

A INCOERÊNCIA ESTATAL E O PROCESSO DE RESSOCIALIZAÇÃO

*Juliana Trajano de Freitas Barão*¹⁴

RESUMO: O presente artigo discorre sobre os principais benefícios previstos na Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84) e no Código Penal, conceituando-os, analisando a jurisprudência acerca do tema, e verificando em que medida os entes federativos concretizaram as diretrizes impostas desde 1984. Além dos aspectos formais e dogmáticos, busca-se interpretar cada benefício à luz da principiologia estabelecida pelo legislador, refletindo se o caminho adotado guarda coerência com os anseios sociais e auxilia o processo de ressocialização do condenado.

PALAVRAS-CHAVE: Benefícios concedidos em sede de execução penal; Principiologia; Interpretação jurisprudencial; Adequação ao processo de ressocialização.

This article discusses the main benefits covered by the Penal Execution Act (Act nº 7210/84) and the Penal Code by conceptualizing them and analysing the jurisprudence involved in the theme and by establishing how far the federal agencies have put the policies laid down into practice since 1984. As well as the formal and dogmatic aspects, the article seeks to interpret each benefit in the light of the principles laid down by the legislators and considers whether the line

adopted is coherent with social aspirations and is of assistance in rehabilitating and reeducating the person convicted.

KEYWORDS: Benefits granted in penal execution. Principiology. Case law interpretation. Adequacy to the resocialization process

1- INTRODUÇÃO

Para que a pena cumpra a sua finalidade, seja preventiva ou retributiva, a Lei de Execução Penal e o Código Penal permitem a concessão de benefícios que, como regra, exigem do condenado o preenchimento de requisitos de ordem objetiva e subjetiva. Dessa forma, para fazer jus à benesse legal, seja ela a progressão de regime, o livramento condicional ou o perdão – parcial ou total – da pena, o sentenciado deve resgatar determinado lapso temporal, bem como demonstrar mérito suficiente para alcançar o benefício.

Em qualquer sistema que se pretenda coerente, parece razoável esperar que quanto maior a amplitude do benefício mais criteriosa a sua concessão. O raciocínio deve ser progressivo, ou seja, à medida que o sentenciado demonstre estar pronto para seguir as regras vigentes na

¹⁴ Juíza de Direito atuando na 5ª Vara das Execuções Criminais da Capital- SP.

sociedade, dentre elas abster-se de cometer novos delitos, espera-se que o Estado diminua sua vigilância até a completa reinserção do apenado.

Além de mera expectativa de ordem lógica, esta premissa decorre dos princípios norteadores da execução penal e está sedimentada em diversos dispositivos da Lei 7.210/84. Com efeito, a LEP, ao estabelecer em seu Título II, Capítulo IV, os direitos e deveres do condenado, sejam eles definitivos ou provisórios, estruturou um sistema de recompensas, com vista a estimular condutas positivas e sancionar ações que possam colocar em risco a ordem interna.

A Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal também aponta a importância desta diretriz ao consignar em seu item 63 que: *“A instituição dos deveres gerais do preso (artigo 37) e do conjunto de regras inerentes à boa convivência (artigo 38), representa uma tomada de posição da lei em face do fenômeno da prisionalização, visando a depurá-lo, tanto quanto possível, das distorções e dos estigmas que encerra. Sem característica infamante ou aflitiva, os deveres do condenado se inserem no repertório normal das obrigações do*

apenado como ônus naturais da existência comunitária”.

No mesmo sentido, as Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos (Regras de Mandela)¹⁵ estabelecem princípios orientadores para o tratamento de presos, mas não olvidam a importância da disciplina e da sanção na gestão dos estabelecimentos prisionais e efetivação da reintegração do condenado à sociedade. Conforme disposto no item 27: *“A disciplina e a ordem serão utilizadas com firmeza, mas sem impor mais restrições do que as necessárias à manutenção da segurança e da boa organização da vida comunitária”*.

Evidentemente, o sentenciado não pode permanecer encarcerado por período superior ao fixado no título executivo. Todavia, para alcançar a liberdade antecipada, seria razoável exigir-se a demonstração de aspectos comportamentais positivos, pois quanto mais fiel ao cumprimento de seus deveres, maior a recompensa do condenado.

Dessa forma, verificando que o justo equilíbrio entre direitos e deveres é imprescindível para a harmonia de qualquer agrupamento humano, seja no

¹⁵ Adotadas pelo Primeiro Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes, realizado em Genebra em 1955, e aprovadas pelo Conselho Econômico e Social das

Nações Unidas através de suas resoluções 663 C (XXIV), de 31 de Julho de 1957, e 2076 (LXII), de 13 de Maio de 1977.

interior de unidades prisionais, seja na realidade externa, a execução penal nos países democráticos pauta-se na concessão de benefícios aos sentenciados que cumprem seus deveres ao mesmo tempo em que impede benesses para os transgressores das normas. Mas será que esta é a premissa seguida pela jurisprudência pátria?

2- DOS BENEFÍCIOS EM ESPÉCIE

Embora o Código Penal e a Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84) se dediquem à disciplina de outros institutos como a remição¹⁶ (desconto de pena em razão do trabalho ou estudo) ou a suspensão condicional da pena¹⁷ (suspensão da execução da sanção imposta diante do preenchimento de requisitos legais), os principais benefícios concedidos em sede de execução são a progressão de regime, o livramento condicional, a comutação (perdão parcial da pena) e o indulto (perdão total da pena).

