistema Interamericano interpretam e aplicam estas normas, estabelecendo que das mesmas se obtêm, em síntese, os seguintes parâmetros: (i) A detenção preventiva deve ser a exceção e não a regra; (ii) os objetivos legítimos e permissíveis da detenção preventiva devem ter caráter processual, tal como evitar o perigo de fuga ou obstáculos do processo; (iii) consequentemente, a existência de indícios de responsabilidade não constitui razão suficiente para decretar a detenção preventiva de uma pessoa; (iv) mesmo existindo fins processuais, requer-se que a detenção provisória seja absolutamente necessária e proporcional, no sentido de que não existam outros meios menos excessivos para alcançar o fim processual que se persegue e que não se afete desproporcionalmente a liberdade pessoal; (v) todos os aspectos anteriores requerem uma motivação individualizada que não pode ter como sustento presunções; (vi) a detenção preventiva deve se decretar pelo tempo estritamente necessário para cumprir o fim processual, o que implica uma revisão periódica dos elementos que deram lugar a sua procedência; (vii) a manutenção da detenção preventiva por um prazo não razoável equivale à prorrogação da pena; e (viii) no caso de meninos, meninas e adolescentes os critérios de precedência da detenção preventiva devem se aplicar com maior rigorosidade, procurando-se um maior uso de outras medidas cautelares ou o julgamento em liberdade; (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2013)

---

<sup>9</sup> Art. 84, caput, da Lei de Execução Penal: O preso provisório ficará separado do condenado por sentença transitada em julgado.

Art. 102 da Lei de Execução Penal: A cadeia pública destina-se ao recolhimento de presos provisórios.

Infelizmente, no entanto, os números destacados no tópico anterior demonstram a ineficácia destes parâmetros na aplicabilidade da execução provisória no caso brasileiro, especialmente no tocante à prisão preventiva ser a regra e não a exceção. Essa valorização do instituto da Execução Provisória é, dentre outras razões, resposta ao problema relativo à morosidade por parte do Poder Público na prestação jurisdicional e a necessidade de se buscar soluções mais rápidas às controvérsias da sociedade.

Os outros requisitos, como bem destaca o defensor público coordenador do Núcleo de Situação Carcerária, Dr. Patrick Cacicedo, quando interrogado pela Carta Capital, tampouco são respeitados:

O Brasil é conhecido internacionalmente como um país que extrapola qualquer limite no número de prisões preventivas. É uma prisão que pela Constituição é excepcionalíssima e na prática ela é a regra. No fim das contas, serve como uma forma antecipada de pena e como forma de contenção social mesmo.

(...)

Pela lei e pela nossa Constituição, que diz que ‘ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória’, ela só deve ser utilizada quando se tiver elementos concretos que mostrem que aquela pessoa vai atrapalhar o andamento do processo de alguma maneira, fugir, em casos de crimes contra a ordem econômica do país ou para a garantia da ordem pública. E é aí que se prende mais. Porque ninguém sabe o que é ‘ordem pública’. É um termo vago. Quando não se tem um motivo concreto – e quase nunca tem – ela faz valer a grande maioria das prisões preventivas. (CARTA CAPITAL, 2015)

Verdade é que, apesar de autores apresentarem entendimentos positivos acerca do instituto da execução provisória, sustentando que esta deve ser vista como uma garantia dada ao acusado de quitar suas dívidas com a sociedade do modo mais rápido possível, sem que seja prejudicado pela morosidade do Poder Judiciário, para que fosse efetivamente uma garantia, seria necessário conferir a ela tratamento distinto em relação ao que hoje se dá.

É necessário que a aplicação deste instituto não só respeite o disposto na Lei de Execução Penal quanto ao estabelecimento de cumprimento e quanto à exigência de que se permaneça em local separado do condenado em definitivo, mas também garanta a possibilidade de concessão à execução provisória de todo e qualquer benefício que esteja previsto na LEP para a execução definitiva, posto que, caso assim não seja na prática, tal instituto representaria, em suma, uma verdadeira relativização da liberdade do apenado.

É relevante pensar sobre este ponto no Brasil, posto que, apesar de um cenário de discussões, a Execução Provisória é, em síntese, como já dito, aplicada quase que



indiscriminadamente para todos os casos, razão pela qual se faz necessário repensar a aplicação deste instituto para que seja utilizado como verdadeiro instrumento de quitação com a sociedade por parte do apenado, e não como mera restrição do direito à liberdade.

### **1.3 Virada jurisprudencial: a progressão de regime para os presos provisórios**

Um primeiro ponto a se pensar quanto à possibilidade de concessão de benefícios previstos na Lei de Execução Penal também para o preso provisório diz respeito à progressão de regime em sede de execução provisória.

Há alguns anos atrás, o entendimento majoritário dava-se no sentido da impossibilidade de concessão da progressão de regime para o preso provisório. Isto porque a interpretação da lei era feita de modo extremamente restritivo, no sentido de que apenas o condenado poderia pleitear o cumprimento de sua pena em regime mais brando e, assim, caso o indivíduo ainda estivesse com uma situação indefinida, não seria possível deferir tal pedido. Entendia-se que tal concessão resultaria em uma incongruência. Ela seria concedida e sobrevindo nova condenação, teria que ser revogada, para que se determinasse a regressão para regime prisional mais rigoroso. O prejuízo para a adaptação do condenado, nessa hipótese, seria imprevisível (MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO).

Desta forma, o entendimento jurisprudencial predominante era pela necessidade de uma situação penal definida para que fosse possível requerer a progressão de regime prisional mais brando (RAgExec. 719.221/6, 2006). Tal situação definida seria, portanto, a necessidade de se obter uma sentença penal condenatória transitada em julgado.

Este pensamento já não representa o entendimento jurisprudencial e doutrinário atual<sup>10</sup>. Isto porque, da análise dos diplomas legais sobre a Execução Provisória, percebe-se que o legislador tinha a intenção de tratar a execução provisória nos mesmos moldes da execução definitiva em relação ao que fosse possível. Veja-se:

Art. 2º A jurisdição penal dos Juízes ou Tribunais da Justiça ordinária, em todo o Território Nacional, será exercida, no processo de execução, na conformidade desta Lei e do Código de Processo Penal. Parágrafo único. Esta Lei aplicar-se-á igualmente ao preso provisório e ao condenado pela Justiça Eleitoral ou Militar, quando recolhido a estabelecimento sujeito à jurisdição ordinária.

Art. 42 - Computam-se, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em qualquer dos estabelecimentos referidos no artigo anterior.<sup>11</sup>

Percebe-se que, em relação à concessão do benefício da progressão de regime, o legislador efetivamente objetivou que a contagem temporal cumprida em sede de execução provisória fosse computada para que o apenado pudesse requerer um regime mais brando<sup>12</sup>. A matéria foi, inclusive, sumulada pelo Supremo Tribunal Federal:

**SÚMULA 716:** ADMITE-SE 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.

**SÚMULA 717:** NÃO IMPEDE A PROGRESSÃO DE REGIME DE EXECUÇÃO DA PENA, FIXADA EM SENTENÇA NÃO TRANSITADA EM JULGADO, O FATO DE O RÉU SE ENCONTRAR EM PRISÃO ESPECIAL.

---

<sup>10</sup> Vale a leitura:

“A progressão é forma de cumprimento da pena e pressupõe a execução penal, ou seja, que a sentença condenatória tenha transitado em julgado. Assim, não tem direito a ela, evidentemente, o preso provisório. No entanto, há decisão do STF reconhecendo, por exceção, ser possível a progressão provisória de regime prisional, desde que transitada em julgado para a acusação a sentença condenatória e presentes os requisitos para a progressão, inclusive o exame criminológico. Essa Corte acabou editando a Súmula 716, cujo teor é o seguinte ‘Admite-se 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’. No mesmo sentido é o teor da Súmula 717: ‘Não impede a progressão de regime de execução da pena fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu encontrar-se em prisão especial’”. (CAPEZ, 2011. p. 405-406)

<sup>11</sup> O instituto da Execução Provisória encontra respaldo legal no artigo 42 do Código de Processo Penal Brasileiro, bem como no artigo 2º da Lei n. 7.210 (Lei de Execução Penal).

<sup>12</sup> Cleber Masson, ao tratar a respeito da Execução Provisória, dispõe que “é o instituto que permite ao condenado à pena privativa de liberdade e que se encontra preso cautelarmente pleitear a progressão de regime prisional e outros benefícios antes do trânsito em julgado da decisão judicial proferida em seu desfavor” (MASSON, 2011, p. 583)

Nesta mesma linha opera a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

CRIMINAL. HC. ROUBO QUALIFICADO. TENTATIVA. FALSA IDENTIDADE. RESISTÊNCIA. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. CONCESSÃO DE PROGRESSÃO DE REGIME. APLICAÇÃO DA SÚMULA N.º 716/STF. ARGUMENTOS NÃO APRECIADOS NA ORIGEM. POSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO DA MATÉRIA NA VIA DO HABEAS CORPUS. QUESTÃO DE DIREITO. DECRETO PRISIONAL EXARADO EM OUTRO FEITO. FATO QUE NÃO IMPEDE A ANÁLISE DOS REQUISITOS PARA A OBTENÇÃO DA BENESSE PLEITEADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA. I. Hipótese na qual se sustenta que o paciente já teria direito à obtenção de progressão de regime prisional, em virtude do preenchimento dos requisitos legais, apesar da inexistência de trânsito em julgado da condenação, devendo ser aplicado ao caso o disposto na Súmula n.º 716/STF. II. Evidenciado que o mérito do tema levantado não foi objeto de debate e decisão por parte de órgão colegiado do Tribunal de origem, sobressai a incompetência desta Corte para o exame da matéria, sob pena de indevida supressão de instância. III. O fato de o acusado ter tido sua prisão decretada em outro processo, apesar de impedir sua imediata colocação em regime menos gravoso, não prejudica a análise dos requisitos necessários à obtenção da progressão de regime prisional. IV. O enfrentamento das alegações apresentadas pela defesa, em princípio, não pressupõe a análise do conjunto fático-probatório, sendo suficiente analisar questão de direito, referente à possibilidade de concessão da progressão de regime durante a execução provisória. V. Deve ser determinado que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo examine o mérito das alegações formuladas em favor do paciente no writ originário. VI. Ordem concedida, nos termos do voto do Relator.

(STJ - HC: 74744 SP 2007/0009247-6, Relator: Ministro GILSON DIPP, Data de Julgamento: 22/05/2007, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 29.06.2007 p. 681) (COLOCAR TAMBEM EM REFERENCIAS; NÃO PRECISA RETIRAR DAQUI, EU ACHO)

HABEAS CORPUS. CONDENAÇÃO PELA PRÁTICA DE CRIMES DE ESTELIONATO, FALSIDADE IDEOLÓGICA E USO DE DOCUMENTO FALSO. PEDIDO DE EXPEDIÇÃO DE GUIA DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. RÉU SOLTO. HABEASCORPUS DENEGADO. 1. A pendência de julgamento do recurso de apelação interposto pelo Ministério Público não obsta a obtenção de benefícios na execução da pena, à teor do que dispõe o Enunciado 716 da Súmula do Supremo Tribunal Federal: "admite-se 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". 2. No caso específico dos autos, contudo, o Paciente não se encontra preso preventivamente, o que impede a pretendida expedição de guia provisória de cumprimento de pena. 3. Habeas corpus denegado.

(STJ - HC: 256482 SP 2012/0212472-7, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 16/04/2013, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 23/04/2013)

São também as lições de Norberto Avena:

Pois bem, quer se trate de preso provisório, quer se trate de preso definitivo, ambos estão sujeitos ao mesmo tratamento jurídico, o que implica conferir-lhes os mesmos direitos e deveres, no que for compatível evidentemente com o texto expresso da lei. Nesse viés, já decidiu o STF que o preso provisório possui direito à progressão do

regime prisional, bastando que a decisão criminal tenha transitado em julgado para a acusação. No mesmo sentido, a Súmula 716 do STF dispõe que ‘admite-se 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’; e a Súmula 717 da mesma Corte, no sentido de que ‘não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial’. (AVENA, 2014, p. 11)

Nessa esteira, destaca-se que a execução provisória da pena é admitida desde que estejam devidamente demonstrados os requisitos da custódia cautelar<sup>13</sup>. Assim, ainda que não haja o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, expede-se a chamada guia de recolhimento provisório e, nesse contexto, deveria ser permitido que o preso provisório gozasse de todos os benefícios previstos na Lei de Execução Penal, assim como o é em relação à Progressão de Regime<sup>14</sup>.

Apenas a título de esclarecimento, em caso de haver o trânsito em julgado para a acusação, a possibilidade de progressão de regime é calculada com base na pena que foi aplicada ao preso. De modo distinto, caso haja a pendência de recurso da acusação, deve ser tomada como base de cálculo a pena máxima cominada em abstrato, a qual será considerada a situação mais grave possível de ser suportada pelo réu<sup>15</sup>.

#### **1.4 Considerações parciais do capítulo**

Feitas as considerações basilares acerca da execução provisória, chega-se, agora, ao ponto que enseja a maior discussão. O próximo capítulo cuidará de realizar breve análise

---

<sup>13</sup> STF, HC 84078, Relator Ministro Eros Grau, Tribunal Pleno, DJe 25.02.2010.

<sup>14</sup> Veja:

“A jurisprudência do STF já não reclama o trânsito em julgado da condenação nem para a concessão do indulto, nem para a progressão de regime de execução, nem para o livramento condicional (HC 76.524, DJ 29.08.83, Pertence). No caso, o paciente — submetido à prisão processual, que perdura por mais de 2/3 da pena fixada na condenação, dada a demora do julgamento de recursos de apelação — tem direito a progressão de regime de execução ou a concessão de livramento condicional, exigindo-se, contudo, o preenchimento de requisitos subjetivos para a deferimento dos benefícios. II. *Habeas corpus*: deferimento, em parte, para que o Juízo das Execuções ou o Juízo de origem analise, como entender de direito, as condições para eventual progressão de regime ou concessão de livramento condicional” (CAPEZ, 2011, p. 531-532)

<sup>15</sup> STF, HC 90893/SP e Informativo n. 470.

acerca das características gerais do Indulto Penal, objetivando fornecer base suficiente para entender as possíveis dificuldades de se conceder esse benefício aos presos provisórios.

A partir da análise de casos concretos, o segundo capítulo deste trabalho tentará responder aos possíveis questionamentos suscitados quando da reflexão acerca dessa concessão. São alguns deles: qual seria a consequência de se conceder o indulto penal a um preso provisório? Qual seria a distinção processual entre o benefício do indulto e o da progressão de regime que impediria que o entendimento jurisprudencial relativo à progressão se estendesse ao indulto? E, caso concedido, até que ponto essa concessão seria benéfica para o preso provisório?

Essas questões, dentre outras, são questões que exigem um debate aprofundado acerca do tema, já que, conforme será demonstrado, atualmente o indulto penal possui como pressuposto a existência de trânsito em julgado da sentença condenatória. Caso se entenda em sentido contrário, é necessário que se analise as possíveis consequências para o sistema processual penal brasileiro.

