

3.4.3 A lei que pune não vale mais que o decreto que perdoo: breve reflexão sobre o indulto (Decretos 5.295, de 02/12/04 e 5.620, de 16/12/05)

Rodrigo Iennaco

Promotor de Justiça em Minas Gerais

Mestre em Ciências Penais pela UFMG

Professor do Unileste/MG e

do Curso de Pós-Graduação em Ciências Penais da UFJF

Nós brasileiros adotamos o sistema presidencialista de governo. E, no caso, é opção popular consagrada diretamente no regime democrático (art. 2º, ADCT). O Presidente da República acumula funções de Chefe de Estado e de Governo, entre as quais a competência para conceder indulto e comutar penas, nos termos do art. 84, XII, da Constituição Federal.

A própria Constituição limitou o poder presidencial ao vedar a concessão de graça à prática de tortura, ao tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, ao terrorismo e aos fatos definidos como crimes hediondos (art. 5º, XLIII). Cuida-se, a propósito, de limitação inserida expressamente no rol dos direitos e garantias fundamentais.

Ou seja, fora da exceção constitucional, aí incluídos os casos previstos na Lei dos Crimes Hediondos, que a complementa, os crimes são suscetíveis de graça (e anistia).

A Constituição fala em graça e anistia, silenciando quanto ao indulto¹. Há quem questione, por isso, a constitucionalidade da vedação de indulto aos crimes hediondos, prevista no art. 2º da Lei n. 8.072/90, ao fundamento de que seria inaceitável a proibição do indulto por lei ordinária, diante da norma do art. 84, XII, da CR/88, que atribui competência discricionária ao Chefe do Executivo².

O entendimento majoritário, inclusive encampado pelo STF³, é no sentido de que a proibição constitucional se refere à incompatibilidade axiológica entre a hediondez revelada em determinados crimes e as razões humanitárias em que se ancora a *clemencia principis*⁴, em qualquer das expressões de indulgência.

O fundamento do poder de graça, aí incluídas todas suas modalidades, reside na necessidade concreta de temperar os

rigores da punição excessiva ou iníqua, baseada sobretudo em razões de política criminal, que recomendam a extinção da punibilidade (art. 107, II, CP).

Baixado sob a égide da Resolução 16, de 17/12/2003, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, que dispõe sobre as Diretrizes Básicas de Política Criminal quanto à prevenção do delito, administração da justiça criminal e execução das penas e das medidas de segurança, causou celeuma o Decreto n. 5.295, publicado no DOU de 03 de dezembro de 2004. É que o referido decreto presidencial concedeu indulto aos condenados que se encontrassem cumprindo pena no regime semi-aberto, desde que tivessem usufruído pelo menos de cinco saídas temporárias (art. 122, I c/c art. 124, *caput*, ambos da LEP) e observadas duas condições: a) inexistência de falta grave nos 12 (doze) meses anteriores à publicação do decreto; b) manutenção de bom comportamento e ausência de indiciamento ou processo por novo crime doloso nos 24 (vinte e quatro) meses posteriores à formalização do benefício em audiência solene.

É evidente que penas aplicadas pela prática de crimes de considerável gravidade, ainda que inicialmente tivessem sido cumpridas em regime fechado, mas com progressão ao regime semi-aberto após a expiração de 1/6 ou 1/4 (conforme se trate de primário ou reincidente) da reprimenda, estavam sendo extintas pela indulgência presidencial.

Não é demais lembrar que o condenado que cumpre pena no regime semi-aberto tem direito a obter autorização para saída temporária para visita à família ou participação em quaisquer atividades que concorram para o retorno ao convívio social, desde que mantenha comportamento adequado e o benefício seja compatível com os objetivos da pena.

A autorização para saída temporária, diz o art. 124 da LEP, será concedida por prazo não superior a 7 (sete) dias, podendo ser renovada por mais quatro vezes durante o ano. Ou seja, pela dicção legal, o preso que preencha os requisitos tem direito a 05 (cinco) autorizações de saída temporária por ano.