¹⁶ Art. 126, da LEP: “O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução de pena. § 1º A contagem de tempo referida no caput será feita à razão de: I- 1 (um) dia de pena a cada 12 (doze) horas de frequência escolar – atividade de ensino fundamental, médio, inclusive profissionalizante, ou superior, ou ainda

Como todos eles acarretam, em menor ou maior grau, a mesma consequência, qual seja, o retorno do condenado ao convívio social, o legislador achou por bem estabelecer suas diretrizes gerais no mesmo dispositivo.

Assim, nos termos do artigo 112 da LEP:

“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, respeitadas os prazos previstos nas normas vigentes”.

Ao exigir idêntico procedimento para todos os benefícios, não está o legislador dizendo que a concessão deles será precedida de prévia manifestação do Ministério Público e da Defesa. Ora, já na

de requalificação profissional – divididas, no mínimo, em 3 (três) dias; II- 1 (um) dia de pena a cada 3 (três) dias de trabalho”.

¹⁷ Art. 156, da LEP: “O Juiz poderá suspender, pelo período de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, a execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, na forma prevista nos artigos 77 a 82, do Código Penal”.

Constituição de 1967, vigente quando da edição da Lei de Execução Penal, o respeito ao contraditório era decorrência da própria norma constitucional.

Dessa forma, antes de se entender pela redundância e prolixidade do legislador, deve-se concluir que o dispositivo em comento tem como finalidade estabelecer a mesma estrutura para todos os benefícios que implicam o retorno do condenado ao convívio social. Vale dizer, todos eles devem observar requisitos de ordem objetiva e subjetiva, calcados no binômio direitos e deveres, em um raciocínio progressivo e proporcional.

Portanto, embora cada benefício exija o cumprimento de determinado lapso temporal, não faria sentido a fixação de requisitos mais brandos para o livramento condicional – que acarreta o total retorno do sentenciado ao convívio social – do que para a progressão ao regime semiaberto, no qual o sentenciado permanece quase todo o tempo no interior da unidade prisional. Da mesma forma, salvo por motivos humanitários ou excepcionais, seria desarrazoado indultar a pena de um condenado que teve a progressão de regime negada por ausência de requisito subjetivo.

2.1- REGIMES DE CUMPRIMENTO DE PENA

A progressão de regime consiste na transferência do condenado – provisória ou definitiva – de um regime mais rigoroso para um menos rigoroso. Assim, após a sentença ou acórdão estabelecer o regime inicial de cumprimento de pena, seguindo os parâmetros previstos no artigo 33 do Código Penal, o sentenciado poderá ser transferido do regime fechado para o semiaberto, ou deste para o aberto, após o resgate do lapso temporal exigido.

Para os crimes comuns, necessário o cumprimento de 1/6 da pena, independentemente de se tratar de condenado primário ou reincidente. Nos crimes hediondos, o lapso é de 2/5 para o condenado primário e 3/5 para o reincidente.

Por fim, conforme alteração introduzida pela Lei 13.769, de 19/12/2018, no caso de mulher gestante, mãe ou responsável por criança ou pessoa com deficiência, o requisito objetivo é de 1/8, quando se tratar de crime comum, praticado sem violência ou grave ameaça, e desde que a sentenciada seja primária, não integre organização criminosa e não tenha praticado o delito contra seu filho ou dependente.

Para ilustrar a questão, pensemos em um condenado ao cumprimento de pena privativa de liberdade de oito anos de reclusão, em regime inicial fechado. Tratando-se de crime comum (roubo ou extorsão por exemplo), seja ele primário ou reincidente, a progressão ao regime intermediário poderá ser alcançada após o cumprimento de um ano e quatro meses de pena. Caso isso ocorra, será necessário o resgate de mais 1/6 da pena restante para a progressão ao regime aberto, perfazendo mais 1 ano, 1 mês e 10 dias. Assim, após cumprir dois anos, cinco meses e dez dias – de um total de 8 anos de pena – o condenado poderá ingressar no regime mais brando, retornando ao convívio em sociedade.

Se crime hediondo, o sentenciado primário deverá cumprir três anos, dois meses e 12 dias para alcançar a progressão ao regime intermediário. Com isso, resgatando mais um ano, 11 meses e um dia (2/5 do restante da pena), alcançará a progressão ao regime aberto, deixando o cárcere após cinco anos, um mês e 13 dias.

Aplicando-se as mesmas premissas, o reincidente em crime hediondo poderá alcançar o regime aberto, após o cumprimento de seis anos, oito

meses e 19 dias (quatro anos, nove meses e 18 dias em regime fechado e um ano, 11 meses e um dia, em regime semiaberto).

Além do pressuposto objetivo, exige-se o preenchimento do requisito subjetivo consistente no atestado de bom comportamento carcerário emitido pelo diretor do estabelecimento prisional.

