

Decreto Presidencial nº 11.302/2022

- violação das garantias fundamentais do indivíduo, quando da negativa de vigência da norma no âmbito da Justiça Militar Estadual

Natureza jurídica do indulto



O indulto é causa extintiva da punibilidade, ocasião na qual a pena não mais persiste sobre o apenado.

O Ministro Maurício Corrêa, em seu voto na medida cautelar na ADI 2795/DF, definiu o indulto como *instrumento de política criminal colocado à disposição do Estado para a reinserção e ressocialização dos condenados que a ele façam jus, segundo a conveniência e oportunidade das autoridades competentes.*

Do ponto de vista epistemológico, o indulto constitui fundamento do juízo de conveniência e oportunidade dúplice de política penitenciária, no que se refere a política penitenciária em si, dos efeitos deletérios da perenização das execuções penais e da manutenção de acervos processuais nas Cortes Brasil afora, bem para se reduzir a penalidade imposta àqueles que dão provas de seu arrependimento e da efetiva reparação da paz e da incolumidade social.

O indulto e sua compatibilidade principlológica com as garantias fundamentais

Art. 1º 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:

(...)

III - a dignidade da pessoa humana;

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

(...)

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

(...)

II - prevalência dos direitos humanos;

Fundamento normativo do indulto no Brasil

O ordenamento jurídico brasileiro pauta-se pela premissa da verticalidade das normas, tendo a Constituição como pêndulo nuclear de todo o direito formal, material e mesmo consuetudinário.

Igual lógica é respeitada sobre o indulto, que está previsto no artigo 84, XII, da Constituição, enquanto competência privativa do Presidente da República:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

(...)

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

Dos Tratados internacionais de direitos humanos

Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos – Decreto 592, de 06 de julho de 1992.



Artigo 14: Todas as pessoas são iguais perante os tribunais e as cortes de justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com as devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil. A imprensa e o público poderão ser excluídos de parte ou da totalidade de um julgamento, quer por motivo de moral pública, de ordem pública ou de segurança nacional em uma sociedade democrática, quer quando o interesse da vida privada das Partes o exija, que na medida em que isso seja estritamente necessário na opinião da justiça, em circunstâncias específicas, nas quais a publicidade venha a prejudicar os interesses da justiça; entretanto, qualquer sentença proferida em matéria penal ou civil deverá tornar-se pública, a menos que o interesse de menores exija procedimento oposto, ou o processo diga respeito à controvérsias matrimoniais ou à tutela de menores.

Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) – Decreto 678, de 06 de novembro de 1992

ARTIGO 24 - Igualdade Perante a Lei: Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei.

Legislação infraconstitucional especial

Código Penal Militar

Art. 123. Extingue-se a punibilidade:

(...)

II - pela anistia ou indulto.

Código de Processo Penal Militar

Art. 643. O indulto e a comutação da pena são concedidos pelo presidente da República e poderão ser requeridos pelo condenado ou, se não souber escrever, por procurador ou pessoa a seu rôgo.

(...)

Art. 648. Concedido o indulto ou comutada a pena, o juiz de ofício, ou por iniciativa do interessado ou do Ministério Público, mandará juntar aos autos a cópia do decreto, a cujos termos ajustará a execução da pena, para modificá-la, ou declarar a extinção da punibilidade.

A declaração de inconstitucionalidade do indulto outorgado pelo Decreto 11.302/2022

Art. 5º. Será concedido indulto natalino às pessoas condenadas por crime cuja pena privativa de liberdade máxima em abstrato não seja superior a cinco anos.

Parágrafo único. Para fins do disposto no *caput*, na hipótese de concurso de crimes, será considerada, individualmente, a pena privativa de liberdade máxima em abstrato relativa a cada infração penal.

Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade do art. 5º do Decreto Presidencial nº 11.302/22. Arguição da Primeira Câmara em sede de Agravo em Execução. Decreto presidencial que afronta os princípios constitucionais da hierarquia e da disciplina. Procedência.

1. Arguição instaurada para análise da constitucionalidade do artigo 5º do Decreto nº 11.302/22, que prevê a concessão de indulto aos autores de crime, cuja pena máxima em abstrato da privativa de liberdade não exceda cinco anos. Decreto que beneficia militares estaduais condenados, por esta Especializada por crimes propriamente e impropriamente militares, inclusos os crimes extravagantes.

2. Afronta direta aos princípios constitucionais de hierarquia e disciplina militares previstos nos artigos 142 e 42 da Constituição Federal. Valores deontológicos das instituições militares. Hierarquia indispensável à garantia da responsabilidade e unidade de ação, direção e mando. Disciplina fator de coesão interna e garantia de exatidão na realização do serviço.

3. No Brasil os princípios da hierarquia e disciplina militares são aptos a gerar um ambiente de neutralidade diante de correntes políticas. Nesse sentido, o artigo 5º do Decreto nº 11.302/22 permite indultar militares condenados por crime militar – cuja pena privativa de liberdade máxima em abstrato não seja superior a cinco anos –, alcançando condutas graves contra a autoridade ou a disciplina militar, contra a honra de superior hierárquico e contra a Administração Militar censuradas no CPM.