Assim, no que toca ao ponto de análise do presente capítulo, cabe mencionar que se buscou realizar uma breve contextualização com o objetivo de fornecer uma base sólida capaz de subsidiar as próximas etapas da pesquisa. Por essa razão, se abordou brevemente a realidade carcerária brasileira, com objetivo não de justificar a necessidade da proposta aqui enfrentada, mas sim de demonstrar a amplitude do impacto causado, caso entenda o Superior Tribunal de Justiça no sentido de conceder o indulto penal aos presos provisórios.

Em seguida, também se buscou adentrar brevemente as características principais do instituto da Execução Provisória, propondo que o leitor pense nesse instituto não como uma medida cautelar como originalmente prevista, mas sim como se dá na prática: verdadeiro cumprimento antecipado da pena.

Esclareceu-se que, apesar de haver decisão pela inconstitucionalidade da Execução Provisória, a edição de lei que indica tal medida como última medida a ser tomada, tal instituto ainda marca fortemente o sistema penal brasileiro. Isto porque, até pouco tempo atrás, a execução provisória era aplicada quase que indiscriminadamente para todos os crimes.

E, nesse sentido, referida prática se deu como uma das principais razões para que a atual situação dos presídios brasileiros fosse de superlotação e dificuldade de respeito às garantias fundamentais mínimas aos encarcerados. O elevado percentual de presos provisórios relatado no primeiro tópico deste capítulo representa um real problema para a sociedade, posto que, ante a atual realidade, os presídios acabam por serem verdadeiros produtores de reincidentes, ao invés de contribuir para que o indivíduo possa quitar sua dívida com a sociedade e ser reinserido nela quando de sua saída.

Por essa razão, pergunta-se: por que não se pensar em mecanismos que possam ter consequências positivas no problema relativo à superlotação carcerária brasileira? É evidente que essa prática não pode se dar de qualquer maneira, mas deve preencher determinados requisitos de forma que não causem maiores danos à sociedade. Entretanto, a concessão dos benefícios previstos na Lei de Execução Penal aos presos provisórios são, além de um direito de toda e qualquer classe de preso, uma verdadeira oportunidade de melhoria das condições dos estabelecimentos carcerários.

Isto porque, conforme já esclarecido no presente capítulo, é necessário que a Execução Provisória seja aplicada de modo que sirva como instrumento de redenção das dívidas do preso com a sociedade do modo mais célere possível e, para tanto, deve conter as garantias e benefícios que são inerentes à Execução definitiva. Caso contrário, faz sentido se falar em inconstitucionalidade da execução provisória já que, em verdade, tal medida seria ainda pior do que a execução em definitivo.

Desta forma, demonstrou-se a mudança de entendimento em relação à concessão da progressão de regime para os presos provisórios. Verificou-se que, há algum tempo, não existia a possibilidade de concessão desses benefícios antes de uma situação penal clara e definida, e, atualmente, a matéria restou, inclusive, sumulada pelo Supremo Tribunal Federal no sentido de que deve ser computado para fins de contagem temporal o tempo cumprido em execução provisória para a concessão desse benefício.

Assim, tem-se que o referido capítulo buscou resgatar alguns aspectos teóricos e jurisprudenciais importantes e esclarecer o problema a ser enfrentado no presente trabalho, fornecendo as bases suficientes para a compreensão do próximo capítulo.

## **2 O INDULTO PENAL E A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA: ANÁLISE ARGUMENTATIVA DE CASOS CONCRETOS**

Esclarecidos os conceitos basilares acerca do instituto da Execução Provisória, bem como a importância de se pensar as garantias constitucionais em relação ao preso provisório, a proposta deste capítulo consiste em observar os principais fundamentos utilizados pela jurisprudência nos casos de pedidos de concessão do indulto para encarcerados provisoriamente.

Primeiramente, para auxiliar na compreensão dos argumentos tratados, será feita breve explicação acerca do instituto do indulto penal. Desde já, cabe destacar que o principal ponto em relação a este capítulo consiste em criticar o pressuposto básico da existência de trânsito em julgado da sentença penal condenatória para a concessão do indulto penal<sup>16</sup>.

Após, serão trazidos dois *habeas corpus* oriundos de decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, os quais hoje tramitam no Superior Tribunal de Justiça, e são de extrema relevância para a discussão sobre o assunto. Esses casos abordam de forma sintetizada alguns dos questionamentos sobre os efeitos decorrentes de uma possível concessão de indulgência soberana aos presos provisórios.

### **2.1 O benefício do Indulto Penal - características gerais**

Demonstrado o manifesto posicionamento jurisprudencial e doutrinário positivo quanto à aplicação do tempo de execução provisória para a concessão do benefício da progressão de regime para o réu, no qual se faz necessário apenas o enquadramento do preso em relação aos requisitos objetivo e subjetivo previstos na Lei de Execução Penal, tem-se como missão deste tópico analisar as principais características do Indulto Penal.

---

<sup>16</sup> Nesse sentido tem-se o já citado HC 90.893/SP, de relatoria da Ministra Carmen Lucia, na 1ª Turma do STF.

Assim, objetivando fornecer as bases necessárias para que se possa dar seguimento à proposta enfrentada, será realizada, nesta parte do estudo, um breve esclarecimento acerca do conceito, da natureza jurídica e da aplicabilidade do instituto do indulto penal.

Primeiramente, faz-se necessário conceituar o benefício. Neste ponto, destaca-se o entendimento de Fernando Capez:

O indulto é medida de ordem geral, e a graça de ordem individual, embora, na prática, os dois vocábulos se empreguem indistintamente para indicar ambas as formas de indulgência soberana. Atingem os efeitos executórios penais da condenação, permanecendo íntegros os efeitos civis da sentença condenatória. A Constituição Federal não se refere mais à graça, mas apenas ao indulto (CF, art. 84, XII). A LEP passou, assim, a considerar a graça como indulto individual. (MARQUES apud Capez, 2010, p. 425-426)

Como primeira classificação a ser abordada, há que se ter em mente duas possibilidades de concessão do indulto: condicional e incondicional. Em sua forma incondicional, como o próprio nome esclarece, a concessão deste benefício não se submete ao preenchimento de nenhuma condição futura. De modo distinto, ensina Capez que o indulto condicional:

É o indulto submetido ao preenchimento de condição ou exigência futura, por parte do indultado, tal como boa conduta social, obtenção de ocupação lícita, exercício de atividade benéfica à comunidade durante certo prazo etc. Caso a condição seja descumprida, deixa de subsistir o favor, devendo o juiz determinar o reinício da execução da pena. (FILHO, A, 1958, p. 189)

Assim, caso condicionado, como o próprio nome esclarece, a benesse acaba por ficar submetida à concretização de alguma condição; condição esta que, geralmente, está prevista no Decreto Presidencial que regula a matéria. E, no entanto, caso seja incondicionado, representa alguma das situações em que esse sentimento de perdão humanitário não está ligado a nenhuma condição específica.



Quanto à sua aplicabilidade, ressalta-se que o indulto pode ser total ou parcial. Quando na sua forma parcial, o indulto funciona tal como o instituto da Comutação de Pena<sup>17</sup>:

O Indulto não se confunde com a comutação de pena. No primeiro caso a punibilidade é extinta por inteiro enquanto no segundo somente uma parcela do cumprimento da pena é extinta ou a sanção é substituída por outra mais favorável. Tal distinção tem sido normativamente consagrada, como se pode observar pelo Decreto n. 1.645 de 26/09/95, que distingue perfeitamente ambas as situações (artigos 1 e 2). Para alguns condenados, o Indulto extingue o cumprimento do restante da pena privativa de liberdade; para outros, a comutação apenas reduz uma parte (de um terço a um sexto) do total a ser cumprido. (CORDEIRO, 2006, p. 61)

Quando concedido em sua totalidade, o indulto extingue a pena total, ou, caso já tenha sido cumprida uma parte, extingue o restante dela, de modo que o indivíduo não mais tenha que permanecer encarcerado.

Tal instituto pode, ainda, ser classificado como individual<sup>18</sup> ou coletivo. Quando individual, o indulto refere-se, em verdade, ao instituto da graça, e sua principal diferença em relação ao indulto coletivo é a de incidir sobre a pessoa, e não sobre o fato, tal como em sua modalidade coletiva o faz<sup>19</sup>.

Para fins do presente estudo, interessa-nos somente o indulto coletivo, o qual, nas palavras de Norberto Avena se trata de:

“(...) forma de indulgência concedida espontaneamente pelo Presidente da República (podendo ser delegada esta atribuição aos Ministros de Estado, ao Procurador-Geral da República ou ao Advogado-Geral da União, nos termos do art. 84, parágrafo

---

<sup>17</sup> Nesse sentido:

A comutação da pena, como modalidade de indulto, também consiste em discricionariedade do Presidente da República (STJ: HC 126.077/SP, rel. Min. Maria Thereza tís Assis Moura, 6. “Turma, |, 05.10.2010, noticiado no Informativo 450).

<sup>18</sup> Em verdade, o indulto é uma medida coletiva. Entretanto, atualmente a Lei de Execução Penal menciona a existência de indulto individual, que nada mais é do que a Graça, que está prevista como causa de extinção de punibilidade no Código Penal Brasileiro. A diferença da Graça, atual indulto individual, para o Indulto coletivo é que o coletivo incide sobre o fato, e a individual incide sobre a pessoa. Sugere-se a leitura das lições de Fernando Capez indicadas na primeira citação da página 32 deste trabalho.

<sup>19</sup> São os ensinamentos de Fernando Capez:

“O indulto é medida de ordem geral, e a graça de ordem individual, embora, na prática, os dois vocábulos se empreguem indistintamente para indicar ambas as formas de indulgência soberana. Atingem os efeitos executórios penais da condenação, permanecendo íntegros os efeitos civis da sentença condenatória”. A Constituição Federal não se refere mais à graça, mas apenas ao indulto (CF, art. 84, XII). A LEP passou, assim, a considerar a graça como in- dulto individual.” (CAPEZ, 2011, p. 592).

Nesse mesmo sentido, Rogério Sanches e Luiz Flávio Gomes defendem que “o indulto é concedido para pessoas, enquanto a anistia é concedida para fatos”. (GOMES; CUNHA, 2010, p. 637)

único, da CF) a determinado grupo de condenados ou submetidos a medida de segurança que preencherem os requisitos exigidos pelo decreto. Esses requisitos poderão ser objetivos (por exemplo, o cumprimento de certo tempo de pena) ou subjetivos (tais como a primariedade e a conduta carcerária) e deverão ser analisados pelo juiz da execução penal, ouvido o Ministério Público” (AVENA, 2014, p. 1058 - 1059).

E, mais adiante, alerta o mesmo autor:

“O benefício, normalmente, destina-se a condenados submetidos a determinado tempo de pena. Por exemplo, ao normatizar o indulto natalino no ano de 2012, estabeleceu o Decreto 7.833 que seriam beneficiadas, entre outras situações, as pessoas ‘condenadas a pena privativa de liberdade não superior a oito anos, não substituída por restritivas de direitos ou multa, e não beneficiadas com a suspensão condicional da pena que, até 25 de dezembro de 2012, tenham cumprido um terço da pena, se não reincidentes, ou metade, se reincidentes’”. (AVENA, 2014, p. 1059).

Conforme afirmado, atualmente o Indulto não mais é visto tal como o era em sua acepção original. É hoje concedido, ainda aparentemente, com base no sentimento de perdão humanitário, mas em situações mais específicas e definidas, a exemplo do período natalino. Isso, no entanto, representa um verdadeiro desvio em relação à finalidade do indulto penal, já que, como bem esclarecem Luiz Flávio Gomes e Rogério Sanches, “o indulto nada tem a ver com as saídas temporárias do preso (no natal, na páscoa, etc, visto que estas últimas apenas visam a proporcionar a integração do preso com a família e a comunidade)” (GOMES; CUNHA, 2010, p. 644).

Quanto à competência para sua concessão o artigo 84, inciso XII, da Constituição Federal, prevê a competência privativa do Presidente da República para a concessão do Indulto Penal, permitindo a ele delegar a atribuição ao Ministro de Estado ou a outras autoridades<sup>20</sup>.

Esgotada a classificação doutrinária acerca do instituto, passa-se ao procedimento a ser adotado para a concessão do indulto coletivo. Novamente, Fernando Capez ensina que:

**Procedimento do indulto coletivo:** o indulto coletivo é concedido espontaneamente por decreto presidencial. Segundo Mirabete, “ele abrange sempre um grupo de sentenciados e normalmente inclui os beneficiários tendo em vista a duração das penas que lhe foram aplicadas, embora se exijam certos requisitos subjetivos

---

<sup>20</sup> “Já quanto à *graça* e ao *indulto*, constituem-se em outras formas de indulgência do poder público, também importando em extinção da punibilidade (art. 107, II, do CP). Ambos apenas podem ser concedidos pelo Presidente da República, embora possa ele delegar essa atribuição ao Ministro de Estado ou a outras autoridades, nos termos do art. 84, XII e parágrafo único, da Constituição Federal”. (AVENA, 2014)

(primariedade etc.) e objetivos (cumprimento de parte da pena, exclusão dos autores da prática de algumas espécies de crimes etc.)”<sup>608</sup>. Pode-se citar a título de exemplo o Decreto n. 1.860, de 11 de abril de 1996, que não beneficia os condenados pelos crimes previstos no art. 157, § 2º, II e III, do CP, tentados ou consumados. Concedido o indulto por meio de decreto, deverá ser anexada aos autos cópia do decreto, quando então o juiz declarará extinta a pena ou ajustará a pena aos termos do decreto no caso de comutação (LEP, art. 192). O juiz poderá atuar de ofício, a requerimento do interessado, do Ministério Público, ou por iniciativa do Conselho Penitenciário ou de autoridade administrativa (LEP, art. 193).

Quanto ao momento para aferição dos requisitos objetivos e subjetivos do indulto, há posicionamento no sentido de que o exame dos requisitos objetivos e subjetivos deve ser feito com base na situação do sentenciado à época do decreto e não no momento da decisão concessiva do benefício pelo juiz. Há, por outro lado, posicionamento no sentido de que a análise das condições deve ser feita por ocasião da sentença e abrange todo o período a ela antecedente, antes e depois da publicação do decreto. Desse modo, ao contrário do direito adquirido, o candidato ao indulto ou redução de pena tem somente expectativa de direito, devendo reunir todos os pressupostos legais no momento da decisão judicial. (CAPEZ, 2011, p. 592-593)

Feitas as considerações relativas à conceituação, classificação e os efeitos que decorrem da benesse tratada, passa-se, por ora, ao primeiro ponto a ser destacado: o sentido original de indulto penal, em sua acepção coletiva, apresenta como pressuposto básico o trânsito em julgado da sentença penal condenatória para sua concessão (JESUS, 2008, p.10).

Tal exigência não está expressamente prevista no ordenamento jurídico pátrio, e, ao manifestar-se sobre o assunto, a própria jurisprudência vem modificando seu entendimento no sentido de se conceder o indulto ainda que não tenha transitado em julgado a sentença condenatória:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR. CONCESSÃO DO INDULTO SEM O TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. POSSIBILIDADE. TEMPO DE PRISÃO CAUTELAR. REQUISITO OBJETIVO. NEGADO PROVIMENTO. UNÂNIME. É possível a concessão do indulto antes do trânsito em julgado da Sentença condenatória, desde que inviável a modificação do quantum da pena imposta. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. O artigo 6º, inciso II, do Decreto nº 8.380/2014, estabeleceu, expressamente, o cabimento do indulto na pendência de Recurso da Acusação que não objetive majorar a quantidade da pena imposta. Consoante o entendimento dos Pretórios, é possível o cômputo do tempo de prisão cautelar para aferição do requisito objetivo estabelecido para a concessão do indulto. Cumpridos os requisitos subjetivos e objetivos estabelecidos pelo Decreto nº 8.380/2014, de 24 de dezembro de 2014, deve ser mantida a extinção da punibilidade pela concessão do indulto. Recurso em Sentido Estrito a que se nega provimento. Unanimidade.