Em regime fechado, o sentenciado permanece todo o dia no interior da unidade prisional, sem qualquer autorização de saída, salvo a permissão¹⁸ prevista no artigo 120 da LEP, para as hipóteses de falecimento ou doença grave do cônjuge, companheiro, ascendente, descendente e irmão¹⁹ ou necessidade de tratamento médico. Já em regime semiaberto, além da permissão de saída, o condenado pode realizar trabalho externo, bem como frequentar cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior. Também há previsão de saída temporária para visita à família, que ocorre cinco vezes durante o ano, por prazo não superior a sete dias.

A Lei de Execução Penal não estabelece datas para as saídas. Entretanto, com a intenção de uniformizar o procedimento e padronizar a rotina cartorária, as saídas temporárias são

¹⁸ Segundo a nomenclatura utilizada pela LEP, a Autorização de Saída é gênero, sendo a Permissão de Saída (art. 120 e 121, da LEP) e a Saída Temporária (art. 122 a 125, da LEP) suas espécies.

¹⁹ Foi com fundamento neste dispositivo que o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, em cumprimento de pena em regime fechado, postulou a saída para o enterro de familiar.

processadas de forma coletiva em períodos previamente estabelecidos, prática estimulada pelo Conselho Nacional de Justiça²⁰.

No Estado de São Paulo segue-se o padrão de autorizar as saídas temporárias por ocasião da Páscoa, Dia das Mães, Dias dos Pais, Dias das Crianças e Natal/Ano Novo. Entretanto, a tradição pode ser considerada *contra legem*, pois supera o limite legal, prevendo seis saídas durante o ano. Ademais, considerando que os sentenciados são autorizados a deixar o cárcere por volta do dia 20 de dezembro, com retorno previsto para o dia 2 de janeiro do ano seguinte, extrapola-se o limite de sete dias previsto no artigo 124 da LEP, embora o montante anual seja respeitado.

O Estado de São Paulo conta com cerca de 37 unidades destinadas ao cumprimento de pena em regime semiaberto. Embora exista *déficit* de vagas nos chamados centros de ressocialização

ou centros de progressão penitenciária, o regime intermediário é uma realidade, diferentemente do que ocorre em outros estados da federação.

A título de ilustração, no Estado do Paraná, a inexistência de unidades adequadas para o cumprimento da pena em regime intermediário resultou na criação do “semiaberto harmonizado”. Com este, o condenado em regime inicial semiaberto provavelmente nunca ingressará em uma prisão ou sairá dela tão logo atinja o lapso de 1/6, 2/5, 3/5 ou 1/8, a depender do caso, quando o regime inicial for o fechado. Já o regime aberto cumprido em Casa do Albergado nunca foi uma realidade, salvo raríssimas exceções consistentes em aproximadamente cinco estabelecimentos penais desta espécie em todo o país.

Embora a própria Lei de Execução Penal estabeleça mecanismos para assegurar o cumprimento de suas disposições²¹, o comando legal vigente

²⁰ O “Manual Prático de Rotinas das Varas Criminais e de Execução Penal”, publicado pelo CNJ em novembro de 2009, estabelece em seu item 2.2.6.2 que “o processamento das saídas temporárias pode ser coletivo e unificado num só provimento anual, inaugurado com a remessa de lista única contendo os pareceres do Diretor do presídio sobre todos os potenciais beneficiários sob sua custódia direta (...) A medida evitará o trabalho hercúleo que decorre com as inúmeras juntadas individuais de requerimentos em cada processo de execução (...)”

²¹ O art. 203, da LEP fixou o prazo de seis meses, a contar da publicação da lei, em julho de 1984,

para que as unidades federativas, em convênio com o Ministério da Justiça, realizassem projeto de adaptação, construção e equipamento dos estabelecimentos previstos na lei. O mesmo dispositivo consignou expressamente que “no mesmo prazo, deverá ser providenciada a aquisição ou desapropriação de prédios para instalação de casas de albergados” (§2º) E, ainda, “O descumprimento injustificado dos deveres estabelecidos para as unidades federativas implicará na suspensão de qualquer ajuda financeira a elas destinada pela União, para atender às despesas de execução das penas e medidas de segurança” (§4º).

desde 1984 foi solenemente ignorado e substituído pela prisão albergue domiciliar que, pela literalidade da LEP, somente poderia ser aplicada em situações especiais de cunho humanitário (condenado maior de 70 anos ou acometido de doença grave; e gestante ou mãe de filho menor ou portador de deficiência).

Não configurada situação excepcional, o condenado deveria cumprir sua pena na Casa do Albergado, de onde sairia para trabalhar durante o dia, retornando para pernoite e dias de folga. O sistema formalmente previsto na legislação, portanto, acarretaria a efetiva restrição da liberdade do sentenciado mesmo no regime mais brando.

Entretanto, a prisão albergue domiciliar sem a correta fiscalização, como hodiernamente ocorre²², se tornou sinônimo de impunidade, já que o condenado resgata grande parte de sua pena – ou a totalidade dela – em um regime livre de qualquer restrição e no qual o descumprimento das condições impostas não traz qualquer consequência. Salvo a necessidade de comparecimento periódico em Juízo, que muitas vezes é semestral ou nem sequer é imposta, a situação do condenado em cumprimento

de pena não se diferencia da rotina de qualquer outra pessoa em pleno gozo de suas liberdades.

