

Art. 1º, inciso V, do Decreto nº 7.648/2011 – necessárias limitações de cunho subjetivo

Autor: George Neves Lodder

Procurador da República

publicado em 03.05.2012

 

Resumo

O presente estudo procurou demonstrar que algumas das regras repetidas e incluídas anualmente nos decretos presidenciais de indulto, tais como o inciso V do art. 1º do Decreto nº 7.648, de 21 de dezembro de 2011, demandariam uma maior reflexão da comunidade jurídica e, mormente, das autoridades responsáveis pela elaboração dessas normas ante os riscos de uma indesejada objetivação dos critérios para o perdão que, em última análise, propicia o regresso às ruas de apenados que não tiveram, claramente, o seu processo de ressocialização concluído. Pugna-se pelo elastecimento do prazo para a consideração das faltas graves, homologadas em juízo – aqui alvitrado em 60 meses, especificamente para este inciso –, e pela admissibilidade da requisição de exame criminológico, que poderia fundamentar o indeferimento do pedido de indulto.

Palavras-chave: Indulto. Decreto presidencial. Cumprimento ininterrupto de pena. Faltas disciplinares. Ressocialização. Individualização da pena. Isonomia. Segurança pública. Critérios subjetivos. Exame criminológico. Progressão de regime. Aptidão para reingresso no convívio social.

Introdução

Tão tradicional quanto a edição dos decretos presidenciais de indulto por ocasião das festividades comemorativas do Natal, vem se tornando a inclusão de novas hipóteses de concessão do perdão em tais normas.

O elastecimento da pertinência do ato remissivo provoca pesadas críticas de setores da doutrina, preocupados com o potencial prejuízo ao combate à criminalidade. Para alguns, as alterações visariam, tão somente, a reduzir os gastos com o sistema penitenciário, como exemplifica o texto subsequente:

“Percebe-se, de forma nítida, indiscutível e cristalina, a tendência progressiva de afrouxamento das exigências, bem como a ampliação das hipóteses de concessão dos benefícios de indulto e comutação, inclusive permitindo o benefício para quem esteja cumprindo pena ou sendo processado por crime hediondo (Decreto de 2010).

Essa situação nos faz acreditar, sem muita possibilidade de equívoco, que as hipóteses estabelecidas para concessão de comutação (perdão parcial da pena a cumprir) ou de indulto (perdão total da pena), bem como a restrição de análise de merecimento pelo julgador visam criar, mais rapidamente, vagas no sistema prisional, para permitir encarcerar outros condenados que devem cumprir penas.” (REZENDE, 2011, p. 3)

É preciso dizer, sem qualquer compromisso com a tese esposada acima, que alguns dos incisos acrescentados ao art. 1º dos decretos de indulto natalino (1) não ostentam finalidade compatível com a humanização da pena. Ao inverso, atentam contra o princípio da individualização da pena e contra o bom comportamento carcerário no vigor de parte substancial da reprimenda.

Malgrado não se cuide de inovação – já que vem sendo repetido em diversos decretos, desde o século passado –, o inciso V do art. 1º do Decreto nº 7.648, de 21 de dezembro de 2011, **(2)** parece ser, ainda, aquele que apresenta a maior potencialidade danosa. Certo, pois sua aplicação foi assaz facilitada, nos últimos anos, mercê das demais modificações no texto-base dos decretos, sobretudo do art. 4º, que, desde 2009, passou a exigir a homologação judicial das faltas disciplinares de natureza grave para que se configure o óbice à concessão do indulto.

Esse dispositivo será o objeto de análise e crítica da presente resenha.

1 Casuística

Em 2010, o Conselho Penitenciário amapaense se deparou com laborioso caso concreto. Cuidava-se do processo executório de apenado condenado à pena privativa de liberdade de cinquenta e quatro anos e dois meses de reclusão, com esteio no artigo 121, § 2º, inciso I, II, III e IV, c/c artigo 211, artigo 29, com as agravantes do artigo 61, II, *h*, do Código Penal.

O reeducando fora preso, em flagrante, pela prática da “chacina da família Magave”, talvez o delito mais nefasto da história do Estado do Amapá, cuja sentença definitiva foi proferida em 16.10.2003.