(STM - RSE: 00000430620157070007 PE , Relator: Cleonilson Nicácio Silva, Data de Julgamento: 27/05/2015, Data de Publicação: Data da Publicação: 11/06/2015 Vol: Veículo: DJE)

Salienta-se, no entanto, que, apesar de alguns autores<sup>21</sup> entenderem que o Supremo Tribunal Federal não mais defende a necessidade de trânsito em julgado para a concessão do indulto penal, os tribunais brasileiros, acabam por negar provimento a um grande número de pedidos de concessão de indulto, geralmente sob dois fundamentos: pendência de recurso que visa majorar a pena - tal como no caso acima -, e por entenderem pela ausência de um dos requisitos objetivos ou subjetivos exigidos no decreto presidencial vigente à época.

Tal questão, no entanto, é bastante controversa. A doutrina majoritária, infelizmente, costuma defender a necessidade de trânsito em julgado para a concessão do indulto<sup>22</sup>. No entanto, há também doutrinadores que argumentam no sentido de não ser necessária a configuração dessa exigência. Nesse sentido, Cleber Masson ensina que:

O indulto propriamente dito, ou indulto coletivo, é modalidade de clemência concedida espontaneamente pelo Presidente da República a todo o grupo de condenados que preencherem os requisitos, apontados pelo decreto.

**Não se faz necessário o trânsito em julgado da sentença condenatória para sua concessão.**

O indulto leva em consideração a duração da pena aplicada, bem como o preenchimento de determinados requisitos subjetivos (exemplo: primariedade) e objetivos (exemplo: cumprimento de parte da pena). (MASSON, 2011, p. 861).<sup>23</sup> (grifos nossos)

---

<sup>21</sup> Também nesse sentido, são as palavras de Dámasio (JESUS, 2008, p. 10):

“Nossos Tribunais, entretanto, tem admitido o indulto na pendência de apelação do réu, desde que a sentença já tenha transitado em julgado para a acusação.” e, como embasamento, cita o precedente RT, 507:461.

Ainda nesta linha, Cleber Masson (MASSON, 2011, p.762):

“Todavia, o Supremo Tribunal Federal tem admitido a concessão do livramento condicional em sede de execução provisória, isto é, com o trânsito em julgado da condenação apenas para a acusação. A propósito: “A jurisprudência do STF já não reclama o trânsito em julgado da condenação nem para a concessão do indulto, nem para a progressão de regime de execução, nem para o livramento condicional”<sup>4</sup> Nesse caso, também será competente o juízo da execução.”

<sup>22</sup> Tem-se também as lições de Rogério Sanches e Luiz Flávio Gomes sobre a necessidade de trânsito em julgado da sentença condenatória, ao menos para a acusação:

“O indulto pressupõe sentença penal irrecorrível, ou seja, em regra o indulto (coletivo ou individual) só é concedido após o trânsito em julgado final da sentença condenatória. Excepcionalmente pode haver indulto quando a sentença já transitou em julgado (só) para a acusação.” (GOMES; SANCHES, 2010, p. 645)

Ainda nessa esteira:

“Quanto às causas de extinção da punibilidade, há de se distinguir aquelas „que somente operam antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória decadência, perempção, renúncia ao direito de queixa ou perdão do ofendido, retratação), daquelas que só podem ocorrer depois do trânsito em julgado (indulto e a graça).” (LIMA, 2011, p. 888)

<sup>23</sup> Ressalta-se que sustentando tal argumento, Cleber Masson cita o entendimento relativo ao HC 87.801/SP, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, da 1 Turma, j. 02.05.2006.

Destaca-se, no entanto, que apesar de concordar com a ausência de necessidade de trânsito em julgado para a concessão do indulto penal, Cleber Masson limita-se a essa afirmativa e não esclarece as razões que embasam seu entendimento. Entretanto, tal tema vem ensejando a curiosidade de outros autores no meio acadêmico que, apesar de não esclarecerem suas razões, demonstram grande curiosidade sobre o assunto<sup>24</sup>.

Tais questões serão abordadas com maior profundidade no próximo tópico deste capítulo. Por ora, cabe-nos entender os efeitos que podem decorrer da concessão deste benefício.

Sobre o assunto, Celso Delmanto nos ensina que o indulto “apenas extingue a punibilidade, persistindo os efeitos do crime, de modo que o condenado que o recebe não retoma à condição de primário” (DELMANTO, 1991, p. 165). Isto é, “só atinge os efeitos principais da condenação, subsistindo todos os efeitos secundários penais e extrapenais” (CAPEZ, 2011, p. 592).

A implicação disto é que o indivíduo, ao obter a benesse do indulto, não terá deixado de praticar o fato, nem sequer terá qualquer mudança em relação ao nexos de causalidade estabelecido entre o fato e o resultado produzido; o único ponto afetado diz respeito à punibilidade<sup>25</sup>.

A um primeiro olhar, vem à mente que a concessão do indulto penal a um acusado acabaria por saltar aos olhos o seguinte questionamento: por não extinguir os demais efeitos do crime, seria mais benéfico, ao então acusado, que fosse absolvido do que a ele fosse concedido o benefício do indulto penal?

---

<sup>24</sup> Como exemplo, cita-se o recente artigo escrito por Bruno Joviniano de Santana Silva, publicado no Conjur: “O indulto pressupõe condenação. Todavia, vem sendo decretado, mesmo antes do trânsito em julgado, sob o fundamento de que é permitido aos presos provisórios gozar de benefícios da execução penal. Essa questão é bastante interessante, pois alguém, que está em fase recursal pode ser agraciado com um perdão definitivo da pena, perdendo o recurso o objeto. Nesse caso, o perdão só teria cabimento, caso não houvesse recursos do MP, ou quando o trânsito em julgado houvesse se verificado, em relação à Acusação, pois, nessa situação, não haveria como a sanção aplicada aumentar, sob pena de violação do princípio do *non reformatio in pejus* (SILVA, Bruno Joviniano de Santana, 2015)”.

<sup>25</sup> O STF já se manifestou nesse sentido: O fato de o condenado ter sido indultado não interfere no reconhecimento da reincidência (STF, RTJ 116/171; TRF da 3<sup>a</sup> R., Ap. 75.961, DJU 21.3.95, p. 14502).

Ora, sem dúvidas uma absolvição seria mais benéfica ao réu; mas não pode o réu, na esperança de obtê-la, ficar indefinidamente na situação de preso provisório, sem qualquer benefício que mesmo aqueles que já foram condenados em definitivo obteriam. No entanto, ainda que tenha recebido o benefício do indulto antes do trânsito em julgado da sentença, isso não impediria uma eventual absolvição na sentença definitiva, visto que o indulto se refere tão somente à punibilidade.

É evidente, no entanto, que essa preocupação em impedir uma futura absolvição, caso se conceda o indulto, não possui qualquer justificativa, visto que atualmente o único impeditivo para a concessão do indulto é a situação de ausência de trânsito em julgado para a acusação. A jurisprudência brasileira já aceita, conforme será esclarecido no próximo tópico, a admissibilidade do benefício quando pendente unicamente recurso por parte da defesa. Isso prova, portanto, que a preocupação da jurisprudência não é de conceder o indulto e depois o acusado ser absolvido, mas sim de concedê-lo e depois ter a sua pena aumentada, em razão de recurso da acusação, situação que levaria a uma perda de eficácia do benefício concedido anteriormente.

Importante pensar este ponto por se tratar de uma mera forma de extinção de punibilidade, ainda que seja concedida a indulgência soberana, isso em nada afetará o fardo do cometimento de delito e os demais efeitos jurídicos que decorrerem disso para o indivíduo.

Assim, feitas as considerações basilares acerca das características do benefício do Indulto Penal, passa-se à análise jurisprudencial sobre o assunto.

## **2.2 O Indulto Penal na jurisprudência brasileira**

Como forma de esgotar as possíveis dúvidas que possam surgir em relação à prática de se conceder o indulto penal aos presos provisórios, esta parte do estudo pretende realizar uma análise jurisprudencial que englobe situações mais complexas relativas ao assunto em questão.

A seguir será analisado o Habeas Corpus n. 252.733/SP sob o viés de um possível recurso da acusação pendente, já que a proposta fim deste trabalho gira em torno da desnecessidade de trânsito em julgado para a concessão do benefício.

Em seguida, será abordado o caso do Habeas Corpus n. 299.157, analisando-se quanto a este caso a impossibilidade de se exigir novos requisitos quando da concessão do Indulto Penal, uma vez que a Lei de Execução Penal não faz menção à necessidade de trânsito em julgado como condição para a concessão do indulto penal.

### **2.2.1 O Habeas Corpus n. 252.733/SP e a análise de necessidade do trânsito em julgado da sentença penal condenatória face à pendência de recurso da acusação**

Como primeiro caso a ser analisado tem-se o Habeas Corpus n. 252733/SP, o qual, em síntese trata a respeito da possibilidade de progressão de regime quando ainda pendente recurso de apelação da acusação. Referido Habeas Corpus teve sua discussão proferida no bojo da Ação Penal n. 32140/0920, em trâmite na 21 Vara Criminal de São Paulo. Referida sentença condenou Eduardo Nascimento Santanna ao cumprimento da pena de 11 anos e 10 meses de reclusão pela prática de dois roubos duplamente circunstanciados.

A discussão, no entanto, centra-se na possibilidade de concessão dos benefícios previstos na Lei de Execução Penal a indivíduos com situação processual ainda não claramente definida. Isto porque, conforme será pormenorizado a seguir, da sentença proferida no bojo da ação penal em comento, foi interposto recurso por parte da acusação que visava majorar a pena do condenado e, ainda na pendência deste, Eduardo requereu a concessão do benefício da Comutação de Penas.

Novamente frisa-se que tal matéria ainda não possui entendimento jurisprudencial sedimentado e tampouco conta com um grande número de doutrinadores que arriscam abordar o tema, razão pela qual far-se-á uma análise mais crítica acerca da possibilidade de se estender pontos já pacificados em relação a outros institutos também para os quais não possuem sequer uniformidade de decisões judiciais.

Apesar de a proposta aqui enfrentada não tratar especificamente acerca do benefício da Comutação de Pena, é necessário se fazer um breve esclarecimento antes de passar para a análise do caso propriamente dito.

Conforme esclarecido no capítulo anterior, o Indulto Penal pode ser total ou parcial. Quando em sua modalidade total, esse instituto exclui completamente a pena. Por sua vez, em sua modalidade parcial, esse instituto apenas diminui a pena imposta ou a altera por uma menos grave. Quando aplicado nesta última modalidade, o indulto recebe basicamente o tratamento idêntico ao conferido à comutação de penas, razão que motivou a escolha do presente caso. São as palavras da Ministra Laurita Vaz:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. TEMA CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO NA VIA ELEITA. ART. 112 DA LEI DE EXECUÇÕES PENAS. MATÉRIA NÃO PREQUESTIONADA. EXECUÇÃO DA PENA DE ESTUPRO. COMUTAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ART. 7º, INCISO I, DO DECRETO PRESIDENCIAL Nº 3.226/99.

1. A via especial, destinada à uniformização do direito federal, não se presta à análise de possível violação a dispositivos da Constituição Federal.

2. Impossibilidade de apreciação de matéria que não tenha sido analisada pelo Tribunal de origem.

3. A comutação de pena é uma espécie de indulto parcial. Como os arts. 2º e 7º, inciso I, do Decreto Presidencial nº 3.226/99, veda a concessão de indulto aos condenados por crimes hediondos – estupro –, não há que se cogitar da aplicação deste benefício na presente hipótese dos autos.

4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido.

(Recurso Especial nº 406999 – SC, 5ª Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, j. 20/05/2003, D.J.U. de 30/06/2003, p. 286).<sup>26</sup>

Após realizados tais esclarecimentos, passa-se, por ora, à narrativa do caso em tela. Em 5.1.2011, foi apresentada petição perante o Juiz de Direito da 2ª Vara de Execuções Criminais por um advogado da Fundação Nacional de Assistência Judiciária ao Preso (Funap) com o pedido de concessão do benefício da Comutação de Penas em favor de Eduardo Nascimento, com base no Decreto Presidencial n. 7.420/2010 (vigente à época). Juntamente com a referida petição, foram juntados aos autos do Processo de Execução n. 709.849, dentre outros documentos, um Atestado Comprobatório de Comportamento Carcerário, bem como

---

<sup>26</sup> Tal entendimento também restou corroborado nos seguintes julgados:

Recurso Especial nº 337156 – SP, 5ª Turma Rel. Min. LAURITA VAZ, j. 06/05/2003, D.J.U. de 16/06/2003, p. 368;

Recurso Especial nº 476759 – RJ, 5ª Turma, Rel. Min. GILSON DIPP, j. 01/04/2003, D.J.U. de 12/05/2003, p. 339;

Habeas Corpus nº 25426 – SP, 6ª Turma, Rel. Min. VICENTE LEAL, j. 01/04/2003, D.J.U. de 28/04/2003, p. 267.



um Boletim Informativo acerca do prontuário penitenciário do sentenciado, os quais confirmavam o bom comportamento do encarcerado e o cumprimento do requisito subjetivo para a concessão do benefício.

Em atenção ao pedido, em 26.4.2011, a Promotoria de Justiça de Presidente Prudente apresentou parecer ministerial pedindo pelo indeferimento do pedido de concessão do benefício pela ausência de cumprimento dos requisitos objetivo e subjetivo. Nesse contexto, o Conselho Penitenciário do Estado de São Paulo, ao apresentar parecer acerca do assunto, concluiu, de modo distinto ao exarado pelo MP, sendo favorável à concessão de comutação de pena ao réu.

Após apresentados os pareceres, em 4.5.2011, o Juiz da 2ª Vara de Execuções Criminais do Estado de São Paulo decidiu pela concessão do benefício ao réu em comento, nos seguintes termos:

Diante do exposto e com fundamento no art. 2, inciso I, do Decreto 7420/10, COMUTO o remanescente das penas privativas de liberdade impostas ao sentenciado, e como consequência determino a REDUÇÃO EM 1/5 (UM QUINTO). Proceda-se nova liquidação de penas.

Novamente, manifestando-se contra a concessão do benefício, a Promotoria de Justiça de Presidente Prudente interpôs o recurso de Agravo em Execução requerendo a cassação da decisão proferida pelo Juízo *a quo*, e, ainda, caso não houvesse retratação, que fosse remetido o referido recurso ao Tribunal de Justiça de São Paulo para o seu regular processamento.

A fundamentação do recurso deu-se em duas partes: a primeira se baseou na impossibilidade de concessão do benefício em razão da existência de recurso de apelação que tinha como objeto a possibilidade de majoração da pena do réu Eduardo; e a segunda no sentido de defender o não cumprimento dos requisitos subjetivos exigentes no decreto presidencial vigente à época a respeito da concessão do Indulto e da Comutação de Penas.