Conseqüentemente, o condenado que estivesse cumprindo pena no regime semi-aberto, pelo menos desde o início de 2004, provavelmente teria usufruído as cinco saídas temporárias quando do advento do Dec. 5.295 de 02.12.04. Sendo assim, qualquer que fosse o crime praticado (ressalvados os hediondos e assemelhados) e a quantidade da pena em execução, estivesse o preso no regime semi-aberto, aplicado inicialmente na sentença ou em virtude de progressão, estaria extinta a punibilidade. Isso após o cumprimento de 1/6 (ou 1/4 na hipótese da reincidência), acrescido apenas do tempo necessário à obtenção de cinco autorizações de saída temporária (um ano ou menos).

Como forma de recusar o perdão concedido pelo Presidente da República, alguns setores institucionais (do Ministério Público, Conselho Penitenciário, Judiciário⁵ etc.) desenvolveram a tese de que a saída temporária seria concedida, na verdade, uma única vez por ano, diluída em cinco autorizações que se renovavam de acordo com as circunstâncias. Com isso, ampliaram para aproximadamente cinco anos o período de cumprimento da pena no regime semi-aberto apto a absorver os efeitos do decreto presidencial que concedera indulto.

A interpretação é equivocada. O instituto da saída temporária, concedido apenas aos sentenciados que cumpram pena no regime semi-aberto, pressupõe que o comportamento do indivíduo, do ponto de vista familiar e comunitário, seja compatível com a vida em liberdade. A função declarada pelo sistema, em relação à pena privativa de liberdade, é a recuperação do cidadão para a vida em liberdade. O decreto presidencial de 2004, nesse aspecto, ao conceder indulto ao sentenciado que se encontrasse em regime semi-aberto, concluiu que a fruição de cinco saídas temporárias, sem anotação de falta grave, demonstraria que o apenado estava preparado para o retorno à sociedade livre, sendo iníqua despersonalização manter o sujeito encarcerado. O decreto condicionou o aperfeiçoamento do indulto, ademais, à manutenção dessa condição presumida pelos dois anos subseqüentes, sob pena de revogação do benefício e retorno ao *status quo* ante.

Para reforçar esse entendimento, cujo juízo meritório e deontológico se encontra na esfera discricionária do Presidente da República, que possui, nesse aspecto, a mesma legitimidade constitucional-normativa que o legislador exerce no âmbito incriminador, deve-se observar a previsão análoga contida no art. 1º, V, do recente Decreto n. 5.620, publicado no DOU de 16.12.2005.

Dessa feita, o Presidente da República estabeleceu

requisitos mais rígidos para a hipótese ventilada no decreto natalino anterior. O indulto contempla, agora, os sentenciados do regime semi-aberto que tenham cumprido 1/3 ou 1/2 (conforme se trate de primário ou reincidente) de pena privativa de liberdade superior a 6 (seis) e não superior a 15 (quinze) anos, desde que usufruídas cinco saídas temporárias até 25.12.2005.

Se a interpretação correta acerca do instituto da saída temporária fosse aquela baseada na anualidade, a medida seria, no texto do novo decreto, inócua. A título exemplificativo: condenado a pena de 06 (seis) anos e um mês em regime inicialmente fechado. Progride para o regime semi-aberto com o cumprimento de 1/6 da pena (um ano e cinco dias), usufruindo, a partir daí, cinco saídas temporárias antes do cumprimento de 1/3 da pena. Após o cumprimento de 1/3 (dois anos e dez dias), apenas teria direito ao indulto, observadas as regras do Dec. 5.620/05, ultrapassadas mais quatro saídas anuais (acréscimo de cinco anos). Logo, teria direito ao indulto em período superior a seis anos, sendo que a pena aplicada era de seis anos e um mês. Além disso, após o cumprimento de 1/3 teria direito, também, a nova progressão para o regime aberto, escapando da incidência da norma benéfica.