Aquela época, já vigia o Decreto nº 7.046/2009, que, em seu art. 1º, III, concedia indulto às pessoas “condenadas à pena privativa de liberdade que, até 25 de dezembro de 2009, tenham cumprido, em regime fechado ou semiaberto, ininterruptamente, quinze anos da pena, se não reincidentes, ou vinte anos, se reincidentes”.

O requisito subjetivo, naquele ano, como já explicitado, consubstanciava-se na inexistência de censura grave – praticada nos últimos 12 meses, contados retroativamente da publicação do decreto – homologada em juízo. Logo, não obstante o histórico prisional relatasse uma série de faltas graves, duas em 2008, **(3)** o requisito objetivo teria que ser analisado. **(4)**

Entendeu o conselho não ser o caso de concessão do indulto, ao endossar parecer cujo trecho de maior relevância assim se plasmou:

“Ao recuperando, como dito anteriormente, foi aplicada pena privativa de liberdade de 54 (cinquenta e quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, sendo cumpridos 9 (nove) anos, 4 meses e 20 (vinte) dias de prisão cautelar (01.06.1994 – 20.10.2003 – fls. 3-4), 2 (dois) anos, 7 (sete) meses e 3 (três) dias de regime fechado (21.10.2003 – 23.05.2006 – fls. 191-192), 2 (dois) anos, 11 (onze) meses e 12 (doze) dias (24.05.2006 – 05.05.2009 – fls. 191-192 e 321-322) em regime semiaberto, que, com o acréscimo de 627 dias da remição (1 ano, 8 meses e 20 dias – fls. 288), perfazem um total de 7 (sete) anos, 3 (três) meses e 5 (cinco) dias cumpridos nos regimes fechado e semiaberto.

Atente-se que para o supracitado cálculo não se leva em consideração o tempo de prisão provisória já que o decreto é expresso em exigir pena cumprida em regime fechado ou semiaberto, o que significa que não houve o cumprimento ininterrupto de vinte anos da pena (por ser reincidente) até 25.12.2009, que é um dos requisitos exigidos para ser concedido o indulto. E, assim, o perdão presidencial não se estende a ele.

Da mesma forma apresenta-se inviável a comutação (artigo 2º do mesmo decreto), na medida em que, somados os tempos de prisão cautelar e de prisão da pena definitiva, totalizam-se 17 (dezessete) anos, 3 (três) meses e 16 (dezesseis) dias, isto é, menos de 1/3 da pena de 54 anos e 2 meses, cumpridos até 25.12.2009, requisito aplicado aos condenados à pena privativa de liberdade, reincidentes, não beneficiados com a suspensão condicional da pena, que não preenchem os requisitos do indulto.” **(5)**

Vale dizer que: (i) o fato foi cometido antes da promulgação da Lei nº 8.072/90; (ii) face ao hodierno artigo 1º, V, do Decreto nº 7.648, de 21 de dezembro de 2011, a exegese adotada pelo parecer não seria possível.

Ademais, salienta-se o caráter opinativo do pronunciamento do conselho penitenciário. A pena foi perdoada pela Vara das Execuções Penais.

O Superior Tribunal de Justiça registra caso de concessão de indulto a condenado à pena total de 141 anos de reclusão, pela prática dos crimes de roubo, latrocínio e formação de quadrilha. Eis o aresto correspondente:

“CRIMINAL. HC. EXECUÇÃO. INDULTO. DECRETO Nº 4.904/2003. REQUISITO OBJETIVO PREENCHIDO. CUMPRIMENTO DE MAIS DE VINTE ANOS DA PENA, ININTERRUPTAMENTE. ORDEM CONCEDIDA.

Hipótese em que a impetração busca a concessão do benefício de indulto ao paciente, negado pelo Magistrado singular e pelo Tribunal *a quo* em virtude do não preenchimento de requisito objetivo.

O Decreto nº 4.904/03 exige, para a concessão de indulto o cumprimento, ininterrupto, até 25.12.2003, de quinze anos da pena ou de vinte anos, se o condenado for reincidente.

