

HABEAS CORPUS Nº 484.785 - SP (2018/0337546-6)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
MARCIA ROSSI CORAINI - SP0231963
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : EDUARDO SCHENCKE

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial impetrado em favor de **EDUARDO SCHENCKE**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

O Juízo da 5ª Vara de Execuções Criminais da Comarca de São Paulo (SP) indeferiu o pedido de indulto formulado com base no Decreto Presidencial n. 8.380/2014, em razão do não preenchimento do requisito subjetivo.

Irresignada, a defesa interpôs agravo em execução perante o Tribunal de origem, que negou-lhe provimento nos termos da seguinte ementa (e-STJ, fl. 18):

“AGRAVO. Indeferimento de indulto com base no Decreto 8.380/2014. Prática de novos crimes quando cumpria pena em regime aberto. Ausência do requisito subjetivo. Recurso improvido.”

Neste *writ*, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo alega a existência de constrangimento ilegal, na medida em que a falta grave tida como prejudicial à concessão do indulto ocorreu após a edição do decreto.

Sustenta que "o requisito subjetivo previsto no Decreto é a inexistência de faltas disciplinares graves nos 12 meses que o antecederam e não a existência de bom comportamento carcerário" (e-STJ, fl. 5).

Requer seja concedida a ordem de *habeas corpus* para que seja deferido ao paciente o indulto de penas com fundamento no Decreto n. 8.380/2014.

O Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem de ofício (e-STJ, fls. 29-34).

É o relatório.

Decido.

O Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

No presente caso, o magistrado singular indeferiu o indulto ao paciente pelo seguinte fundamento (e-STJ, fls. 8-10):

“O requisito **objetivo** está *presente*, pois o sentenciado, à época primário, cumpriu o lapso necessário de 1/3 da reprimenda do seu crime relativo à GR 01 até o Natal de 2014, conforme cálculo às fls. 47 do apenso do roteiro de penas.

Todavia, o **requisito subjetivo**, exigido expressamente pelo § 2º c.c.

o *caput* do art. 112 da LEP inclusive para o indulto e comutação, está ausente, eis que se cuida de sentenciado que atualmente se encontra em sua **3ª execução, reincidente** em crimes contra o patrimônio, tendo sido condenado pelos gravíssimos delitos de **furto qualificado e roubo duplamente circunstanciado, mediante grave ameaça de morte exercida com emprego de armas brancas**.

O sentenciado cometeu uma falta disciplinar de natureza grave durante o cumprimento de sua pena na data de 21/9/2010, consistente em posse de aparelho celular. Não bastasse, durante cumprimento de pena em regime aberto, reiterou na prática criminosa, sendo preso e condenado por mais dois delitos de furto qualificado, praticados nas datas de 10/03/2015 e 17/09/2015 (GRs 02 e 03).

Frise-se: a norma do § 2º c.c. o *caput* do **art. 112** da LEP, diante de sua clareza e por não ter sido revogada, deve ser interpretada em **conjunto** com a regra da ausência de falta grave nos últimos 12 meses para fins de aferição do requisito subjetivo. Caso contrário, estariam sendo ignoradas todas as peculiaridades *concretas* acima apontadas para tratar o sentenciado exatamente igual aos milhares de outros reeducando que diariamente postulam a comutação de penas no País, o que, evidentemente, não se pode admitir, sob pena de violação, também, do **princípio da igualdade**. Com efeito, como premiar o sentenciado com o perdão parcial da pena após a constatação de todos os pontos desfavoráveis apontados acima?

[...]

Ante o exposto, **INDEFIRO o pedido de indulto** da pena com base no Decreto Presidencial nº 8.380/2014, por evidente ausência do requisito subjetivo. Junte-se cópia desta decisão no roteiro de penas.”

O Tribunal *a quo*, ao julgar o agravo em execução interposto pela defesa, assim manteve a decisão impugnada (e-STJ, fl.19-22):

"O agravante cumpre pena total de 11 anos e 2 meses de reclusão, em regime fechado, com início do cumprimento de pena em 28 de julho de 2011 e término previsto para 12 de janeiro de 2023 (fls. 04/08).

Registra uma falta disciplinar praticada em 21 de setembro de 2010 (posse de aparelho celular).

Conforme informações constantes dos autos, o agravante estava cumprindo pena em regime aberto desde 20 de novembro de 2013, quando foi preso em flagrante pela prática de furto qualificado.