E, diferentemente do livramento condicional, em caso de regressão de regime, o período em que o apenado permaneceu em sociedade é considerado como pena cumprida, pois, juridicamente, não estava ele “em liberdade”, mas sim “preso” em sua residência.

Por fim, vale mencionar que, caso o sentenciado cometa falta disciplinar de natureza grave, o prazo para a progressão de regime é interrompido. Conforme o teor da Súmula 534 do STJ: “*A prática de falta grave interrompe a contagem do prazo para a progressão de regime de cumprimento de pena, o qual se reinicia a partir do cometimento dessa infração*”.

Portanto, ao praticar falta grave, o sentenciado que está em regime semiaberto retorna ao fechado. O que está em fechado ali permanece, mas, em ambos os casos, a progressão somente poderá ser alcançada após novo resgate do lapso exigido (1/6, 2/5, 3/5 ou 1/8), contado, evidentemente, da pena que falta a cumprir.

2.2- LIVRAMENTO CONDICIONAL

²² Apesar da previsão de monitoramento eletrônico (art. 146-A, da LEP e seguintes), o Estado de São

Paulo não disponibiliza o equipamento para os presos do regime aberto.

O livramento condicional permite que o condenado deixe o cárcere antes do término da pena, cumprindo o tempo restante em liberdade. Nas palavras do Professor Mirabete: *“Por meio desse substitutivo penal, coloca-se de novo no convívio social o criminoso que apresenta sinais de estar em condições de reintegrar-se socialmente, embora submetido a certas condições que, desatendidas, determinarão novamente seu encarceramento. Trata-se, assim, da concessão da liberdade provisória antes do termo final da pena privativa de liberdade, representando um estimulante para o condenado que vê a possibilidade de sair da prisão antes do tempo marcado na sentença, ao mesmo tempo em que é um freio que deixa entrever a revogação do benefício concedido se faltar ao cumprimento das obrigações que lhe são impostas”*²³.

A conceituação apresentada pelo Professor, mais uma vez, evidencia a principiologia adotada pela Lei de Execução Penal, que busca reforçar o binômio direitos e deveres, disciplina e sanção, na crença de que o estímulo ao bom comportamento, na mesma medida da responsabilização pelos erros cometidos, faz parte do processo de

ressocialização e mostra-se imprescindível para a harmônica existência em comunidade dentro ou fora da prisão. O benefício está previsto no artigo 131 da LEP, que remete aos requisitos estabelecidos pelo artigo 83 do Código Penal.

Assim, para a concessão da liberdade antecipada, deve o sentenciado que comete delito comum resgatar 1/3 da pena, se primário, e 1/2 se reincidente. Aumenta-se o rigor nos crimes hediondos exigindo-se o cumprimento de 2/3 da pena para o primário ou reincidente em crime comum, vedada a concessão para o reincidente específico em crimes dessa natureza.

Para ilustrar a questão, voltemos ao exemplo do condenado à pena de oito anos de prisão. Tratando-se de crime comum, o primário poderá alcançar a liberdade após o cumprimento de dois anos e oito meses, enquanto o reincidente deverá resgatar quatro anos da pena. Se o crime for hediondo, será necessário o cumprimento de cinco anos e quatro meses – de um total de oito anos – para que o sentenciado alcance a liberdade.

Embora o livramento condicional também esteja inserido no conceito de sistema penitenciário progressivo, o

²³ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução Penal*. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 550-551.

benefício não se confunde com a progressão de regime, razão pela qual poderá ser concedido para sentenciados que estão em regime fechado ou semiaberto.

Pela literalidade da norma, o deferimento do livramento condicional também impõe o preenchimento de requisitos subjetivos mais rígidos, já que o artigo 83 do Código Penal condiciona sua concessão à comprovação de “*comportamento satisfatório durante a execução da pena, bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído e aptidão para prover a própria subsistência mediante trabalho honesto*” (inciso III) e de que o sentenciado “*tenha reparado, salvo efetiva impossibilidade de fazê-lo, o dano causado pela infração*” (IV).

Ainda que em liberdade, conforme o próprio nome diz, o livramento condicional exige que o apenado cumpra as condições impostas durante o período de prova. Assim, apesar do completo retorno ao convívio social, o condenado é (ou deveria ser) fiscalizado pelo Estado. Em caso de descumprimento das condições impostas ou prática de novo crime no curso do benefício, o período em liberdade não é considerado como pena cumprida, diferentemente do que ocorre no regime aberto.

A incoerência surge com a edição da Súmula 441 do STJ que diz: “*A falta grave não interrompe o prazo para a obtenção de livramento condicional*”. Ora, a posição adotada pela jurisprudência fere frontalmente a lógica do sistema, pois, ao estabelecer que a prática de falta disciplinar de natureza grave interrompe o prazo para a progressão de regime, mas não para o livramento condicional, quebra-se a sistemática estabelecida pela Lei de Execução Penal, abrandando o requisito para o benefício mais amplo em contrapartida à rigidez daquele de menor amplitude.

O equilíbrio entre direitos e deveres é violado, desestimulando a observância das regras, pois o retorno ao convívio social ainda será possível, e no mesmo prazo, apesar da transgressão das normas impostas.