Os autos comprovam o preenchimento do requisito, pois o paciente, na data referida pelo Decreto Presidencial, completou o cumprimento, ininterrupto, de mais de vinte anos da reprimenda total a ele imposta.

Deve ser cassado o acórdão recorrido, bem como a decisão monocrática por ele confirmada, reconhecendo-se o direito do paciente ao benefício do indulto, nos termos do Decreto nº 4.904/2003.

Ordem concedida, nos termos do voto do Relator.”(6)

A tendência é que casos de mais grave repercussão social deixem de ser objeto de apreciação, para fins da aplicação da regra em comento, postos em perspectiva os mais de 20 anos desde a publicação da Lei dos Crimes Hediondos. Todavia, essa constatação não implica concluir que houve o esgotamento dos casos peculiares e que revelam alto grau de injustiça, consoante se mostrará posteriormente.

2 Inconstitucionalidade – ADI nº 2.795

O art. 1º, IV, do Decreto nº 4.495/2002 chegou a ter sua constitucionalidade impugnada pela Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.795.

Ao apreciar a medida cautelar, consignou o Ministro Ilmar Galvão:

“Por meio do decreto ora impugnado, o Presidente da República exerceu a competência que lhe reserva o inciso XII do art. 84 da Constituição, competência essa que, obviamente, não pode ser considerada ofensiva ao direito social à segurança, consagrado no art. 6º da CF, como sustentado na inicial.

A única limitação a esse poder está contida no inciso XLIII do art. 5º da Carta, que considera 'insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos (...)'

A questão não é nova neste Tribunal, havendo, ao revés, sido apreciada por ambas as suas Turmas, nos HCs nos 81.380, Rel. Min. Maurício Corrêa; 81.565, Rel. Min. Sepúlveda Pertence; e 81.567, Rel. Min. Ilmar Galvão, nos quais restou decidido que 'a graça individual e o indulto coletivo – que, ambos, tanto podem ser totais ou parciais, substantivando, nessa última hipótese, a comutação de pena – são modalidades do poder de graça do Presidente da República (art. 84, XII) – que, no entanto, sofre a restrição do art. 5º, XLIII, para excluir a possibilidade de sua concessão, quando se trata de condenação por crime hediondo' (cf. HC 81.565).

Registre-se, ainda, que o Plenário desta Corte, no HC nº 77.528, declarou a constitucionalidade do inciso I do art. 2º da Lei nº 8.072/90, ao entendimento de que o termo 'graça' previsto no art. 5º, XLIII, da CF engloba o 'indulto' e a 'comutação da pena', estando, portanto, a

competência privativa do Presidente da República para a concessão desses benefícios limitada pela vedação estabelecida no mencionado dispositivo constitucional.

O decreto sob enfoque, por isso mesmo, no art. 7º, excluiu de seus efeitos os condenados por crime hediondo, de tortura e terrorismo; por tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins.

Entretanto, no parágrafo 2º do referido artigo, colocou a salvo da restrição, de forma indiscriminada, os 'condenados a pena privativa de liberdade aplicada não superior a quatro anos (...)'

Patente, assim, no ponto, a plausibilidade do fundamento da inicial.(7)

Forçoso anotar que o Pretório Excelso não submeteu a questão a Plenário. Ainda hoje, os autos estão conclusos ao gabinete do relator, para a elaboração do voto.

Naquela ação, inseriu-se, outrossim, tese que, conquanto imprópria para análise em controle concentrado de constitucionalidade, coaduna-se com respeitável posicionamento doutrinário, segundo o qual o inciso em destaque vulneraria o art. 75, § 1º, do Código Penal, porquanto reduziria a pena máxima fixada pelo Estatuto Repressivo.

Incumbe esclarecer, porém, que este trabalho não parte do princípio que o art. 1º, V, do Decreto nº 7.648, de 21 de dezembro de 2011, é inconstitucional (8) ou ilegal, apenas inconveniente. A justificativa para essa afirmação se fará nas seguintes linhas.

