

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DR. FÁBIO GOUVÊA DD. DESEMBARGADOR RELATOR
(COLENDO ÓRGÃO ESPECIAL DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO)**

Ref.: 0001721-84.2023.8.26.0000

Assunto: Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade Criminal

Suscitante: 4ª. Câmara de Direito Criminal

AERCIO DORNELAS SANTOS e outros, já qualificados nos autos do processo-crime aforado pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**, já qualificado, que deu azo ao presente incidente, vêm, mui respeitosamente perante V. Excelência apresentar memoriais para a sessão de julgamento a se realizar no dia 29/03/2023:

DA SÍNTESE PROCESSUAL

1. Trata-se Incidente de Inconstitucionalidade suscitado pela 4ª Câmara de Direito Criminal desse C. Tribunal de Justiça de São Paulo, visando a declaração, ou não, de inconstitucionalidade do art. 6º do Decreto Presidencial nº 11.302/2022, nos autos das apelações nº 0338975-60.1996.8.26.0001 e 0007473-49.2014.8.26.0001.

2. Em síntese, os fatos.

TEMA OBJETO DA ADI 7330 DO STF SOB RELATORIA DO MINISTRO LUIZ FUX

LIMINAR DEFERIDA SUSPENDENDO OS EFEITOS DO DECRETO NA PARTE IMPUGNADA

HIPÓTESE A RECOMENDAR A REJEIÇÃO DO INCIDENTE

**HOMENAGEM AOS PRINCÍPIOS DA COERÊNCIA E INTEGRIDADE DO ORDENAMENTO JURÍDICO E DAS
GARANTIAS DA NÃO-CONTRADIÇÃO E DA SEGURANÇA JURÍDICA**

3. Existente ADI em trâmite no Supremo Tribunal Federal onde questionada a constitucionalidade do art. 6º do Decreto Presidencial nº 11.302/2022, inclusive com liminar deferida, cuja decisão final terá eficácia vinculante e *erga omnes*, certo que os **princípios da coerência e integridade do ordenamento jurídico** recomendam a rejeição do presente incidente com determinação de suspensão das apelações nº 0338975-60.1996.8.26.001 e 0007473-49.2014.8.26.0001 em trâmite na 4ª Câmara de Direito Criminal até o deslinde do tema pelo STF.

4. Deve prevalecer aqui o comando do **parágrafo único do artigo 949 do CPC** que prestigia regra de “**reserva de plenário**” em homenagem às competências do STF quando este já tenha se manifestado sobre a matéria.

5. O imperativo inafastável de proteção ao *status libertatis* dos indultados no rumoroso processo do Carandiru (apelações nº 0338975-60.1996.8.26.001 e 0007473-49.2014.8.26.0001), impõe o reconhecimento, ainda que provisório, de que não devem ser de nenhum modo juridicamente agravados até a decisão final do STF pela via do controle concentrado, direito que somente será assegurado com a suspensão do julgamento das apelações, afastada



qualquer consideração de inconstitucionalidade da parte impugnada do art. 6º do Decreto Presidencial nº 11.302/2022, pela via do controle difuso de constitucionalidade.

6. Nestes termos, de rigor a rejeição do incidente em apreço para fins de prevalência da competência reservada ao e. STF em homenagem aos princípios da coerência, integridade, não contradição e segurança jurídica estruturantes do ordenamento jurídico.

DA CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 6º DO DECRETO Nº 11.302/2022

7. Confira-se a decisão que conferiu máxima legitimidade ao Decreto Presidencial, em contexto análogo, *in verbis*:

STF AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO PENAL E PROCESSO PENAL. INDULTO. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA (CF, ART. 84, XII) PARA DEFINIR SUA CONCESSÃO A PARTIR DE REQUISITOS E CRITÉRIOS DE CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE. PODER JUDICIÁRIO APTO PARA ANALISAR A CONSTITUCIONALIDADE DA CONCESSÃO, SEM ADENTRAR NO MÉRITO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA IMPROCEDENTE. 1. A Constituição Federal, visando, principalmente, a evitar o arbítrio e o desrespeito aos direitos fundamentais do homem, previu a existência dos Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, repartindo entre eles as funções estatais. 2. Compete ao Presidente da República definir a concessão ou não do indulto, bem como seus requisitos e a extensão desse verdadeiro ato de clemência constitucional, a partir de critérios de conveniência e oportunidade. 3. A concessão de indulto não está vinculada à política criminal estabelecida pelo legislativo, tampouco adstrita à jurisprudência formada pela aplicação da legislação penal, muito menos ao prévio parecer consultivo do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, sob pena de total esvaziamento do instituto, que configura tradicional mecanismo de freios e contrapesos na tripartição de poderes. 4. Possibilidade de o Poder Judiciário analisar somente a constitucionalidade da concessão da *clementia principis*, e não o mérito, que deve ser entendido como juízo de conveniência e oportunidade do Presidente da República, que poderá, entre as hipóteses legais e moralmente admissíveis, escolher aquela que entender como a melhor para o interesse público no âmbito da Justiça Criminal. 5. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente. (ADI: 5874 DF, Relator: ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 09/05/2019, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 05/11/2020)

8. No ponto necessário afirma-se que **não é inconstitucional a *clementia principis*, destinada à superação do *error in judicando***, como havido no denominado “Júri do Carandiru”, onde apenas os **militares estaduais de baixa patente** (oficiais e praças no ano de 1994), restaram **condenados sem individualização de condutas** por meio de desvirtuamento das decisões dos jurados pela invocação da “**teoria do domínio do fato**” aplicada em contexto completamente deslocado de seus fundamentos.