Embora o entendimento sumulado invoque como fundamento a ausência de expressa previsão legal para a interrupção, um dos requisitos subjetivos do livramento condicional é o “*comportamento satisfatório durante a execução da pena*”. Tal requisito exige do condenado comportamento adequado durante todo o tempo da execução da sanção, razão pela qual uma única falta poderia justificar o indeferimento do benefício até o término da pena. Assim, a

recontagem do prazo, antes de configurar interpretação prejudicial ao condenado, beneficia-o na medida em que permite a concessão da liberdade antecipada, desde que ausente falta disciplinar no novo período considerado.

2.3- COMUTAÇÃO E INDULTO

A anistia, a graça e o indulto estão previstos no Código Penal como causas extintivas da punibilidade, conforme disposição contida no artigo 107, inciso II.

A lei não conceitua os institutos, mas, conforme remansosa doutrina, a anistia é espécie de ato legislativo, que apaga os efeitos penais do ato criminoso, referindo-se a fatos e não a pessoas. Segundo o Professor Mirabete é *“medida de interesse coletivo, motivada em regra por considerações de ordem política e inspirada na necessidade de paz social a fim de se fazer esquecer comoções intestinais e pacificar espíritos tumultuados. Aplica-se, por isso, principalmente aos crimes políticos, militares e eleitorais, mas nada impede que se refira a qualquer outra infração penal”*.²⁴

²⁴ Cf. *Execução Penal*. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 782.

²⁵ Segundo o item 172 da Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal: *“As disposições em torno da anistia e do indulto (artigo 186 e seguintes)*

Um exemplo é a Lei 6.683 de 1979, que anistiou aqueles que, no período entre dois de setembro de 1961 e 15 de agosto 1979, cometeram crimes políticos e eleitorais. Embora mencionada na Lei de Execução Penal, a anistia tem aplicação restrita, não sendo observada no cotidiano das varas de execução criminal.

Quanto às demais causas extintivas da punibilidade, apesar da falta de técnica no emprego da terminologia, entende-se que a graça nada mais é que o indulto concedido de forma individual²⁵. A comutação, por sua vez, é o indulto parcial, ou seja, o perdão de apenas parte da sanção imposta, acarretando a sua diminuição, enquanto o indulto extingue totalmente o restante da pena.

Historicamente, o indulto é ato de clemência emanado do Poder Público, que isenta o condenado do cumprimento da pena imposta. Previsto no artigo 84, XII, da Constituição Federal, é concebido como ato discricionário do Presidente da República e estampado em decretos presidenciais editados, por tradição, às vésperas do Natal.

Tal como os demais benefícios mencionados, a concessão do perdão

aprimoram sensivelmente os respectivos procedimentos e se ajustam também à orientação segundo a qual o instituto da graça foi absorvido pelo indulto, que pode ser individual ou coletivo”.

também exige o preenchimento de requisitos de ordem objetiva e subjetiva. Todavia, tais pressupostos não estão discriminados no Código Penal ou na Lei de Execução Penal, mas sim em cada um dos decretos presidenciais, e foram significativamente abrandados no decorrer dos anos.

Dessa forma, embora o indulto (perdão total da pena) e a comutação (perdão parcial da pena) sejam benefícios que dependam de reconhecimento por meio de decisão judicial, os critérios para a sua incidência são previamente estabelecidos pela Presidência da República. E, se antes havia significativa margem para a análise jurisdicional, nos últimos anos o Poder Judiciário passou a atuar apenas mecanicamente, sem espaço para a verificação individual do mérito de cada sentenciado.

Com efeito, salvo o recuo nos anos de 2016 e 2019, nas últimas décadas o indulto deixou de ser exceção à inderrogabilidade da pena para se transformar em instrumento de controle carcerário. De incidência excepcional em todos os países democráticos do mundo, no Brasil assumiu o papel de principal ferramenta de política criminal e penitenciária.

Esta transmutação é facilmente percebida pela análise cronológica do conteúdo dos decretos. Dos anos de 1930 a 1945, como regra, o Presidente da República indultava apenas condutas relacionadas ao serviço militar. As raras exceções vieram através dos Decretos 19.445, de dezembro de 1930, Decreto 21.946, de outubro de 1932, e Decreto 24.351, de junho de 1934, os quais, exigindo a primariedade do agente, referiam-se às infrações penais expressamente mencionadas no ato presidencial, que não representavam grave perigo social como os crimes de resistência, desacato, lesão corporal culposa ou dolosa “sem derramamento de sangue” e os crimes dos “vadios e capoeiras”²⁶.

O Decreto 22.065 de 1946 alterou o critério até então utilizado, pois deixou de mencionar os crimes e contravenções que poderiam ser objeto de indulto, passando a adotar a pena imposta como limite para a concessão do benefício. Assim, o decreto de 1946 perdoou condenados à pena de até dois dois anos de detenção, prisão simples ou reclusão, neste último caso exigindo o cumprimento de metade da reprimenda. Em todas as hipóteses, os beneficiários deveriam ser

²⁶ Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1980.

primários e considerados não perigosos para a sociedade. No decorrer dos anos, esta estrutura foi basicamente mantida com algumas variações quanto ao limite de pena, que oscilava entre dois e quatro anos de condenação. Todavia, a primariedade do agente e a menor gravidade do delito continuavam a ser exigências constantes.