3 A imprescindibilidade da análise do comportamento e o eventual recurso ao exame criminológico – paralelo com a progressão do regime de cumprimento de pena

Como forma de concretizar o princípio constitucional da individualização da pena (art. 5º, XLVI), nosso sistema jurídico absorveu, em sua integralidade, o método de aferição da aptidão do apenado para ser transferido para um regime menos gravoso, no qual continuará a cumprir sua pena. O artigo 33, § 2º, que sobreviveu à Lei nº 10.792/2003, baseia-se no mérito do condenado, isto é, permite que a responsabilidade, a disciplina e o bom comportamento influam na última etapa de quantificação da sanção a ser executada.

Nesse ponto, bem se encaixam as ponderações de Luiz Regis Prado:

“O mérito, salienta a doutrina, 'traduz-se no merecimento, ou seja *in casu*, na habilitação do condenado à progressão. E deve ser aferido em razão dos respectivos valores intrínsecos, morais e laborais, que o façam merecer o correspondente resultado, tal como na lei estabelecido – uma verdadeira recompensa, enfim, pelo seu comportamento prisional'. Portanto, para aferir o mérito do apenado, o magistrado deve valer-se do exame criminológico, em que uma equipe multidisciplinar fornece elementos de ordem psíquica, psicológica, moral e ético-social sobre a eventual capacidade do acusado de progredir para o regime mais brando; atestado de boa conduta carcerária, além de outros elementos julgados essenciais para a concessão da progressão de regime, tais como a reparação do dano, total ou parcial, a remanescente repercussão social do delito, etc. Enfim, o mérito vem a ser um elemento de conteúdo material indispensável para a progressão.

Assim, para a progressão do regime, além do requisito formal, objetivamente comprovado (cumprimento de ao menos um sexto da pena no regime anterior); faz-se necessário, ainda, o requisito material representado pelo mérito do acusado (art. 33, § 2º, CP), que é objetivamente comprovado pela ostentação de bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, além de outros elementos valorados como relevantes para caracterizar o citado mérito. Dessa forma, os referidos artigos não estão em uma relação de antinomia, mas sim de complementariedade. Por outro lado, impõe-se uma

interpretação teleológica, vale dizer, a finalidade da lei de execução penal brasileira que visa a ressocialização do apenado, desde que assegurados os interesses da defesa social, isto é, reafirmação do ordenamento jurídico e fins preventivos (itens 13 e 14, Exposição de Motivos da LEP). O atestado de comportamento carcerário representa um *plus* para aferir o mérito do apenado, ou seja, a fim de se garantir a liberdade individual e a real proteção de bens jurídicos fundamentais, não se pode permitir que o apenado tenha direito à progressão se não teve um comportamento disciplinar condigno no estabelecimento prisional; com tal exigência, garante-se que o acusado somente obtenha a progressão se teve um bom comportamento carcerário, o que, antes da modificação da redação do art. 112 da LEP, já estava implícito no conceito de mérito do acusado." (PRADO, 2007, p. 567-568)

Na mesma vereda, Julio Mirabete e Renato Fabbrini:

"Na progressão, evolui-se de um regime para outro menos rigoroso. Essa evolução, nos termos do art. 33, § 2º, do CP, depende não só do cumprimento de um sexto da pena no regime anterior (mais severo), como também do mérito, que significa merecimento, aptidão, capacidade, do condenado, que deve indicar sua compatibilidade com o regime menos rigoroso." (MIRABETE; FABBRINI, 2010, p. 246)

O mérito assume tão elevado relevo precisamente porque instrumentaliza a perquirição de quais reeducandos galgaram degraus rumo à ressocialização. Aqueles com bom comportamento carcerário, que aceitaram responsabilidades – estudos e trabalho, por exemplo – com êxito, que contam com a confiança das autoridades prisionais, merecem tratamento mais benéfico.

Não sem razão, pois a ressocialização está, independentemente da corrente doutrinária que se siga, entre os escopos das reprimendas penais. Ademais, é do interesse da administração carcerária e do Poder Judiciário que os encarcerados se comportem da melhor forma possível, a justificar o estabelecimento de privilégios àqueles que cooperem com o sistema.

