

09/05/2019

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.874 DISTRITO FEDERAL

RELATOR	: MIN. ROBERTO BARROSO
REDATOR DO ACÓRDÃO	: MIN. ALEXANDRE DE MORAES
REQTE.(S)	: PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA
INTDO.(A/S)	: PRESIDENTE DA REPÚBLICA
ADV.(A/S)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
AM. CURIAE.	: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
ADV.(A/S)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL
AM. CURIAE.	: DEFENSORIA PÚBLICA GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADV.(A/S)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
AM. CURIAE.	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADV.(A/S)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS
AM. CURIAE.	: GAETS - GRUPO DE ATUAÇÃO DA ESTRATÉGICA DA DEFENSORIA PÚBLICA NOS TRIBUNAIS SUPERIORES
ADV.(A/S)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
AM. CURIAE.	: ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS - AMB
ADV.(A/S)	: ALBERTO PAVIE RIBEIRO E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	: INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS - IBCCRIM
ADV.(A/S)	: MAURÍCIO STEGEMANN DIETER E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	: INSTITUTO DE GARANTIAS PENAIS - IGP
ADV.(A/S)	: RODRIGO DE BITTENCOURT MUDROVITSCH
ADV.(A/S)	: GUSTAVO TEIXEIRA GONET BRANCO
ADV.(A/S)	: FELIPE FERNANDES DE CARVALHO
AM. CURIAE.	: CONECTAS DIREITOS HUMANOS
ADV.(A/S)	: MARCOS ROBERTO FUCHS E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MEMBROS DO

ADI 5874 / DF

MINISTÉRIO PÚBLICO - CONAMP
ADV.(A/S) : ARISTIDES JUNQUEIRA ALVARENGA E
OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA -
MÁRCIO THOMAZ BASTOS (IDDD)
ADV.(A/S) : DOMITILA KOHLER E OUTRO(A/S)

EMENTA: 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

ADI 5874 / DF

para o interesse público no âmbito da Justiça Criminal.

5. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Plenário, sob a Presidência do Senhor Ministro DIAS TOFFOLI, em conformidade com a ata de julgamento e as notas taquigráficas, por maioria, não referendaram a medida cautelar, revogando-a e acordam em julgar improcedente a ação direta de inconstitucionalidade, nos termos do voto do Ministro Alexandre de Moraes, Redator para o acórdão, vencidos os Ministros Roberto Barroso (Relator), Edson Fachin, Luiz Fux e Cármen Lúcia. Em seguida, julgaram prejudicada a questão de ordem. Presidência do Ministro DIAS TOFFOLI.

Brasília, 9 de maio de 2019.

Ministro Alexandre de Moraes
Redator p/ o Acórdão

21/11/2018

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.874 DISTRITO FEDERAL

RELATOR	: MIN. ROBERTO BARROSO
REDATOR DO ACÓRDÃO	: MIN. ALEXANDRE DE MORAES
REQTE.(S)	: PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA
INTDO.(A/S)	: PRESIDENTE DA REPÚBLICA
ADV.(A/S)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
AM. CURIAE.	: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
ADV.(A/S)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL
AM. CURIAE.	: DEFENSORIA PÚBLICA GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADV.(A/S)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
AM. CURIAE.	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADV.(A/S)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS
AM. CURIAE.	: GAETS - GRUPO DE ATUAÇÃO DA ESTRATÉGICA DA DEFENSORIA PÚBLICA NOS TRIBUNAIS SUPERIORES
ADV.(A/S)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
AM. CURIAE.	: ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS - AMB
ADV.(A/S)	: ALBERTO PAVIE RIBEIRO E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	: INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS - IBCCRIM
ADV.(A/S)	: MAURÍCIO STEGEMANN DIETER E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	: INSTITUTO DE GARANTIAS PENAIAS - IGP
ADV.(A/S)	: RODRIGO DE BITTENCOURT MUDROVITSCH
ADV.(A/S)	: GUSTAVO TEIXEIRA GONET BRANCO
ADV.(A/S)	: FELIPE FERNANDES DE CARVALHO
AM. CURIAE.	: CONECTAS DIREITOS HUMANOS
ADV.(A/S)	: MARCOS ROBERTO FUCHS E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MEMBROS DO

ADI 5874 / DF

MINISTÉRIO PÚBLICO - CONAMP
ADV.(A/S) : ARISTIDES JUNQUEIRA ALVARENGA E
OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA -
MÁRCIO THOMAZ BASTOS (IDDD)
ADV.(A/S) : DOMITILA KOHLER E OUTRO(A/S)

RELATÓRIO:

1. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, proposta pela Procuradora-Geral da República, contra o inciso I do art. 1º; o §1º, I, do art. 2º; e os arts. 8º, 10 e 11, todos do Decreto nº 9.246, de 21 de dezembro de 2017, por violação dos arts. 2º, 5º, *caput* e incisos XLIII, XLVI, LIV, e do art. 62, § 1º, *b*, da Constituição. Eis o teor dos dispositivos impugnados:

Art. 1º O indulto natalino coletivo será concedido às pessoas nacionais e estrangeiras que, até 25 de dezembro de 2017, tenham cumprido:

I - um quinto da pena, se não reincidentes, e um terço da pena, se reincidentes, nos crimes praticados sem grave ameaça ou violência a pessoa; (...)

Art. 2º O tempo de cumprimento das penas previstas no art. 1º será reduzido para a pessoa:

I - gestante;

II - com idade igual ou superior a setenta anos;

III - que tenha filho de até quatorze anos de idade ou de qualquer idade, se pessoa com doença crônica grave ou com deficiência, que necessite de seus cuidados;

IV - que tenha neto de até quatorze anos de idade ou de qualquer idade, se pessoa com deficiência, que necessite de seus cuidados e esteja sob a sua responsabilidade;

V - que esteja cumprindo pena ou em livramento condicional e tenha frequentado, ou esteja frequentando, curso

ADI 5874 / DF

de ensino fundamental, médio, superior, profissionalizante ou de requalificação profissional, reconhecido pelo Ministério da Educação, ou que tenha exercido trabalho, no mínimo por doze meses, nos três anos contados retroativamente a 25 de dezembro de 2017;

VI - com paraplegia, tetraplegia ou cegueira adquirida posteriormente à prática do delito, comprovada por laudo médico oficial, ou, na falta do laudo, por médico designado pelo juízo da execução;

VII - com paraplegia, tetraplegia, cegueira ou neoplasia maligna, ainda que em remissão, mesmo que tais condições sejam anteriores à prática do delito, comprovadas por laudo médico oficial ou, na falta do laudo, por médico designado pelo juízo da execução, e resulte em grave limitação de atividade ou exija cuidados contínuos que não possam ser prestados no estabelecimento penal;

VIII - acometida de doença grave e permanente, que apresente grave limitação de atividade ou que exija cuidados contínuos que não possam ser prestados no estabelecimento penal, desde que comprovada por laudo médico oficial, ou, na falta do laudo, por médico designado pelo juízo da execução; ou

IX - indígena, que possua Registro Administrativo de Nascimento de Indígenas ou outro documento comprobatório equivalente.

§ 1º A redução de que trata o *caput* será de:

I - um sexto da pena, se não reincidente, e um quarto da pena, se reincidente, nas hipóteses previstas no inciso I do *caput* do art. 1º;

Art. 8º Os requisitos para a concessão do indulto natalino e da comutação de pena de que trata este Decreto são aplicáveis à pessoa que:

I - teve a pena privativa de liberdade substituída por restritiva de direitos;

II - esteja cumprindo a pena em regime aberto;

ADI 5874 / DF

III - tenha sido beneficiada com a suspensão condicional do processo; ou

IV - esteja em livramento condicional.

Art. 10. O indulto ou a comutação de pena alcançam a pena de multa aplicada cumulativamente, ainda que haja inadimplência ou inscrição de débitos na Dívida Ativa da União, observados os valores estabelecidos em ato do Ministro de Estado da Fazenda.

Parágrafo único. O indulto será concedido independentemente do pagamento:

I - do valor multa, aplicada de forma isolada ou cumulativamente; ou

II - do valor de condenação pecuniária de qualquer natureza.

Art. 11. O indulto natalino e a comutação de pena de que trata este Decreto são cabíveis, ainda que:

I - a sentença tenha transitado em julgado para a acusação, sem prejuízo do julgamento de recurso da defesa em instância superior;

II - haja recurso da acusação de qualquer natureza após a apreciação em segunda instância;

III - a pessoa condenada responda a outro processo criminal sem decisão condenatória em segunda instância, mesmo que tenha por objeto os crimes a que se refere o art. 3º; ou

IV - a guia de recolhimento não tenha sido expedida.

2. A requerente sustenta que o decreto que concede indulto natalino e comutação de penas (i) a condenados que cumpriram frações muito pouco significativas da pena, que variam entre um sexto e um quinto do total; (ii) a condenados que já foram beneficiados pela legislação criminal e não se encontram em situação de encarceramento; (iii) à pena de multa e (iv) a casos que sequer foram julgados em definitivo, com afronta aos princípios constitucionais da separação dos

ADI 5874 / DF

poderes, da individualização da pena e da proibição à proteção insuficiente, além da vedação constitucional ao Poder Executivo para legislar sobre direito penal. Alega que a competência do Presidente da República para conceder indulto deve adequar-se às finalidades constitucionais de prevenção, repressão e proteção de bens jurídicos relevantes, não lhe sendo legítimo editar norma descriminalizante.

3. A medida cautelar foi deferida pela Ministra Presidente, Cármen Lúcia, durante o recesso forense e os efeitos de todos os dispositivos impugnados foram suspensos. A decisão adotou o fundamento de que o Decreto n.º 9.246/2017 foi editado com desvio de finalidade, por esvaziar a jurisdição penal e converter o indulto em *“benemerência sem causa”*. A Ministra Presidente também reconheceu ofensa aos princípios da separação dos poderes e da vedação da proteção insuficiente, consignando que *“os dispositivos impugnados parecerem substituir a norma penal garantidora da eficácia do processo, afrontando a finalidade e superando os limites do indulto. Invade-se, assim, competência típica e primária dos poderes Legislativo e Judiciário”*.

4. Em suas informações, a Presidência da República afirmou que a concessão de indulto representa ato discricionário, não cabendo ao Poder Judiciário reavaliar o juízo de conveniência e oportunidade do Chefe do Poder Executivo, notadamente por se tratar de norma benéfica aos condenados. Sustentou, também, que o caso não representa afronta ao princípio da separação de poderes, mas exercício de controle recíproco, na forma do art. 84, XII, da Constituição. Além disso, segundo a Advocacia-Geral da União, o indulto não violaria o princípio da individualização da pena, já que não revogou as sanções abstratamente previstas para os diferentes tipos penais ou reforma as aplicadas em casos concretos. Quanto ao princípio da proporcionalidade, alegou que o abrandamento dos requisitos para a concessão de indulto *“vai ao encontro da decisão cautelar proferida no bojo da ADPF 347, oportunidade em que foi expressamente reconhecido pelo Pretório Excelso o ‘estado de coisas*

ADI 5874 / DF

*inconstitucionais' do sistema penitenciário brasileiro", razão pela qual a manutenção da decisão cautelar configuraria *periculum in mora* inverso. Por fim, ressaltou que "a política criminal de concessão de indulto se fundamenta em estudos técnicos prévios realizados pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, com o objetivo de reinserir no contexto social presos que preenchem determinadas condições subjetivas/objetivas".*

5. Postularam ingresso no feito, na qualidade de *amici curiae*, as Defensorias Públicas da União, do Estado do Rio de Janeiro, do Estado de Minas Gerais, a de diversos Estados reunidos sob a denominação de Grupo de Atuação da Estratégia da Defensoria Pública nos Tribunais Superiores e a Associação dos Advogados e Estagiários do Rio de Janeiro. Ao fim do recesso, proferi decisão em que (i) ratifiquei, na íntegra, os termos da medida cautelar deferida pela Ministra Presidente; (ii) antecipei, de maneira sintética, os argumentos relevantes para o deslinde da controvérsia; (iii) apreciei os pedidos de intervenção como *amicus curiae* e (iv) requeri a inclusão do feito em pauta para referendo da cautelar e, havendo concordância do Plenário, para julgamento do mérito.

6. Em 12.03.2018, então, proferi nova decisão monocrática com o objetivo de especificar as hipóteses em que o indulto poderia ser concedido, com fundamento nos dispositivos impugnados nesta ação. Na ocasião, havia passado quase três meses desde a concessão da medida cautelar pela Presidente e, devido ao congestionamento da pauta do Plenário, a matéria não pôde ser incluída em pauta para julgamento. Diante de relevantes informações trazidas pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, que postulou a adoção de soluções que permitissem a concessão do benefício em algumas hipóteses, de forma a se diminuir a pressão dentro do sistema penitenciário, convenci-me da necessidade de antecipar a decisão que desejava previamente submeter ao Plenário.

7. Nessa segunda decisão, mantive os efeitos da medida

ADI 5874 / DF

cautelar anteriormente concedida, mas especifiquei hipóteses que não se encontravam colhidas pela suspensão do Decreto nº 9.246/2017 e nas quais, portanto, o indulto poderia ser concedido. A decisão confirmou a cautelar para:

(i) suspender do âmbito de incidência do Decreto nº 9.246/2017 os crimes de peculato, concussão, corrupção passiva, corrupção ativa, tráfico de influência, os praticados contra o sistema financeiro nacional, os previstos na Lei de Licitações, os crimes de lavagem de dinheiro e ocultação de bens, os previstos na Lei de Organizações Criminosas e a associação criminosa;

(ii) estabelecer que, nas hipóteses previstas no inciso I do art. 1º do Decreto nº 9.246/2017, o indulto depende do cumprimento mínimo de 1/3 da pena e só se aplica aos casos em que a condenação não for superior a oito anos;

(iii) suspender, por inconstitucional, o art. 10 do Decreto nº 9.246/2017, que trata do indulto da multa, ressalvadas as hipóteses de extrema carência material do apenado ou de multa inferior ao mínimo fixado para a inscrição de débitos em Dívida Ativa da União;

(iv) suspender, por inconstitucional, o art. 8º, incisos I e III do Decreto nº 9.246/2017, que estabelecem a aplicabilidade do indulto àqueles que tiveram a pena privativa de liberdade substituída por restritiva de direitos e aos beneficiados pela suspensão condicional do processo, em razão da incompatibilidade com os fins constitucionais do indulto e da violação ao princípio da separação de Poderes;

(v) suspender, por inconstitucional, o art. 11, II do Decreto nº 9.246/2017, por conceder indulto na pendência de recurso da acusação e antes, portanto, da fixação final da pena, e

(vi) afirmar a aplicabilidade imediata do decreto de indulto às demais situações, observados os parâmetros aqui estabelecidos, notadamente o cumprimento de 1/3 (um terço) da condenação, desde que a pena máxima não tenha excedido 8 (oito) anos, nos casos previstos no art. 1º, I do Decreto nº

ADI 5874 / DF

9.246/2017.

8. Posteriormente, proferi nova decisão para admissão de *amici curiae*, tendo sido deferido o ingresso da Associação dos Magistrados Brasileiros, do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, do Instituto de Garantias Penais, da Conectas Direitos Humanos, da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público e do Instituto de Defesa do Direito de Defesa – IDDD.