O Decreto 76.550 de 1975 foi o primeiro a permitir a concessão do perdão ao reincidente, mas ainda vedava nova comutação a quem já havia sido beneficiado anteriormente. Os requisitos subjetivos também eram mais rígidos, pois se exigia para o indulto “*boa conduta prisional, reveladora de disposições e condições pessoais para a reintegração no convívio social*” ou “*pelo menos sincero esforço para alcançá-las*”, se caso de comutação. A partir de 1977, os decretos também passam a permitir o perdão ou redução da pena para condenados que já estavam fora do cárcere, mas ainda submetidos à fiscalização estatal, como o caso do livramento condicional ou regime aberto.

Diante da utilização de conceitos jurídicos indeterminados, o âmbito de atuação do Poder Judiciário era significativo, pois cabia ao magistrado analisar todo o histórico prisional do

condenado, a fim de verificar se seria caso de deferimento do benefício.

Em 1980, o Presidente da República João Figueiredo editou decreto de indulto em razão da visita do Papa João Paulo II. O decreto ampliou significativamente a tradição até então vigente, pois permitiu o perdão da pena para crimes violentos como roubo simples e estupro, desde que a vítima não fosse menor ou incapaz.

Posteriormente, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu, em seu artigo 5º, XLIII, que “*a lei considerará crimes inafiançáveis e 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, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem*”,

A vedação da graça para os crimes hediondos e equiparados, que se estende ao indulto e à comutação, pois abarcados pela expressão utilizada pelo constituinte, configurou, nos últimos tempos, o único limite à utilização dos decretos presidenciais como instrumento de desencarceramento em massa, que passou a ser realizado sem qualquer cautela quanto ao histórico prisional do condenado.

Com efeito, mesmo considerando os decretos presidenciais editados após a Constituição Federal de 1988, a flexibilização dos requisitos torna-se cada vez mais evidente, inclusive beneficiando políticos condenados. Nesta esteira, para a concessão do indulto, o Decreto de 2006²⁷ exigiu o cumprimento de 1/3 da pena, se primário, e metade da pena, se reincidente, desde que a privativa de liberdade aplicada não fosse superior a 6 anos. Em 2007²⁸ esse limite foi ampliado para oito anos e o Decreto de 2010 avançou ainda mais, elevando-o para até 12 anos, quando se tratar de delito cometido sem violência ou grave ameaça. Em 2017, ausente violência ou grave ameaça, não há limite para o perdão da pena.

Embora delitos cometidos sem violência ou grave ameaça possam parecer menos danosos e, portanto, merecedores da clemência estatal, a impossibilidade de verificação de outros fatores que não o tempo de pena cumprido e o singelo requisito subjetivo, consistente apenas no não cometimento de falta grave nos doze meses anteriores à edição do decreto

(único requisito subjetivo passível de verificação pelo Poder Judiciário, como ver-se-á a seguir), acarreta consequências preocupantes.

Se muitas vezes os crimes não violentos podem ser vistos como menos perigosos para a sociedade, a máxima nem sempre é verdadeira, vide o furto do Banco Central, a corrupção envolvendo altos valores e que usurpa quantias que deveriam ser investidas em serviços públicos essenciais como educação e saúde, crimes ambientais e de falsidade pelos quais respondem diretores de empresa pela tragédia de Brumadinho e Mariana, associação criminosa, porte de arma de fogo com alto poder lesivo (hoje crime hediondo, mas que por muitos anos foi abarcado pelos decretos, possibilitando a extinção da pena de conhecidos membros de facções criminosas), explosão de agências bancárias e empresas de valores sem violência voltada à pessoa, pedofilia pela internet. Estes são apenas alguns exemplos de crimes juridicamente não violentos, mas com reflexos sociais gravíssimos, que não poderiam ser vistos

²⁷ Decreto 5.993/2006: Art. 1º: “É concedido indulto: I - ao condenado a pena privativa de liberdade não superior a seis anos, não substituída por restritivas de direitos ou multa e não beneficiado com a suspensão condicional da pena, que, até 25 de dezembro de 2006, tenha cumprido um terço da pena, se não reincidente, ou metade, se reincidente;”

²⁸ Decreto 6.294/2007: “Art. 1º É concedido indulto: I - ao condenado a pena privativa de liberdade não superior a oito anos, não substituída por restritivas de direitos ou multa e não beneficiado com a suspensão condicional da pena, que, até 25 de dezembro de 2007, tenha cumprido um terço da pena, se não reincidente, ou metade, se reincidente;”

sob a mesma ótica benevolente dos pequenos furtos do cotidiano forense. Quanto à comutação, não há qualquer restrição acerca do montante de pena imposto ou espécie de delito cometido, salvo a vedação constitucional para crimes hediondos e equiparados.

Nos últimos anos, os decretos presidenciais vinham exigindo, do condenado primário, o cumprimento de $\frac{1}{4}$ da pena para ter igual montante comutado. Já o reincidente deve resgatar $\frac{1}{3}$ da sanção imposta para alcançar desconto de $\frac{1}{5}$. Por expressa previsão dos decretos, o cálculo é feito sobre o período de pena já cumprido ou sobre o remanescente, devendo ser considerado o maior valor.

Vale lembrar que, para a incidência do decreto, o condenado deve ter preenchido os requisitos estabelecidos, até o Natal do ano de edição do ato presidencial.