9. **Não é inconstitucional a *clementia principis*, destinada à superação do *error in judicando***, que enfrenta **condenações sem individualização de condutas** (não se fez confronto balístico nas armas apreendidas com os PMs e nos projéteis retirados dos presos mortos, não foi possível saber qual PM matou qual preso dentro no Carandiru)

10. Não incide em inconstitucionalidade a ***clementia principis*** que censura condenações criminais com emprego do extravagante e inusitado critério de **responsabilização por arbitramento** (pena fixada pelo número de mortos encontrados em cada pavimento sem qualquer consideração pelo agir de cada um dos indultados na ocasião).

11. Não incide em inconstitucionalidade a ***clementia principis***, em face da realidade de que na rebelião do Carandiru, restou provado que **34 (trinta e quatro) presos** foram mortos por seus próprios colegas de celas, e o **aparato persecutório estatal** seletivamente atuou **apenas em desfavor dos policiais militares**, hoje indultados, que cumpriram ordens de ingressar nos pavilhões sublevados e isentou de responsabilidade os assassinos que deram causa à necessidade mesma de intervenção.

12. Por que nenhum "reeducando" foi processado pelas 34 mortes que seguramente lhes foram atribuídas? A falta de resposta para a questão legítima a opção discricionária e intangível do indulto concedido pelo art. 6º do Decreto Presidencial nº 11.302/2022.

13. Aliás, necessário que se diga que o ***error in iudicando*** é fundamento de base do sistema de ***checks and balances*** a legitimar a atuação do Poder Executivo na extinção de punibilidade de réus injustamente condenados.

14. A ***clementia principis***, portanto, opera como **instância retificadora legítima** onde o aparato judiciário excepcionalmente **consagrou solução contrária aos fatos ou ao direito, ou a ambos**, como verificado na espécie.

15. Na mesma linha de considerações, nada há de inconstitucional na ***clementia principis*** que retifica o ***error in iudicando*** que afasta a garantia constitucional da irretroatividade da lei mais gravosa (artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal, e parágrafo único do artigo 2º do Código Penal), como na hipótese, uma vez que **o homicídio qualificado somente foi "etiquetado" como hediondo após a prática da conduta imputada aos aqui indultados**.

16. Assim, **a vedação constitucional de indulto para homicídios qualificados** evidentemente somente se aplica para às **condutas posteriores à vigência da Lei 8.930/1994**, sendo legítimo o ato de ***clementia principis*** que elege fatos pretéritos para a necessária retificação do ***error in iudicando***.

17. Ademais, nada há de inconstitucional na ***clementia principis***, que isenta de penas agentes do Estado que dedicaram toda uma vida de bons serviços prestados aos cidadãos e foram colocados na contingência inafastável de efetuarem disparos de armas de fogo em defesa própria e de terceiros em meio a rebelião onde reconhecido o **"estado de coisas inconstitucional" do sistema prisional (ADPF 347)**.

18. No aspecto da suposta inconstitucionalidade do art. 6º do Decreto Presidencial nº 11.302/2022, sob o fundamento da vedação de indulto para crimes de lesa-humanidade, cumpre destacar que de acordo com o artigo 7º do Estatuto de Roma, os homicídios em questão não são considerados como crimes de lesa-humanidade, pois não foram cometidos **"no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque", de acordo com o direito internacional**.¹

19. Houve no dia 2 de outubro de 1992 tentativa de conter uma rebelião que acabou saindo do controle e culminando em uma tragédia, tudo à conta de responsabilidades e omissões do Estado não imputáveis aos indultados pelo art. 6º do Decreto Presidencial nº 11.302/2022 (a Casa de Detenção abrigava mais de 7 mil detentos em seus nove pavilhões, quando a capacidade oficial era de 3.250 pessoas).

20. Mesmo que tivesse sido um ataque generalizado ou sistemático, o Estatuto de

¹ <https://www.conjur.com.br/2022-dez-30/cesar-dario-indulto-natalino-ano-massacre-carandiru>

Roma, que contém normas penais, **não pode retroagir para prejudicar os indultados**, pois só se aplica a partir da adesão do Brasil em **25 de setembro de 2002, quando foi promulgado o Decreto nº 4.388/2002**.