9. É o relatório.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.874

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. ROBERTO BARROSO

REQTE.(S) : PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA

INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

ADV.(A/S) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ADV.(A/S) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
(00000/DF)

AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ADV.(A/S) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS

AM. CURIAE. : GAETS - GRUPO DE ATUAÇÃO DA ESTRATÉGICA DA
DEFENSORIA PÚBLICA NOS TRIBUNAIS SUPERIORES

ADV.(A/S) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS - AMB

ADV.(A/S) : ALBERTO PAVIE RIBEIRO (07077DF/DF) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS - IBCCRIM

ADV.(A/S) : MAURÍCIO STEGEMANN DIETER (40855/PR) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : INSTITUTO DE GARANTIAS PENAIS - IGP

ADV.(A/S) : RODRIGO DE BITTENCOURT MUDROVITSCH (4708/AC, 26966/DF,
18407/A/MT, 56927/PR, 212740/RJ, 5536/RO, 396605/SP)

ADV.(A/S) : GUSTAVO TEIXEIRA GONET BRANCO (42990/DF)

ADV.(A/S) : FELIPE FERNANDES DE CARVALHO (00044869/DF)

AM. CURIAE. : CONECTAS DIREITOS HUMANOS

ADV.(A/S) : MARCOS ROBERTO FUCHS (101663/SP) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO
PÚBLICO - CONAMP

ADV.(A/S) : ARISTIDES JUNQUEIRA ALVARENGA (0012500/DF) E
OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA - MÁRCIO
THOMAZ BASTOS (IDDD)

ADV.(A/S) : DOMITILA KOHLER (207669/SP) E OUTRO(A/S)

Decisão: Após a leitura do relatório e a realização das sustentações orais, o julgamento foi suspenso. Falaram: pela requerente, a Dra. Raquel Elias Ferreira Dodge, Procuradora-Geral da República; pelo *amicus curie* Associação dos Magistrados Brasileiros - AMB, o Dr. Alberto Pavie Ribeiro; pelo *amicus curie* Defensoria Pública da União, o Dr. Gabriel Faria Oliveira, Defensor Público-Geral Federal; pelo *amicus curie* Defensoria Pública Geral do Estado do Rio De Janeiro, o Dr. Pedro Paulo Lourival Carriello, Defensor Público do Estado; pelo *amicus curie* Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais, a Dra. Alessa Pagan Veiga, Defensora Pública do Estado; pelo *amicus curie* Instituto

Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM, o Dr. Maurício Stegemann Dieter; pelo *amicus curiae* Instituto de Garantias Penais - IGP, o Dr. Marcelo Turbay Freiria; e, pelo *amicus curiae* Instituto de Defesa do Direito de Defesa - Márcio Thomaz Bastos - IDDD, o Dr. Fábio Tofic Simantob. Não participou, justificadamente, deste julgamento, a Ministra Rosa Weber. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 21.11.2018.

Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Procuradora-Geral da República, Dra. Raquel Elias Ferreira Dodge.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário

28/11/2018

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.874 DISTRITO FEDERAL

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

- Já ouvimos as sustentações na sessão anterior.

28/11/2018

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.874 DISTRITO FEDERAL**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (Relator):****VOTO**

Trata-se aqui de uma ação direta de inconstitucionalidade proposta pela Procuradora-Geral da República, tendo por objeto o Decreto nº 9.246 de 21 de dezembro de 2017, editado pelo Excelentíssimo Senhor Presidente da República.

O decreto concede indulto natalino, comuta penas e dá outras providências. Inúmeros dispositivos desse Decreto foram impugnados pela Procuradora-Geral da República.

Em decisão de 28 de dezembro de 2017, a Ministra Cármen Lúcia, já no recesso e no exercício da Presidência, suspendeu todos os dispositivos impugnados. Findo o recesso, a ação veio a mim distribuída.

No dia 1º de fevereiro de 2018 - primeiro dia na volta do recesso -, mantive a decisão de suspensão da então Presidente, destaquei alguns pontos que precisavam ser enfrentados e pedi pauta de julgamento.

Devido ao congestionamento do Plenário, esta pauta de julgamento não pôde ser marcada. Em 12 de março de 2018, atendi requerimento da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro e proferi decisão restabelecendo a eficácia de parte do Decreto, com alguns recortes. Esse é o quadro da controvérsia.

Eu dividi, Presidente, o meu voto em três partes: na primeira, eu vou apresentar o problema; na segunda, brevemente, percorrer alguns conceitos básicos para o equacionamento do tema; e a terceira parte dedicada à solução do problema.

Começa, portanto, pela sua apresentação. Nas partes que se tornaram controvertidas e cuja suspensão eu mantive, o decreto de indulto natalino trouxe as seguintes previsões: a redução do período mínimo de cumprimento da pena, para fins de indulto, a 1/5 do tempo da

ADI 5874 / DF

condenação nos crimes praticados sem violência ou grave ameaça.

Segundo ponto do Decreto: supressão do limite máximo da pena para fins de indulto, de modo que, independentemente de a condenação ser de 4 ou 30 anos, o condenado tem a pena extinta com o cumprimento de apenas 1/5 do tempo.

Três: A inclusão dos crimes de corrupção e correlatos no rol dos que podem ser objeto de indulto.

Quatro: Indulto para a pena de multa.

Cinco: Indulto para condenados cujo processo ainda se encontra em curso da acusação pendente, isto é, indulto para apenados que ainda não tiveram julgamento definitivo.

Seis: Indulto para condenados que já receberam outros benefícios no curso da execução penal e que não cumpriram pena de prisão, que são os casos de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e suspensão condicional do processo.

Esses são os pontos controvertidos do decreto que foram impugnados por Sua Excelência, a Senhora Procuradora-Geral da República. Ao atender o pedido da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, estabeleci o decreto de indulto, dele extirpando, no entanto, partes que, a meu ver, afrontavam diretamente a Constituição.

Presidente, proferi decisão no seguinte sentido - e essa foi a cautelar que eu pedi para vir à ratificação -, minha decisão foi no sentido de:

1. Estabelecer que o indulto depende do cumprimento mínimo de 1/3 da pena e só se aplica aos casos em que a condenação não for superior a oito anos.
2. Suspender do âmbito de incidência do decreto os crimes de peculato, concussão, corrupção passiva, corrupção ativa, tráfico de influência, os praticados contra o sistema financeiro nacional, os previstos na lei de licitações, os crimes de lavagem de dinheiro e ocultação de bens, os previstos na lei de organizações criminosas e a associação criminosa.
3. Suspender o dispositivo que trata do indulto da multa, ressalvadas as hipóteses de extrema carência material do apenado.

ADI 5874 / DF

4. Suspender os dispositivos que estabelecem a aplicabilidade do indulto àqueles que tiveram a pena privativa de liberdade substituída por restritiva de direitos e aos beneficiados pela suspensão condicional do processo.

E, por fim, Presidente, suspendi o dispositivo que concedia indulto na pendência do recurso da acusação e antes, portanto, da fixação final da pena.

Essas foram as impugnações, essas foram as decisões que proferi de modo a que o decreto de indulto pudesse produzir efeitos em relação àquelas situações que não me pareciam incompatíveis com a Constituição.

Falo duas palavras, Presidente, para contextualizar o debate sobre o sistema punitivo brasileiro, em que o tema é concebido em três fases. Uma fase legislativa, em que se define os crimes, as penas e o modo de execução. A segunda fase, que é a fase jurisdicional, quando então se faz o julgamento do caso concreto e se individualizam as penas. E a terceira fase, que é a fase executória, em que a pena é aplicada ao condenado.

O sistema de execução da pena no Brasil obedece a três regimes de cumprimento. O regime fechado, que é o regime inicial obrigatório para quem tenha cometido crimes apenados com pena superior a oito anos. O segundo regime de cumprimento de pena é o semiaberto, que pode ser aplicado a quem tenha sido condenado a pena superior a quatro anos, mas inferior a oito. E o regime aberto, que pode ser aplicado a quem tenha sido condenado a pena igual ou inferior a quatro anos.

Cada um desses regimes, na forma da lei, exige um estabelecimento prisional diferente. Entre nós, adotamos um sistema progressivo de cumprimento da pena, em que os condenados com bom comportamento, após o cumprimento de 1/6 da pena em um determinado regime, podem progredir para o regime subsequente.

Em termos práticos, portanto, alguém que tenha sido condenado a uma pena de seis anos, em regime semiaberto, depois de completado um ano, já segue para o regime aberto, a ser cumprido na denominada "casa de albergado". Caso a respectiva unidade federativa não a tenha - como

ADI 5874 / DF

não é incomum -, o condenado será autorizado a cumprir o restante da pena em sua própria residência, em prisão domiciliar, tendo em vista que a jurisprudência não admite o cumprimento da pena em estabelecimento mais rigoroso do que aquele que foi fixado.

Portanto, o sistema já é um sistema que tem mecanismos de descompressão e de progressiva liberalidade. Embora aplicada uma pena razoavelmente severa de seis anos de reclusão, basta o cumprimento de um ano para que o acusado possa voltar para a sua casa.

Esse sistema, muitas vezes, não é bem compreendido pela sociedade e acaba sendo uma opção do legislador; porque, do contrário, o sistema sofreria um congestionamento ainda maior. Deste modo, quem quer que defenda o endurecimento do Direito Penal precisa ter em linha de conta que isso significa destinar mais recursos para o sistema.

Vejam, todavia, que a esses benefícios que descrevi de progressão de regime somam-se diversos outros: I - a remissão de pena pelo trabalho ou estudo, que abrevia significativamente o tempo de cumprimento; II - o livramento condicional, que permite a liberdade após o cumprimento de 1/3 da pena; e III - o indulto aqui discutido, que significa o perdão da pena. Portanto, é um regime de execução penal que comporta progressão de regime, remissão pelo trabalho, remissão pelo estudo, livramento condicional e indulto.

Esse conjunto da execução penal se torna particularmente disfuncional quando se trata da criminalidade do colarinho branco. E vejam aqui um exemplo muito emblemático da Ação Penal 470. No conhecido caso do "Mensalão", as penas começaram a ser cumpridas no final de 2013 e no início de 2014, penas relativamente elevadas. A despeito disso, do total de 23 réus condenados que começaram a cumprir no geral em 2014, 13 já haviam sido beneficiados pelo indulto presidencial de 2016. E muito poucos ficaram presos por mais de um ano. Nós estamos falando aqui de crimes de corrupção ativa, corrupção passiva, lavagem de dinheiro, evasão de divisas, peculato e gestão fraudulenta de instituições financeiras.

Agora, uma palavra, Presidente, sobre o indulto, que consiste

ADI 5874 / DF

essencialmente no perdão da pena, um ato de clemência do soberano, que é praticado historicamente.

Temos, como um exemplo um histórico conhecido, o perdão de Pôncio Pilatos a Barrabás. Era um instrumento típico o indulto coletivo, do tempo em que as penas eram extremamente cruéis, como no caso específico era a pena de crucificação. Mas a verdade é que a maioria dos países democráticos do mundo já aboliu a possibilidade do indulto coletivo. Eu anotei aqui dentre representantes expressivos: Alemanha, Estados Unidos, Reino Unido, Portugal, Espanha, Itália, França. Alguns desses países até tinham o indulto coletivo, mas aboliram essa prática.

Em outubro de 2017, a Transparência Internacional divulgou estudo a respeito do tema intitulado *Judicial Clemency and Corruption*, no qual aponta a impunidade e o perdão à corrupção como incentivos graves à corrupção futura.

No Brasil, a renúncia ao poder de punir pelo Estado pode se manifestar de três formas: pela anistia, pela graça ou pelo o indulto.

Anistia é o ato de perdão concedido pelo Poder Legislativo; a graça é o perdão concedido pelo Chefe do Executivo em caráter individual; e o indulto é o perdão concedido em caráter coletivo.

No início da década de 90 no Brasil, os decretos de indulto previam uma longa lista de crimes que eram excluídos do benefício do indulto. Aos poucos, a lista dos crimes excluídos foi progressivamente sendo reduzida, passando-se a admitir o indulto inclusive para crimes praticados com violência ou grave ameaça.

Durante os quase 30 anos de vigência da Constituição de 1988, sempre se exigiu o cumprimento de pelo menos 1/3 da pena para se reconhecer o benefício do indulto.

Além disso, sempre houve um limite máximo da condenação, um teto máximo de pena, para que o condenado fosse beneficiado pelo indulto. Pois o Decreto aqui impugnado, contrariando esta série histórica, reduziu o prazo de cumprimento da pena para apenas 1/5, onde tradicionalmente, anteriormente, era 1/3, e aboliu o teto máximo de condenação para fins de indulto.

ADI 5874 / DF

Para dar um exemplo aleatório, sem qualquer especulação, o ex-deputado Eduardo Cunha foi condenado, em segundo grau de jurisdição, a uma pena de catorze anos e seis meses. Pelo padrão usual, anterior a este Decreto, ele não poderia ser beneficiado.

Confira-se a série histórica do indulto no Brasil, com os seus requisitos, a partir da Constituição de 1988.

Governo do Presidente Sarney, prazo mínimo: 1/3 de cumprimento da pena e quatro anos de pena máxima. Governo do Presidente Fernando Collor, prazo mínimo: 1/3 da pena; pena máxima, quatro anos. Governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso: prazo mínimo, 1/3 da pena; pena máxima, seis anos. Primeiro governo do Presidente Lula: 1/3 da pena; seis anos, como pena máxima, durante todo o período em que foi Ministro da Justiça o grande e saudoso advogado Márcio Thomaz Bastos, insuspeito de quaisquer exageros punitivistas. No segundo governo Lula, já sem Márcio: mantém-se prazo mínimo, 1/3; pena máxima, oito anos.

Portanto, começamos em quatro e, no segundo governo Lula, chegamos a oito anos de pena máxima, para fins de indulto.

Depois, no governo da Presidente Dilma Rousseff: prazo mínimo de cumprimento da pena, 1/3.

Portanto, Presidente Sarney, Presidente Collor, Presidente Fernando Henrique, Presidente Lula e Presidente Dilma, o prazo era 1/3.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Em todos os anos em que editaram indulto?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

- Em todos os anos.

No governo do Presidente Fernando Henrique, houve um ano em que baixou para quatro, depois subiu para seis. No governo da Presidente Dilma, a pena máxima, o teto, passou para doze anos. No governo do Presidente Temer, no primeiro ano, aí temos o prazo mínimo de 1/4 da pena e pena máxima de doze anos. Manteve o que vinha.

E este indulto específico, que estamos discutindo, o prazo mínimo de cumprimento cai para 1/5, portanto 20% da pena, e suprime-se o limite máximo de condenação. Portanto, independentemente do prazo da

ADI 5874 / DF

condenação, o condenado vai ter indulto.

O que se percebe é que, enquanto o mundo, de uma maneira geral, aboliu a possibilidade do indulto coletivo, no Brasil, fomos expandindo o alcance desse indulto coletivo.

Como ele funciona no Brasil? Há um Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, que é um órgão ligado ao Ministério da Justiça. Esse Conselho tem três componentes, três integrantes, conselheiros indicados pelo Ministério da Justiça, entre professores e entre funcionários da área de Direito Penal, Processual Penal, Penitenciário e ciências correlatas, bem como representantes da comunidade e dos Ministérios da área social. Como funciona o sistema de indulto no Brasil? O Conselho de Política Criminal e Penitenciária elabora a minuta do decreto de indulto e encaminha esta minuta para o Ministério da Justiça, que a submete aos órgãos técnicos e à sua consultoria jurídica, que, subsequentemente, encaminha para o Presidente, que é a autoridade competente para editar o decreto.

Pois bem, na minuta encaminhada pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, devidamente chancelada pela consultoria jurídica do Ministério da Justiça, algumas disposições merecem destaque. A primeira: A proposta do Conselho vedava a concessão de indulto e de comutação de pena para os crimes de peculato, concussão, corrupção passiva, corrupção ativa, tráfico de influência, lavagem de dinheiro, associação criminosa, crimes contra o sistema financeiro previstos na Lei de Licitações e na Lei Organizações Criminosas.

Ao encaminhar, no ano de 2016, muito semelhante a essa em que excluiu esses crimes, assim se manifestou o Conselho na sua exposição de motivos: "No atual momento, cuja preocupação maior da sociedade é de ver fortalecida a luta contra a corrupção, resulta plausível que o indulto para as pessoas condenadas por esses crimes não se amoldaria ao interesse público em ver efetivadas as sanções impostas pela prática dessas gravíssimas condutas ilícitas, havendo o risco de se verem indultadas pessoas recentemente condenadas por atos de malversação do

ADI 5874 / DF

dinheiro público, trazendo prejuízo para o Estado e para a sociedade em vários graus de extensão". Essa é a exposição de motivos do Conselho para excluir o crime de corrupção e correlatos do indulto natalino.

Em segundo lugar, a minuta do Conselho vedava expressamente o indulto da pena de multa, disposição que também se alinha à orientação de combate à corrupção, já que as sanções pecuniárias costumam ser um componente essencial desse tipo de condenação.

Pois bem, essas duas orientações emanadas do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária - exclusão de corrupção e correlatos e vedação de indulto à pena de multa - foram retiradas do decreto editado pelo Presidente da República, isto é, contra os órgãos técnicos. O ato presidencial pretendeu dar indulto a corruptos e recém-condenados e liberá-los do pagamento da multa.