4. A concessão do indulto previsto no Decreto nº 11.302/22 enfraquece o Direito Penal Militar, eis que a pena não cumpre sua função de validar a norma penal incriminadora, sequer exige cumprimento parcial de reprimenda como requisito objetivo.
5. O artigo 5º do Decreto presidencial alcança autores de crimes impropriamente militares, abarcados os da legislação extravagante, que também encontram fundamento, ainda que indireto, nos princípios da hierarquia e da disciplina.
6. O arcabouço penal militar e constitucional foi erigido sobre os densos alicerces da hierarquia e disciplina, que o artigo 5º do Decreto nº 11.302/22 coloca em xeque, provoca desmantelamento e corrosão desse sistema.
7. Procedência do incidente de arguição para declarar a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, do artigo 5º do Decreto nº 11.302/22, o qual não se aplica à seara penal militar.

Conclusão do estudo

O Tribunal Pleno do TJMSP, em sede de incidente de inconstitucionalidade nº 0900177 52.2023.9.26.0000 (003/23), inovou na interpretação sistemática dos direitos adjetivos da pessoa humana que se viu processada pela jurisdição da Corte castrense bandeirante, sob a premissa de que o indulto natalino outorgado pelo Presidente da República não seria aplicável na seara do direito penal militar, sob o espeque de alegada violação dos princípios da hierarquia e da disciplina.

Não obstante a controvérsia atinente da aplicação, no devido processo penal militar, dos princípios militaristas de estribo das corporações militares – e de sua compatibilidade com o sistema constitucional de prevalência dos direitos humanos, o que não é objeto deste estudo, temos que há, irônica e indubitavelmente, inconstitucionalidade na solução dada, pelo TJMSP, as questões atinentes ao indulto de penas impostas por aquela vetusta Corte.

À mingua da aparente técnica exarada no julgamento do incidente de inconstitucionalidade, a conclusão pura e simples a que a Corte chegou viola aos fundamentos e princípios republicanos de prevalência dos direitos da pessoa humana defronte o Estado, de suas instituições e autoridades, prevenindo-se, assim, os abusos e desvios de poder vulnerantes dos próprios direitos humanos tutelados no arcabouço jurídico brasileiro.

O direito convencional, representado por Tratados de direitos humanos que receberam tratamento supralegal, conforme a jurisprudência do STF, assentada após o julgamento do RE 466.343/SP, vedam a instituição de elemento *discrimen* pela Lei ou pelos Tribunais em matéria penal.

No plano do direito infraconstitucional, desde os idos de 1969, quando da outorga do CPM e do CPPM, ainda antes da vigência da Constituição Cidadã, se tem o indulto como causa extintiva da punibilidade na seara penal militar, dispositivos estes que evidentemente foram recepcionados pela Constituição de 1988.

Noves fora doze, pululam questões subsidiárias ao mérito propriamente dito da alegada incompatibilidade do indulto no direito penal militar perante os princípios da hierarquia e disciplina, tais quais a existência de processos de execução penal nos quais os apenados foram beneficiados com a suspensão da pena por período de prova discricionário da autoridade judicial, sem prejuízo do exercício do posto ou da graduação, assim como das execuções penais militares de ex-policiais, muitas vezes exonerados da corporação a pedido.

Indubitavelmente, há desvio de poder do Tribunal Pleno do TJMSP quando da pretensa manutenção da hierarquia e da disciplina quando, a uma, o policial militar apenado não tem reconhecido seu direito ao indulto da pena suspensa por período de prova, enquanto exerce regularmente sua função pública, ordenando e recebendo ordens como se apenado não fosse e, a duas, quando o apenado nem mesmo é mais policial militar, não sendo subordinado hierarquicamente a nenhum membro da corporação e não devendo disciplina a outrem, pelos mesmos fundamentos.

Por ser a conclusão jurisdicional tirada em contexto de controle local concentrado de constitucionalidade flagrantemente inconstitucional, exsurge-se deste estudo que a atuação da OAB se faz imperativa, para a restituição do ordenamento constitucional vilipendiado pela Corte castrense bandeirante.

Propostas de ações e postulações

Sem prejuízo de ações outras, o estudo propõe as soluções abaixo delineadas, que poderão ser tomadas em conjunto ou separadamente, sob referendo desta Comissão de Direito Militar:

- Provocação da Diretoria da OAB/SP, para que o Conselho Federal da OAB seja oficiado a fim de propor Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental defronte a interpretação enviesada que o TJMSp deu ao regramento teleológico do instituto constitucional do indulto na seara do direito penal militar;
- Provocação da Diretoria da OAB/SP, para que o Conselho Federal da OAB seja oficiado a fim de propor Ação Declaratória de Constitucionalidade do artigo 5º, do Decreto 11.302/2022;
- Provocação da Diretoria da OAB/SP, para que o Conselho Federal da OAB seja oficiado a fim de propor Ação Declaratória de Constitucionalidade do artigo 123, II, do CPM, e dos artigos 643 e 648, do CPPM.

Sugere-se a postulação de medida cautelar, nos moldes dos artigos 10 a 12, da Lei Federal 9.868/1999.

THIAGO BIANCHI DA ROCHA, advogado, inscrito na OAB/SP sob o nº 322.059. Bacharel em direito pela Universidade São Judas Tadeu, campus Mooca. Consultor jurídico e parecerista. Sócio do escritório **BIANCHI E RODRIGUES – ADVOGADOS ASSOCIADOS**, Sociedade inscrita na OAB/SP sob o nº 35.135. Membro da Comissão de Direito Militar da OAB/SP e Presidente da Comissão de Direito Militar da 55ª Subseção – Suzano.