Pleiteou o benefício do indulto de penas, o que foi indeferido pelo Juízo da Execução.

E tal decisão deve ser mantida.

Inicialmente, esclareceu o i. magistrado que o agravante estava em sua 3ª execução, sendo reincidente em crime contra o patrimônio.

O agravante cumpria pena em regime aberto quando foi preso em flagrante e posteriormente condenado pela prática de dois furtos qualificados, nas datas de 10 de março de 2015 e 17 de setembro de 2015, ou seja, poucos meses após publicação do referido Decreto, denotando falta de mérito do suplicante.

O signatário tem entendido que a concessão do indulto, pleno ou parcial, está condicionada à comprovação do sentenciado possuir méritos para a obtenção do benefício.

E tal benefício não será concedido se, apesar de cumprido o requisito

temporal, o sentenciado demonstrar não reunir condições pessoais que presumam que não voltará a delinquir ou a praticar falta disciplinar.

O agravante responde por diversos delitos contra o patrimônio. Cometeu novos crimes enquanto cumpria pena em regime aberto e pouco tempo depois da edição do referido Decreto. Tais fatos indicam que não absorveu a terapêutica penal, não podendo ser beneficiado com a comutação de penas.

Entendemos, com a devida vênia, que a execução de pena privativa de liberdade se realiza em várias etapas, adotando o Código Penal o sistema progressivo ou Irlandês, onde se inicia a pena mais grave de reclusão pelo regime fechado e para se passar à fase seguinte, no regime semiaberto, onde a vigilância é reduzida e há permissão de realização de trabalho externo, sem fiscalização imediata, há necessidade de que o condenado demonstre bom comportamento e ausência de faltas graves no seu histórico prisional, de modo a demonstrar que assimilou a terapêutica penal.

[...]

Se é exigido para progressão ao regime semiaberto e aberto, fora o requisito temporal, bom comportamento carcerário, não há como se admitir que se possa dar um salto para quem se encontra em regime restritivo de liberdade e conceder-lhe o livramento condicional quando não teria condições para alcançar o regime semiaberto ou aberto.

O indulto também não pode ficar infenso a essa análise de méritos. E tal ocorre também para a comutação.

Não se pode esquecer que tudo está dentro da mesma linha evolutiva, onde o condenado passa por várias etapas até atingir a liberdade plena, no caso a liberdade condicional.

Conceder a comutação sem análise de méritos subjetivos é o mesmo que se fazer 'bula rasa' da lei igualando presos com bom comportamento com os indisciplinados e incorrigíveis como o agravante, que cometeu novos delitos após concessão de benesse durante a execução de pena anterior.

Assim, não faz *jus* ao benefício pleiteado, sendo evidente sua falta de méritos, desajuste aos fins da terapia prisional e perigosidade demonstrada.

Isso posto, **nega-se provimento ao recurso.**”

Verifica-se das decisões supra que o indeferimento se deu por que o paciente não teria bom comportamento carcerário, conforme previsão do art. 112 da LEP, *in verbis*:

O art. 112 da LEP contém a seguinte redação:

"Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.

§ 1º A decisão será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor.

§ 2º Idêntico procedimento será adotado na concessão de livramento

condicional, indulto e comutação de penas, respeitados os prazos previstos nas normas vigentes."

Contudo, o Decreto Presidencial n. 8.380/2014, acerca do preenchimento do requisito subjetivo assim dispõe (grifei):

"Art. 5º A declaração do indulto e da comutação de penas previstos neste Decreto **fica condicionada à inexistência de aplicação de sanção**, reconhecida pelo juízo competente, em audiência de justificação, garantido o direito ao contraditório e à ampla defesa, por falta disciplinar de natureza grave, prevista na Lei de Execução Penal, cometida **nos doze meses de cumprimento da pena, contados retroativamente à data de publicação deste Decreto**.

§ 1º A **notícia da prática de falta grave ocorrida após a publicação deste Decreto não suspende e nem impede a obtenção de indulto ou da comutação de penas**."

Tem-se que para ter o benefício negado o executado teria que ter cometido falta disciplinar de natureza grave nos doze meses retroativos à 24/12/2014, data em que o decreto foi publicado.