Exemplos práticos ilustrarão melhor a questão.

Pensemos em um indivíduo condenado à pena de oito anos, preso em 01/03/2004. Embora tivesse resgatado $\frac{1}{3}$ da pena (equivalente a dois anos e oito meses) até 25/12/2006, não faria jus ao indulto do ano em comento, pois sua pena superava o limite de seis anos. Todavia, como já havia cumprido mais de $\frac{1}{4}$ da

pena (equivalente a 2 anos) poderia ter $\frac{1}{4}$ de sua pena comutada.

Em 2007, com o aumento do limite para a concessão do perdão total da pena, o quadro foi significativamente alterado. Assim, considerando um indivíduo condenado ao cumprimento dos mesmos oito anos e preso em 01/04/2005, ele poderia ser solto a partir de 25/12/2007, sem qualquer condição ou fiscalização, já que, diferentemente dos outros benefícios que antecipam a liberdade mas não extinguem a pena restante, o indulto acarreta o perdão total da reprimenda que faltava para cumprir – no presente caso equivalente a cinco anos, três meses e sete dias.

Conforme já mencionado, esta sistemática foi utilizada até 2015. Assim, o indivíduo condenado ao cumprimento de pena de oito anos, que começou a resgatá-la em 01/04/2013, poderia ser solto a partir de 25/12/2015 (após o cumprimento de $\frac{1}{3}$ da pena, equivalente a dois anos e oito meses de prisão). Se preso em 05/12/2013, não poderia ser beneficiado com o indulto, mas sim com a comutação, diante do resgate de $\frac{1}{4}$ da pena (dois anos) até o Natal de 2015.

Neste caso, quando da edição do decreto, no fim de 2015, o sentenciado havia cumprido dois anos e 20 dias de prisão, faltando cinco anos, 11 meses e 10

dias de pena a cumprir. Como a pena remanescente era maior que a cumprida, o desconto de $\frac{1}{4}$ incide no restante, acarretando o perdão de um ano, cinco meses, e 25 dias de pena.

Vale lembrar que este desconto, por se tratar de extinção da pena, acarreta consequências em todos os demais benefícios. Assim, a sanção que antes era de 8 anos passa a ser de seis anos, seis meses e cinco dias de prisão para todos os fins. O lapso para a progressão de regime, para o livramento condicional e até mesmo para o indulto e nova comutação com base em decreto editado no ano seguinte será calculado sobre a nova pena, tornando o benefício ainda mais significativo.

Por acarretar expressiva antecipação do prazo de retorno do sentenciado ao convívio social, seria esperado que o mérito do condenado fosse analisado de forma mais profunda. Entretanto, nos últimos anos, o requisito subjetivo para o perdão da pena foi paulatinamente flexibilizado a ponto de se tornar o benefício menos criterioso, em termos de aferição dos aspectos subjetivos.

Com efeito, para a concessão do perdão basta que o sentenciado não tenha praticado falta disciplinar de natureza grave, nos 12 meses anteriores à edição o

decreto. Portanto, com exceções trazidas somente pelos decretos posteriores ao ano de 2015, o sentenciado que cometeu falta disciplinar de natureza grave uma, duas, três ou 10 vezes, empreendeu fuga, cometeu novo crime, descumpriu as condições do regime aberto ou do livramento condicional, pode ser beneficiado com o indulto ou comutação, desde que tais eventos não tenham ocorrido nos últimos doze meses anteriores à publicação do decreto presidencial.

Conforme já exposto, a sistemática da LEP, o binômio direitos e deveres, o princípio da proporcionalidade e da individualização da pena, o princípio da vedação à proteção insuficiente do bem jurídico, todos eles resumidos no artigo 112 da LEP, exigem igualdade de parâmetros para a análise de benefícios, respeitada a escala progressiva. Ainda assim, a jurisprudência adotada pelas Cortes Superiores optou, mais uma vez, por interpretação que viola a coerência e afasta os princípios mencionados.

Quanto ao requisito subjetivo, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, e, mais recentemente, a do

Supremo Tribunal Federal²⁹ – apesar de lúcidos votos divergentes – consolidou-se no sentido da impossibilidade de se adotar qualquer fundamento para o indeferimento do indulto ou da comutação que não a falta grave praticada nos doze meses anteriores à edição do decreto.

Não são raros os casos de sentenciados que cometeram inúmeras faltas no interior da unidade prisional, praticaram novos crimes quando beneficiados com a progressão de regime ou livramento condicional, não retornaram de saída temporária, tentaram fugir do estabelecimento prisional e não demonstraram interesse pelo estudo ou trabalho³⁰. É plenamente possível que tais condutas não tenham sido praticadas em um período de doze meses, mesmo porque em caso de inserção em RDD (Regime Disciplinar Diferenciado) ou transferência para unidade federal, o simples isolamento reduz significativamente a possibilidade da prática da falta.

Ainda assim, o conturbado histórico prisional seria suficiente para o indeferimento da progressão de regime ou do livramento condicional, especialmente após a realização de exame criminológico demonstrando a ausência de intenção ou

suporte psicológico para a observância das regras sociais. Porém, mesmo com o indeferimento da progressão, seguindo a jurisprudência do STJ e STF seria caso de perdão da pena:

“A jurisprudência desta Corte é no sentido de que ‘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’ (HC 456.119/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe15/10/2018).