Essa compreensão moldou o arcabouço normativo subjacente à progressão das penas, bem como a exegese produzida pela ação dos operadores do direito, para que, paulatinamente, cristalizasse-se o sistema meritório. A realidade mostrou que o exame que deve preceder o retorno de apenados à sociedade não pode se cingir à observância do decurso do tempo. O princípio da individualização da pena não se satisfaz com regras meramente objetivas.

Não parece justo que um apenado cuja ficha prisional revele grande quantidade de faltas – embora primário –, ao completar quinze anos de custódia, tenha a progressão de regime indeferida, mas receba o perdão de sua pena, via decreto da chefia do executivo federal, por não ter falta grave – homologada em juízo, lembre-se, no último ano. Anote-se que, em alguns casos, a inexistência de infração disciplinar por um ano se deve à peculiaridades do regime – tais como a inserção do apenado no regime disciplinar diferenciado – ou de doença que o afaste do convívio social.

Nessa medida, a experiência acumulada pela doutrina e pela jurisprudência, no concernente à progressão de regime, deve servir de paradigma para as previsões alusivas àqueles que cumprem penas em regime fechado, inseridas nos decretos de indulto presidencial.

Além da observância do bom comportamento durante todo o transcorrer da pena, outros requisitos parecem, igualmente, aplicáveis.

A uma, o recomeço da contagem do período pertinente, como decorrência da prática de falta grave. O procedimento, inafastável no contexto da progressão de regime, é explicado por Guilherme de Souza Nucci nos seguintes termos:

“Se o condenado comete falta grave enquanto cumpre pena no regime fechado (ou semiaberto), para efeito de progressão, deve começar a computar o período de um sexto novamente. Ex: cumprindo pena de doze anos, iniciada no regime fechado, após dois anos – atingido um sexto – comete falta grave. Consequências: a) não poderá receber o benefício da progressão por ausência de merecimento; b) começará a contar novo período de um sexto a partir da data em que cometeu a falta; c) lembrar que esse novo período incide sobre o remanescente da pena e não sobre o total (...).” (NUCCI, 2008, p. 497-498)

A duas, não se poderia excluir do juízo processante a oportunidade de se valer do exame criminológico, como mecanismo hábil a confirmar a aptidão do reeducando para regressar ao convívio social. Merecem destaque, as lições de Luiz Regis Prado:

“Com o propósito de demarcar o início da execução científica das penas privativas de liberdade e da medida de segurança detentiva, além de buscar efetivar antiga norma geral do regime penitenciário, a classificação dos condenados, segundo preceitua a Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal, é o desdobramento lógico do princípio da personalidade da pena, bem como exigência dogmática da sua proporcionalidade. Desse modo, conhecendo-se a personalidade do condenado e analisado o fato cometido, permite-se a realização de um tratamento penitenciário mais adequado.

O exame criminológico exsurge na Lei de Execução Penal como instrumento indispensável ao tratamento penitenciário, destinado a classificar e individualizar a execução, para que sejam fornecidas a cada sentenciado as oportunidades e os elementos necessários a fim de se lograr sua reinserção social.

(...)

Entretanto, com a Lei 10.792/2003 e a conseqüente alteração do artigo 112 da LEP, suprimiu-se sua obrigatoriedade (na progressão do regime fechado), consagrando-se sua facultatividade em qualquer forma de progressão. É oportuna tal alteração, especialmente em nome do princípio da celeridade que deve nortear a justiça.

Não obstante seja essa a orientação legislativa, revela-se imprescindível realização do exame criminológico, principalmente nos delitos com violência, grave ameaça ou morte, uma vez que o juiz, o promotor ou o diretor do estabelecimento não têm, via de regra, formação técnica – médica ou psicológica – para avaliar se o preso encontra-se efetivamente apto para progredir de regime e, por fim, retornar ao convívio social.” (PRADO, 2007, p. 570-571)

4 Proposta de redação para o inciso nos decretos de indulto vindouros

Conforme ressei das premissas listadas acima, o indulto a presos segregados a longo período deve, inexoravelmente, contemplar três ordens de pressupostos: (i) fixação do prazo – critério meramente objetivo; (ii) estabelecimento de período considerável sem que se registre falta grave – critério subjetivo premial; (iii) admissibilidade da submissão do reeducando ao exame criminológico – critério subjetivo de aptidão para o retorno ao convívio social.