Não se ignora que esta Corte tradicionalmente adota postura de deferência em relação aos decretos de indulto natalino, reconhecendo como discricionário e associado à política criminal.

Entendo, contudo, que este caso traz ao Tribunal um ponto de inflexão. O decreto aqui impugnado se choca com princípios constitucionais básicos e com parâmetros legislativos definidos pelo Congresso Nacional.

Portanto, procuro demonstrar a seguir, passando para parte dois do meu voto, que o indulto não pode conflitar com a política criminal adotada no país, que foi traçada pelo legislador, e que o indulto não pode significar a abdicação, pelo Estado, de determinados deveres de proteção que a ele compete.

Presidente, começo com uma palavra sobre separação de Poderes e legalidade penal.

O grande princípio, em matéria penal, é o da reserva legal ou o da legalidade estrita. Trata-se de um domínio em que deve prevalecer a lei formal. É da competência do Congresso a definição da política criminal do país, definindo os crimes, cominando penas e disciplinando a execução penal. Não é possível modificar, sob a roupagem de indulto e por ato normativo secundário, como é o decreto, a política criminal

ADI 5874 / DF

traçada pelo legislador.

Pois bem, ao cuidar da execução penal, o legislador estabeleceu critérios para a progressão de regime prisional, para a remissão de pena, pelo trabalho ou estudo, para a suspensão condicional da pena e para a liberdade condicional. E este é um ponto central aqui, a questão da liberdade condicional como tratada pelo legislador penal, no Código Penal e no Código de Processo Penal.

Na redação original do Código de Processo Penal, exigia-se, para a liberdade condicional, o cumprimento de mais da metade da pena ou mais de 3/4, em caso de reincidência. Com a reforma da parte geral do Código Penal, em 1984, o tempo mínimo de cumprimento da pena para gozo desse benefício passa a ser 1/3, se o condenado não for reincidente e tiver bons antecedentes; metade, se for reincidente; e 2/3, nos casos de crime hediondo.

Vejam, então, que o legislador penal estabeleceu, na mais benevolente das hipóteses, a exigência do cumprimento mínimo de 1/3 da pena para o desfrute de liberdade antecipada. Essa posição, que já é relativamente branda, é nuclear à política criminal definida pelo Poder Legislativo. Portanto, a competência do Presidente da República para a concessão de indulto deve ser interpretada de modo sistemático e em harmonia com as previsões legislativas definidas pelo legislador penal, do contrário haverá usurpação da competência legislativa do Congresso e violação da separação de Poderes, como anotou, com felicidade, na sua decisão, a Ministra Cármen Lúcia, quando escreveu:

"Maquiando a descriminalização sob a forma de indulto, o que se estaria a praticar seria o afastamento do processo penal e da pena definida judicialmente."

Aqui, nas duas questões prévias, a primeira, que me parece relevante, é que o Presidente tem competência para editar o indulto natalino. Porém, essa competência tem que respeitar os parâmetros que a legislação penal e a legislação processual penal estabeleceram para a liberdade antecipada.

Em segundo lugar, ainda me parece relevante, ao assentar conceitos

ADI 5874 / DF

básicos, o que significam a efetividade mínima do Direito Penal e os deveres de proteção do Estado.

O Estado realiza a sua missão em relação à proteção dos direitos fundamentais ou mediante abstenções, quando ele deixa de censurar, deixa de prender, deixa de violar a privacidade, e também o Estado respeita os direitos fundamentais mediante ações positivas. Essas ações positivas podem significar prestações positivas em matéria de saúde, em matéria de educação, em matéria de previdência, mas também significam, em um Estado contemporâneo, determinados deveres de proteção, atuações que o Estado tem que ter para a proteção dos direitos fundamentais de todos: Direitos à vida, direitos ao patrimônio, direitos à integridade física, direitos à probidade administrativa.

Portanto, para assegurar que o Estado cumpra, na justa medida, os seus deveres de proteção, o princípio da proporcionalidade, básico nessa matéria, flui por duas vertentes distintas. A primeira, a proibição do excesso, a qual permite, ou impede, que o Estado interfira indevidamente com liberdades individuais. Mas há uma segunda dimensão para o princípio da proporcionalidade: a vedação à proteção insuficiente que se dá quando o Estado deixa de estabelecer normas e procedimentos adequados à proteção dos valores constitucionais. Logo, é possível - e aqui é o caso - violar-se o princípio da proporcionalidade pela proteção insuficiente de valores condicionais.

E por fim, Presidente, o último conceito básico, antes de partir para a solução do problema, diz respeito à legitimidade democrática dos atos do poder público. Em uma democracia, todo poder é representativo. Vale dizer, nenhuma autoridade exerce poder em nome próprio ou no interesse próprio. Todo poder é exercido no interesse da sociedade; todo poder é exercido no interesse público; todo poder é exercido no interesse popular. E a legitimidade do poder, em uma democracia, é aferida por três critérios: A legitimidade da investidura, que é verificar se o agente público foi investido na forma prevista na Constituição; segundo, a legitimidade corrente, que significa a atuação do agente público em sintonia com os sentimento social e as demandas da sociedade; e, em

ADI 5874 / DF

terceiro lugar, a legitimidade finalística, que consiste na verificação se os atos do poder público estão alinhados com os fins visados pela Constituição.

O ato aqui impugnado tem graves problemas de legitimidade corrente, em primeiro lugar. No momento em que as instituições e a sociedade brasileira travam uma batalha ingente contra a corrupção e crimes correlatos, esse decreto presidencial esvazia o esforço da sociedade e das instituições, em que delegados, procuradores e juízes corajosos enfrentam essas diferentes modalidades de crime organizado, inclusive a do colarinho branco. E o decreto cria um facilitário sem precedentes para os condenados a esses crimes, com direito a indulto, com direito apenas ao comprimento de 1/5 da pena e sem limite máximo de condenação. Não são menores os problemas associados à legitimidade finalística do ato, como salta aos olhos no que diz respeito ao alívio totalmente desproporcional aos condenados por corrupção, aqui não estão sendo realizados os fins constitucionais de justiça ou de segurança jurídica, mas outros valores e outros interesses.

Senhor Presidente, a terceira e última parte do meu voto, a qual diz respeito à solução do problema. E, aqui, começo por uma nota conceitual que me parece indispensável: Indulto é ato discricionário, ninguém discute, mas não poder absoluto acima da Constituição e das leis. A ideia de discricionariedade, como é corrente, envolve um juízo de conveniência e de oportunidade, na prática de determinado ato pelo poder público, com razoável margem de liberdade quanto ao conteúdo do ato e quanto ao momento da sua prática. Todavia, como ensina toda a doutrina, trata-se de um poder limitado pelo Direito, vale dizer, pela Constituição e pelas leis. A discricionariedade consiste em uma autonomia limitada do administrador.

Em rigor, como escreve Gustavo Binenbojm: “A vinculação direta da Administração à Constituição não mais permite falar, tecnicamente, numa autêntica dicotomia entre atos vinculados e atos discricionários, mas, isso sim, em diferentes graus de vinculação dos atos administrativos à juricidade.”

ADI 5874 / DF

Mesmo quando discricionários, digo eu, atos do poder público são controláveis quanto à sua razoabilidade, proporcionalidade, finalidade, eficiência, economicidade, em meio a outros parâmetros. Não se trata de o intérprete substituir os critérios do administrador pelos seus próprios, mas, sim, de confrontar o ato praticado com os valores e princípios que informam a Constituição e o Estado de Direito. Não é a vontade do juiz que deve prevalecer, mas a da Constituição.

Para ilustrar, trata-se de competência limitada a que é exercida na matéria pelo Presidente da República, basta indagar se ele poderia reduzir o cumprimento das penas não para 20%, como pretendeu fazer aqui, mas para 10%, ou para 5%, ou para 1%, ou quem sabe abolir, por decreto, a pena de prisão no País. A resposta é, evidentemente, não. Ele não tem esse poder.

Nas palavras de Marçal Justen Filho:

“A competência discricionária não atribui à autoridade o poder jurídico para produzir o ato que bem entender. Os dados da realidade e o conhecimento técnico-científico delimitam a margem de autonomia da autoridade.”

Prossegue ele:

“Uma decisão absurda, impensada, despropositada, será inválida e não se legitimará mediante o argumento de ter sido adotada no exercício de competência discricionária.”

Portanto, é fora de dúvida que o Judiciário pode controlar o ato discricionário de indulto e invalidá-lo quando seja o caso.

Segunda nota muito importante – superada a questão do ato discricionário, que, de resto, foi uma das críticas apresentadas à decisão –, quando a declaração de inconstitucionalidade de um ato produz efeitos colaterais indesejáveis, é legítima a produção de decisão substitutiva.

Como demonstrado, a tradição brasileira sempre fora a de se exigir 1/3 e de se estabelecer um teto máximo de oito anos para a condenação.

O que aconteceu aqui na prática?

A Doutora Procuradora-Geral da República propôs a ação direta de inconstitucionalidade – e, aliás, se me permite o elogio, em tempo recorde

ADI 5874 / DF

e primorosamente fundamentada. A Ministra Cármen Lúcia, igualmente em tempo recorde e também em decisão primorosamente fundamentada, suspendeu o decreto.

Suspendeu-se, na verdade, o art. 1º, I, que era o que previa 1/5 do cumprimento da pena para a obtenção de indulto. Como a norma foi suspensa, aqueles que tinham cometido crimes sem violência não puderam ser indultados.

A Ministra Cármen suspendeu, naquele primeiro momento, na suposição de que deliberaríamos em Plenário. Porém, como demorou a deliberação de Plenário, se eu mantivesse suspenso o dispositivo que previa 1/5, ninguém poderia ser indultado, nem o menino condenado a dois anos de prisão por 50 gramas de maconha. Portanto, era preciso revisitar essa situação.

E o inc. II, que permitia um prazo maior de cumprimento de pena, o indulto para quem tivesse crime com violência, esse continuava de pé. Portanto, tínhamos uma incongruência, quem cometeu crime sem violência não poderia ser indultado, quem cometeu crime com violência poderia ser indultado. Desse modo, a suspensão indefinida do dispositivo criava uma incongruência absoluta.

Quando isso ocorre, a teoria constitucional permite a utilização da técnica que se chama decisão manipulativa substitutiva. Há precedentes pelo mundo afora, há a doutrina italiana, particularmente elaborada nessa matéria, e há precedentes, inclusive, no Brasil. O próprio Supremo já se valeu dessa técnica.

Mas, voltando ao nosso caso, a decisão substitutiva, ou seja, a que, além de declarar a inconstitucionalidade, coloca alguma coisa no lugar, a decisão substitutiva se justifica em um contexto no qual se declare a inconstitucionalidade de uma norma, mas, por imperativo de justiça e de racionalidade, impõe-se colocar outra norma no lugar. E essa norma substitutiva deve ser extraída dos princípios constitucionais ou ser fruto de analogia.

Há um precedente muito importante no Supremo em que essa técnica foi utilizada, ainda que não tenha sido explicitada. A técnica foi

ADI 5874 / DF

utilizada no caso da ação penal condicionada à representação no caso de violência doméstica contra a mulher. A ação penal condicionada era prevista expressamente na Lei; e o Supremo, ao decidir pela inconstitucionalidade da ação condicionada, substituiu pela ação penal pública incondicionada; ou seja, declarou a inconstitucionalidade daquela proteção insuficiente e previu a norma com a proteção suficiente, utilizando, por analogia, o que havia no Código Penal. É claro que, nesses casos de decisão substitutiva, a atuação do Supremo aproxima-se da do legislador positivo, e, portanto, exige-se um ônus argumentativo maior. Mas, aqui neste caso concreto, é muito fácil desincumbir-se desse ônus argumentativo. É que, sem colocar alguma coisa no lugar do 1/5, nós não permitiríamos que presos não violentos fossem indultados, enquanto os violentos poderiam ser indultados.

E, Presidente, a substituição que eu fiz ao adotar o critério que adotei foi utilizar o parâmetro que foi dominante na ação histórica dos decretos de indulto e a utilização das balizas da liberdade condicional prevista no art. 83, I, do Código Penal: 1/3 do cumprimento da pena, que é prazo mínimo previsto para a liberdade condicional no Código Penal e que foi o prazo mínimo de cumprimento da pena previsto em todos os indultos de Presidentes da República até 2016.

Agora, Presidente, aponto cada uma das inconstitucionalidades que vislumbrei no decreto, a começar pela inconstitucionalidade da inclusão de crimes relacionados ao combate à corrupção no âmbito de incidência do indulto.

E aqui assento como premissas que considero relevantes: o Direito não existe em abstrato ou apenas no mundo das ideias para puro desfastio dos juristas. O Direito se insere em uma realidade social e ele deve ser interpretado à luz dessa realidade social, à luz do quadro fático relevante, vigente num dado momento e lugar para a adequada realização dos fins constitucionais.

Vejam, no entanto, ou portanto, alguns aspectos do quadro fático da realidade brasileira. O Brasil é nonagésimo sexto colocado no índice de percepção da corrupção da Transparência Internacional. São cento e

ADI 5874 / DF

oitenta países, nós somos, da metade, o pior em matéria de percepção da corrupção, posto que, em 2015, havíamos ocupado o septuagésimo nono lugar; e, em 2014, o sexagésimo nono; ou seja, aparentemente, nós pioramos, ou, pelo menos, a percepção aumentou, o que até pode ser positivo, porque ajuda à sociedade a reagir: nonagésimo sexto colocado no índice de percepção da corrupção da Transparência Internacional. Eu acordo, todos os dias, envergonhado com esse número. Nós somos a quarta maior Democracia do mundo, uma das dez maiores economias do mundo e estamos entre os piores em matéria de integridade governamental. Não é possível interpretar as normas relevantes sem levar em conta essa situação.

Veja, além disso, Presidente, outro dado relevante que contribui para esses dados vergonhosos é a impunidade que sempre vigorou no Brasil em relação aos crimes de corrupção e correlatos.

O Brasil tem cerca de 720 mil presos. É lugar comum dizer-se que prendemos muito e prendemos mal. E é verdade, porque as duas grandes aflições da sociedade brasileira são violência e corrupção, e nem metade das pessoas está presa ou por violência ou por corrupção, mas o número de presos por corrupção, na verdade, o número de presos por crimes contra a Administração Pública, como peculato, corrupção, prevaricação, é inferior a 1%, é inferior a 0,5%. É 0,25% dos 720 mil presos do sistema penitenciário.

Vale dizer, a impunidade desse tipo de criminalidade faz com que o Direito Penal deixe de cumprir o seu principal papel, que é o de funcionar como prevenção geral, o de funcionar com o papel de fazer com que as pessoas não cometam crimes pela probabilidade de virem a ser punidas por isso. Se não houver nenhuma probabilidade de serem efetivamente punidas, ou, se punidas, cumprirão pouquíssimo tempo, ficarão dispensados da multa e ainda poderão guardar o dinheiro que não devolveram, nós vamos criar um país em que o crime compensa.

Assentadas essas premissas básicas, Presidente, vejam os princípios jurídicos que considero violados com o indulto nesse momento da vida brasileira.

ADI 5874 / DF

Na Dinamarca, na Finlândia, na Noruega talvez não seja um problema dar indulto a um crime de corrupção, que é esporádico e eventual. Mas, em um país que se deparou com a corrupção endêmica que temos, essa é uma opção incompatível com a Constituição, por violação da moralidade administrativa e da probidade administrativa. No atual contexto brasileiro, o indulto de crimes como peculato, concussão, corrupção passiva, corrupção ativa, tráfico de influência e outros viola mandamentos constitucionais preciosos.

A moralidade administrativa impõe a observância de preceitos éticos na atuação da Administração Pública. Ética é uma ideia associada ao bem e à justiça. E esses valores são gravemente violados pela leniência em relação a pessoas que praticaram delitos de desvio de dinheiro público. Beneficiar corruptos, corruptores, peculatórios com o cumprimento de prazo brevíssimo da pena - 20% apenas, o que, em alguns casos, é percentual menor do que a propina recebida - é clara afronta ao mandamento constitucional.

Não se trata de moralismo, não se trata de perfeccionismo, mas de um mínimo de senso comum ético que deve prevalecer nas sociedades civilizadas nas quais impere o Estado de Direito.