Assim, a exegese sistemática dos decretos presidenciais que concederam indulto no final dos anos de 2004 e 2005 nos leva às seguintes conclusões:

1. O sentenciado que esteja no cumprimento de pena em regime semi-aberto tem direito a cinco saídas temporárias por ano, observados os requisitos legais;
2. O Presidente da República não pode conceder indulto aos condenados pela prática de crimes hediondos e assemelhados;
3. O sentenciado que se encontrava, em 03.12.2004, cumprindo pena no regime semi-aberto, tendo usufruído de cinco saídas temporárias compreendidas em qualquer período anterior, foi beneficiado com o indulto presidencial, devendo o Poder Judiciário limitar-se à declaração de enquadramento na situação normativa e fiscalizar o cumprimento das condições impostas ao aperfeiçoamento do benefício;
4. O sentenciado que se encontrava, em 16.12.2005, cumprindo pena superior a 06 e não superior a 15 anos, no regime semi-aberto, tendo cumprido 1/3 da pena se primário ou 1/2 se reincidente e usufruído de cinco saídas temporárias compreendidas em qualquer período anterior a 25.12.2005, foi beneficiado com o indulto.
5. No regime democrático constitucional brasileiro não se deve sobrepor, hierarquicamente, a lei incriminadora ou punitiva ao decreto indulgente.

Notas:

¹ Pode-se dizer que anistia, graça e indulto têm em comum o fato de representarem a renúncia do Estado ao exercício do *ius puniendi*, por meio do perdão da prática de infrações penais. A anistia, de competência da União e incluída no rol de atribuições do Congresso Nacional (art. 21, XVII c/c art. 48, VIII, CR/88), geralmente se destina ao perdão de crimes de cunho político, embora tal circunstância não seja da essência do instituto. O indulto e a graça são hipóteses de perdão concedido pelo Presidente da República, diferenciando-se pela natureza coletiva daquele e individual desta. A comutação nada mais é que um indulto parcial. Nesse sentido: BITENCOURT, Cezar Roberto. Manual de Direito Penal. 6ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 665. GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. 5ª ed. Niterói: Impetus, 2005, p. 789-790. CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 512-514. JESUS, Damásio E. de. Direito Penal. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 683-687. PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro. 2ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001, p. 558-559.

² Francisco de Assis Toledo e Alberto Silva Franco apud MORAES, Alexandre et al. *Legislação penal especial*, 8ª ed., São Paulo: Atlas, 2005, p. 73.

³ STF, 1ª T., HC n. 71.643/RS, Rel. Min. Sydney Sanches, Diário da Justiça, Seção I, 25.11.1994, p. 32.301.

⁴ CERNICCHIARO, Luiz Vicente. *Direito Penal na Constituição*, 2ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1991, p. 172 apud MORAES, Alexandre et al. op. cit. p. 72.

⁵ “AGRAVO EM EXECUÇÃO DE PENA - INDULTO NATALINO - IMPOSSIBILIDADE - RECURSO IMPROVIDO. O indulto natalino concedido pelo Decreto Presidencial 4.495/02 não alcança quem tenha cometido falta grave nos dois anos anteriores à edição do decreto, quem não tenha usufruído de pelo menos cinco saídas temporárias e também, quem não tenha reparado o dano que causou ou demonstrado a impossibilidade de fazê-lo.” [...] “No caso há um equívoco de interpretação da lei. A saída temporária prevista no art. 123 e seguintes da LEP é anual, por um período de trinta e cinco dias, fracionado em até sete saídas de cinco dias. O requisito do art. 1º, X, do Decreto de Indulto refere-se a cinco saídas temporárias anuais, o que corresponderia a pelo menos cinco anos de cumprimento de pena no regime semi-aberto, e não cinco saídas temporárias parciais, mesmo porque, seria vergonhoso absurdo, como no caso da requerente, com pena superior a treze anos, que como pretende, cumpriria tão somente dois anos e meio de restrição de liberdade para alcançar o benefício.” g. n. (TJMG, processo: 1.0024.00.083107-3/001-1, Relator Des. SÉRGIO BRAGA, j. 16/03/2004, pub. 19/03/2004)