A maior parcela das críticas ao inciso analisado – atual inciso V do art. 1º do Decreto nº 7.648, de 21 de dezembro de 2011 –, pugna por alterações no critério objetivo, por considerar inadequada a remissão de penas privativas de liberdade cumpridas em regime fechado ou semiaberto. Alguns falam na previsão de prazos mais seguros ou consentâneos com o regime de progressão de penas previsto na Lei de Execuções Penais.

Merecem destaque as conclusões da Comissão de Aperfeiçoamento da Atuação do Ministério Público no Sistema Carcerário e no Controle Externo

da Atividade Policial, vinculada ao Conselho Nacional do Ministério Público, inseridas no documento remetido ao Ministério da Justiça, como sugestão e parâmetro para a edição de decreto e indulto de 2011.

Por ocasião daquele documento, indicou-se a seguinte redação para o dispositivo em tela:

“Art. 1º É concedido indulto às pessoas:

(...)

IV – condenadas à pena privativa de liberdade que, até 25 de dezembro de 2011, tenham cumprido, ininterruptamente, quinze anos da pena, se não reincidentes, ou vinte anos, se reincidentes, **desde que também cumprido 1/6 da pena aplicada;** (...).”

A posição da comissão recebeu robusta fundamentação, abaixo reproduzida:

“Sugere-se o condicionamento do cumprimento também do percentual de 1/6 da pena, uma vez que padrão mínimo para progressão de regime. Ademais, o simples cumprimento ininterrupto de pena por 15 anos pode contrariar a lei, que o estende ao máximo de 30 anos, implicando, em última análise, em legislar-se via decreto. Mantem-se, com tal sugestão, o tratamento diverso aos condenados a penas longas e diferenciadas, buscando a concretização do mandamento constitucional da individualização das penas.

Com efeito, o limite temporal ao cumprimento das penas privativas de liberdade é estabelecido pelo art. 75 do CP, sendo fixado em trinta anos. Cuida-se de norma específica, que apenas e tão somente regula o máximo da pena a ser cumprida, não prevendo a sua aplicação para regular os requisitos necessários aos benefícios a serem concedidos aos apenados durante o cumprimento da pena. Nesse sentido, o enunciado de Súmula 715 do STF.

Caso contrário, estar-se-ia diante de situação violadora do princípio da isonomia. Ora, como justificar que um apenado a 300 anos de pena privativa de liberdade receba, com base no mesmo tempo de cumprimento de pena, os benefícios concedidos a alguém que, por ter praticado menos delitos, foi condenado a pena inferior, só pelo fato de ter cumprido ininterruptamente 15 anos da sanção imposta?

Assim, tal preceito provoca grande quebra de proporcionalidade, já que se desvincula de todos os demais dispositivos que impõem um cumprimento proporcional mínimo de sanção diante da pena total, de sorte que, em termos percentuais, o grande criminoso – seja multirreincidente ou autor de crime gravíssimo – está em situação mais benéfica que o apenado por delitos em menor número. Isso porque quanto maior a reprovabilidade do apenado, mais beneficiado ele é pelas regras do indulto.

É de se reconhecer, outrossim, que tal estrutura normativa também provoca distorções em relação aos próprios apenados sobre os quais incide tal norma. Afinal, alguém condenado por duplo homicídio simples a uma pena de vinte anos terá que cumprir quinze anos para ser solto. Em contrapartida, um autor de trinta roubos duplamente qualificados, integrante de quadrilha armada, se condenado a trezentos anos de prisão, caso não reincidente, também terá que cumprir os mesmos quinze anos de privação de liberdade. Logo, denota-se clara desproporção entre os casos.

Assim, de forma a se afastar tais distorções, aos presos de longa duração, que tenham cumprido ininterruptamente quinze anos de pena privativa de liberdade, caso primários, ou vinte anos de pena privativa de liberdade, caso reincidentes, recomendável que seja concedido indulto apenas caso já tenham cumprido ao menos um sexto da pena total aplicada.