No caso dos autos, conforme consignado nas decisões das instâncias ordinárias, o paciente cometeria falta grave em 21/9/2010, 10/3/2015 e 17/9/2015, ou seja, fora desse período.

É pacífico neste Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que a análise para a concessão de indulto limita-se aos parâmetros previstos no respectivo decreto, que é de competência privativa do Presidente da República. Sendo assim, a prática de falta grave fora do período abrangido no normativo não impede a concessão do benefício.

Confirmam-se, nesse sentido, os seguintes precedentes:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. EXECUÇÃO PENAL. INDULTO. DECRETO N. 8.380/2014. REQUISITO SUBJETIVO. FALTA GRAVE COMETIDA EM PERÍODO NÃO ABRANGIDO PELO ATO PRESIDENCIAL. AUSÊNCIA DE HOMOLOGAÇÃO JUDICIAL. FLAGRANTE ILEGALIDADE. PRECEDENTES. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Supremo Tribunal Federal, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - Segundo a jurisprudência deste Tribunal Superior, para a análise do pedido de indulto ou comutação de pena, o Magistrado deve restringir-se ao exame do preenchimento dos requisitos previstos no decreto presidencial, uma vez que os pressupostos para a concessão da benesse são da competência privativa do Presidente da República.

III - Por absoluta disposição literal do art. 5º do Decreto n. 8.380/2014, apenas as faltas graves praticadas pelo sentenciado

nos últimos 12 (doze) meses que antecederam a publicação do ato presidencial impossibilitam a concessão do indulto. Assim, é irrelevante a falta grave cometida em período posterior ao estabelecido no decreto concessivo.

IV - Esta Corte Superior de Justiça firmou entendimento acerca da impossibilidade de dispensa do processo administrativo disciplinar para fins do reconhecimento definitivo da infração disciplinar, a teor da Súmula 533/STJ, mesmo em se tratando da prática de fato definido como crime doloso, e ainda que o sentenciado esteja cumprindo pena em regime aberto ou em prisão domiciliar.

V - Inviável a utilização de falta grave decorrente da prática de novo crime, não homologada judicialmente, e praticado fora do período de 12 (doze) meses anteriores à publicação do Decreto Presidencial para indeferir o pedido de indulto formulado pelo paciente com base no Decreto n. 8.380/2014.

Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para que o Juízo da Execução reaprecie o pedido de indulto formulado pelo paciente com base no Decreto n. 8.380/2014, afastada a consideração de faltas graves praticadas fora do período de doze meses anteriores à publicação do Decreto, e não homologadas judicialmente.” (HC 456.119/RS, rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, j. 4/10/2018, DJe 15/10/2018, sem grifo no original.)

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. INDULTO. DECRETO PRESIDENCIAL N. 8.615/2015. COMETIMENTO DE FALTA GRAVE APÓS A EDIÇÃO DO DECRETO CONCESSIVO QUE NÃO IMPEDE A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO.

1. No caso dos autos, verifica-se que as instâncias ordinárias indeferiram o pedido de concessão de indulto, ao fundamento de que, após a edição do decreto que fundamentou o pedido, qual seja, o Decreto n. 8.615/2015, o ora agravado cometeu falta grave, consistente na prática de novo delito em 18/3/2016, e portanto não preenchia o requisito subjetivo.

2. Ocorre que, **segundo orientação jurisprudencial desta Corte Superior de Justiça, as faltas graves cometidas fora dos doze meses anteriores à data da publicação do decreto presidencial não podem ser utilizadas para justificar o indeferimento do indulto.**

3. **Ademais, não é dado ao Poder Judiciário estabelecer condições não previstas no decreto para conceder benefícios nele definidos, sob pena de usurpação da competência atribuída ao Presidente da República no art. 84, XII, da Constituição Federal.**

4. Agravo regimental a que se nega provimento.” (AgRg no HC 389.601/SP, rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, j. 18/9/2018, DJe 25/9/2018, sem grifo no original.)

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Contudo, **concedo a ordem** de ofício, para determinar ao Juízo da 5ª Vara de Execuções Criminais da Comarca de São Paulo (SP) que reaprecie o pedido de indulto do paciente, sem considerar o cometimento de falta grave fora do período previsto no Decreto n.

8.380/2014.

Oficie-se, com urgência, ao Tribunal de origem e ao Juízo singular, encaminhando-se-lhes cópia desta decisão.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 12 de fevereiro de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS

Relator