Nessa esteira, em 20.11.2015, foi apresentada Contraminuta ao Recurso de Agravo, sustentando, em síntese, que a ausência de trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação não impede a execução provisória e os benefícios a ela inerentes. Nesse sentido, a referida petição trouxe à baila o seguinte julgado:

PROCESSUAL PENAL E PENAL. 'HABEAS CORPUS'. PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL. CABIMENTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS.

- RESSALTANDO O CONSTRANGIMENTO ILEGAL IMPOSTO AO REU, CABE O 'HABEAS CORPUS' PARA O PLEITO DE PROGRESSÃO DO REGIME PRISIONAL.

- CUMPRIDO O REQUISITO DO ART. 12, PARAGRAFO UNICO DA L.E.P., COM A PRISÃO POR UM SEXTO DA PENA E HAVENDO PARECER FAVORAVEL DA COMISSÃO TECNICA DE CLASSIFICAÇÃO, NÃO OBSTA A PROGRESSÃO REQUERIDA O FATO DE O PACIENTE ESTAR RESPONDENDO A OUTRO PROCESSO EM COMARCA VIZINHA, UMA VEZ QUE TAL FATO NÃO ESTA PREVISTO COMO IMPEDITIVO DO BENEFICIO, NEM NO ART. 111 NEM NO ART. 118 DA L.E.P. E, TAMBEM, POR ESTAR, AINDA, INDEFINIDA A SITUAÇÃO PROCESSUAL.

- CONCESSÃO DA ORDEM DE 'HABEAS CORPUS', RESSALVANDO-SE A POSSIBILIDADE DE RETORNO AO REGIME ANTERIOR SE O PACIENTE PRATICAR ATOS QUE SE ENQUADREM NOS INCISOS I E II DO ART. 118 DA L.E.P.

(RHC 872/PR, Rel. Ministro EDSON VIDIGAL, QUINTA TURMA, julgado em 12/12/1990, DJ 25/03/1991, p. 3229)

Percebe-se, dos casos narrados, que ambos tratam a respeito do benefício da Progressão de Regime, e não da Comutação de Penas ou do Indulto propriamente dito. Isto ocorre pela grande lacuna existente na jurisprudência e na doutrina brasileira acerca da concessão dos benefícios previstos na Lei de Execução Penal. É natural, portanto, que os juristas busquem satisfazer suas pretensões acerca do instituto buscando entendimentos relativos a outros benefícios.

Essa é a verdadeira missão do Direito: ser reinventado sempre que necessário de modo que seja capaz de solucionar as demandas de forma coerente com o pensamento da sociedade na qual está inserido. A proposta aqui enfrentada também se dá no sentido de, diante da ausência de manifestação do Superior Tribunal de Justiça, entender os possíveis efeitos causados, caso esse Tribunal opte por ampliar o entendimento relativo à Progressão de Regime também para o instituto do Indulto Penal.

Desta forma, após breve parêntese, passa-se ao término da narrativa do caso em tela. Após resposta ao recurso interposto pelo *Parquet*, em 24/05/2011, o Juiz de Direito da Comarca de Presidente Prudente decidiu nos seguintes termos:

Recebo o recurso.

Mantenho a decisão agravada, por seus próprios fundamentos.

Remetam-se os presentes autos ao Egrégio Tribunal de Justiça.

Remetidos os autos para o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o Agravo de Execução Penal foi autuado sob a numeração 0114634-29.2011.8.26.0000 e distribuído para a 8ª Câmara de Direito Criminal desse Tribunal, ficando sob relatoria do desembargador Sérgio Coelho, o qual, em primeira manifestação, abriu vista dos autos à Procuradoria Geral da Justiça.

No bojo do referido processo, em 16.10.2011, o Ministério Público manifestou-se pela cassação da decisão que concedeu o benefício requerido com base no Decreto n. 7.420/2010, pelas seguintes razões:

- a sentença que condenou o réu à pena em comento ainda não transitou em julgado diante da pendência de recurso da acusação que visa majorar a pena imposta e, portanto, por não possuir situação processual definida, não pode o indivíduo requerer a concessão dos benefícios previstos na Lei de Execução Penal;
- a ausência do cumprimento dos requisitos subjetivos exigidos no Decreto Presidencial devido à prática de crimes de natureza gravíssima em seu histórico prisional;
- e, por último, a necessidade de cumprimento dos requisitos objetivos e subjetivos previstos no Decreto Presidencial vigente à época acerca da matéria.

Em 15.12.2011, após manifestação do Ministério Público, acordou a 8ª Câmara de Direito Criminal do TJSP a respeito do Agravo em Execução n. 0114634-29.2011.8.26.0000:

“**ACORDAM**, em 8 Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: ‘Deram provimento ao recurso. V.U’, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.”

O Voto n. 14.117, de relatoria do desembargador Sérgio Coelho, aduziu, em síntese:

“Isto porque, ‘data venia’, tenho que, de fato, não se pode cogitar de comutação de pena em execução provisória, na qual está pendente de julgamento o recurso de apelação ministerial visando a majoração da reprimenda imposta.’

“Seja como for, (...), também não está preenchido, no presente caso, o requisito de ordem subjetiva.”

“Em suma, o recluso Eduardo Nascimento Santanna não apresenta condições pessoais para convencer que não tornará a delinquir, mostrando-se adepto ao descumprimento das regras, de modo que não faz jus à pretendida comutação, sendo de bom alvitre considerar, a propósito, que por representar verdadeiro cumprimento antecipado da pena, a comutação, no caso, certamente servirá como incentivo à nova fuga e possível retorno à delinquência.”

“Nessas condições, dou provimento ao agravo, para cassar a decisão recorrida, oficiando-se ao Juízo das Execuções, para que proceda a novo cálculo de penas.”

Assim, diante do versado acórdão, a defensora pública Roseleine Aparecida da Silva, representante de Eduardo Nascimento Santanna, impetrou o Habeas Corpus em comento perante o Superior Tribunal de Justiça. Referido *writ* foi autuado em 28.08.2012 e restou distribuído em 06.09.2013 para a Ministra Alterita Ramos de Oliveira, da Sexta Turma, a qual, em 30.08.2012 (a data da distribuições está posterior ao pedido de informações), proferiu despacho solicitando informações detalhadas ao Tribunal de origem e ao Juízo de piso, e, por fim, que, após prestadas as informações, fosse dada vista ao Ministério Público Federal.

Neste sentido, manifestou-se o MPF pela denegação da ordem, sustentando a pendência de recurso de apelação que visava majorar a pena imposta a Eduardo Nascimento e, assim, a decisão pela concessão do benefício teria desconsiderado requisito objetivo do decreto presidencial vigente à época, razão pela qual necessariamente teria que ser reformada.

Por ora, passa-se à análise crítica da matéria trazida pelo *habeas corpus* em comento. São duas as principais teses sustentadas na exordial, quais sejam: se *a ausência de trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação (não) impede a execução provisória e o exame dos benefícios a ela inerentes*<sup>27</sup>; e, ainda, se *a prática de faltas disciplinares constitui empecilho ao recebimento do benefício*.

Cabe-nos neste tópico, verificar apenas o primeiro argumento trazido neste caso. Para iniciar tal análise, faz-se necessário resgatar alguns pontos já esclarecidos no primeiro

---

<sup>27</sup> Norberto Avena defende que “tanto a graça como o indulto apenas podem ser concedidos após condenação transitada em julgado” (AVENA, 2014, p. 321).

capítulo: a ausência de trânsito em julgado nos casos de Execução Provisória e o objetivo do indivíduo de remir suas dívidas com a sociedade do modo mais célere possível.

Isso porque, conforme já descrito, apesar de na teoria ser uma medida cautelar, a execução provisória é, em verdade, uma execução antecipada da pena. Nesse contexto, insurge um primeiro questionamento: se o indivíduo está cumprindo sua pena, ainda que não em uma situação processual clara e definida, como é possível deixá-lo em uma condição desfavorável em relação ao condenado definitivo?

É de se dizer, como pode um preso definitivo ter a possibilidade de obter benefícios e um preso provisório sequer poder ter a chance desta concessão? Um preso definitivo é marcado pela existência de uma sentença penal condenatória transitada em julgado, isto é, uma sentença que não mais discute o cometimento ou não do delito e tampouco o tempo de pena a ser cumprido. Ao transitar em julgado, a sentença penal condenatória garante a certeza processual de cometimento de determinado ilícito penal e, portanto, imputa àquele que antes era acusado e agora configura-se como culpado uma dívida para com a sociedade, a qual será sanada após o cumprimento da penalidade que lhe foi imposta<sup>28</sup>.

Um preso provisório, de modo distinto, conta apenas com a condenação em primeira instância, restando pendente de discussão recurso por parte da acusação, da defesa, ou de ambas as partes. Quando da pendência recursal por parte da acusação, encontra-se, em grande parte das vezes, o risco de se majorar a pena. Quando da pendência de recurso por parte da defesa, salienta-se que a própria jurisprudência deixou de encontrar empecilhos para a concessão do indulto penal, já que, diante da impossibilidade de se piorar a situação do réu<sup>29</sup>, não há razão para retirar a possibilidade de alcançar este benefício. E, quando da pendência de

---

<sup>28</sup> Trata-se do poder-dever de punir do Estado. Ao cometer um delito, surge o dever de punir por parte do Estado.

<sup>29</sup> É o que se denomina de *reformatio in pejus* previsto no artigo 617 do Código de Processo Penal: “o tribunal, câmara ou turma atenderá nas suas decisões o disposto nos arts. 383, 386 e 387, no que lhe for aplicável, não podendo, porém, ser agravada a pena, quando somente o réu houver apelado da sentença.”

Nas palavras de Júlio Fabbrini Mirabete:

“Embora a apelação permita o reexame da matéria decidida na sentença, o efeito devolutivo não é pleno, ou seja, não pode resultar do julgamento decisão desfavorável à parte que interpôs o recurso. Bem se expressa Helio Tornaghi: ‘Em rigor de lógica, deveria poder o juízo *ad quem* proferir decisão que reputasse justa, fosse qual fosse’. Mas o tribunal fica preso ao que lhe foi pedido, não se permitindo a decisão *ultra* ou *extra petitum*.” (MIRABETE, 2004)

E complementa Paulo Rangel:

“(…) a lei refere-se apenas ao recurso de apelação, porém não temos dúvida em afirmar que, tratando-se de recurso em sentido estrito (ou qualquer outro recurso), também não poderá ser agravada a situação do réu.” (RANGEL, 2006)

recurso de ambas as partes, adentra-se na discussão limítrofe: tanto há como o réu ser absolvido, quanto há a possibilidade de majoração da pena do réu.

O maior problema disto é que, podendo ser discrepantes os resultados dos julgamentos recursais, o indivíduo acusado acaba por se tornar refém da morosidade do Poder Judiciário. Tanto é verdade que, efetivamente dentro da prática judiciária, são as palavras do Juiz Federal Rubem Lima de Paula Filho, quanto à pendência de recurso da acusação: *“com efeito, a possibilidade de majoração da reprimenda cominada pelo juiz de base serviu, e ainda serve, para justificar a negativa de início do processo de execução penal, diga-se provisória”* (IBRAJUS).

A morosidade por parte do Poder Judiciário no deslinde das controvérsias não surpreende nem mesmo os próprios magistrados. Por essa razão, tratando-se de criação doutrinária e jurisprudencial, a execução provisória acabou tendo que se adaptar à realidade brasileira e, assim, serve hoje como uma antecipação do cumprimento da pena, de forma a garantir que o acusado possa cumpri-la sem ter que se submeter à morosidade das respostas estatais, podendo ser reinserido novamente no meio social de modo mais rápido.

Isso, e novamente retorno ao ponto inicial desta crítica, apenas comprova a necessidade de se garantir ao preso provisório, ao menos os benefícios garantidos ao preso definitivo, já que, em síntese, encontram-se encarcerados verdadeiramente por uma mesma razão: a quitação de sua dívida social, sabendo o indivíduo do cometimento do delito.

Sobre o assunto, importante se faz as lições retiradas do voto proferido pelo Juiz Federal Saulo Casal no Habeas Corpus n. 2006.01.00.046891-4/MT:

A partir da sentença condenatória existe um decreto a fixar as penas aplicadas ao acusado. Esse título condenatório é, desde então, um parâmetro a que chega o magistrado à base do livre convencimento e da motivação. A irresignação da acusação quanto à sanção penal estabelecida na sentença não significa, por si só, qualquer alteração do parâmetro até então existente. Da apelação do Ministério Público a única conclusão a que se pode chegar é a de que existe possibilidade, em tese, de majoração da reprimenda.

Pois bem. Encontramo-nos diante dessa possibilidade: a pena aplicada pelo juízo de primeira instância pode ser majorada pelo Tribunal. A partir dessa possibilidade - tecnicamente denominada questão processual, mas que, em outras palavras, pode ser traduzida em uma dúvida - estranhamente extrai-se uma consequência gravosa à ré, impedindo-a de gozar dos direitos atribuídos aos submetidos à execução penal. A dúvida aqui está claramente sendo interpretada em desfavor da ré, em clara ofensa à parêmia consagrada em nosso sistema jurídico: *in dubio pro reo*.

Se é possível que a pena seja majorada, é igualmente possível, em tese, a manutenção da reprimenda. Ocorre que se a reprimenda for mantida pelo Tribunal de segunda instância, não haverá mecanismos hábeis a recompor o cerceamento à liberdade a que fora submetido a ré, que não teve, durante todo o curso do processo, acesso aos benefícios da execução, postos no sentido de reduzir a intensidade dessa restrição de direitos. Não se pode admitir essa possibilidade de estrangulamento das mais essenciais garantias individuais em um Estado que se intitula Democrático de Direito.

A diversidade de tratamento jurídico conferido ao réu contra o qual pesa recurso de apelação da acusação e ao réu a quem é conferida a execução provisória não se justifica em face do ordenamento jurídico pátrio. O instituto da prisão, por estabelecer a mais grave sanção que se pode ser aplicada em nosso sistema penal, não pode ser objeto de interpretação desfavorável ao réu, sem que haja, nesse sentido, expressa previsão legal, sob pena de violação da base de sustentação da ordem jurídico-penal: o princípio da legalidade estrita.

Penso, alinhando-me ao recente precedente do Supremo Tribunal Federal (HC 87.801/SP), que, a partir da sentença condenatória, havendo ou não recurso da acusação, tem a ré o direito à expedição da guia de execução provisória, para que possa, desde então, exercer os direitos decorrentes da execução da reprimenda. Permanece intacta, vale destacar, a Súmula 716, do Supremo Tribunal Federal, ao consignar que "admite-se 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". Antes do trânsito em julgado da sentença condenatória quer significar na pendência de recurso com efeito suspensivo, seja da defesa, seja da acusação.