De outra sorte, a necessidade de cumprimento do mínimo de um sexto da pena, para fins de indulto, justifica-se ainda diante da própria Lei de

Execuções Penais. Não há benefício legal na LEP que possa ser implementado sem o cumprimento mínimo de um sexto da pena. A ideia do legislador nesse caso foi de reintegrar o apenado de forma paulatina na sociedade, e de ressocializá-lo, caso o mesmo tenha condições de merecer o benefício, bem como diante do mínimo de cumprimento da pena.

Se um mínimo de cumprimento da pena não for observado, corremos o risco de atingirmos de forma especialmente severa a coisa julgada. As decisões judiciais estarão sendo demasiadamente mitigadas diante da possibilidade de o apenado cumprir cerca de um décimo da pena (ou menos) e, ainda assim, sair do sistema com o benefício do indulto.”

A despeito do substancial argumento, uma alteração no critério subjetivo poderia ser igualmente – ou mais – eficaz.

Certo, pois se o desiderato do sistema penal é, como já anunciado, a ressocialização, a adequação e a proporcionalidade da reprimenda poderiam ser ignoradas pelo ato de clemência, contudo, jamais os elementos comprobatórios do restabelecimento do caráter do apenado.

Hoje, entretanto, o estreito prazo de doze meses, contados da publicação do decreto, é insuficiente para demonstrar a reabilitação de qualquer pessoa. Sobretudo, quando se exige a homologação judicial dessas faltas.

O sistema atual permite que o reeducando cometa diversas faltas por quatorze anos, mas, desde que essas não se repitam no último, possa se habilitar ao indulto, em prejuízo da observância dos deveres disciplinares instituídos pelo art. 39 da Lei nº 7.210/84. Ademais, a transposição do custodiado, por um ano, para o regime disciplinar diferenciado automaticamente lhe asseguraria o requisito subjetivo para o indulto.

Vale lembrar, ainda, que algumas dessas infrações deixam de ser confirmadas pelo Poder Judiciário por excesso de trabalho ou por falhas burocráticas, a dificultar a análise da regeneração da índole do, outrora, criminoso.

Supõe-se que um prazo mais dilatado, que se propõe em cinco anos (sessenta meses), seja o mais ajustado. Assim, excepcionar-se-ia o art. 4º do atual decreto, ao menos no que tange ao inciso V.

De outro giro, não se pode subtrair do Juízo competente a faculdade de requerer o exame criminológico, em se cuidando de norma que devolve a liberdade a recluso, submetido a regime fechado ou semiaberto. A assertiva, no entanto, nasce temperada pela certeza de que a prática relegou a incursão frequente aos exames de cunho psico-sociológicos, notadamente em vista da escassez de órgãos e agentes especializados para sua implementação.

A premissa fática, conquanto hígida, não deve subverter o arremate. Assim como preconizado no que toca a progressão de regime, o exame criminológico se consolidou como mecanismo fundamental para a promoção da reinserção social, a despeito das dificuldades inerentes à sua implementação em larga escala. Portanto, impõe-se a inclusão da opção de recorrer ao *expert*, como prerrogativa do magistrado.

Delimitados os marcos essenciais, o texto normativo que se pretende alvitar pressuporia, além do requisito objetivo, a inexistência de falta grave, homologada pelo juízo competente, cometida nos sessenta meses de cumprimento de pena, contados retroativamente à publicação do decreto, e a apreciação favorável em exame criminológico, caso requerido pelo órgão jurisdicional.

Sugerir-se-ia, alternativamente, o indulto condicional.**(9)** Os entraves para o envide das providências necessárias para a fiscalização e a sanção do comportamento inapropriado pós cárcere desabonam o uso do instituto, todavia.

Conclusão

Na vetusta lição de Damásio de Jesus, “indulgência ou clemência soberana é a renúncia do Estado ao direito de punir, fundamentando-se na equidade, no sentido de temperar os rigores da Justiça.” (JESUS, 1999, p. 693)

A curta asserção encerra, em um mesmo contexto, a conveniência de minorar os exageros das penas aplicadas pelo Poder Judiciário e a advertência de que a equidade deverá ser observada.