Já em relação à probidade administrativa, que não deixa de ser um desdobramento do princípio da moralidade, a Constituição repudia a improbidade administrativa com letras fortes no art. 37, § 4º:

“§ 4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.”

Portanto, moralidade, probidade, e - enfatizou a Ministra Cármen Lúcia, na sua decisão suspensiva pioneira - afigura-se configurado também o desvio de finalidade, que ocorre quando um ato é praticado pela autoridade competente, tem aparente forma de direito, mas visa atingir objetivos distintos daqueles autorizados pela Constituição e pelas leis.

E estou aqui aferindo a questão do desvio de finalidade

ADI 5874 / DF

objetivamente. E não estou sequer cogitando de intenção subjetiva presente ou não presente, mas objetivamente, veja-se, o indulto tem duas grandes justificativas. O indulto coletivo, como praticado no Brasil, tem duas grandes justificativas de acordo com a doutrina.

A primeira: o descongestionamento do sistema penitenciário. Portanto, o indulto é um instrumento de política penitenciária. Segundo, o seu caráter humanitário. Nenhuma dessas finalidades é atendida com o perdão da pena, em caráter genérico, de pessoas condenadas por crimes relacionados à corrupção.

Em primeiro lugar, não afeta com nenhum impacto relevante o encarceramento, porque, como observei, o número de pessoas efetivamente presas por corrupção e crimes correlatos é mínimo, bem abaixo de 1%. E evidentemente não tem caráter humanitário perdoar a pena abstratamente de um tipo de crime praticado que não tem qualquer relação com a benemerência, com aqueles cuja condição pessoal justificam o abrandamento da pena. Dá-se o indulto para uma situação que está em estado de benemerência, uma pessoa muito idosa, uma pessoa que padeça de uma doença; mas, genericamente, em abstrato, evidentemente não tem caráter humanitário.

E o indulto viola também obrigações que o Brasil assumiu no plano internacional ao assinar convenções, como a Convenção Interamericana contra a Corrupção, em que o Brasil se comprometeu a “promover e fortalecer o desenvolvimento dos mecanismos necessários para prevenir, detectar, punir e erradicar a corrupção”. Liberar as pessoas condenadas por crime de corrupção com cumprimento de apenas 1/5 da pena não me parece significar cumprimento adequado desta convenção internacional.

A Convenção da ONU contra a Corrupção também estabelece que “cada Estado-parte punirá a prática dos delitos qualificados, de acordo com a presente convenção, com sanções que tenham em conta a gravidade desses delitos.” E em seguida diz: “cada Estado-parte terá em conta a gravidade dos delitos pertinentes ao considerar a eventualidade de conceder a liberdade antecipada ou a liberdade condicional.”

Presidente, há uma crença que considero equivocada, a propósito da

ADI 5874 / DF

corrupção; e penso que precisamos requalificar isso nesse momento brasileiro. A corrupção é um crime violento, praticado por gente perigosa, é um equívoco supor que não seja assim. Corrupção mata! Mata na fila do SUS; mata na falta de leitos; mata na falta de medicamentos; mata nas estradas que não têm manutenção adequada. A corrupção destrói vidas que não são educadas adequadamente, em razão da ausência de escolas, deficiências de estruturas e equipamentos.

O fato de o corrupto não ver nos olhos a vítima que ele produz não o torna menos perigoso. A crença de que a corrupção não é um crime grave e violento e de que os corruptos não são perigosos nos trouxe até aqui, a esse quadro sombrio em que recessão, corrupção e criminalidade elevadíssima nos atrasam na história e nos retêm como um país de renda média, que não consegue furar o cerco.

Um País no qual: 1) altos dirigentes ajustam propinas dentro dos palácios de onde deveriam governar com probidade; 2) governadores transformam a sede de governo em centros de arrecadação e distribuição de dinheiro desviado; 3) parlamentares cobram vantagens indevidas para aprovarem desonerações; 4) membros de comissões parlamentares de inquérito achacam pessoas e empresas para não as submeterem a constrangimentos e humilhações públicas; 5) dirigentes de instituições financeiras cobram para si percentuais dos empréstimos que liberam; 6) dirigentes de fundo de pensão de empresas estatais fazem investimentos ruinosos para os seus beneficiários em troca de vantagens indevidas.

Foi por essa leniência que criamos um país feio e desonesto.

Note-se bem, não se trata de punitivismo, não se trata de jacobinismo, nem a crença em vingadores mascarados, nem Robespierre, nem Savonarola. Estamos falando de gente que teve devido processo legal, direito de defesa, e que foi condenado, ou com trânsito em julgado, ou em segundo grau de jurisdição. Estamos falando do cumprimento da pena fixada pelo Poder Judiciário, depois de respeitadas todas as garantias.

A interpretação da Constituição, Presidente, não pode ser indiferente a este quadro que existe no Brasil. A corrupção no Brasil não foi produto

ADI 5874 / DF

de pequenas falhas individuais, de pequenas fraquezas humanas. Ela foi produto de esquemas profissionais de arrecadação e de distribuição de dinheiros desviados e envolveu agentes públicos, agentes privados, empresários, empresas estatais, empresas privadas, membros do Legislativo, membros do Congresso, membros dos partidos políticos.

É impossível não sentir vergonha pelo que aconteceu no Brasil. O que aconteceu no Brasil foi um pacto oligárquico celebrado de longa data - portanto não é fenômeno de um governo, nem de uma pessoa, é acumulativo e vem de longe, um dia transbordou - entre parte da classe política, parte da classe empresarial e parte da burocracia estatal. Um pacto de saque ao Estado brasileiro. O que há de novidade nos últimos tempos no Brasil - e por isso a gravidade desse decreto - é a reação da sociedade brasileira, que deixou de aceitar o inaceitável. Quem quer que ande pelo Brasil com olhos de ver e ouvidos de escutar verifica a imensa demanda por integridade, por idealismo, por patriotismo, que existe em toda parte do Brasil, vinda de baixo para cima. Essa é a energia que muda paradigmas e empurra a história na direção certa. Com esta mobilização da sociedade, as instituições começaram a reagir.

No Judiciário, muitos juízes, as instituições, a legislação e a jurisprudência de primeiro grau deixaram de tratar a criminalidade do colarinho branco como algo desimportante, tendo como representante emblemático desta transformação, assim me parece, o papel desempenhado pela força-tarefa, pela 13ª Vara Federal de Curitiba, com a operação Lava Jato.

No Supremo, houve decisões importantes que mudaram a jurisprudência que facilitava a corrupção, como a possibilidade de execução de condenações depois do segundo grau - que era válvula de escape para corruptos de todos os gêneros, respeitadas as compreensões diferentes -, a declaração de inconstitucionalidade e o modelo mafioso de financiamento eleitoral que tínhamos e, mais recentemente, a redução drástica do foro por prerrogativa de função.

Houve mudanças importantes na legislação, também mobilizadas pela sociedade brasileira: A nova Lei de Lavagem de Dinheiro, o

ADI 5874 / DF

agravamento das penas de corrupção, a Lei da Colaboração Premiada, a Lei específica Anticorrupção e a Lei da Ficha Limpa.

Todas essas leis têm opositores radicais - a vida é feita de pluralidade. Entretanto, acredito que avançamos e que, em muitas matérias, não somos atrasados por acaso. Nós o somos porque o atraso é bem defendido. Há uma imensa reação, e situaria, claramente, esse indulto nessa reação do pacto oligárquico.

Na verdade, o enfrentamento à corrupção, no Brasil, depara-se com três grandes obstáculos de que é importante que a pessoas tenham a percepção. Porque ela foi um fenômeno muito abrangente, de grande contagem, multipartidário, que vai da esquerda para a direita, da direita para esquerda, um fenômeno. O pacto oligárquico derrotou o pacto que precisamos celebrar de integridade no Brasil.

Os três obstáculos são: primeiro, parte do pensamento progressista no Brasil acha que os fins justificam os meios e que a corrupção nada mais é do que uma nota de pé de página na história. Não é! Eles estão errados. A corrupção drena recursos que deveriam ir para a melhoria dos serviços públicos, ela cria uma relação pervertida entre a cidadania e o Estado. Porque, se o Estado é incorreto, o cidadão acha que também o pode ser. A corrupção cria um clima de desconfiança generalizada na sociedade, porque passa a ser legítimo passar os outros para trás.

O segundo obstáculo é que parte do pensamento conservador no Brasil entende que corrupção ruim é a dos outros, é a dos adversários. Se for a daqueles que atendem aos seus interesses, ela não é tão grave assim, se for a corrupção dos companheiros de *poker*, de salões ou de *vernissages*. Também estão errados, porque a corrupção perpetua no poder as elites extrativistas que se apropriam do Estado e desviam para si ou para os seus a renda limitada que esse Estado, sem instituições políticas e econômicas inclusivas, consegue gerar.

E o terceiro obstáculo, no enfrentamento da corrupção, são os corruptos propriamente ditos. E aí existem dois lotes: o dos que não querem ser punidos pelos muitos malfeitos que fizeram ao longo de muitos anos - e é compreensível o sentimento, ninguém gosta de ser

ADI 5874 / DF

punido, isso é da condição humana -; e há um lote pior no Brasil, é o dos que não querem ficar nem daqui para frente e gostariam que tudo continuasse a ser como sempre foi.

O Jornal O Globo de hoje divulga um levantamento feito pela força tarefa da Lava Jato que noticia que 22 dos 39 condenados do Paraná, na Operação Lava Jato - isto é, mais da metade - seriam beneficiados pelo indulto de Natal deste ano, se observadas as mesmas regras do indulto de 2017. Segundo o Procurador Deltan Dallagnol, no Jornal O Globo, de hoje: “Esse indulto transforma o trabalho da Lava Jato e as penas de corrupção numa piada”. De fato, de uma penada, desautorizam-se quem se arrisca e quem se dedica ao País, e faz isso em favor dos que o saqueiam.

E, antes de terminar este capítulo, Presidente, eu gostaria de assinalar que considero muito importante fazer um paralelo sobre o que aconteceu na Itália. Lá, a reação oligárquica contra o combate à corrupção venceu! Na Itália, onde houve a Operação Mãos Limpas, de 1992 a 1996, a corrupção venceu. A classe política, para preservar a si e aos corruptos, mudou a legislação para proteger os acusados de corrupção, para impedir a prisão preventiva; reduziu os prazos de prescrição; aliciou uma imprensa pouco independente; e procurou demonizar o Poder Judiciário. E tudo acabou na ascensão de Silvio Berlusconi. Não foi o combate à corrupção, mas o não saneamento verdadeiro das instituições que impediu que a Itália se livrasse do problema. Não por acaso! Por não ter levado a luta até o fim, a Itália é o país que apresenta o pior desempenho econômico e os maiores índices de corrupção entre os países desenvolvidos.

Entre 2005 e o segundo trimestre de 2018, segundo texto abalizado da professora Maria Cristina Pinotti, o PIB da Itália caiu 1,2%, entre 2005 e 2018, enquanto o de Portugal cresceu 4,9%, o da Espanha 13,7% e o da Alemanha 22,8%.

Eu tenho fé que isso não vai acontecer no Brasil, porque temos uma sociedade mais consciente e mobilizada, uma imprensa livre e plural e um Judiciário independente, com muitos problemas de eficiência.

ADI 5874 / DF

A fotografia do momento atual, Presidente, não pode ser concluída sem um instantâneo da realidade Brasileira, hoje, em matéria de corrupção. Este instantâneo - e eu vou mencionar fatos sem fazer nenhum juízo de valor - revela o seguinte: o Presidente da República foi denunciado duas vezes por corrupção passiva e obstrução de justiça e é investigado em dois outros inquéritos por corrupção e lavagem de dinheiro; um ex-presidente da República foi condenado por corrupção passiva; dois ex-chefes da Casa Civil foram condenados por corrupção, um por corrupção ativa e outro por corrupção passiva; o ex-ministro da Secretaria de Governo da Presidência da República está preso, tendo sido encontrados, em apartamento supostamente seu, cinquenta e um milhões de reais; dois ex-presidentes da Câmara dos Deputados foram presos, um deles, já condenado por corrupção passiva, lavagem de dinheiro e evasão de divisas; um presidente anterior da Câmara dos Deputados foi condenado por peculato e cumpriu pena; mais de um ex-governador de Estado se encontra preso, sob acusações de corrupção passiva e outros crimes; um senador, ex-candidato a Presidente da República, foi denunciado por corrupção passiva.

Essa é uma fotografia histórica, esse é um flagrante do momento presente do Brasil. Alguém poderia achar que há uma conspiração contra tudo e contra todos. O problema desta versão são os fatos, os áudios, os vídeos, as malas de dinheiro, os apartamentos repletos, assim como as provas, que saltam de qualquer compartimento que se abra.

E uma coisa que me impressiona sobremaneira no Brasil, que é estarrecedora, é que ninguém, ninguém, assume os próprios erros e pede desculpas ao povo brasileiro pelos atos que praticou. Todos, sem exceção, alegam que estão sendo vítimas de perseguição política. Ou seja, não houve corrupção nem desvio de dinheiro no Brasil, foi tudo uma miragem, uma invenção de procuradores, de juízes e da mídia opressiva.

Uma razão para isso, além de uma elevada dose de cinismo, é que as coisas erradas foram naturalizadas de uma tal maneira que as pessoas perderam o senso crítico. E este decreto é um bom exemplo disso.

E depois desse quadro que venho de narrar, um indulto libera todas

ADI 5874 / DF

essas pessoas, e o Supremo chancela isso? Que mensagem vamos passar para a sociedade brasileira? Que País estamos criando? De que lado da história queremos estar?

Ao conceder, Presidente, indulto para os que cometeram crimes de corrupção e correlatos, penso que o decreto enfraquece o esforço republicano que a sociedade brasileira vem fazendo, trai os compromissos democráticos do governo que tem o dever de ter atenção para com os sentimentos social e passa a mensagem errada para as pessoas que vivem do trabalho honesto, pagam seus impostos e acreditam no bem. O indulto dá incentivos errados para as pessoas erradas e cria o cenário para sermos o paraíso de corruptores, corruptos, peculatórios, prevaricadores e fraudadores de licitações; gente que nos atrasa na história.

Claro que ninguém disse que é a favor da corrupção, todo mundo é contra. Mas, em seguida, vem um fundamento formal para liberar a farra. O mal geralmente vem travestido de bem; e quem tem olhos de ver e coração de sentir sabe quem é quem e cada um escolhe o lado da história em que deseja estar. Só não dá para querer estar dos dois lados da história ao mesmo tempo; dizer que é contra a corrupção e ficar do lado dos que a praticam.

E, portanto, a ideia de que o Presidente pode fazer o que quiser, via decreto de indulto, acho que não se sustenta à luz de nenhum valor relevante inscrito na Constituição Brasileira.

Por isso, Presidente, considero incompatível com princípios constitucionais da moralidade, da probidade administrativa, da finalidade pública da atuação governamental e com a proibição de vedação do excesso a inclusão dos crimes de corrupção para beneficiar os seus autores no indulto. Também considero, Presidente - e aqui é o segundo ponto -, inconstitucional a inclusão da pena de multa no âmbito de incidência do indulto.

O art. 10 do decreto prevê indulto para pena de multa e diz que o seu inadimplemento - ou seja, o não pagamento da multa - não impede a concessão do indulto.

ADI 5874 / DF

Aqui, com todas as vênias, o desvio de finalidade chega ao seu paroxismo, ao seu ponto culminante. O indulto tem duas finalidades, como vimos: descongestionar o sistema penitenciário e fins humanitários. Indultar a pena de multa de pessoas que desviaram milhões não tem fins humanitários. E, em segundo lugar, o número de pessoas que estão presas por delitos de corrupção e correlatos, como já observei, é mínimo. Porém, a pena de multa não produz nenhum impacto sobre o encarceramento. Portanto, aqui, falta causa para justificar o indulto da pena de multa. E o decreto, neste particular, afronta a decisão do próprio Supremo, cujo Plenário entendeu, por maioria expressiva, que o pagamento da multa - no caso da Ação Penal 470, que eu fiquei como Relator - que o pagamento da multa era pressuposto para progressão de regime e era pressuposto para a obtenção de indulto. E vem o decreto presidencial e diz que está dispensado da multa e, se não tiver pago, também tem direito ao indulto.