Perguntar-se-ia, partindo desse entendimento, o que ocorreria se o recurso de apelação da acusação for provido pelo Tribunal? Majorada a pena é possível que um benefício atingido sob o manto da provisoriedade perca seus efeitos, como também é possível que a majoração não seja suficiente a infirmar o benefício auferido. Por óbvio, não se quer que a possibilidade de execução provisória da pena tenha como efeito a imutabilidade da mesma, até porque esbarraria na ausência de coisa julgada material. O que estou a sustentar é que a possibilidade de majoração da pena, e, conseqüentemente, do parâmetro utilizado para o deferimento de direitos decorrentes da execução, não pode ensejar a conclusão de que o réu deva permanecer preso como se condenado estivesse a cumprir pena em regime integralmente fechado, o que, aliás, foi declarado inconstitucional pela Suprema Corte. (grifos nossos)

Apesar de este não mais representar o entendimento do Supremo Tribunal Federal, o trecho retirado do voto do r. juiz federal, especialmente no tocante aos possíveis efeitos que podem decorrer da existência de pendência recursal, foi extremamente esclarecedor. Alerta o juízo acerca da possibilidade de majoração da pena e da perda dos efeitos dos benefícios concedidos em sede de execução provisória, dada a ausência de coisa julgada material que caracteriza o instituto.

Neste ponto, no entanto, insurge um novo questionamento: retirar a possibilidade de concessão de um benefício teria um impacto menor para o então acusado do que permitir esta possibilidade, ainda que ao final, haja o risco de ela não ser concedida?

Ora, aqui tem-se que pensar no seguinte ponto: o instituto do indulto penal não se trata de algo imediato; exige-se que haja o cumprimento de determinados requisitos objetivos e subjetivos que, anualmente, são matéria de Decreto Presidencial. Isso não se discute; não se pode conceder um “perdão humanitário” sem exigências mínimas por parte do encarcerado.

Ocorre que, tanto em sede de execução definitiva, quanto em sede de execução provisória, o indivíduo é capaz de demonstrar bom ou mau comportamento, o que restará devidamente comprovado com a junção de um atestado que esclareça sobre tal, o qual deve ser emitido pelo responsável pelo sistema penitenciário. Então, pensa-se: qual seria a distinção entre um bom comportamento em sede de execução definitiva e um bom comportamento em sede de execução provisória?

Conforme já definido, o indulto é uma clemência do estado que encontra óbice apenas nos casos estipulados no inciso XLIII, do art. 5º da Constituição Federal. Fora desta situação, tratando-se de ato discricionário do Presidente da República, cabe a ele a definição da extensão do benefício, podendo, inclusive, conceder a graça em crimes que sequer tenham iniciado o seu cumprimento da pena, como, por exemplo, indultar todos os crimes em que a condenação seja de até 1 ano de reclusão (GUEDES, 2012).

Diante disso, é evidente que seria razoável e estaria de acordo com o bom senso que se considerasse o tempo cumprido em sede de execução provisória para fins de concessão do indulto penal. Isto porque, como terceiro ponto a se pensar, tem-se, ainda, que a Lei de Execução Penal não faz qualquer exigência em relação à necessidade de trânsito em julgado para a concessão de quaisquer benefícios ali previstos.

Tal entendimento já restou, inclusive, sedimentado em sede Recurso Especial, nos seguintes termos:

RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PENAL. REGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL.

PRÁTICA DE CRIME DOLOSO. TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. DESNECESSIDADE.

1. O art. 118, inciso I, da Lei de Execução Penal preconiza que o apenado ficará sujeito a transferência para regime mais gravoso quando praticar fato definido como crime ou falta grave. **Ressalte-se que a legislação não exigiu a ocorrência do trânsito em julgado da sentença condenatória do crime praticado.**

2. Recurso conhecido e provido.

(REsp 566.915/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 16/03/2004, DJ 05/04/2004, p. 319)



No caso acima, tem-se como objeto discutido a necessidade de trânsito em julgado da sentença condenatória para a concessão da progressão/regressão de regime. E, como principal argumento, tem-se: a Lei de Execução Penal não fez qualquer exigência quanto à necessidade de condenação em definitivo.

A Lei de Execução Penal é clara ao prever que sejam aplicadas as disposições ali trazidas, quando couberem, não apenas para a execução definitiva, mas também para a execução provisória. Também quanto ao indulto penal, esta lei não menciona em nenhuma hipótese a necessidade de se ter coisa julgada material para sua concessão.

Desta forma, insurge tal questionamento: por qual razão o tratamento igualitário em relação à execução provisória e à execução definitiva não se aplicaria aos dispositivos que tratam acerca da concessão dos benefícios, uma vez que a LEP não faz qualquer negativa expressa em relação a tal entendimento?

Há quem entenda que, por se tratar de uma forma de extinção da punibilidade, não pode ser perdoada a pena de um indivíduo que sequer tenha sido condenado. Este argumento, no entanto, não faz sentido e, inclusive, já foi abordado neste trabalho, uma vez que a execução provisória, apesar de, teoricamente, ser vista como uma medida cautelar, funciona, na prática, como uma verdadeira antecipação da pena.

Isto porque, teoricamente, um indivíduo que ainda não tenha a sua situação processual claramente definida, com uma sentença penal transitada em julgado, deveria ser tratado de forma menos penosa que os já sentenciados. Na prática, no entanto, não é assim que funciona. Um preso provisório, tal como o preso definitivo, no momento em que ingressa em seu estabelecimento prisional, acaba por ter sua vida arruinada. Sua privacidade é invadida, seu direito à intimidade é violado, as próprias condições enfrentadas por eles nos presídios brasileiros por si só já violam a sua dignidade humana<sup>30</sup>.

Desta forma, reforça-se que, funcionando, na prática, como uma verdadeira antecipação da pena, o indivíduo, ao encontrar-se nesta situação, acaba por fazê-lo não como

---

<sup>30</sup> Aqui recomenda-se a leitura dos casos narrados em reportagem da Carta Capital. Disponível em: <http://www.cartacapital.com.br/sociedade/prende-primeiro-pergunta-depois-2548.html>. Acesso em 10 nov 2015.

forma de dar cumprimento a uma medida cautelar, mas sim de remir suas dívidas com a sociedade do modo mais rápido possível, face à morosidade do Poder Judiciário na solução das controvérsias sociais.

Assim, não há motivo para que um indivíduo, ao verdadeiramente buscar arcar com as consequências da prática de seus atos com vistas a ser reinserido na sociedade o mais rápido possível, acabe por ser prejudicado no tocante à concessão dos benefícios previstos para a fase de execução penal.

E, ainda mais, seja prejudicado pela exigência de trânsito em julgado da sentença penal condenatória, que, em verdade, sequer está prevista na legislação penal, como bem definido na ementa colacionada a respeito do benefício da progressão de regime.

### **2.2.2 O Habeas Corpus n. 299.157 (2014/0173273-0) e a exigência de novos requisitos por parte do Poder Judiciário**

Novamente aparece como autoridade coatora a 8ª Câmara da Seção Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Tal *habeas corpus*, também tratando acerca da concessão dos benefícios previstos na Lei de Execuções Penais, traz à tona os mesmos pontos já suscitados no caso anterior: a ausência de trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação não impede a execução provisória e o exame dos benefícios a ela inerentes, e o (des)cumprimento do requisito subjetivo pela prática de falta disciplinar.

Trata-se de Habeas Corpus impetrado em favor de Paulo Amauri Silvério Felício em razão de decisão proferida que negou provimento ao pedido de comutação de penas. A decisão em comento foi prolatada pelo Juiz da 1ª Vara de Execuções Criminais da Comarca de Bauru – SP, que julgou improcedente o pedido de Paulo por entender que *carece o sentenciado do requisito objetivo para a obtenção do benefício*.

Devido ao julgamento pela improcedência do pedido, foi interposto Agravo em Execução, o qual adentrou à discussão abordando a concessão de benefícios sob a ótica dos limites a serem respeitados pelo magistrado quando da análise do cumprimento dos requisitos objetivo e subjetivo previstos no decreto presidencial vigente à época. Segundo ali sustentado,

não pode o Poder Judiciário, ainda que no caso concreto, exigir o cumprimento de requisitos que não estejam previstos no decreto exarado pelo Presidente da República.

Neste sentido, colacionou a seguinte jurisprudência do próprio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

“Ao Poder Judiciário cumpre somente verificar no caso concreto submetido a seu julgamento o atendimento às condições postas no decreto presidencial, não sendo possível erigir outras, nele não previstas, sob pena de se invadir a competência privativa do Poder Executivo, o que é vedado no sistema constitucional. Cumprido o tempo de pena previsto e demonstrada a inoccorrência de falta disciplinar no período exigido pela norma legal, descabe ao magistrado aduzir outros, arvorando-se em legislador para colocar entrave ao deferimento do indulto ou da comutação. A ele cabe somente verificar o atendimento às exigências postas no decreto e, se fazendo elas presentes, incumbe-lhe deferir o benefício.”

(TJSP, Habeas Corpus n. 990.09.281884-8, 01 Câmb, Rel. Juiz Mário Devienne Ferraz, j. 14.12.2009, V.U.)

O referido recurso trouxe também como ponto relevante a impossibilidade de a prática de falta disciplinar grave reiniciar o lapso para a concessão dos benefícios da comutação e do indulto à luz do Decreto Presidencial n. 7.873/2012. Sobre esse ponto, sustentou que, ao se manifestar expressamente sobre as faltas cometidas nos 12 meses anteriores à concessão do benefício e nada tratar a respeito da prática dos novos delitos ou de delitos praticados há mais tempo, então estes últimos não teriam o condão de interromper o lapso temporal para a concessão do benefício.

Para embasar tal entendimento, o recurso colacionou jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que aplica esse entendimento para o benefício da Progressão de Regime. Novamente, conforme asseverado no caso analisado anteriormente, verifica-se a necessidade de se buscar suprir lacunas referentes a um dos benefícios previstos na Lei de Execução Penal em entendimentos já sedimentados para outros benefícios.

Isso, como também já abordado no caso anterior, ocorre devido à grande existência de lacunas presentes no processo penal brasileiro, especialmente em relação à matéria aqui suscitada. Dessa forma, não resta outra opção ao jurista se não propor que haja um tratamento igualitário em relação aos benefícios previstos na Lei de Execução Penal, defendendo que

haja uma verdadeira extensão do alcance dos conhecimentos já sedimentados para os demais institutos.

Nesse contexto, o Ministério Público, ao apresentar Contraminuta de Agravo defendeu que a decisão proferida pelo magistrado *a quo* não deveria ser reformada, pedindo para que fosse negado provimento ao agravo apresentado pela parte contrária. Alegou que:

(...) para a obtenção de benefícios após a prática de novo delito ou falta disciplinar de natureza grave, deve-se considerar o novo marco para a contagem temporal, (...)

Assim, necessário que se repise: o sentenciado praticante de novo crime ou falta disciplinar de natureza grave durante o cumprimento de pena não ficará impedido de alcançar a indulgência presidencial, desde que, porém, tenha resgatado o lapso temporal exigido pelo artigo 2.º do citado diploma, contado a partir da reincidência.

O Juiz da Primeira Vara das Execuções Criminais de Bauru/SP, ao manifestar-se sobre o feito manteve a sua decisão e remeteu os autos ao Tribunal de Justiça para seu regular processamento. Nesse esteira, em 09.01.2014, o Agravo em Execução n. 0003279-09.2014.8.26.0000 foi distribuído para a 3ª Câmara de Direito Criminal do TJSP (lá em cima você disse que era a oitava), tendo como relator o Desembargador Toloza Neto.

Ao julgar o recurso, deu-se o acórdão:

ACORDAM, em 3 Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO INTERPOSTO PELO AGRAVANTE PAULO AMAURI SILVÉRIO FELÍCIO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O voto do relator sustentou que não houve a prática de falta grave, tal como previsto no decreto presidencial, e sim a prática de novo crime e, por essa razão, o novo lapso temporal a ser contado para a concessão do benefício começaria a contar da data em que foi praticado o último crime.

Nesse contexto, em 15.04.2014 o acórdão prolatado transitou em julgado para o Ministério Público e os autos foram novamente remetidos à 1ª Vara de Execução Criminal de Bauru/SP para que fosse intimado o Defensor Público da Vara, caso houvesse interesse em eventuais recursos ou embargos.

Tal situação acabou, por fim, ensejando a impetração do Habeas Corpus n. 0173273-75.2014.3.00.0000 perante o Superior Tribunal de Justiça. Em 21.7.2014, em despacho proferido no bojo do r. habeas corpus, foram solicitadas informações à autoridade coatora e, após, vista à Subprocuradoria-Geral da República.

Ao se manifestar, o Ministério Público defendeu a necessidade de se considerar o tempo da nova condenação para a concessão do benefício por entender pela prática de um novo crime e não de falta disciplinar grave.

Em 23.10.2015, o Superior Tribunal de Justiça, negando seguimento à ordem por entender pela inadequação da medida judicial utilizada, mas defendendo a ocorrência de constrangimento ilegal no caso concreto, assim fundamentou:

(...), consoante entendimento sedimentado pela Terceira Seção desta colenda Corte Nacional, no julgamento dos EREsp n. 1.176.486/SP, a prática de falta grave resulta em novo marco interruptivo para concessão de novos benefícios, exceto indulto, comutação e livramento condicional, (...)

(...) consoante entendimento deste Superior Tribunal sintetizado nos enunciados das Súmulas n. 441 e 535, a caracterização da falta grave não interrompe a fluência do prazo para a obtenção do livramento condicional, comutação de pena ou indulto. Nesse sentido, é imperioso ressaltar o caráter taxativo do favor legal, concedido pelo Chefe do Poder Executivo, que não comporta outras hipóteses fora de sua própria disciplina. Assim, a concessão do indulto ou comutação de pena é ato de indulgência do Presidente da República, condicionado ao cumprimento, pelo apenado, das exigências taxativas previstas no decreto de regência, o que não obsta a previsão de que a falta grave possa interromper a contagem do lapso para concessão dos benefícios previstos no decreto presidencial.

O caso em tela, apesar de abordar também a questão relativa à necessidade de trânsito em julgado para a concessão dos benefícios previstos na Lei de Execução Penal, acaba por fornecer um outro enfoque ao ponto. É de se dizer, verifica-se que a desnecessidade de trânsito em julgado para a concessão do benefício aqui é referente à prática de outro delito<sup>31</sup>; no curso do cumprimento de sua pena, o condenado acabou por cometer um novo delito e, quanto a este novo crime, discute-se a respeito da necessidade de trânsito em julgado da decisão.

---

<sup>31</sup> Nesse mesmo sentido, tem-se os seguintes casos:

- RESP 766611-RS - A configuração da falta grave independe do trânsito em julgado. Isso foi usado para a regressão de regime. Ou seja, para progredir ou para regredir não é necessário o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

- RESP 564971-RS - Aqui é trânsito em julgado do novo crime praticado que não precisa de trânsito em julgado para regredir o regime.

- HC 25225/PR - o cometimento de falta grave justifica a regressão de regime prisional.

Não entendendo como a prática de um novo delito, mas sim caracterizando-o como uma falta disciplinar grave, o Superior Tribunal de Justiça proferiu a decisão no sentido de que a prática de falta grave resulta sim em um novo marco interruptivo; no entanto, aponta os benefícios da comutação, do indulto e do livramento condicional como exceção a essa regra.