Na última década, o incremento paulatino e constante das disposições concessivas do indulto presidencial acompanha um certo desleixo na previsão das consequências concretas desse avanço. Os resultados desafiam a isonomia, ao equiparar condenações exaradas em casos substancialmente diferentes, ao passo que assombram a segurança pública, ao fomentar o retorno às ruas de pessoas que, nitidamente, não tiveram o processo de ressocialização concluído.

Esse o cenário que clama pela mitigação de algumas das regras incluídas, como o atual inciso V do art. 1º do Decreto nº 7.648, de 21 de dezembro de 2011, que logrou diversas reedições, malgrado os amplos ataques à sua legalidade e à sua constitucionalidade.

Sem qualquer pretensão de alicerçar solução definitiva, as sugestões veiculadas por este trabalho visam, apenas, a instigar as discussões sobre o tema, a partir de critérios que, embora exemplificativos, imaginam-se justos.

Bibliografia

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Comissão de Aperfeiçoamento da Atuação do Ministério Público no Sistema Carcerário e no Controle Externo da Atividade Policial. **Minuta de decreto de indulto a ser apresentada ao Ministério da Justiça, após as deliberações de 24 de agosto de 2011.** Disponível em: <http://www.cnmp.gov.br/portal/images/stories/Noticias/2011/Arquivos/decreto_indulto.pdf> Acesso em: 4 fev. 2012.

DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto; DELMANTO, Fábio M. de Almeida. **Código Penal Comentado.** 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal.** Parte Especial. v. III – artigos 155 a 249 do Código Penal. 6. ed. Niterói: Impetus, 2009.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal:** Parte Geral. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro.** v. 1, Parte Geral – arts. 1º a 120. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal:** Parte Geral – Arts. 1º a 120. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado.** 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

REZENDE, Valdir Vieira. **Criando vagas no sistema prisional – Decretos de Indulto/Comutação – Perdão total ou parcial de penas – Benefício para condenados – Quando será beneficiada e protegida a sociedade?** Disponível em: <http://www.midia.apmp.com.br/arquivos/pdf/artigos/2011_indulto.pdf> Acesso em: 27 jan. 2012.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/>>

Notas

1. Em que pese se trate de diferentes diplomas legais, respeitam uma mesma estrutura topográfica, de modo que as hipóteses de indulto sempre vêm dispostas nos respectivos artigos 1º.
2. Art. 1º É concedido indulto às pessoas, nacionais e estrangeiras:

(...)

V – condenadas a pena privativa de liberdade que, até 25 de dezembro de 2011, tenham cumprido, ininterruptamente, quinze anos da pena, se não reincidentes, ou vinte anos, se reincidentes;
3. O que não considerado pela decisão que lhe concedeu progressão de regime para o aberto em 2009.
4. A ausência de faltas graves em 2009 deve-se, provavelmente, à sua saída do presídio.
5. BRASIL. Conselho Penitenciário do Estado do Amapá. Processo de Execução nº 0004431-95.1995.8.03. 0001. Parecer aprovado por unanimidade na reunião de 14 de abril de 2010.
6. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC nº 48.446, 5ª Turma, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ de 06.08.2007. p. 548.
7. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 2.795-MC, Relator Ministro Ilmar Galvão, DJ de 04.02.2003, p. 49.
8. A aferição da inconstitucionalidade do dispositivo frente ao art. 5º, XLVI, da Constituição não será efetuada nesta sede, pois, em vista de sua notória extensão, demandaria trabalho autônomo.
9. É a clemência concedida sob a condição de aperfeiçoamento futuro, isto é, o condenado pode ser colocado em liberdade, mas deve apresentar bom comportamento por certo período, normalmente dois anos, sob pena de não ser reconhecido o perdão concedido, voltando a cumprir pena, perdendo a eficácia o indulto. (NUCCI, 2007, p. 504)

Referência bibliográfica (de acordo com a NBR 6023: 2002/ABNT):

LODDER, George Neves. *Art. 1º, inciso V, do Decreto nº 7.648/2011 – necessárias limitações de cunho subjetivo.* **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 46, fev. 2012. Disponível em:
< <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao047/George%20Lodder.html> >
Acesso em: 10 maio 2012.