21. A Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), por sua vez, que se pretende aplicar para impedir a concessão do indulto *in casu* é um diploma supralegal, isto é, está acima da legislação e abaixo da Constituição Federal, uma vez que não foi submetido ao seu procedimento previsto no artigo 5º, § 3º para que pudesse ser equivalente à emenda constitucional (votação qualificada de 3/5 em dois turnos em ambas as Casas). Dessa forma, as normas nela existentes não podem contrariar a Constituição Federal, que outorga ao presidente da República a prerrogativa de conceder indulto e graça por razões de conveniência e oportunidade, tudo com expressão da soberania nacional.

22. Por fim, é abjeta a lógica da seletividade de “direitos humanos”. **A condenação criminal sem individualização de condutas é atentado aos direitos humanos; a submissão de cidadãos a processos crime na condição de réus por mais de 30 anos é atentado aos direitos humanos; a coisificação e atribuição de responsabilidade do Estado para o agente público que cumpre ordens (subjetivação)**, inclusive sob ameaça de sanção penal militar na hipótese de descumprimento, como havido na espécie, **também é grave atentado aos direitos humanos**.

23. Assim, e em resumo, dado os limites recomendados aos memoriais, o art. 6º do Decreto Presidencial nº 11.302/2022, como expressão da *clementia principis*, não resvalou em nenhuma hipótese a justificar seja declarado inconstitucional.

EPÍLOGO

24. Os órgãos fracionários do E. Tribunal de Justiça de São Paulo, fieis ao espírito de Justiça e legalidade que são a marca e a grandeza da Corte, bateram-se até aqui pela prevalência do melhor direito no contexto que, à evidência, no mínimo exigia fossem os réus, agora indultados, submetidos a novo júri, dada a gravidade do *error in judicando* havido na espécie: **condenações sem individualização de condutas com emprego do extravagante critério de arbitramento de responsabilidades**.

25. Infelizmente a técnica e o direito foram superados pelo *error in judicando* das instâncias de superposição que equivocada e irrefletidamente prestigiaram a “soberania do veredito do júri”.

26. Fato é que, felizmente o sistema de “**freios e contrapesos**” da teoria de separação dos poderes funcionou e cumpriu seu papel de *ultima ratio* na linha de retificação do *error in judicando*, indultando os réus do Carandiru sem qualquer afronta à Constituição da República.

27. Vozes e opiniões que querem a prisão dos policiais do Carandiru padecem de uma certa “miopia” que legitima sejam penitenciadas pessoas onde deveria pagar o Estado e seus mandatários.

28. Como inteligentemente observado alhures, o “Júri do Carandiru”, restou com um “**Julgamento de Nuremberg**” às avessas. Todos os governantes, autoridades e comandantes que decidiram e deram as ordens para a materialização da intervenção sequer foram processados, restaram no bancos dos réus condenados “**as vítimas do outro lado**”, ou seja, os pobres e negros a serviço do Estado.

29. O aparato estatal no início dos anos 90 do Século passado não estava preparado para a perseguição criminal da envergadura do processo do Carandiru. Não estava e permaneceu assim, incapaz para o desafio, pelas Décadas seguintes.

30. Militares com vidas e carreiras impecáveis, passados mais de 30 anos da tragédia, **não podem ser tomados como personificação do Estado** para fins de serem “**imolados**” para satisfação da “**tara punitivista**” de **espíritos deformados**, atropelando-se garantias postas pela Constituição Federal em favor de todos os cidadãos.

31. Excelências: indaguem a qualquer defensor da prisão dos indultados do Carandiru o que podem dizer das pessoas dos militares postos nos bancos dos réus. Percebam que eles calam. Nada tem a dizer, porquanto **o objeto de suas censuras é o Estado de per si**. Os policiais são apenas **a materialização possível e necessária dentro de suas lógicas deturpadas para o exercício da vingança deveras deslocada**.

32. A tragédia do Carandiru já produziu todos os efeitos de retificação em dimensões múltiplas, desde de redesenhar aspectos urbanísticos da Capital do Estado, até mudar a cultura institucional da segurança pública e da Polícia Militar em todo o país.

33. O sacrifício da liberdade dos militares subordinados, nos estertores de suas vidas, por terem cumprido as ordens para ingressar nos pavilhões dominados e sublevados, em chamas, em ambientes esfumaçados, para enfrentamento de presos armados com ordens expressas para disparar até o restabelecimento do controle, **não se coloca na linha das medidas que fizeram o país e a sociedade brasileira evoluírem após o dia 02 de outubro de 1992**.

34. A insistência descabida no “**fetichismo ideológico**” da prisão dos indultados do “Júri do Carandiru”, a prevalecer, **se inscreverá no quadro dos mais graves erros do Judiciário brasileiro**.

35. Pede-se que **o incidente seja rejeitado com afastamento da tese da inconstitucionalidade com determinação** à c. 4ª Câmara de Direito Criminal, de **suspensão do trâmite das apelações nº 0338975-60.1996.8.26.001 e 0007473-49.2014.8.26.0001 até decisão final do c. STF nos autos da ADI 7330**.

Nesses termos, pede deferimento.
Ribeirão Preto/SP, 29 de março de 2023.


ELIEZER PEREIRA MARTINS²
OAB/SP nº 168.735

² Pós-doutor em direito – IGC/CDH – Universidade de Coimbra