A pergunta mais óbvia é: Quem nessa vida vai pagar a pena de multa se basta esperar o final do ano para receber o indulto? E sempre lembrando que, neste particular, tal como no caso de corrupção e correlatos, a minuta de decreto encaminhada pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária excluía a multa do benefício do indulto.

O terceiro ponto, Presidente, é a inconstitucionalidade da fixação de prazo para indulto inferior ao do livramento condicional e independentemente do *quantum* da pena. A Procuradoria-Geral da República impugnou os dispositivos do decreto natalino que prevêm concessão de indulto mediante cumprimento de 1/5 da pena e, nessas mesmas hipóteses, a redução do tempo de cumprimento da pena em 1/6 para presos que estejam nas condições que especifica, no caso de gestante e pessoas que estejam frequentando cursos de ensino reconhecidos pelo Ministério da Educação.

De novo, o indulto não pode derogar a política criminal definida pelo legislador, e esta política é de cumprimento de pelo menos 1/3 da pena. E a hipótese do art. 2º, § 1º, I, dá o benefício de 1/6 às pessoas que nomina, que vai se somar aos 80% que já foram dados, portanto vai ter

ADI 5874 / DF

80% e mais 1/6. Aqui também, a meu ver, frustram-se os deveres mínimos de proteção que o Estado tem e de efetividade da ordem jurídica penal.

Com relação ao *quantum* máximo da pena, o que se verificou - e apontei no começo - foi o progressivo alargamento do prazo máximo. Começou com 4 anos, estava em 12, até que, agora, já não há mais teto algum, mas, se olharmos as balizas fixadas pelo legislador, ele estabelece que quem for condenado à pena superior a 8 anos tem que começar o cumprimento da pena em regime fechado. O legislador considerou que estes são casos de tal gravidade que o regime tem que ser fechado, não é nem semiaberto nem aberto, é o mais severo que existe, porque considera que, se a pena for superior a 8 anos, se está, como regra geral, diante de pessoa perigosa. Consequentemente, a ideia de indultar com apenas 1/5 de cumprimento da pena e sem nenhum prazo máximo de condenação - o sujeito pode estar condenado a 30 anos e, mesmo assim, basta cumprir 20% - parece-me também frustrar deveres de proteção que o Estado tem.

Eu estou quase concluindo, Presidente, mas são muitos itens. Inconstitucionalidade da concessão de indulto para condenados que cumprem pena restritiva de direitos, ou beneficiados pelo *sursis* processual. Aqui o art. 8º contempla quatro hipóteses, duas delas me parecem legítimas. O indulto é aplicável à pessoa que:

"I - teve a pena privativa de liberdade substituída por restritiva de direitos;

II - esteja cumprindo a pena em regime aberto;

III - tenha sido beneficiada com a suspensão condicional do processo; ou

IV - esteja em livramento condicional."

Os quatro incisos foram impugnados, mas eu entendo que os casos em que um condenado se encontra em regime aberto ou em livramento condicional não impedem a concessão de indulto. Se você pode dar indulto para quem está preso em regime fechado, por que razão não poderia dar para quem está em liberdade condicional ou em regime aberto? De modo que os incisos III e IV eu considero válidos.

Porém, a situação é diferente naqueles casos em que o apenado não

ADI 5874 / DF

cumpriu pena privativa de liberdade, ele já recebeu, desde o primeiro momento, o benefício das medidas restritivas substitutivas da privação de liberdade, neste caso e no caso em que ele teve suspensão condicional do processo. No caso da suspensão condicional do processo - isso está observado em decisão da Ministra Cármen Lúcia -, nem tem condenação, o processo foi suspenso, como é que vai ser indultado de uma condenação que não recebeu? Não é possível contar-se como prazo de cumprimento uma pena que nunca recebeu. Eu só estou considerando inconstitucionais o inc. I, indultar quem não recebeu pena de prisão e quem tenha sido beneficiado pela suspensão condicional do processo, porque aí nem houve sentença.

Presidente, o último item é a inconstitucionalidade da concessão de indulto para réus que podem ter a condenação agravada. E aqui a hipótese é a seguinte, o art. 11 do decreto estabelece que o indulto natalino é cabível ainda que:

"II - haja recurso da acusação de qualquer natureza após a apreciação em segunda instância;"

Portanto, o processo ainda está tramitando, não tem condenação definitiva ainda, tem recurso da acusação, evidentemente essa pessoa não pode ser indultada, não há condenação definitiva. Portanto, estou excluindo esse inciso do art. 11. Os outros eu os considero que são compatíveis com a Constituição e se situam na discricionariedade legítima do Presidente da República.

Em síntese, a minha decisão, cuja ratificação trago a este Plenário, exclui, do âmbito de incidência do indulto natalino, os crimes de peculato, concussão, corrupção passiva, corrupção ativa, tráfico de influência, os praticados contra o sistema financeiro nacional, os previstos na Lei de Licitações, os crimes de lavagem de dinheiro e ocultação de bens, os previstos na Lei de Organizações Criminosas e a associação criminosa, nos termos originalmente propostos pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciário; II) a minha decisão determina que indulto depende do cumprimento mínimo de 1/3 da pena e só se aplica aos casos em que a condenação não for superior a 8 anos; III) declaro a

ADI 5874 / DF

inconstitucionalidade do dispositivo do decreto de indulto que estende o indulto à pena de multa, por clara ausência de finalidade constitucional, salvo - não será inconstitucional - a demonstrada extrema carência material do condenado.

Presidente, estou considerando inconstitucional a concessão de indulto a quem não foi condenado à pena de prisão, ou porque recebeu medida restritiva de direito, ou porque teve a suspensão condicional da pena; a concessão de indulto na pendência de recurso da acusação e, portanto, antes da fixação da pena final.

Em desfecho, observo que, no tocante à exclusão do âmbito de incidência do indulto dos crimes relacionados à corrupção e à exclusão da pena de multa, nada mais estou fazendo do que restabelecer a minuta de decreto do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. No que diz respeito à exigência do cumprimento da prazo mínimo de 1/3 da pena e do limite máximo da condenação em 8 anos. A minha decisão retoma o padrão de indulto que foi praticado na maior parte dos 30 anos de vigência da Constituição de 1988.

Agradeço a atenção e a paciência de todos.

É como voto, Presidente.

28/11/2018

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.874 DISTRITO FEDERAL

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES – (Trecho cancelado tendo em vista a juntada de voto escrito.)

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: (CANCELADO).

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - (Trecho cancelado tendo em vista a juntada de voto escrito.)

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: (CANCELADO).

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - (Trecho cancelado tendo em vista a juntada de voto escrito.)

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: (CANCELADO).

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - (Trecho cancelado tendo em vista a juntada de voto escrito.)

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: (CANCELADO).

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - (Trecho cancelado tendo em vista a juntada de voto escrito.)

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Vossa Excelência me permite, Ministro Alexandre de Moraes? Vossa Excelência fere um ponto que é bastante interessante. Se pudermos discutir determinados tipos penais, como aqueles que afetam o patrimônio público, a administração pública, por que não discutirmos também outros aspectos?

Por exemplo, por que não banir do indulto a pedofilia, ou qualquer outro, segundo os critérios que nós, enquanto entes julgadores, podemos brandir? Ou qualquer outro, como apontou Sua Excelência o Ministro

ADI 5874 / DF

Celso de Mello, citando episódio do Governo Sarney, o crime contra a economia popular num momento de grande inflação. Portanto, essa é uma questão que diz com a divisão de Poderes. Podemos gostar ou não gostar de uma dada decisão, mas tem que se perguntar quem tem legitimidade para fazê-lo.

E há um outro ponto que faz com que a arguição da Procuradoria, pelo menos mereça - vamos chamar assim - uma consideração de que se trata de uma arguição curiosa. Veja, no momento em que se discute - e se discute com tanta ênfase essa temática, amplia-se, talvez até em demasia - o poder, Doutor Luciano, de não se fazer a ação penal pública, decidir-se pelo não oferecimento da denúncia.

Hoje, temos até a ADI nº 5.790, que discute a Resolução nº 181, do CNMP, que regulamentou determinado acordo de não persecução penal. Veja, Ministra Rosa, muito curioso, de um lado, diz-se, o Presidente da República, que a Constituição autoriza, não pode conceder o indulto, ou não pode conceder o indulto em determinados casos, mas aqui, de outro diz, o Ministério Público...

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Se a Procuradoria-Geral pede o arquivamento, nós arquivamos. Não há outra opção.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Sim, e mais do que isso, nesse caso, fazem-se acordos.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Ela dispõe da ação penal.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Isso.

Mas, veja, nesse caso, fazem-se acordos de não persecução de maneira geral.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

E homologamos essa decisão aqui.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Sim, homologamos.

Veja, é muito interessante, quer dizer, se se trata de..., e, veja, acordos feitos..., não estamos falando em processos de pequena monta, estamos falando em casos de grande monta.

ADI 5874 / DF

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Com perdão de dívida.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Portanto, veja, para ser coerente em relação a isso.

Vossa Excelência tocou também num outro ponto - Vossa Excelência, que conhece tão bem, talvez uma das maiores autoridades em segurança pública do Brasil, que viveu a realidade difícil da segurança pública de São Paulo, e depois enfrentou o tema também no plano nacional -, num ponto sobre o indulto coletivo. Não quero perscrutar, aqui, razões sobre essa temática, mas, em princípio, é evidente que essa impossibilidade que Vossa Excelência narrou de se fazer o indulto individual, em certa medida, decorre da confusão geral que temos no sistema prisional.

Foi do Supremo Tribunal Federal que partiu uma série de decisões sobre essa temática: a questão na ADPF, da relatoria do Ministro Marco Aurélio, sobre o estado de coisa inconstitucional; ou o RE nº tal de minha relatoria, em que determinamos que houvesse, veja, pela primeira vez, que se fizesse no CNJ uma lista dos presos. Não se tinha nominata disso, não se sabe... Agora, recentemente, a Ministra Cármen concluiu o balanço feito pelo CNJ e não batia com o balanço do DEPEN, quer dizer, não se sabe quem está preso no Brasil.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Mas agora vamos fazer a identificação biométrica dos presos, em parceria com o CNJ e o TSE.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Ministro, mas, veja, então, quando Vossa Excelência descreveu, certamente estava pensando nisso, quer dizer, um decreto de caráter individual que mencionasse o nome dos beneficiados. Mas até isso é difícil de se fazer na quadra atual.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Vossa Excelência me permite?

E o temperamento faz parte do sistema. É suficiente que tenhamos presente o que ocorre relativamente a corrêu delator, em que se pode chegar, inclusive, ao perdão.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - É o que eu estou

ADI 5874 / DF

dizendo. E nem vou falar que esse é um campo muito pouco fiscalizado e, por isso, em pouquíssimo tempo, já deu ensejo a escândalos memoráveis; ou ninguém sabe que, nesse balcão das delações, ocorrem coisas lamentáveis?

Não vou falar de nomes para não criar constrangimento, mas são personagens que, até ontem, estavam aí como heróis nacionais. E, aí, pergunta-se: quanto custou essa delação? Quanto custou esse acordo, não é? Extremamente constrangedor para esse contexto todo; ou mesadas que se pagam a advogados que fazem delação, como também aparece.

Mas Vossa Excelência tocou, então, em pontos que são importantes. Aí tem uma outra questão, que também Vossa Excelência feriu - isso na parte anterior do seu voto - que é relevante, porque diz respeito realmente à política penitenciária e à política carcerária, que é a seguinte: a rigor, quem lida com isso sabe, por exemplo, que a questão do indulto, para quem tem sensibilidade para esse tema, muitas vezes, maneja com o intuito até, em muitos casos, de evitar a explosão do sistema; ou não envergonha a todos dizer que temos 360.000 vagas e 750.000 presos? Isso não causa constrangimento a ninguém?

Portanto, veja que é uma questão delicada. Então, se o indulto muitas vezes, ampliado, tem também esse objetivo, certamente há sensores nos órgãos de segurança para, de fato, usar o indulto também com esse objetivo.

Lembro-me que visitei Bangu com o presidente do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Presidente Zveiter, e ele mostrou que havia lá, instalados, Ministro Toffoli, uns totens. Os presos passavam de uma galeria para a outra e, colocando o CPF ou nome ou alguma indicação, conseguiam ver qual era o tempo que eles ainda tinham de prisão.

E ele disse: Isso aqui é um elemento importante no controle de possíveis rebeliões; ou alguém não sabe o que pode significar, em termos de segurança pública? Vossa Excelência viveu isso em São Paulo, o comando dos presídios com ações terroristas nas ruas, como se viu em São Paulo ou em Fortaleza, com a queima de ônibus, que é muito comum.

Vi, em Belém - existe, hoje -, um museu espetacular, que foi um

ADI 5874 / DF

presídio, que tem o nome, salvo engano, São José Liberto - porque, depois de ter sido palácio, tornou-se presídio -, e, lá, numa rebelião, os presos jogaram futebol com a cabeça de alguns que tinham sido degolados. É esse o ambiente, para não falar de Carandiru, para não falar...

É preciso lidar com o tema na sua historicidade, com o seu significado, para um sistema tal como ele se desenvolveu ao longo desses anos. Acho que é extremamente importante a fala de Vossa Excelência, não só com o jurista, mas como homem de estar, homem que sentou na cadeira de alguém que que é responsável. Acho muito difícil, no Brasil, ter um cargo mais espinhoso do que secretário de segurança, e mais espinhoso do que secretário de segurança de São Paulo, porque realmente é um grande desafio, desafio que hoje se enfrenta também na esfera federal, por quê? Porque se lida com o tema extremamente difícil.

O Ministro Raul Jungmann, que vem exercendo essa função de forma tão competente, agora, como Ministro da Segurança Pública, tem chamado atenção dizendo que um dos graves problemas hoje da Segurança Pública, um dos seus pilares, é o aprisionamento excessivo, é o controle dos presídios por setenta facções criminosas.

Portanto, esta questão que Vossa Excelência fere, fere com muita competência, e acho que não poderia estar em melhores mãos as considerações que Vossa Excelência faz sobre o tema na área jurídica e na temática de segurança pública, porque, quando o Presidente, muitas vezes, é aconselhado por seus assessores a lançar mão do indulto, claro que o faz com discricionariedade, mas leva em conta essas informações que vêm dos diferentes órgãos de segurança pública, o indulto enquanto um elemento de política criminal.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Ministro **Alexandre**, o Ministro **Gilmar Mendes** lembrou muito bem a experiência de Vossa Excelência como Secretário de Segurança. E, nesses momentos em que se fala de determinadas formas de combate à criminalidade, seria importante dizer algo a respeito do Estado de São Paulo. Vossa Excelência não o faria em razão de ter sido lá Secretário.

Mas, no início da década de 90, a média de homicídios no Estado de

ADI 5874 / DF

São Paulo era de 36 homicídios para cada 100 mil habitantes. A média do Brasil, hoje, é de 30,8 homicídios para cada 100 mil habitantes, a qual, em valores absolutos, representa mais de 60 mil homicídios.

Hoje, em São Paulo - fruto do trabalho à frente do qual esteve nosso Colega **Alexandre de Moraes**, o que muito nos orgulha -, o índice de homicídios é de 6,8 por 100 mil habitantes. Isso significa que, se o Brasil tivesse o índice de homicídios que hoje tem São Paulo, teria apenas - já é muito, do ponto de vista absoluto, mas, do ponto de vista proporcional, representa uma diminuição enorme - 17.000 homicídios, ou seja, seriam salvas mais de 50 mil vidas por ano.

Isso foi feito não com o endurecimento de leis, isso foi feito com ações preventivas, foi feito com políticas públicas e atuação do Estado. E, nessa atuação, Vossa Excelência teve importante papel nos momentos em que foi Secretário de Justiça e Secretário de Segurança do Estado de São Paulo.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Agradeço tanto a fala do Presidente TOFFOLI quanto a do Ministro Gilmar. Realmente, o maior problema do Brasil - além de um pós-trauma da ditadura, que levou a um preconceito contra a questão de segurança, essa é a verdade, confundiu-se segurança pública com autoritarismo - foi que se separou, no Brasil, segurança pública de um lado e assuntos penitenciários do outro.

E continuamos - é algo que sempre repito, e o Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO, na sua fala, também disse - com aquilo: o Brasil prende muito, mas prende mal. Prendemos desde o ladrão de galinha; quem pula o muro no interior para subtrair um botijão de gás, furto qualificado mediante escalada, pena privativa de liberdade, até um crime grave. Todo mundo é preso, prisão para todo mundo, em vez de penas proporcionais, pena restritiva de direitos, pena de prestação de serviço à comunidade.