Dentro desse ponto, destaca-se que o debate em torno da interrupção do lapso temporal é relevante na medida em que, em sua essência, traduz-se na decisão em torno do próprio papel do Poder Judiciário em relação ao julgamento dos requisitos para a concessão dos benefícios. Isto porque, segundo a LEP, o cometimento de crime no bojo da execução constitui falta grave e, portanto, ensejaria a interrupção da contagem, a despeito do que vem se manifestando o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Assim, entendendo de modo distinto do previsto na LEP, o Poder Judiciário está, em verdade, fornecendo uma interpretação distinta da inicialmente pretendida, o que, por vezes, é vedado, segundo a própria jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. CRIMES DE FURTO, ROUBO CIRCUNSTANCIADO E CONSTRANGIMENTO ILEGAL. EXECUÇÃO PENAL. COMUTAÇÃO DE PENA. DECRETO N.º 6.294/2007. REQUISITOS OBJETIVOS. COMETIMENTO DE FALTA GRAVE. INTERRUÇÃO DA CONTAGEM DO PRAZO PARA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. INADMISSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. ORDEM CONCEDIDA.

1. Na comutação de penas disciplinada no Decreto Presidencial nº 6.294, de 11 de dezembro de 2007, há a estipulação taxativa de quais são os requisitos necessários para o deferimento de tal benefício: ter o condenado cumprido 1/4 da pena, se não reincidente, ou 1/3, se reincidente; não fazer jus ao indulto; e não ter cometido falta disciplinar de natureza grave nos últimos 12 meses de cumprimento da pena (arts. 2º e 4º do aludido Decreto).

2. Destarte, é vedada a interpretação extensiva para se criar novos condicionantes na comutação de penas, visto que, a teor do art. 84, XII, da CF, compete privativamente ao Presidente da República estabelecer os requisitos de tal benesse, bem como do indulto. No caso, somente foram estabelecidos requisitos objetivos para a comutação da pena, sendo ilegal, portanto, a exigência de outros pressupostos, como de índole subjetiva.

3. Segundo entendimento pacífico desta Corte Superior, a prática de falta grave não possui o condão de interromper o prazo para a aferição do requisito objetivo concernente ao indulto, comutação da pena ou livramento condicional, dada a ausência de previsão legal.

4. Ordem concedida a fim de restabelecer a decisão de primeiro grau, que deferiu a comutação da pena ao paciente nos termos do Decreto Presidencial nº 6.294/2007.

(HC 212.451/SP, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), SEXTA TURMA, julgado em 01/12/2011, DJe 14/12/2011)

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. COMUTAÇÃO DE PENA. DECRETO N.º 6.294, DE 11 DE DEZEMBRO DE 2007. COMETIMENTO DE FALTA GRAVE ANTES DO PERÍODO ESTABELECIDO NO ART. 4.º DO DECRETO PRESIDENCIAL. IRRELEVÂNCIA. EXAME CRIMINOLÓGICO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. DESNECESSIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

1. A prática de falta grave durante o período estabelecido no art. 4.º do Decreto n.º 6.294/07 - isto é, nos últimos doze meses de cumprimento de pena, contados retroativamente à data da publicação da referida norma - obsta a concessão do benefício da comutação da pena. Contudo, o cometimento de falta dessa natureza fora do aludido período não tem o condão de interromper o prazo para o benefício, por ausência de previsão legal. Precedentes.
2. Hipótese em que, publicado o Decreto Presidencial em 12 de dezembro de 2007, a última falta grave cometida pelo Paciente ocorreu em 08 de setembro de 2005.
3. Não pode o Judiciário, interpretando extensivamente a norma, exigir que o apenado seja submetido a exame criminológico, pois estaria criando novo requisito além dos previstos no Decreto Presidencial n.º 6.294/2007 para a concessão do benefício da comutação de penas.
4. Ordem concedida para restabelecer a decisão do Juízo das Execuções que deferiu ao Paciente o direito à comutação da pena, nos termos do Decreto n.º 6.294/2007. (HC 195.404/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 27/09/2011, DJe 10/10/2011)

Percebe-se, portanto, que não pode o Judiciário realizar qualquer interpretação que esteja além do disposto no decreto presidencial que regula a matéria, posto que isto acarretaria usurpação de competência por parte desse Poder.

Apesar de ser vasta a jurisprudência que traduz esse entendimento, a escolha desse caso deu-se em razão de se tratar de um processo extremamente recente, tendo sua decisão publicada no dia 27.10.2015. Notório, portanto, que, no tocante ao assunto aqui discutido, demonstrou-se o mais recente posicionamento exarado pelo Superior Tribunal de Justiça.

### **2.3 Considerações parciais do capítulo**

Neste sentido, tem-se que este capítulo demonstrou o modo como se dá a prática jurisprudencial sobre o assunto em comento. Nem sempre tratou especificamente do entendimento acerca do indulto penal, mas algumas vezes acabou por se utilizar de decisões judiciais que concederam a progressão/regressão de regime ainda em sede de execução provisória, mas utilizaram argumentos plenamente cabíveis quando da análise do benefício do indulto penal.

Desta forma, buscou-se abrir um espaço crítico-reflexivo que buscasse demonstrar que, apesar da lacuna ainda existente acerca do instituto do indulto penal, não há como decidir de modo distinto do aqui esposado o Superior Tribunal de Justiça. Trata-se, em verdade, não apenas de benefício, mas sim de direito de toda e qualquer classe de preso.

Ainda sobre o assunto, e mais especificamente quando da análise do segundo caso, também esclareceu-se que não se defende a concessão indiscriminada do indulto; mas sim, uma concessão consciente e razoável. Isto porque, em verdade, trata-se apenas e tão somente de não impor requisitos que não estejam previstos no Decreto Presidencial.

Por fim, o objetivo deste capítulo consistiu em fornecer um panorama geral acerca da jurisprudência, de modo a esclarecer os argumentos favoráveis à concessão do indulto penal para os presos com situação processual ainda não definida, para que, no próximo capítulo, sejam esclarecidos os entendimentos doutrinários sobre a matéria.



### **3 A CONCESSÃO DO INDULTO PENAL SOB O ENFOQUE DA PRÁTICA JURISDICIONAL: UMA TENTATIVA DE CONTRIBUIR PARA O DEBATE**

Demonstradas algumas diretrizes jurisprudenciais a respeito dos benefícios inerentes à Execução Penal, mais especificamente, aqueles argumentos que tratam a respeito da concessão da Progressão de Regime ao preso provisório, cumpre finalizar o estudo destacando alguns entendimentos doutrinários que se fazem necessários à compreensão da proposta sugerida por este trabalho, qual seja: a (também) concessão do indulto penal para os presos provisórios.

Adiante, serão fornecidas algumas informações relativas ao Decreto Presidencial n. 8380/2014, o qual atualmente é responsável por dispor sobre os requisitos necessários à obtenção do indulto penal e da comutação de penas. Para tanto, com o objetivo de guiar a prática jurisdicional de modo detalhado, serão trazidos alguns conceitos sobre o assunto por parte de relevantes autores no âmbito do processo penal brasileiro.

Finalmente, apresentar-se-á uma breve reflexão acerca dos argumentos já trazidos no presente trabalho, focando-se principalmente nos possíveis efeitos que possam decorrer de eventual decisão do Superior Tribunal de Justiça em conformidade com a proposta ora apresentada.

#### **3.1 A Lei de Execuções Penais e o Decreto Presidencial n. 8380/2014**

No primeiro capítulo restou evidente o grande número de indivíduos que poderiam ser beneficiados caso a proposta de concessão do indulto penal para os presos provisórios fosse aceita e, mais, salientou-se, ainda que brevemente, a mudança de entendimento jurisprudencial por parte dos Tribunais Superiores Brasileiros no tocante à progressão de regime ainda que na ausência de sentença penal condenatória transitada em julgado.

Buscando-se estabelecer base suficiente para o último capítulo deste trabalho, já no segundo capítulo, através da análise dos Habeas Corpus n. 252733/SP e n. 299.157/SP, tentou-se estabelecer os principais argumentos jurisprudenciais utilizados para a concessão do benefício da progressão de regime em sede de execução provisória, realizando um paralelo ao

tentar aplicá-los também para o benefício do indulto penal, dadas as características próprias desse último instituto.

Nesse sentido, neste terceiro capítulo cumpre corroborar os argumentos já espostos nos capítulos anteriores no contexto atual, tratando-se, especificamente, das previsões legais contidas no Decreto Presidencial n. 8380/2014, que, atualmente, aborda os requisitos necessários à concessão do indulto penal e da comutação de penas.

Retomando-se os diplomas legais já abordados nos capítulos anteriores, reforça-se que a Lei n. 7.210, de 11 de junho de 1984, chamada de Lei de Execução Penal, *tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado*<sup>32</sup>. Referida lei, em seu parágrafo único, artigo 2º, cuida de dispor expressamente que *essa lei deve ser aplicada igualmente ao preso provisório e ao condenado pela Justiça Eleitoral ou Militar, quando recolhido a estabelecimento sujeito à jurisdição ordinária*.

Tais permissivos autorizadores são extremamente relevantes na medida em que o primeiro artigo, ao dispor sobre o objetivo da lei, também o faz para o preso provisório, conforme se verifica da análise do parágrafo único do segundo artigo, que prevê que haja o tratamento igualitário, no que couber, para os presos definitivos e para aqueles que se encontrarem privados de sua liberdade, mas, ainda, em situação processual não definida.

Mais adiante, esta mesma lei prevê a concessão de determinados benefícios àqueles que se encontram no âmago do cumprimento das penalidades impostas a si, em nada distinguindo a figura do preso provisório e do preso definitivo.

Relevante analisar, portanto, que atualmente o artigo 112 dessa mesma lei sofreu relevantes alterações. Sobre o assunto, menciona Guilherme Nucci:

Houve a introdução do parágrafo 2 ao art. 112 da Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84, nos seguintes termos: ‘Idêntico procedimento será adotado na concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas, respeitados os prazos previstos nas normas vigentes’. Ora, o art. 112, caput, menciona que a progressão de regime se dará quando o condenado tiver cumprido ao menos um sexto da pena e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento prisional. (NUCCI, 2012)

---

<sup>32</sup> Lei 7210/2012, art. 1º.

Após superado o fato de que a Lei de Execuções Penais confere tratamento igualitário ao preso provisório e ao preso definitivo, é necessário agora adentrar a seara dos benefícios ali previstos. A alteração ocorrida em razão da Lei n. 10.792/2003, tal como se depreende das lições de Guilherme Nucci, acabou por igualar o procedimento a ser adotado em relação à concessão do indulto penal, da comutação de penas e do livramento condicional em relação à necessidade de exame criminológico.

Isso demonstra que há uma tentativa de uniformização por parte dos procedimentos a serem aplicados a esses benefícios. É de se dizer, o procedimento a ser adotado para a concessão do indulto penal e da comutação de penas, por vezes, já era comumente regulado por um decreto presidencial editado anualmente pelo Presidente da República, tal como já esclarecido nos capítulos anteriores. Mas, adicionar o livramento condicional conferindo-lhe o mesmo tratamento que o indulto e a comutação de penas pode ser um ponto favorável ao tratamento dos benefícios previstos na LEP.

Passando-se a uma análise que melhor evidencie o pensamento atual, a seguir será analisado pormenorizadamente os dispositivos relevantes previstos no Decreto Presidencial n. 8380/2014, o qual, atualmente, consiste no decreto vigente para a regulação da concessão do indulto penal e da comutação de penas.

### **3.1.1 Requisitos objetivos e subjetivos para a concessão do Indulto Penal**

Bem, conforme esclarecido, tem-se o Decreto Presidencial n. 8380/2014 que trata atualmente de regular o procedimento relativo à concessão dos benefícios do Indulto Penal e da Comutação de Penas.

Já em seu artigo 1º, o Decreto n. 8.380, de 24 de dezembro de 2014 enumera um rol taxativo de requisitos objetivos que devem ser observados para a concessão destes institutos, tratando acerca dos presos provisórios em apenas um inciso:

XIV - condenadas a pena privativa de liberdade sob o regime aberto ou substituída por pena restritiva de direitos, na forma do art. 44 do Código Penal, ou ainda beneficiadas com a suspensão condicional da pena, que tenham cumprido, em prisão provisória, até 25 de dezembro de 2014, um sexto da pena, se não reincidentes, ou um quinto, se reincidentes;

Neste contexto, salienta-se que, para a concessão dos benefícios em comento, é necessário que o indivíduo cumpra alguns requisitos, sendo os objetivos regulados por decreto presidencial vigente à época, e os subjetivos costumam ser entendidos pela doutrina como sendo um verdadeiro *juízo de mérito do indivíduo*<sup>33</sup>.

Quanto aos requisitos objetivos, tem-se um rol taxativo e exaustivo que contempla com exatidão os pontos necessários a serem cumpridos para que sejam concedidos estes benefícios. É de se dizer, nas palavras de Carmem Silva, “a concessão do indulto e da comutação é, repita-se, competência do Presidente da República (art. 84, XII, da CF), não podendo ‘a indulgência soberana’ ser negada pelo poder judiciário, àqueles que preenchem os requisitos elencados no decreto presidencial.”

Quanto aos requisitos subjetivos, destaca-se, novamente, as lições de Guilherme Nucci:

O mérito do condenado é um juízo de valor incidente sobre a sua conduta carcerária passada e futura (diagnóstico e prognóstico), dando conta de que cumpriu, a contento, sem o registro de faltas graves no seu prontuário, a sua pena no regime mais rigoroso, além de estar preparado a enfrentar regime mais branco, demonstrando disciplina, senso crítico sobre si mesmo, perspectiva quanto ao seu futuro e ausência de periculosidade. (NUCCI, 2012, p. 345)

Também sobre este assunto, Mirabete nos ensina, já analisando o requisito subjetivo diante da concessão do benefício da progressão de regime:

Não basta o bom comportamento carcerário para preencher o requisito subjetivo indispensável à progressão. Bom comportamento não se confunde com aptidão ou adaptação do condenado e muito menos serve como índice fiel de sua readaptação social. Ensina Hans Göbbels: 'O bom comportamento de um preso não pode ser determinante imediata para estabelecer-lhe um prognóstico biológico-social favorável, principalmente porque tal 'comprovante' de melhoria se baseia fundamentalmente em informes de funcionários de prisões, fornecidos pouco antes da liberação, e que se atêm ao bom comportamento externo, a fim de facilitar a

---

<sup>33</sup> Rogério Sanches e Luiz Flávio Gomes entendem que “Caso o decreto de indulto venha a exigir ‘ bom comportamento carcerário’, isso deve ser substituído (interpretativamente) por ‘bom’ comportamento social” (SANCHES; GOMES, 2010, p. 534).

readaptação sem inconvenientes ao termo da condenação. Mas esse comportamento externo só de forma incompleta permite tirar conclusões sobre o caráter e a conduta futura do preso. Na verdade, a adaptação do sentenciado à organização do estabelecimento se deve a vários e múltiplos fatores simultâneos e justapostos, e somente a verificação dos motivos predominantes permitirá uma conclusão motivada sobre o caráter'. É necessário, pois, que se conheça a capacidade provável do condenado de adaptar-se ao regime menos rigoroso, não bastando o seu bom comportamento. O comportamento mau ou sofrível, porém, indica normalmente uma inaptidão para o regime mais suave. Fugas, difícil convivência com os companheiros, falta de respeito para com os funcionários, displicência no trabalho ou no aprendizado, cometimento de faltas disciplinares etc. correspondem ao demérito que não aconselha a progressão. A aferição do mérito, porém, se refere à conduta global do preso e dela faz parte um acréscimo na confiança depositada no mesmo e na possibilidade de atribuição de maiores responsabilidades para o regime de mais liberdade. O condenado deve ser avaliado, aliás, em função do regime para o qual pretende progredir; terá que ser examinado tendo em vista as regalias de que irá gozar no regime progressivo seguinte. Não deve ser concedida a progressão quando se verificar que o apenado não apresenta condições para se ajustar ao novo regime. (MIRABETE, 2007, p. 423-424).