O requisito objetivo também é sensivelmente abrandado diante do teor da Súmula 535 do STJ: *“A prática de falta grave não interrompe o prazo para fim de comutação e indulto”*. Portanto, o condenado que comete faltas graves no interior da unidade prisional, demonstrando sua resistência para o cumprimento de regras, é punido com a regressão de regime e a necessidade de recontagem do prazo para alcançar a progressão. A falta, entretanto, não acarreta consequências de ordem objetiva

²⁹ ADI 5874.

³⁰ Apesar da ideia recorrente de que não há postos de trabalho no interior das unidades prisionais, esta realidade vem sendo alterada no Estado de São

Paulo. E quanto maior o número de postos de trabalho, maior o número de sentenciados que optam por não exercer a atividade ou frequentar as salas de aula.

para o livramento condicional ou para o perdão da pena.

A bem da verdade, a incongruência entre estes dois benefícios já se mostra latente diante da exigência do mesmo requisito objetivo para consequências tão distintas. Quando da edição da Lei de Execução Penal e do Código Penal, o legislador entendeu que, após o cumprimento de 1/3 da pena, o reeducando estaria pronto para deixar o cárcere, mas a fiscalização estatal ainda seria imprescindível. A possibilidade de perda do benefício também seria um estímulo para a adoção de comportamentos compatíveis com a expectativa social, inclusive para impedir a reincidência, já que a prática de novo delito acarreta a revogação do benefício com a perda do período em liberdade.

Dessa forma, a fixação do mesmo requisito objetivo para o perdão total da pena, que não deixa qualquer espaço para a cobrança da disciplina e do respeito às regras, configura um contrassenso, significativamente intensificado diante da impossibilidade de aprofundamento do requisito subjetivo de cada sentenciado.

Por fim, vale ressaltar que a hipótese de indulto tratada no presente trabalho não é a única prevista nos decretos presidenciais, os quais permitem outras inúmeras possibilidades de

clêmência, quando configurada hipótese ligada a questões humanitárias, como maior de 60 anos, maior de 70 anos, mães de filhos que necessitam de cuidados especiais ou condenados com paraplegia, tetraplegia ou cegueira.

A opção por cuidar de forma mais minuciosa da hipótese que exige apenas o resgate de determinado tempo de prisão, dispensada qualquer característica especial do condenado, decorre de sua maior abrangência, sendo, atualmente, o benefício mais comum nas varas das execuções criminais.

3- CONCLUSÃO

O artigo 112 da LEP, ao disciplinar a progressão de regime e determinar que ***“Idêntico procedimento será adotado na concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas, respeitados os prazos previstos nas normas vigentes”***, tem como pressuposto o princípio da proporcionalidade e da individualização da pena, além de assegurar a coerência do sistema de execução penal.

Ainda que cada benefício exija diferente lapso temporal e intensidade de mérito, é razoável esperar maior rigor para o benefício mais amplo e vice-versa. Na mesma esteira, seria adequado supor que,

se a falta acarreta consequências para o benefício mais singelo, também teria repercussão nos demais institutos.

Essa lógica é imprescindível para o processo de ressocialização, pois o Estado que espera o cumprimento das regras vigentes, e a convivência harmoniosa entre seus cidadãos, deve garantir que cada transgressão seja legitimamente e proporcionalmente reparada.

Não se pretende negar ou ignorar as péssimas condições do sistema penitenciário brasileiro. No entanto, tais deficiências devem ser supridas e reparadas com a construção de novas unidades, disponibilização de postos de trabalho e vagas de ensino, acompanhamento social e psicológico aos presos e egressos, fornecendo-se subsídios para uma vida digna dentro e fora do sistema penitenciário.

E se obrigações derivadas de direitos fundamentais previstos na Constituição Federal não são satisfatoriamente observadas, o Poder Judiciário possui o inarredável papel de compelir o Estado a cumpri-las, conforme, aliás, reconhece a evolução jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, no que tange ao controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário.

Entretanto, a desconstrução da lógica que rege a ressocialização, o

desafogamento do sistema penitenciário sem qualquer cautela quanto ao histórico ou às condições individuais de cada sentenciado, a consolidação de jurisprudência permissiva e descontextualizada, por mais bem-intencionada que possa parecer, colocam a sociedade em risco grave e concreto. E, infelizmente, não faltam exemplos de delitos bárbaros, cometidos por pessoas que estavam em liberdade antecipada, para justificar o temor social.

Ao desconsiderar condutas nocivas e permitir a liberdade, tanto de condenados com exemplar comportamento como daqueles com histórico prisional conturbado, o Poder Judiciário deixa de incentivar a observância das regras, ignorando a importância que o justo equilíbrio entre direitos e deveres exerce na busca pela ressocialização.

4 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 24^a ed. São Paulo. Saraiva, 2018.

BRITO, Alexis Couto de. *Execução Penal*. 4^a ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

FERREIRA, Carlos Lélío Lauria,
KUEHNE, Maurício. *Indulto Natalino*. 2^a
ed. Curitiba: Juruá, 2009.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução
Penal*. 11^a ed. São Paulo: Atlas, 2008.