Agora, todos são presos e todos saem rápido - com um sexto está todo mundo na rua -, em vez de focarmos em quem precisa realmente estar preso, acabamos não lidando com isso como um assunto de

ADI 5874 / DF

segurança pública; prisão e assunto penitenciário são assuntos de segurança pública.

Também lembrou muito bem, o Ministro Luís Roberto Barroso, dos nossos aproximadamente 720 mil presos. Já começa que, hoje, em torno de 37% estão presos provisoriamente. Tive, como Ministro da Justiça, a oportunidade de, à época, ligar para o Secretário de Segurança Pública do Ceará para perguntar o que tinha ocorrido, porque, numa tentativa de furto praticado por um senhor de 67 anos, ele estava preso há 4 anos e meio, provisoriamente. É o que disse o Ministro Gilmar, há falta de controle dos presos. Mas, desses 720 mil presos, apenas 1/3 são presos que praticaram crimes com violência ou grave ameaça.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Ministro Alexandre, Vossa Excelência me permite um rapidíssimo aparte?

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Claro.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - É para corroborar a preocupação de Vossa Excelência, que não é de hoje, mas de longa data. Além da preocupação com a segurança pública, detectamos - e todos que passaram pelo CNJ - há uma preocupação também com a economia, com a grave situação fiscal pela qual passa o Estado brasileiro. Um preso, hoje, em média, custa 3 mil reais para manutenção, seja qual for o Estado, seja ela uma prisão estadual, ou seja uma prisão federal, o custo é mais ou menos o mesmo.

Estava fazendo um rápido cálculo aqui, para cada mil presos a mais que não devem estar encarcerados, o custo é de 3 milhões de reais por mês. Portanto, medidas que visem - dentro de uma política racional - a esvaziar os presídios e manter presos apenas aqueles que são violentos e que devem ser segregados da sociedade, penso que é algo que merece ser prestigiado, *data venia*.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Ministro RICARDO, exatamente, a média por preso, no Brasil, é de 3 mil reais, porque há uma superlotação. Nas prisões onde há o RDD - Regime Disciplinar Diferenciado, o preso chegaria a custar quase cinco mil reais por mês. Obviamente, nos RDDs, há a necessidade da prisão.

ADI 5874 / DF

Dos 720 mil presos, 1/3 são presos por crimes sem violência ou grave ameaça. Há, aproximadamente, dentro desse terço, cinquenta e dois mil estelionatários presos. Óbvio que ninguém defende - eu muito menos - que o estelionatário não tenha que cumprir uma sanção, ainda mais - e vemos todos os dias - estelionatos contra pessoas idosas, cartão de crédito e dinheiro.

Agora, será que não há uma pena mais racional para o estelionatário do que a pena privativa de liberdade, que custe - se fosse uma restritiva, se fosse uma prisão domiciliar, se fosse uma prestação de serviço à comunidade - a fiscalização de 1/3 a 1/4 a menos?

O que falta é um direcionamento para isso; o que falta é realmente ter que ficar preso quem precise ficar preso, e não aqueles que não gerem risco à sociedade. Os crimes violentos e mais graves, grave ameaça, os reincidentes, para esses, obviamente, não se inventou nada ainda melhor do que a prisão ou menos pior.

Temos 1/3 sem violência ou grave ameaça e 1/3 por tráfico de drogas; só que, desse terço do tráfico de drogas, temos apenas 10% que seriam realmente grandes criminosos, que é algo que, aqui, teremos oportunidade, mais à frente, de analisar.

O grande problema brasileiro também, hoje, e nas últimas duas décadas, é que, com esse aprisionamento em massa, somos os culpados, nós, o Brasil, a sociedade brasileira, de dar exército às facções criminosas. As facções criminosas só cresceram porque aumentou o encarceramento de pessoas não perigosas que, ao chegarem no presídio, precisam de "proteção", e isso aumentou.

Basta ver o número correlato que, a partir dessa necessidade de proteção, aumentou demais o número de mulheres presas: 77% por tráfico de drogas. O marido é preso, precisa de proteção na prisão; precisa dar ordem para a mulher pagar essa proteção, a qual tem que traficar; 77% das mulheres hoje são presas por tráfico de drogas.

Mas não vai ser, aqui, no caso do indulto que resolveremos todos os problemas da humanidade.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Ministro Alexandre, só uma

ADI 5874 / DF

pequena observação. Historicamente, não conheço um inimigo mais, digamos assim, mais veemente da magistratura do que Montesquieu.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Que foi magistrado. O Barão de Montesquieu foi magistrado e vendeu a sua carta de magistratura para arrecadar dinheiro. Mas de separação de Poderes ele entendia um pouquinho!

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Ele até entendia que as funções eram essas. Mas, para Montesquieu, o Judiciário ainda era comprometido com o *ancien régime*, porque ele julgava o Judiciário por ele próprio. Se ele vendeu a carta dele, poderia imaginar que todo o Judiciário venderia. Então, ele dizia que o juiz tinha que ser apenas a boca da lei. Por essa razão é que, durante muitos anos, os juízes não podiam tornar realidade suas sentenças condenatórias, porque apenas declaravam as palavras da lei.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Mas ninguém tem dúvida de que não cabe ao juiz formular projetos de decreto ou projeto de lei.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Não, isso aí, não, até porque Montesquieu me causa...

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Mas, Ministro FUX, então, relevo, Montesquieu, mas, no mesmo sentido, JUSTICE STONE, colocando que a necessidade da revisão judicial de ser controlada pelo único controle possível, que é autocoibição a partir do respeito à separação de Poderes; ou ainda, LORD BINGHAM, decano da Câmara dos Lordes, em novembro de 2006, exatamente também dizendo que "sem negar o valor ou a legitimidade do desenvolvimento judicial do Direito, levado a extremos, a criatividade judicial pode ela mesma contribuir para o enfraquecimento do Estado de Direito", dentro dessa perspectiva do respeito à separação de Poderes.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Agora, Vossa Excelência entende que a exclusão de determinados delitos que se encaixam nessa moldura genérica transformaria o Poder Judiciário em legislador positivo?

ADI 5874 / DF

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Em legislador positivo. A escolha de determinados crimes, a partir de um decreto, seria mais um artigo, um artigo adicional.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI – Ministro, Vossa Excelência me permite?

Sem querer ainda, obviamente, adiantar o meu voto, mas algo que me impressionou vivamente e que foi dito da tribuna foi o seguinte: se podemos excluir certos crimes, certos delitos ou certos criminosos, também, por via judicial, poderíamos incluir determinados crimes ou determinados criminosos, por exemplo, acharmos que não foi contemplada no indulto, enfim, a situação dos tuberculosos ou dos aidéticos, por uma questão humanitária, eventualmente, poderíamos incluí-los também, ou seja, quem pode excluir, a rigor, em tese, poderia incluir também. Esse é um argumento que me parece muito forte; meditarei sobre ele de hoje para amanhã.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Vossa Excelência me permite um aparte?

O monólogo está interessante, gostaria apenas de intervir, submetendo alguma consideração. Estamos examinando o art. 84 da Constituição, que estabelece: "Compete privativamente ao Presidente da República...", e, este inciso, Ministro Alexandre, que estamos a começar examinar, XII, refere-se a conceder indulto e comutar penas. E estou a perceber que Vossa Excelência está se encaminhando no sentido de entender da desnecessidade de motivação, ou seja, o poder do Presidente da República não tem esse limite.

Essa mesma simetria - apenas para refletir - deveria também, então, se isto for assim, aplicar-se a nomear, exonerar ministro do Estado; o Poder Judiciário também não poderia intervir em nomeação de ministro de Estado. Apenas uma reflexão que faço a Vossa Excelência.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Ministro FACHIN, não estamos julgando a questão de Ministro de Estado, mas, já que Vossa Excelência tocou, entra exatamente no que acabei de responder ao Ministro LUIZ FUX: se comprovado ficar que há desvio de finalidade -

ADI 5874 / DF

disse antes de Vossa Excelência tocar nesse exemplo -, seja em relação ao indulto, à graça, ao perdão, seja em relação à nomeação, já é clássica a teoria dos motivos determinantes, existe a possibilidade de análise do Judiciário.

E volto a insistir, aqui, de viva voz, a Procuradora-Geral da República afastou a questão de desvio de finalidade subjetiva; ela disse: "Há possibilidade, há...". Há comprovação nos autos de que o Presidente da República, ao editar esse indulto, quis favorecer A, B ou C? Até porque, declarada inconstitucional essa possibilidade, não poderia o Presidente da República, numa graça individual, conceder a determinada pessoa? Teríamos que analisar - obviamente chegaria aqui - essa questão. Aí, ficaria mais fácil ou mais razoável analisar o desvio de finalidade, ou não.

Por favor, Ministro Gilmar.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Na impugnação e em torno disso, a imprensa chegou a dizer e alardeou que este era o decreto mais generoso de toda a história brasileira. Depois se viu que não era bem assim, que houve até decretos anteriores mais generosos. E, como Vossa Excelência já demonstrou no seu voto, isso depende, muitas vezes, do próprio momento em que o tema é colocado e discutido; e o Presidente recebe as informações até mesmo dos órgãos de inteligência.

Então, a mim, parece-me que aqui houve, de certa forma, um pouco de exagero na própria apresentação do decreto, quando se diz: "Não! É a maior concessão que já se fez". Na verdade, não se tem isso aqui.

Por outro lado, também pretender que seja vinculante a proposta do Conselho Penitenciário, isto, na verdade, é também colocar uma condição na Constituição; não é só reescrever o decreto, é reescrever a Constituição, porque a Constituição - o Ministro Celso lembrava bem - considerou isso em 34. Então, estamos reprimando essa matéria.

Para tocar em um outro tema que é muito sensível - veja que discutimos aqui a extradição e decidimos, acho que fui voto vencido -, a meu ver, que o presidente dispunha do poder de extraditar, ou não; entendemos isso contra a posição de muitos que consideravam que,

ADI 5874 / DF

havendo o tratado, era obrigatório. E não estamos falando de santos, estamos falando de pessoas que cometeram crimes, pode ser um crime que a gente considere mais valoroso do que o outro, mas é disso que se cuida. E respeitamos o ato do Presidente, autorizamos a extradição, mas o Presidente não a executou, e reconhecemos que era legítimo.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

- Presidente, só para colocar as coisas no devido lugar. De 1988 para cá, este é o único Decreto que reduziu o prazo mínimo de cumprimento para 20%, um quinto da pena, nunca aconteceu, em período democrático. E este é o primeiro Decreto que suprimiu o teto máximo da condenação, com destino certo, não entrei em desvio de finalidade subjetivo, mas todo mundo sabe para quem era o dispositivo.

E não disse que a minuta do Conselho é vinculante, apenas o claro descumprimento da minuta e sem reproduzir o do ano anterior, que a recomendação era a mesma, é indício do desvio que acho que existiu.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Bem, para concluir, Senhor Presidente, e é importante até para a opinião pública ter conhecimento, não é verdade que 22 presos da Operação Lava Jato serão soltos por causa deste Decreto que estamos julgando.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

- Não, é a reprodução deste Decreto este ano.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Não estou falando que Vossa Excelência disse isso. Hoje saiu numa matéria que a Procuradoria disse isso.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

- Mas citei a fonte. A fonte é: a força-tarefa da Lava Jato diz que, repetido este Decreto neste ano, como é o comum e como é o objetivo, 22 presos da Lava Jato sairão.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - O que também não é correto, fora o exercício de futurologia....

E volto a dizer e citar, também não ia citar nominalmente nenhum dos presos, mas faço questão de citar o mesmo que foi citado pelo Ministro Relator e vem sendo citado na mídia, o ex-Presidente da Câmara

ADI 5874 / DF

Eduardo Cosentino Cunha. Até agora, ele tem 7,4 % de cumprimento da pena, só, em tese, completará 20% em 7 de dezembro de 2023, se não for condenado por outros casos. Por quê? Porque já tem duas condenações, e as condenações, para efeito de indulto, são somadas. Tem uma condenação de 14 anos e 6 meses e outra de 24 e 10 meses.

Isso é importante para deixar muito claro para a opinião pública que, diferentemente do que...

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

- Teria que esperar transitar em julgado a segunda para não poder indultar na primeira, como está longe de transitar em julgado...

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - (Trecho cancelado tendo em vista a juntada de voto escrito.)

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: (CANCELADO).

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

- Ministro Celso, por exemplo, se o Presidente previsse indulto após o cumprimento de 5% pena, de todas as penas no País, ou de 1%, Vossa Excelência acha que, ainda assim, não seria passível de controle?

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: (CANCELADO).

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

- Foi isso o que disse.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: (CANCELADO).

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

-Mas, se a liberdade é plena, como o Ministro Alexandre parece sustentar e Vossa Excelência também...

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Perdão, Ministro Barroso, talvez não tenha entendido o meu voto.

ADI 5874 / DF

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

- Iremos a qualquer percentual. Antes era 1/3, depois passou a 25%, agora chegamos a 20%, amanhã, pode ser 10%.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: (CANCELADO).

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

- Entendo, mas é indispensável que consideremos que há um piso. Do contrário, o Presidente pode dizer: 0,5%. Portanto, se há um piso, é possível o controle. Acho que 1/5 ultrapassou o piso do tolerável.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Ministro Celso, Ministro Barroso, talvez não tenha sido claro, tanto disse e repeti que o controle jurisdicional é possível; se demonstrado o desvio de finalidade, é possível; e que o Supremo não só pode, como tem o dever, entendendo que se ultrapassou isso, declarar inconstitucional.

O que o Supremo Tribunal Federal, com todas as vênias ao Ministro Luís Roberto Barroso, não pode é querer escrever o decreto presidencial. O Supremo Tribunal Federal querer escrever que é um 1/3 para não reincidente, metade para reincidente, se tem isso, se tem aquilo, isso não é função do Poder Judiciário.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

- Há lei.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - A lei não prevê o decreto, a lei não prevê o indulto, e, aí, a nossa grande divergência: indulto não é instrumento consentâneo à política criminal adotada pelo Legislativo; indulto é o mecanismo de freios e contrapesos; indulto não é uma extensão que o Legislativo ordinário deu ao Presidente; indulto é uma concessão que a Assembleia Nacional Constituinte estabeleceu ao Presidente.

Com essas considerações, Presidente, peço vênias ao eminente Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO e JULGO IMPROCEDENTE a ação direta, declarando a constitucionalidade do Decreto.

28/11/2018

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.874 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES: Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade, proposta pela Procuradora-Geral da República, em face do art. 1º, I, art. 2º, § 1º, I, e dos artigos 8º, 10 e 11 do Decreto nº 9.246, de 21 de dezembro de 2017.

Eis o teor da norma impugnada:

Art. 1º O indulto natalino coletivo será concedido às pessoas nacionais e estrangeiras que, até 25 de dezembro de 2017, tenham cumprido:

I - um quinto da pena, se não reincidentes, e um terço da pena, se reincidentes, nos crimes praticados sem grave ameaça ou violência a pessoa;

(...)

Art. 2º O tempo de cumprimento das penas previstas no art. 1º será reduzido para a pessoa:

I - gestante;

II - com idade igual ou superior a setenta anos;

III - que tenha filho de até quatorze anos de idade ou de qualquer idade, se pessoa com doença crônica grave ou com deficiência, que necessite de seus cuidados;

IV - que tenha neto de até quatorze anos de idade ou de qualquer idade, se pessoa com deficiência, que necessite de seus cuidados e esteja sob a sua responsabilidade;

V - que esteja cumprindo pena ou em livramento condicional e tenha frequentado, ou esteja frequentando, curso de ensino fundamental, médio, superior, profissionalizante ou de requalificação profissional, reconhecido pelo Ministério da Educação, ou que tenha exercido trabalho, no mínimo por doze meses, nos três anos contados retroativamente a 25 de dezembro de 2017;

ADI 5874 / DF

VI - com paraplegia, tetraplegia ou cegueira adquirida posteriormente à prática do delito, comprovada por laudo médico oficial, ou, na falta do laudo, por médico designado pelo juízo da execução;

VII - com paraplegia, tetraplegia, cegueira ou neoplasia maligna, ainda que em remissão, mesmo que tais condições sejam anteriores à prática do delito, comprovadas por laudo médico oficial ou, na falta do laudo, por médico designado pelo juízo da execução, e resulte em grave limitação de atividade ou exija cuidados contínuos que não possam ser prestados no estabelecimento penal;

VIII - acometida de doença grave e permanente, que apresente grave limitação de atividade ou que exija cuidados contínuos que não possam ser prestados no estabelecimento penal, desde que comprovada por laudo médico oficial, ou, na falta do laudo, por médico designado pelo juízo da execução; ou

IX - indígena, que possua Registro Administrativo de Nascimento de Indígenas ou outro documento comprobatório equivalente.