E, ainda:

O comportamento satisfatório é um índice importante de adaptação social que há de ser verificado de atos positivos do sentenciado, não bastando a simples abstenção de faltas disciplinares; deflui da boa convivência do sentenciado com os companheiros de prisão, da aplicação nos estudos, do intercâmbio com a família. Não tem comportamento satisfatório o sentenciado que já empreendeu fuga, burlou a vigilância e afastou-se do presídio, envolveu-se com tóxicos, participou de movimento paredista ou motim, praticou outras faltas graves etc (MIRABETE, Execução Penal, p. 561).

Da análise dos entendimentos doutrinários esposados percebe-se que a grande polêmica de concessão do benefício do indulto e da comutação de penas está na configuração do requisito subjetivo. Não são raros os casos em que são indeferidos os pedidos de indulgência soberana e de alteração de pena para uma mais branda em razão da ausência de cumprimento do requisito subjetivo.

### **3.1.2 Do cabimento em situações excepcionais previstas no decreto presidencial vigente: possibilidade do trânsito em julgado apenas para a acusação**

Partindo-se dos requisitos exigidos abordados no subtópico acima, importa por ora restringir-nos aos dispositivos que se referem à situação de provisoriedade do encarcerado. Nesse contexto, destaca-se o seguinte dispositivo do mencionado decreto:

Art. 6º O indulto e a comutação de penas de que trata este Decreto são cabíveis, ainda que:

I - a sentença tenha transitado em julgado para a acusação, sem prejuízo do julgamento de recurso da defesa na instância superior;

II - haja recurso da acusação que não vise a majorar a quantidade da pena ou as condições exigidas para a declaração do indulto ou da comutação de penas;

III - a pessoa condenada esteja em livramento condicional;

IV - a pessoa condenada responda a outro processo criminal, mesmo que tenha por objeto um dos crimes previstos no art. 9º; ou

V - não tenha sido expedida a guia de recolhimento.

Alterando-se um pouco a ordem dos incisos para fins de análise em razão da simplicidade dos três últimos casos ali descritos, far-se-á, em primeiro lugar, um breve comentário acerca da concessão do indulto para *a pessoa condenada (que) esteja em livramento condicional*, situação esposada no inciso III do artigo supracitado.

O livramento condicional, previsto no artigo 83 do Código Penal Brasileiro e chamado popularmente de “condicional”, pressupõe que o indivíduo não mais ostente a qualidade de acusado, mas sim de efetivamente condenado, uma vez que possui contra si uma sentença condenatória e, em razão desta, está cumprindo a pena privativa de liberdade imposta a ele. Tal benefício representa, em verdade, uma “liberdade antecipada” que é concedida ao condenado caso cumpra os requisitos exigidos para tal<sup>34</sup>.

Concedido de modo precário, este benefício, embora seja visto como positivo ao réu, indiscutivelmente é menos benéfico do que a concessão do indulto penal. Isto porque o

---

<sup>34</sup> Art. 83 do Código Penal Brasileiro - O juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, desde que:

I - cumprida mais de um terço da pena se o condenado não for reincidente em crime doloso e tiver bons antecedentes;

II - cumprida mais da metade se o condenado for reincidente em crime doloso;

III - comprovado comportamento satisfatório durante a execução da pena, bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído e aptidão para prover à própria subsistência mediante trabalho honesto;

IV - tenha reparado, salvo efetiva impossibilidade de fazê-lo, o dano causado pela infração;

V - cumprido mais de dois terços da pena, nos casos de condenação por crime hediondo, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e terrorismo, se o apenado não for reincidente específico em crimes dessa natureza.

Parágrafo único - Para o condenado por crime doloso, cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, a concessão do livramento ficará também subordinada à constatação de condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinquir.

livramento condicional não extingue a punibilidade; confere, apenas e tão somente, essa liberdade precária ao réu.

Entende-se como fundamento para esse inciso o reconhecimento de que, estando o condenado apto a conviver no meio social em razão do livramento condicional concedido a ele, não há razão para que também não esteja no contexto da extinção de sua pena. Assim, objetivando dar à execução penal um sentido mais humanitário, permitiu o decreto que a concessão do indulto penal pudesse se dar ainda que o condenado já ostentasse a qualidade de beneficiário do livramento condicional.

Quanto ao inciso IV do artigo 6º do mencionado decreto, o qual permite a concessão do indulto penal ainda que *a pessoa condenada responda a outro processo criminal, mesmo que tenha por objeto um dos crimes previstos no art. 9º*, importa destacar que se trata de mera aplicabilidade da lei. Tratando o decreto acerca do período de 12 (doze) meses, não pode ser exigido, no momento de efetiva concessão do benefício, ou ser empecilho a tal, o fato de o condenado responder a outro processo criminal por delito praticado antes do lapso temporal exigido.

Em se tratando do inciso V, o qual prevê a possibilidade de concessão do indulto penal ainda que não tenha sido expedida a guia de recolhimento, cumpre salientar apenas que a guia de recolhimento, no processo penal, representa o início da Execução Penal. A situação ali descrita, portanto, refere-se ao período em que a sentença condenatória transitou em julgado, mas, diante da dificuldade de comunicação entre as instâncias judiciárias, o processo executório ainda não restou iniciado<sup>35</sup>.

Para tratar acerca da situação prevista no inciso I, faz-se mister salientar que quando a sentença transita em julgado para a acusação, ainda não restou configurado o trânsito em julgado definitivo. Isto significa, portanto, que o próprio decreto presidencial impõe uma exceção ao entendimento majoritário sobre a necessidade de trânsito em julgado da sentença penal condenatória, o que, apesar de situação excepcional, alerta para a possibilidade de relativização do entendimento majoritário de necessidade de trânsito em julgado.

---

<sup>35</sup> Costuma demorar mais ou menos uns 15 dias, que é o lapso temporal para chegar até a Vara de Execuções Penais.

### **3.1.2.1 Do risco da perda de eficácia da concessão do benefício - trânsito em julgado apenas para a acusação**

E, como último inciso deste artigo a ser analisado, tem-se o disposto no inciso II<sup>36</sup>, quanto à pendência de recurso (OLIVEIRA, 2007, p. 681)<sup>37</sup> por parte da acusação que não vise majorar a pena. Trata-se de situação já abordada neste trabalho quando da análise do Habeas Corpus n. 252.733/SP, na qual citou-se o voto proferido pelo Juiz Federal Saulo Casal no Habeas Corpus n. 2006.01.00.046891-4/MT.

Da análise do voto, percebe-se que o jurista entende que não se conceder o indulto penal sem que haja o trânsito em julgado da sentença condenatória seria uma forma de impedir que houvesse frustração por parte do indivíduo beneficiário. Isto porque, caso fosse o benefício concedido em sede de execução provisória e, após julgamento dos recursos, a pena imposta a ele fosse majorada, então o lapso temporal exigido para a concessão também seria majorado, dado que, como requisito objetivo, exige-se não uma determinada quantidade de anos, mas sim o cumprimento de uma fração da penalidade imposta.

Este argumento faz sentido na medida na medida em que, caso haja pendência de recurso da acusação, há real possibilidade de majorar a pena do indivíduo e, portanto, conceder o indulto penal ao indivíduo nesses termos, acarretaria uma grande insegurança

---

<sup>36</sup> II - haja recurso da acusação que não vise a majorar a quantidade da pena ou as condições exigidas para a declaração do indulto ou da comutação de penas;

<sup>37</sup> Sobre a pendência recursal, destaca-se as lições de Eugênio Pacelli de Oliveira:

”O provimento judicial final, como regra, após a publicação, tem sua eficácia diferida (adiada) por tempo certo, destinado à impugnação dos interessados. Não nasce produzindo todos os efeitos nele contidos. A decisão, costuma-se dizer, já estaria condicionada, desde o seu início, à determinada vacatio. Não interposto o recurso no prazo certo, ele passaria a gerar todos os seus efeitos, apresentando, portanto, eficácia plena.

Manifestada, porém, a impugnação, ficará temporariamente afastada a preclusão das questões então decididas, até a realização de novo julgamento.

Entretanto, algumas dessas questões contidas na decisão, embora não preclusas, pela interposição tempestiva do recurso, poderão gerar efeitos desde logo. A definição do conteúdo da matéria a ser apreciada pelo órgão de revisão, bem como a sua capacidade para a produção de efeitos imediatos, autoriza a primeira distinção em sede de recursos, em relação aos seus efeitos.

O efeito será suspensivo quando a matéria decidida não puder produzir qualquer efeito, tão -somente em decorrência da interposição do recurso, isto é, do afastamento da preclusão. Diz-se que o recurso prolongaria a suspensão dos efeitos que acompanha a decisão desde o seu início (suspensão essa vinculada à existência de prazo para a interposição de recurso). (OLIVEIRA, 2007. p. 681)



quanto à eficácia de seus efeitos. Assim, considera-se inviável conceder o indulto penal quando da existência do recurso da acusação que discuta o aumento da penalidade imposta.

No entanto, é necessário se pensar, também, que quando da concessão da Progressão de Regime para os presos provisórios, o risco de perda de eficácia da concessão devido a julgamento recursal também é verificado e, conforme já esposado, ainda que com o risco, o próprio Supremo Tribunal Federal editou súmula determinando o feito.

Percebe-se, portanto, a tendência da jurisprudência pátria no sentido de dar efetivo cumprimento à Lei de Execução Penal e respeitar os princípios basilares do Estado Democrático de Direito. As decisões que concedem a progressão de regime para os presos provisórios representam um verdadeiro avanço no que diz respeito a se tentar dar efetividade ao disposto nos diplomas legais que permeiam o sistema processual penal pátrio.

Por essa razão, dispõe o desembargador Amilton Bueno de Carvalho na Apelação Criminal n. 70029175668, quanto à necessidade de se cumprir à legalidade, especialmente no âmbito dos direitos da população carcerária:

Todos, absolutamente todos, sabemos que o Estado é violador dos direitos da população carcerária. Todos, absolutamente todos, sabemos das condições prisionais. E mesmo assim confirmamos o sofrimento gótico que alcança os apenados. [...].

É momento (tardio, talvez) de dar um basta. Ou seja, de se cumprir integralmente a legalidade (não apenas naquilo que prejudica o cidadão). Não se trata de se pregar anomia, mas sim de cumprir com a lei.

Nesta esteira, exigir o trânsito em julgado para a concessão dos benefícios inerentes à Execução Penal é, em verdade, interpretar a lei e cumpri-la apenas *naquilo que prejudica o cidadão*, como bem colocado pelo desembargador. Isto porque, conforme já abordado no capítulo dois, a LEP não faz menção a esta exigência para a concessão dos benefícios ali previstos e, deste mesmo modo não o faz em relação ao benefício da Progressão de Regime, o qual é aplicado hoje independentemente de sentença condenatória transitada em julgado.

Sobre o assunto, reconhece Tourinho que há casos em que o indulto já foi concedido sem se vislumbrar tal configuração:

Diferentemente da anistia, o indulto e a graça pressupõem sentença condenatória com trânsito em julgado, embora haja casos em que o indulto fora concedido antes da sentença transitar em julgado. Outras diferenças básicas dizem respeito aos seus efeitos uma vez que atingem somente os efeitos executórios penais da condenação;

e, ainda, quanto às suas destinações a crimes comuns (TOURINHO FILHO, 2006, p. 571).

Ainda tratando a respeito do assunto, defende o autor que, apesar de pressupor condenação, o indulto *vem sendo decretado, mesmo antes do trânsito em julgado, sob o fundamento de que é permitido aos presos provisórios gozar de benefícios da execução penal* (AMORIM; SILVA, 2015)<sup>38</sup>. E, quanto a isso, comenta Bruno Joviniano de Santana Silva:

Essa questão é bastante interessante, pois alguém, que está em fase recursal pode ser agraciado com um perdão definitivo da pena, perdendo o recurso o objeto. Nesse caso, o perdão só teria cabimento, caso não houvesse recursos do MP, ou quando o trânsito julgado houvesse se verificado, em relação à acusação, pois, nessa situação, não haveria como a sanção aplicada aumentar, sob pena de violação do princípio da *non reformatio in pejus*. (SILVA, 2015).<sup>39</sup>

Apesar de não ser recente, destaca-se o julgado que ensejou a impetração do Habeas Corpus n. 8676/11 perante o Superior Tribunal de Justiça.

O rol descrito no decreto presidencial que prevê os requisitos objetivos para a concessão dos benefícios regulados por ele é taxativo, isto é, não comporta qualquer interpretação extensiva ou acréscimo de outrem senão aqueles já estampados. Sobre isso, destaca-se a decisão proferida no Habeas Corpus n. 312.030/RJ:

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. INDULTO. DECRETO 7.420/2010. (1) BENEFÍCIO CONDICIONADO À COMPROVAÇÃO DE PREENCHIMENTO DE REQUISITOS SUBJETIVOS. AUSÊNCIA DE PREVISÃO NO DECRETO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. (2) DESCUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES IMPOSTAS NO LIVRAMENTO CONDICIONAL. CONDUTA NÃO PREVISTA NO ART. 50 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. ILEGALIDADE MANIFESTA. (3) WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. Caso em que há flagrante constrangimento ilegal a ser sanado de ofício. Fere o princípio da legalidade fundamentar a vedação do indulto em requisitos não previstos no decreto presidencial, visto que os pressupostos para a concessão do benefício são da competência privativa do Presidente da República. Precedentes. 2. A conduta do paciente, consistente no descumprimento de uma das condições impostas na decisão que lhe concedeu o livramento condicional, não está prevista no rol taxativo do art. 50 da Lei de Execução Penal; portanto, não houve a prática de falta disciplinar grave durante os doze meses que antecederam a publicação do decreto em comento. 2. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para restabelecer a decisão que julgou extinta a punibilidade do paciente, referente à CES n.º

---

<sup>38</sup> AMORIM, Rodolfo de Oliveira e SILVA, Bruno Joviniano de Santana. Progressão de regime retroativa x direito adquirido Distinção e a progressão de regime per saltum. Jus Brasil, Salvador, 04 jun. 2015. (COLOCAR EM REFERENCIAS E DEPOIS APAGAR ESSA PARTE EM VERMELHO) Disponível em: <<http://brunojsilva.jusbrasil.com.br/artigos/195029660/progressao-de-regime-retroativaxdireito-adq...>>. Acesso em: 4 jun. 2015.

<sup>39</sup> SILVA, Bruno Joviniano de Santana. Indulto Retroativo. Jus Brasil, Salvador. Disponível em <http://brunojsilva.jusbrasil.com.br/artigos/195029660/progressao-de-regime-retroativa-x-direito-adquirido-distincao-e-a-progressao-de-regime-per-saltum> Acesso em 29 out. 2015.

0479655-70.2008.8.19.0001 - 2008/137267), com fundamento no Decreto n.º 7.420/2010.(STJ - HC: 312030 RJ 2014/0334744-2, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 19/03/2015, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 27/03/2015)

Desta forma, visto que não se pode adicionar quaisquer requisitos que não estejam previstos no rol taxativo de exigências para a concessão dos benefícios, não há que se falar na necessidade de trânsito em julgado como forma de evitar uma possível frustração futura do preso provisório.

### **3.2 Considerações parciais do capítulo**

Destarte, pelos argumentos já esposados percebe-se que, diante da ausência de previsão legal quanto à necessidade de trânsito em julgado definitivo da sentença condenatória ou qualquer menção à pressuposição de existência de coisa julgada material para a concessão do indulto, não há que se exigir situação processual definida para tal.

Ainda que entenda de modo contrário, há que se ter em mente o verdadeiro sentido de execução provisória no Brasil, isto é, o fato de que, na prática, consiste em verdadeira antecipação do cumprimento da pena, tendo o preso o objetivo de quitar suas dívidas sociais do modo mais rápido possível diante da morosidade do Poder Judiciário.

Assim, sendo verdadeira antecipação do cumprimento da pena, deve a execução provisória, ao menos, ser tratada nos mesmos moldes da execução penal, aplicando-se, para ambas, as disposições integrais previstas na Lei de Execução Penal, já que, caso contrário, aquela acabaria por adentrar ao cenário da inconstitucionalidade.

Destaca-se, ainda, que não pode ser retirado do preso provisório qualquer benefício ali previsto, uma vez que fere o próprio bom senso permitir ao preso definitivo a possibilidade de alcance de condições mais benéficas que as do preso provisório. Por essa razão, ainda que se reconheça a polêmica do assunto, não pode o Superior Tribunal de Justiça manifestar-se de outro modo senão pela concessão do indulto penal para os encarcerados provisoriamente,

especialmente pela aplicabilidade dos argumentos aqui trazidos quanto à permissão da Progressão de Regime para essa classe de presidiários.

Por fim, diante da dificuldade de se encontrar doutrina que trate especificamente do tema em voga, buscou-se, neste capítulo, guiar a interpretação do Superior Tribunal de Justiça do modo mais esclarecedor possível, especialmente porque a atual lacuna existente acaba por permitir que uma atuação jurisdicional em instâncias inferiores seja livre de parâmetros a serem seguidos seja extremamente heterogênea, a depender do juízo responsável pelo caso, o que, por vezes, enseja um grande número de decisões judiciais insatisfatórias à sociedade

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho trata da concessão do instituto do indulto penal para os presos provisórios no atual panorama da justiça criminal brasileira.

Efetuada a pesquisa, conclui-se pela aplicabilidade do instituto da execução provisória, desde que utilizada a favor do réu, garantindo a ele, inclusive, a concessão dos benefícios previstos na Lei de Execução Penal, quais sejam: a progressão de regime, o livramento condicional, o indulto, a comutação, dentre outros.

Conforme demonstrado, não restam dúvidas de que o instituto da execução penal provisória, apesar de previsto no ordenamento jurídico pátrio como uma medida cautelar a ser utilizada como *última ratio*<sup>40</sup>, funciona no Brasil como um verdadeiro cumprimento antecipado da pena. Isto porque, ainda que ausente o trânsito em julgado da sentença condenatória, o ainda acusado já é tratado como culpado. Prova disso é que, ainda aqueles que são favoráveis à aplicação do instituto, jamais arriscariam defendê-lo sob o argumento de que *na prática brasileira* é uma mera medida cautelar. Entendem os defensores do instituto que a execução provisória deve ser vista como uma garantia dada ao acusado que permite que ele quite suas dívidas com a sociedade de modo que não fique submetido à morosidade do Poder Judiciário.

Desta forma, além das discussões em torno de suas consequências positivas ou negativas, é inegável que tal instituto é recorrentemente utilizado no âmbito do processo penal brasileiro. E mais, é utilizado, disfarçando-se sob o manto da cautelaridade, como efetivo cumprimento de penalidade.

Por essa razão, causa perplexidade a incoerência de se tratar a execução provisória como um verdadeiro cumprimento de pena, mas não possuir ela o tratamento integral da Lei de Execuções Penais. Não há sentido em se limitar o alcance dos benefícios à execução definitiva, já que ambos representam, em verdade, uma mesma realidade: o cumprimento de pena. E mais, como pode ser permitido que, na prática, um condenado definitivo tenha a possibilidade de concessão de mais benefícios do que um preso provisório?

E ainda que superados esses argumentos, não há como negar que a Lei de Execuções Penais não faz qualquer menção à exigência do trânsito em julgado para a concessão dos

---

<sup>40</sup> Última opção.

benefícios ali previstos. Exatamente em sentido contrário, manifesta-se o legislador no sentido de que sejam aplicados aqueles permissivos legais, no que couber, também à execução provisória.

O que impossibilitaria esta aplicabilidade em relação à concessão do indulto penal para os presos provisórios seria, como debatido no terceiro capítulo, a possibilidade de perda da eficácia da concessão face eventual majoração da pena em julgamento recursal. No entanto, é inegável que também na Progressão de Regime corre-se esse risco, já que, em uma situação de suposto aumento do lapso temporal da penalidade ser cumprida pelo indivíduo, este poderia não mais fazer jus à concessão de tal benefício.

Nesta esteira, percebe-se que não há qualquer óbice à concessão do indulto penal aos presos provisórios. Evidente que, ainda que tal instituto seja um instrumento de extinção de punibilidade, já restou devidamente comprovado que defender a impossibilidade de sua concessão por uma suposta ausência de penalidade imposta é extremamente errôneo.

Posto isto, por todos os motivos esclarecidos no presente trabalho, entende-se que não há como o Superior Tribunal de Justiça decidir em sentido contrário à concessão do indulto penal aos presos provisórios.

## REFERÊNCIAS

### Doutrina:

AVENA, Norberto. *Processo Penal Esquematizado*. 1ª Ed. São Paulo: Método; Rio de Janeiro: Forense, 2014.

BARROS, Carmen Silvia de Moraes. *A Individualização da Pena na Execução Penal* – Imprensa: São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Volume 1. Parte Geral. 15ª edição. 2010.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal - Volume I*, 15ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011. Disponível em: <<http://www.ebah.com.br/content/ABAAAgkVwAF/fernando-capez-curso-direito-penal-volume-i?part=8>> Acesso: 14 nov 2015.

DELMANTO, Celso. *Código Penal Comentado*. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002.

FILHO, Aloysio de Carvalho. *Comentários ao Código Penal*, v. 4. ed. São Paulo: Forense, 1958.

GOMES, Luiz; CUNHA; Rogério. *Legislação Criminal Especial - Volume VI*. 2ª Ed. Editora Revista dos Tribunais, 2010.

JESUS, Damásio E. de. *Prescrição Penal*. 17ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; REIS, Alexandre Cebrian Araujo; (Coord.), Pedro Lenza. *Direito Processual Penal Esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2012.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal* - Volume I. Niterói, RJ: Impetus, 2011.

LOPES Jr., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MARCÃO, Renato Flávio. *Curso de execução penal*. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal* - Volume IV, 3ª atualização. Millennium, 2013.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito penal*. Campinas: Millennium, 2002.

MASSON, Cleber Rogério. *Direito Penal Esquematizado - Parte Geral* - Volume 1, 4ª edição rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução penal - comentários à Lei n. 7.210, de 11-7-1984*. 11 ed. rev. e atual. 7 reimp. São Paulo: Atlas, 2007.

MIRABETE, Júlio Fabrini. *Processo Penal*. 16ª edição., São Paulo: Atlas, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 12ª ed. rev. atual. e ref. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 8ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 11ª ed. rev. ampl. e atual, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. Vol. 1. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.



TOURINHO NETO, Fernando da Costa. *Prisão Provisória*. Revista de Informação Legislativa, n. 122, abr/jun. 1994.

### **Artigos:**

AMORIM, Rodolfo de Oliveira e SILVA; Bruno Joviniano de Santana. *Progressão de regime retroativa x direito adquirido Distinção e a progressão de regime per saltum*. Jus Brasil, Salvador, 04 jun. 2015. Disponível em: <<http://brunojsilva.jusbrasil.com.br/artigos/195029660/progressao-de-regime-retroativaxdireito-adq...>>. Acesso em: 4 jun. 2015.

BARROS, Carmen Silvia de Moraes. *A Individualização da Pena na Execução Penal*, Ed. Revista dos Tribunais.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *A nova disciplina legal da detração penal*. 2013. Disponível em: <<http://cezarbitencourt.jusbrasil.com.br/artigos/121935999/a-nova-disciplina-legal-da-detacao-penal>> Acesso em 14 nov 2015.

CONJUR. *Lei da nova fiança não reduz lotação de cadeias*. 2012. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-jul-02/lei-cautelares-completa-ano-nao-reduz-lotacao-cadeias>. Acesso em 10 nov 2015.

GUEDES, Lucio Ferreira. *O indulto e possibilidade de sua concessão aos condenados por crime hediondo após o cumprimento de 2/3 da pena*. 2012. Revista. 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>. Acesso em 14 nov 2015.

INSTITUTO BRASILEIRO DE ADMINISTRAÇÃO DO SISTEMA JUDICIÁRIO (IBRAJUS). *Execução provisória da sentença criminal: novas perspectiva*. Revista online. Disponível em: <http://www.ibrajus.org.br/revista/artigo.asp?idArtigo=105> . Acesso em 28 out 2015.

MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO. *Execução Provisória*. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/habeas\\_corpus/artigos\\_doutrinarios/EXECUC%C3%87%C3%83O%20PROVIS%C3%93RIA%20RR.htm](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/habeas_corpus/artigos_doutrinarios/EXECUC%C3%87%C3%83O%20PROVIS%C3%93RIA%20RR.htm) . Acesso em 28 out 2015.

SILVA, Bruno Joviniano de Santana. *Indulto com data retroativa: abordagem sintética temática*. 2015. Artigo publicado no Jusnavegandi. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/41784/indulto-com-data-retroativa-abordagem-sintetica-sobre-a-tematica>> Acesso em 12 nov 2015.

### **Monografia:**

CORDEIRO, Anilto. *Extinção da Punibilidade pela anistia, graça ou indulto*. 2006. Monografia de Graduação, Itajaí. Disponível em: <http://siaibib01.univali.br/pdf/Anilto%20Cordeiro.pdf> . Acesso em 29.10.2015.

### **Notícia/entrevista:**

CARTA CAPITAL. *Sociedade*. Disponível em: <http://www.cartacapital.com.br/sociedade/prende-primeiro-pergunta-depois-2548.html> . Acesso em 02.11.2015.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Entenda as diferenças entre os diversos tipos de prisão no Brasil*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=103323> . Acesso em 1.12.2015.

### **Processos Judiciais:**

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 74744/SP - 2007/0009247-6*, Relator: Ministro GILSON DIPP, Data de Julgamento: 22/05/2007, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 29.06.2007.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *HC n° 256482/SP - 2012/0212472-7*, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 16/04/2013, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 23/04/2013.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *HC n° 126.077/SP*, Rel. Min. Maria Thereza Assis Moura, 6.ª Turma, j. 05.10.2010, noticiado no Informativo 450.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal Militar. *RSE n° 00000430620157070007/PE*, Relator: Cleonilson Nicácio Silva, Data de Julgamento: 27/05/2015, Data de Publicação: Data da Publicação: 11/06/2015 Vol: Veículo: DJE.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *RTJ n° 116/171*; TRF da 3 R., Ap. 75.961, *DJU 21.3.95*, p. 14502.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n° 406999 – SC*, 5ª Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, j. 20/05/2003, D.J.U. de 30/06/2003, p. 286.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *HC n° 312030/RJ 2014/0334744-2*, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 19/03/2015, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 27/03/2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n° 337156 – SP*, 5ª Turma Rel. Min. LAURITA VAZ, j. 06/05/2003, D.J.U. de 16/06/2003, p. 368.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n° 476759 – RJ*, 5ª Turma, Rel. Min. GILSON DIPP, j. 01/04/2003, D.J.U. de 12/05/2003, p. 339.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n° 566.915/RS*, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 16/03/2004, DJ 05/04/2004, p. 319

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *HC n° 25426 – SP*, 6ª Turma, Rel. Min. VICENTE LEAL, j. 01/04/2003, D.J.U. de 28/04/2003, p. 267.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *RHC n° 872/PR*, 5ª Turma, Rel. Ministro EDSON VIDIGAL, julgado em 12/12/1990, DJ 25/03/1991, p. 3229.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n° 766611/RS*, Rel. Ministro GILSON DIPP, julgado em 6/10/2005.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n° 766611/RS*, 6 Turma, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, JULGADO EM 07/10/2004.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *HC n° 990.09.281884-8*, 01 Câmb, Rel. Juiz Mário Devienne Ferraz, j. 14.12.2009, V.U.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *RAgExec. n° 719.221/6*, 6ª Câmara do TACRIM-SP., Rel. Juiz Almeida Braga - julgado em 11.03.92.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *HC n° 252.733/SP*, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, julgado em 01/10/2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *HC n° 299.157/SP*, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, julgado em 27/10/2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *HC n° 76.524*, Rel. Ministro PAULO MEDINA, julgado em 27/02/2007.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *HC n° 8676/SP*, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, julgado em 18/04/2000.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *HC n° 25225/PR*, Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI, julgado em 11/05/2004.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *HC n° 212.451/SP*, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), SEXTA TURMA, julgado em 01/12/2011, DJe 14/12/2011.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *HC n° 195.404/SP*, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 27/09/2011, DJe 10/10/2011

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 84078*, Rel. Ministro Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2009, DJe 25.02.2010.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 90893/SP*, 1 Turma, Rel. Ministra Carmén Lúcia, julgado em 30/10/2007. (Vide Informativo n° 470/STF)

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da 1 Região. *HC n° 2006.01.00.046891-4/MT*, 3 Turma, Rel. Desembargador Federal Olindo Menezes, julgado em 12/02/2007, publicado em 02/03/2007 DJ p. 44.

### **Legislação:**

BRASIL. *Decreto Presidencial n° 8.380*, de 24 de dezembro de 2014. Concede indulto natalino e comutação de penas, e dá outras providências.

\_\_\_\_\_. *Lei n° 10.792*, de 1° de dezembro de 2003. Altera a Lei n. 7.210, de 11 de junho de 1984 - LEi de Execução Penal e o Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal e dá outras providências.

\_\_\_\_\_. *Lei n° 7.210*, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal.

\_\_\_\_\_. *Constituição de 1988*. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

\_\_\_\_\_. *Decreto-Lei n° 3.689*, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal Brasileiro.

\_\_\_\_\_. *Decreto-Lei n° 2.848*, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal Brasileiro.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 12.403*, de 4 de maio de 2011. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências.

\_\_\_\_\_. *Decreto Presidencial nº 7.420*, de 31 de dezembro de 2010. Concede indulto natalino e comutação de penas, e dá outras providências.

\_\_\_\_\_. *Decreto Presidencial n. 7.873*, de 26 de dezembro de 2012. Concede indulto natalino e comutação de penas e dá outras providências.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Súmula n. 716*. Admite-se 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.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Súmula n. 717*. Não impede a Progressão de Regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial.

### **Informativos:**

Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Las Condiciones de Detención y Tratamiento en el Sistema Penitenciario Brasileño*. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/ppl/pdfs/Relatorio-PP-2013-pt.pdf> . Acesso em: 10.10.2015.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Informa de Brazil - 1997 - Capítulo IV: Situación de los derechos humanos en varios Estados*. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/88.89span/capitulo4.htm> . Acesso em: 27.10.2015.