§ 1º A redução de que trata o caput será de:

I - um sexto da pena, se não reincidente, e um quarto da pena, se reincidente, nas hipóteses previstas no inciso I do caput do art. 1º;

Art. 8º Os requisitos para a concessão do indulto natalino e da comutação de pena de que trata este Decreto são aplicáveis à pessoa que:

I - teve a pena privativa de liberdade substituída por restritiva de direitos;

II - esteja cumprindo a pena em regime aberto;

III - tenha sido beneficiada com a suspensão condicional do processo; ou

IV - esteja em livramento condicional.

Art. 10. O indulto ou a comutação de pena alcançam a

ADI 5874 / DF

pena de multa aplicada cumulativamente, ainda que haja inadimplência ou inscrição de débitos na Dívida Ativa da União, observados os valores estabelecidos em ato do Ministro de Estado da Fazenda.

Parágrafo único. O indulto será concedido independentemente do pagamento:

I - do valor multa, aplicada de forma isolada ou cumulativamente; u

II - do valor de condenação pecuniária de qualquer natureza.

Art. 11. O indulto natalino e a comutação de pena de que trata este Decreto são cabíveis, ainda que:

I - a sentença tenha transitado em julgado para a acusação, sem prejuízo do julgamento de recurso da defesa em instância superior;

II - haja recurso da acusação de qualquer natureza após a apreciação em segunda instância;

III - a pessoa condenada responda a outro processo criminal sem decisão condenatória em segunda instância, mesmo que tenha por objeto os crimes a que se refere o art. 3º; ou

IV - a guia de recolhimento não tenha sido expedida.

Sustenta a autora que “Não há dúvida jurídica de que o indulto é ato discricionário e privativo do Presidente da República, disciplinado no artigo 84, inciso XII da Constituição. O Presidente pode concedê-lo segundo critérios de conveniência e de oportunidade, sob a premissa inafastável, no entanto, da finalidade constitucional do instituto, que é a de prevenir o cumprimento de penas corporais desproporcionais e indeterminadas”.

Afirma que, “todavia, discricionariedade não é arbitrariedade, pois esta não tem amparo constitucional, enquanto aquela deve ser usada nos limites da Constituição” e continua sua argumentação apontando que “nestes limites, não é dado ao Presidente da República extinguir penas indiscriminadamente, como se seu poder não tivesse limites: e o limite do seu

ADI 5874 / DF

poder, no caso do indulto, é o livre exercício da função penal pelo Poder Judiciário, encarregado de aplicar a lei ao caso concreto e, assim produzir os efeitos esperados do Direito Penal: punir quem cometeu o crime, fazê-lo reparar o dano, inibir práticas semelhantes pelo condenado e por outrem, reabilitar o infrator perante a sociedade. Estes objetivos do direito penal, alcançáveis por meio da função penal exercida pelo Poder Judiciário, ficarão frustrados se o indulto anular a atuação judicial, descredenciando-o com uma exoneração ampla, em bases que gerem impunidade e atraíam a desconfiância em torno da capacidade do Estado de punir o crime e os criminosos. Os limites constitucionais do indulto derivam direta e precisamente do princípio constitucional da separação e da harmonia dos poderes”.

Entende que, “ao conceder indulto genérico e extremamente abrangente, de forma a extinguir 80% (oitenta por cento) da pena de criminosos devidamente sentenciados e condenados pelo Poder Judiciário segundo os parâmetros constitucionais e legais vigentes, editados pelo Poder Legislativo, o Decreto 9.246/17 não demonstrou a razão de fato e de direito a justificar os benefícios concedidos, que é a modificação pontual de casos específicos e peculiares que apresentam alguma razão humanitária ou de eventual correção de iniquidade da sentença pelo excessivo rigor da norma penal”.

Argumenta que, “em se tratando de um exercício excepcional de função, o indulto deve fundar-se em critérios compatíveis com a Constituição. O Decreto impugnado, no entanto, não o faz. Sem razão específica, ampliou os benefícios desproporcionalmente e criou um cenário de impunidade no país: reduziu o tempo de cumprimento de pena que ignora a pena aplicada; extinguiu as multas aplicadas; extinguiu o dever de reparar o dano; extinguiu penas restritivas de direito, sem razões humanitárias que justifiquem tais medidas e tamanha extinção da punibilidade”.

Aponta, ainda, “que o Decreto nº 9246/17, especificamente no artigo 1º -I, § 1º - I e nos artigos 2º, 8º, 10 e 11, é inconstitucional por violar, dentre outros, os princípios da individualização da pena, da separação dos poderes e da proteção jurídica suficiente dos bens jurídicos constitucionalmente tutelados”.

Entende que “o Chefe do Poder Executivo não se desincumbiu do ônus de dar concretude ao processo de individualização da pena, devidamente

ADI 5874 / DF

disciplinado na Lei de Execuções Penais, e, em vez de criar meios para o adequado cumprimento das sentenças, de acordo com as características individuais dos apenados, optou por simplesmente extinguir a sanção penal aplicada a crimes extremamente graves como a corrupção, o peculato, a corrupção eleitoral, a associação, entre outros, mediante o cumprimento de apenas um quinto da pena, às vezes, até menos”.

Pede, ao final, que o pedido seja julgado procedente, para declarar a inconstitucionalidade do art. 1º, I, art. 2º, § 1º, I, e dos artigos 8º, 10 e 11 do Decreto nº 9.246/2017.

Em 28/12/2017, foi deferida a medida cautelar para suspender os efeitos do art. 1º, I, art. 2º, § 1º, I, e dos artigos 8º, 10 e 11 do Decreto nº 9.246/2017.

Manifestou-se a Advocacia-Geral da União pela constitucionalidade formal e material do Decreto.

É a síntese do necessário.

I – O INSTITUTO DO INDULTO NA TRIPARTIÇÃO DE PODERES

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 para que bem pudessem exercê-las, bem como criando mecanismos de controles recíprocos, sempre como garantia da perpetuidade do Estado Democrático de Direito (MARCELO CAETANO. *Direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. v. 1, p. 244; NUNO PIÇARRA. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989; JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO. Aspecto da teoria geral do processo constitucional: teoria da separação de poderes e funções do Estado. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, ano 19, nº 76, p. 97, out./dez. 1982; JOSÉ LUIZ DE ANHAIA MELLO. *Da separação de poderes à guarda da Constituição: as cortes constitucionais*. 1969. Tese

ADI 5874 / DF

(Cátedra) – Fadusp, São Paulo; MARILENE TALARICO MARTINS RODRIGUES. Tripartição de poderes na Constituição de 1988. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 3, nº 11, p. 16, abr./jun. 1995; MÁRCIA WALQUÍRIA BATISTA DOS SANTOS. Separação de poderes: evolução até à Constituição de 1988: considerações. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, ano 29, nº115, p. 209, jul./set. 1999).

Assim, apesar de independentes, os poderes de Estado devem atuar de maneira harmônica, privilegiando a cooperação e a lealdade institucional e afastando as práticas de guerrilhas institucionais, que acabam minando a coesão governamental e a confiança popular na condução dos negócios públicos pelos agentes políticos. Para tanto, a Constituição Federal consagra um complexo mecanismo de controles recíprocos entre os três poderes, de forma que, ao mesmo tempo, um Poder controle os demais e por eles seja controlado. Esse mecanismo denomina-se *teoria dos freios e contrapesos* (WILLIAM BONDY. *The Separation of Governmental Powers*. In: *History and Theory in the Constitutions*. New York: Columbia College, 1986; JJ. GOMES CANOTILHO; VITAL MOREIRA. *Os Poderes do Presidente da República*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991; DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO. Interferências entre poderes do Estado (Fricções entre o executivo e o legislativo na Constituição de 1988). *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, ano 26, nº 103, p. 5, jul./set. 1989; JAVIER GARCÍA ROCA. Separación de poderes y disposiciones del ejecutivo com rango de ley: mayoría, minorías, controles. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 7, nº 27, p. 7, abr./jun. 1999; JOSÉ PINTO ANTUNES. *Da limitação dos poderes*. 1951. Tese (Cátedra) – Fadusp, São Paulo; ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ. *Conflito entre poderes: o poder congressional de sustar atos normativos do poder executivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 2021; FIDES OMMATI. Dos freios e contrapesos entre os Poderes. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, ano 14, nº 55, p. 55, jul./set. 1977; JOSÉ GERALDO SOUZA JÚNIOR. Reflexões sobre o

ADI 5874 / DF

princípio da separação de poderes: o “parti pris” de Montesquieu. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, ano 17, nº 68, p. 15, out./dez. 1980; JOSÉ DE FARIAS TAVARES. A divisão de poderes e o constitucionalismo brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, ano 17, nº 65, p. 53, jan./mar. 1980).

Dentro do mecanismo de controles recíprocos constitucionalmente previsto, a Constituição Federal estabelece várias hipóteses em que o *Poder Executivo será controlado pelo Poder Legislativo*. A título exemplificativo, compete ao Legislativo autorizar o Presidente da República a declarar guerra e fazer a paz (CF, art. 48, X e XI); resolver sobre tratados e convenções com países estrangeiros, celebrados pelo Presidente da República (CF, art. 49, I); sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa (CF, art. 49, V); receber o compromisso do Presidente e do Vice-presidente (CF, art. 57, III); deliberar sobre o veto presidencial, podendo derrubá-lo por maioria absoluta (CF, art. 57, IV, e art. 66, § 4º); aprovar intervenção federal (CF, art. 36, § 1º) e o Estado de defesa (CF, art. 136, § 4º) decretados pelo Presidente da República (CF, art. 84, IX e X); autorizar (CF, art. 137) o Presidente da República a decretar o Estado de sítio (CF, art. 84, IX); fiscalizar, com o auxílio do Tribunal de Contas, a administração financeira e a execução do orçamento (CF, arts. 49, IX, e 71); aprovar, por meio de uma de suas Casas Legislativas (Senado Federal), a indicação feita pelo Presidente da República (CF, art. 84, XIV), para nomeação dos Ministros do STF (CF, art. 101, parágrafo único), do STJ (CF, art. 104, parágrafo único), do Procurador-Geral da República (CF, art. 129, §1º), Ministros do Tribunal de Contas (CF, art. 73, § 2º, I), Chefes de missão diplomática em caráter permanente (CF, art. 52, IV); eleger membros do Conselho da República, órgão superior de consulta do Presidente da República (CF, art. 89, VII).

Igualmente, existe a previsão constitucional de um sistema de controles realizado pelo *Poder Legislativo em relação ao Poder Judiciário*. A título exemplificativo: compete ao Congresso Nacional legislar sobre organização judiciária (CF, arts. 48, IV, 93, I, d, II, 124, parágrafo único, 121

ADI 5874 / DF

e 113); aprovação da nomeação de ministros e juízes pelo Presidente da República (CF, art. 48, VIII); possibilidade de concessão de anistia, apesar de decisão judicial com trânsito em julgado (CF, art. 48, VIII); processo e julgamento do Presidente da República, Ministros de Estado, Ministros do STF e o Procurador-Geral da República, por crimes de responsabilidade (CF, arts. 51, I, e 52, I e II); possibilidade da criação de comissões parlamentares de inquérito com “poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas” (CF, art. 58, § 3º).

Verificamos, igualmente, alguns exemplos em que o *Poder Executivo realizará controles em relação ao Poder Legislativo*: possibilidade de o Presidente da República exigir o regime de urgência em projetos de lei de sua autoria (CF, art. 63); edição de medidas provisórias, em caso de relevância e urgência, com força de lei (CF, art. 62); participação no processo legislativo ordinário mediante a deliberação executiva (sanção ou veto presidencial – CF, art. 66); nomeação de membros do Tribunal de Contas da União, órgão auxiliar do Poder Legislativo (CF, arts. 61 e 73, § 2º, I).

Em relação ao controle exercido pelo *Poder Judiciário sobre o Poder Legislativo*, podemos apontar, exemplificativamente: possibilidade de o STF declarar, em tese, a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou federal (CF, art. 102, I, *a*); exercício do controle difuso de constitucionalidade das leis ou atos normativos do Poder Público (CF, art. 97); compete ao STF processar e julgar os parlamentares nas infrações penais comuns (CF, art. 102, I, *b*); a elaboração de seus próprios regulamentos e regimentos internos e a organização de seus serviços (CF, art. 96).

É possível apontarmos hipóteses de controle realizado pelo *Judiciário em relação ao Poder Executivo*: possibilidade de não se permitir que o Presidente da República conceda a extradição, em caso de ausência dos requisitos constitucionais e legais (CF, art. 5º, LI e LII); possibilidade de o STF declarar, em tese, a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou federal (CF, art. 102, I, *a*); exercício do controle difuso de

ADI 5874 / DF

constitucionalidade das leis ou atos normativos do Poder Público (CF, art. 97); compete ao STF o processo e julgamento do Presidente e Vice-presidente da República nas infrações penais comuns (CF, art. 102, I, *b*); efetivação do provimento dos cargos de suas secretarias, concedendo licença e férias a seus funcionários (CF, art. 96, I, *f*).

O sistema de freios e contrapesos, todavia, também estabelece mecanismos de controle do Executivo sobre o Poder Judiciário, como por exemplo, a livre escolha e nomeação dos Ministros do STF (CF, art. 101); escolha e nomeação dos Ministros do STJ (CF, art. 104); e, como na presente hipótese, a possibilidade de concessão de graça, indulto ou comutação de penas (CF, art. 84, XII).

Em regra, portanto, 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; devendo ser, por inoportuna, afastada qualquer alegação de desrespeito à Separação de Poderes ou ilícita ingerência do Executivo na política criminal, genericamente, estabelecida pelo Legislativo e aplicada, concretamente, pelo Judiciário.

Na República, a ideia da possibilidade de intervenção do Chefe do Poder Executivo na aplicação e cumprimento de sanções penais, a partir de um complexo mecanismo de freios e contrapesos, surgiu com o próprio nascimento do Presidencialismo, na Constituição norte-americana de 1787.

MADISON, ao analisar o exame e definição do significado da máxima que impõe a separação de poderes, aponta a necessidade de se “proibir qualquer um dos braços do governo, em sua globalidade, de exercer os poderes de outro”, porém admite uma “mistura parcial de poderes”, exemplificando com a possibilidade de veto do Executivo sobre os projetos aprovados pelo Legislativo, o julgamento do *impeachment* pelo Senado e o *poder executivo do indulto* (*Federalist papers XLVII*).

Nos mesmos artigos federalistas, ao analisar os poderes do Presidente da República, em relação ao *perdão presidencial*, HAMILTON afirmou que o Chefe do Executivo está autorizado:

ADI 5874 / DF

“a conceder comutação de penas e perdão por crimes contra os Estados Unidos, *exceto em casos de impeachment*. A humanidade e a boa política conspiram para ditar que a benigna prerrogativa do perdão deve ser tão pouco coibida ou complicada quanto possível” (*Federalist papers LXXIV*).

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*.

O exercício do poder de indultar não fere a separação de poderes por supostamente esvaziar a política criminal estabelecida pelo legislador e aplicada pelo Judiciário, uma vez que foi previsto exatamente como mecanismo de freios e contrapesos a possibilitar um maior equilíbrio na Justiça Criminal (PINTO FERREIRA, *Comentários à Constituição brasileira*. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 574 e ss.; ALCINO PINTO FALCÃO. *Constituição Federal anotada*. Freitas Bastos. v. 2, p. 214).

2 – NATUREZA JURÍDICA DO INDULTO

O indulto é previsto no Brasil desde nossa primeira Constituição Imperial de 1824 e, atualmente, estabelecido no artigo 84, XII (conceder indulto e comutar penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei), com a limitação expressa do artigo 5º, XLIII (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).

Esse instituto de natureza penal sobreviveu ao período monárquico, estabelecendo-se em todos os regimes republicanos ocidentais, a começar pelos Estados Unidos da América, em sua Constituição de 1787 e em nossa Constituição Republicana de 1891.

ADI 5874 / DF

Diferentemente do modelo norte-americano, que aplica a *clemência penal* somente na espécie individual (perdão presidencial), no Brasil, consolidou-se a incidência do indulto tanto individual (graça ou perdão presidencial), quanto coletivo (decretos genéricos de indultos), como o analisado na presente hipótese.

A edição de decretos genéricos de indultos, portanto, é tradição do direito constitucional brasileiro, em que pese possa estar sujeito a diversas críticas.

No Brasil, por exemplo, antes da Constituição de 1988, houve vários indultos coletivos.

Em 4 de dezembro de 1945, José Linhares, Presidente do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, que exerceu a presidência da República por convocação das Forças Armadas, após a derrubada de Getúlio Vargas, de 29 de outubro de 1945 a 31 de janeiro de 1946, editou o Decreto 20.082/1945 concedendo o benefício aos praças da Força Expedicionária Brasileira, que praticaram certos crimes quando incorporados à tropa, na Itália.

O referido Decreto previu tanto o indulto coletivo total, ou seja, afastando integralmente a aplicação da pena (art. 1º), quanto o perdão presidencial específico, porém parcial, com a comutação da pena (arts. 2º e 3º):

DECRETO Nº 20.082, DE 3 DE DEZEMBRO DE 1945

Concede indulto a oficiais, praças e civis, que fizeram parte integrante da FEB ou a ela prestaram serviços quando em operações na Itália, já condenados ou não, e cujos crimes não são natureza infamante.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, usando da atribuição que lhe confere o artigo 75, letra f, da Constituição Federal, DECRETA:

Art. 1º Fica concedido indulto aos oficiais e praças que, como parte integrantes da F. E. B., na Itália, hajam cometido crimes que não os de homicídio doloso ou de deserção para o inimigo, tenham sido ou não julgados e condenados.

ADI 5874 / DF

Art. 2º Fica comutada, de dez anos e três meses de reclusão e dois meses e vinte e seis dias de detenção para cinco anos, um mês e quinze dias de reclusão e um mês e treze dias de detenção a pena a que foi condenado por homicídio doloso e lesões corporais culposas, o cabo Rômulo Testa e de oito anos e oito meses de reclusão para quatro anos e quatro meses de reclusão a pena a que foi condenado por homicídio doloso o soldado Domingos Cabral, ambos condenados por crimes praticados na Itália, quando a serviço da F. E. B.

Art. 3º Fica concedido indulto aos civis de nacionalidade italiana Di Bartolomeo Ader e Ranzzette Soliere, empregados do Serviço de Intendência da F. E. B., da Itália e do Pôsto Regulador de Livorno, condenados pela Justiça da F. E. B., como incurso respectivamente nos art. 198, § 4º, V, e art. 181, § 3º e 182, § 5º combinado com os artigos 66, § 1º, e 314 tudo do C. P. M.

Rio de Janeiro, 3 de dezembro de 1945; 124º da Independência e 57º da República.

JOSÉ LINHARES

Canrobert Pereira da Costa

A. de Sampaio Doria

Em abril de 1960, foi concedido indulto pelo Decreto 48.136/1960, pelo presidente Juscelino Kubitschek, que atingiu mais de dois mil beneficiados, abrangendo não só as penas privativas de liberdade, mas também as penas pecuniárias.

DECRETO nº 48.136, de 20 de Abril de 1960

Concede indulto a todos os sentenciados na forma que menciona.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, usando da atribuição que lhe confere o art. 87, nº XIX, da Constituição e,

CONSIDERANDO que a transferência da Capital da República para Brasília constitui acontecimento de singular relevância para a Nação Brasileira;

CONSIDERANDO que todos os brasileiros devem

ADI 5874 / DF

participar desse acontecimento, inclusive os que estão em cumprimento de penas;

CONSIDERANDO, porém, que o perdão só deve ser concedido quando o procedimento posterior à inflação da pena durante o tempo de prisão autoriza a suposição de que o indultante não voltará a delinquir de modo que não enfraqueça o dever de repressão nem a eficácia a preventiva da lei penal.

CONSIDERANDO que, de acôrdo o artigo 87, nº XIX, da Constituição, a concessão do indulto deve ser precedida de audiência dos órgãos técnicos instituídos, em lei,

DECRETA:

Art. 1º Ficam indultados todos os sentenciados primários, considerados a penas que não ultrapassem a 3 anos de prisão e que, até a presente data, tenham cumprido um terço das mesmas com boa conduta.

Parágrafo único. O benefício é extensivo aos condenados a pena pecuniária isolada ou cumulativamente imposta.

Art. 2º Os Conselhos Penitenciários examinarão de ofício, independente da solicitação dos interessados, a situação daqueles que preencheram as condições mencionadas no artigo 1º do presente decreto.

Art. 3º O parecer do Conselho Penitenciário sôbre cada caso será remetido ao Ministério da Justiça.

Rio de Janeiro, em 20 de abril de 1960; 139º da Independência e 72º da República.

JUSCELINO KUBITSCHEK

Armando Ribeiro Falcão

Em agosto de 1963, o Presidente João Goulart, em comemoração ao “Dia do Encarcerado”, concedeu indulto e comutação de pena com a edição do Decreto 52.377.

Anos mais tarde, em junho de 1980, a visita do Papa João Paulo II motivou nova concessão do indulto pelo presidente João Figueiredo. Pela primeira vez, o Decreto de indulto estabeleceu requisitos especiais aos maiores de 60 anos.

ADI 5874 / DF

Em 1982, o Decreto 87.833/1982 – Indulto de Natal –, editado pelo Presidente João Figueiredo, beneficiou, pela primeira vez, as mulheres que tivessem filhos menores de 14 anos e os que tivessem cometido crime entre os 18 e 21 anos, estabelecendo requisitos inéditos para sua concessão e estendendo o benefício às penas pecuniárias, novamente.

DECRETO nº 87.833, de 17 de Novembro de 1982

Concede indulto, reduz penas, e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da faculdade que lhe confere o artigo 81, nº XXII, da Constituição, e considerando a proximidade da Festa do Natal,

DECRETA:

Art. 1º É concedido indulto aos condenados a penas privativas de liberdade não superiores a quatro anos que, até 25 de dezembro de 1982, tenham efetivamente cumprido, no mínimo, um terço da pena aplicada, se primários, ou metade, se reincidentes.

Parágrafo único - É, igualmente, concedido indulto aos condenados a penas superiores a quatro anos que tenham completado sessenta anos de idade até a data fixada neste artigo, bem como aos menores de vinte e um anos de idade na data do crime, e às mães de filhos menores de quatorze anos de idade, desde que hajam cumprido um terço da pena, se primários, ou metade, se reincidentes.

Art. 2º. O indulto previsto no artigo anterior estende-se às penas pecuniárias aplicadas cumulativamente, não abrangendo, contudo, as penas acessórias.

Parágrafo único - O condenado ficará indultado da pena pecuniária quando a redução prevista no artigo 4º ensejar imediata soltura ou livramento condicional.

Art. 3º. Para efeito de indulto ou redução somam-se as penas que correspondam a infrações diversas.

Parágrafo único - Sem prejuízo do disposto no art. 7º, o presente Decreto aplica-se ao somatório das penas das demais

ADI 5874 / DF

infrações.

Art. 4º. São reduzidas as penas privativas de liberdade impostas aos condenados que, até a data mencionada no artigo 1º, tenham efetivamente cumprido, no mínimo, um terço da pena, se primários, ou metade, se reincidentes, observadas as seguintes proporções:

I - pena superior a quatro até oito anos: redução de um terço, se primários, ou de um quarto, se reincidentes;

II - pena superior a oito anos: redução de um quarto, se primários, ou de um quinto, se reincidentes.

Art. 5º. O disposto nos artigos anteriores aplica-se, também, quando a sentença esteja em grau de recurso interposto somente pela defesa, sem prejuízo do respectivo julgamento pela instância superior. Não impedirá, igualmente, a concessão do indulto, o recurso da acusação, quando improvido.

Art. 6º. Constituem, também, requisitos para que o condenado obtenha o indulto ou redução da pena:

I - não ter sido beneficiado por graça, indulto, redução ou comutação da pena nos dois anos anteriores à data da publicação deste Decreto;

II - ausência de periculosidade, ou sua cessação, caso tenha sido imposta medida de segurança;

III - ter conduta reveladora de condições pessoais para a reintegração no convívio social;

IV - ter, na forma de inciso anterior, boa conduta também na comunidade, quando beneficiado por quaisquer concessões previstas no artigo 30, § 6º, incisos II, IV, VI e VII, do Código Penal;

V - ter boa conduta, reveladora de condições pessoais para a permanência no convívio social, se, beneficiado com a suspensão condicional, já cumpriu, pelo menos, metade do respectivo prazo, com perfeita observância das condições impostas e da pena acessória, se for o caso, sem haver sofrido modificação exacerbadora das condições ou prorrogação do prazo, nem suspensão ou revogação do benefício;

ADI 5874 / DF

VI - ter boa conduta, reveladora de condições pessoais para a reintegração no convívio social, se, beneficiado com o livramento condicional, já cumpriu, pela menos, um quinto do respectivo prazo, com perfeita observância das condições impostas e da pena acessória, quando for o caso, sem advertência ou exacerbação das condições.

Parágrafo único - Para os fins deste Decreto, poderá o juiz da execução ordenar o exame para a verificação da cessação da periculosidade.

Art. 7º. Este Decreto não beneficia os condenados por crime:

I - de roubo, nas modalidades previstas nos parágrafos 2º e 3º do artigo 157, do Código Penal;

II - de extorsão, nas modalidades previstas nos parágrafos 1º e 2º do artigo 158, e no artigo 159 e seus parágrafos, do Código Penal;

III - de estupro e atentado violento ao pudor;

IV - de quadrilha ou bando;

V - contra a Segurança Nacional;

VI - relativo a entorpecente ou substância que cause dependência física ou psíquica, quando reconhecida na sentença a condição de traficante.

Art. 8º. Caberá ao Conselho Penitenciário, de ofício ou por provocação de qualquer interessado, verificar qualquer interessado, verificar quais os condenados que preenchem os requisitos estabelecidos por este Decreto, emitindo, desde logo, parecer, nos termos do artigo 736 do Código de Processo Penal, que será remetido ao juiz da execução, para os fins do artigo 738 do mesmo Código.

§ 1º - Se o Conselho Penitenciário não se pronunciar até 15 de janeiro de 1983, caberá ao juiz da execução a verificação dos requisitos estabelecidos por este Decreto.

§ 2º - As autoridades que custodiarem os condenados encaminharão aos Conselhos Penitenciaros, até 30 dias após à publicação deste Decreto, relação dos presos que satisfaçam os requisitos objetivos, prestando, desde logo, informações

ADI 5874 / DF

circunstanciadas sobre a vida prisional e a conduta de cada um.

§ 3º - A relação e as informações concernentes aos sentenciados em gozo de suspensão condicional ou de livramento condicional deverão ser enviadas pela entidade incumbida de fiscalização do cumprimento das condições do benefício, ou da observação cautelar e proteção do liberado. Na falta da entidade, tais informações poderão ser supridas por outro documento idôneo.

Art. 9º. Quando se tratar de condenados pela Justiça Militar, que não estejam cumprindo pena em estabelecimento civil, o parecer do Conselho Penitenciário será substituído pela informação da autoridade sob cuja custódia estiver o preso.

Art. 10. Os Órgãos Centrais da Administração Penitenciária informarão ao Conselho Nacional de Política Penitenciária, até junho de 1983, o número de presos cumprindo penas, de processos apreciados e o número de beneficiados pelo presente Decreto, por indulto ou redução, separadamente.

Parágrafo único - As autoridades que custodiarem presos e que não se subordinarem aos Órgãos Centrais da Administração Penitenciária encaminharão a estes, por intermédio das Secretarias respectivas, até 31 de maio de 1983, os elementos acima indicados.

Art. 11. Este Decreto entrará em vigor na data de sua publicação.

Art. 12. Revogam-se as disposições em contrário.

Brasília, em 17 de novembro de 1982; 161º da Independência e 94º da República.

JOÃO FIGUEIREDO

Ibrahim Abi-Ackel

No primeiro decreto após a promulgação da CF/1988 (Decreto 97.164/1988), que estabeleceu, em seu art. 84, a competência privativa do presidente da República para concessão do indulto, o então presidente José Sarney excluiu do benefício os condenados que tivessem deixado de

ADI 5874 / DF

reparar o dano que causaram e os autores de crimes considerados graves.

Esse Decreto já estabelecia sua aplicabilidade antes do trânsito em julgado – previsão repetida no decreto ora impugnado –, fixando, em seu artigo 4º, que o indulto poderia ser concedido *“ainda que a sentença esteja em grau de recurso interposto pela defesa, sem prejuízo do respectivo julgamento pela instância superior. O recurso da acusação, a que se negar provimento, não impedirá a concessão do benefício”*.

DECRETO nº 97.164, de 7 de Dezembro de 1988

Concede indulto, reduz penas e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, item XII, da Constituição, e considerando o advento do Natal,

DECRETA:

Art. 1º. É concedido indulto:

I - aos condenados a penas privativas de liberdade não superiores a quatro anos, que cumprirem, com boa conduta prisional, até 25 de dezembro de 1988, no mínimo, um terço da pena, se não reincidentes, ou metade, se reincidentes;

II - aos condenados a penas superiores a quatro anos que satisfaçam as condições de uma das letras seguintes:

a) tenha completado setenta anos de idade, hajam praticado o crime com menos de vinte e um ano de idade, ou sejam mães de filhos menores de quatorze anos, desde que, nas três hipóteses, hajam cumprido um terço da pena, se não reincidentes, ou metade, se reincidentes;

b) encontrem-se em estado avançado de qualquer doença grave, ou de moléstia incurável e contagiosa, assim diagnosticadas por laudo médico oficial.

Art. 2º. Os condenados que hajam cumprido, no mínimo, um terço da pena, se não reincidentes, ou metade, se reincidentes, e não preencham os requisitos das letras a e b do item II do artigo anterior, terão reduzido suas penas privativas de liberdade na seguinte forma:

I - pena superior a quatro e até oito anos, redução de um

ADI 5874 / DF

terço, para os não reincidentes, em um quinto para os reincidentes;

II - pena superior a oito anos e até vinte anos, um quarto para os não reincidentes, e um sexto para os reincidentes.

Art. 3º. Este Decreto não beneficia:

I - os condenados que, embora solventes, hajam deixado de reparar o dano causado pela penal;

II - os sentenciados por crimes:

a) de seqüestro e cárcere privado;

b) extorsão, em todas as suas modalidades;

c) mediante seqüestro;

d) de receptação dolosa;

e) atentado violento ao pudor;

f) de corrupção de menores (Lei nº 2.252, de 1º de julho de 1954);

g) de perigo comum, em sua modalidade dolosa;

h) de quadrilha ou bando; de quadrilha ou bando;

i) relativos a entorpecentes ou substâncias que causam dependências física ou psíquica, quando reconhecida na sentença a condição de traficante;

j) de homicídio qualificado;

k) de abuso de autoridade (Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965);

l) de sonegação fiscal (Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965);

e

m) contra a economia popular (Lei nº 1.521, de 26 de dezembro de 1951).

Art. 4º. O disposto nos artigos anteriores aplica-se ainda que a sentença esteja em grau de recurso interposto pela defesa, sem prejuízo do respectivo julgamento pela instância superior. O recurso da acusação, a que se negar provimento, não impedirá a concessão do benefício.

Art. 5º. Constituem requisitos para que o condenado obtenha indulto ou redução da pena:

I - não ter sido beneficiado por graça ou indulto, à data referida no art. 1º, item I:

ADI 5874 / DF

a) nos dois anteriores, se não reincidente;

b) nos quatro anos anteriores, se reincidente;

II - haver participado, nos limites de suas possibilidades pessoais, do processo de ressocialização, quando realizado no estabelecimento em que esteja cumprido pena;

III - ter revelado, por sua conduta, condições pessoais favoráveis à permanência na comunidade, quando beneficiado por suspensão condicional, cumprida pelo menos a metade do respectivo prazo, com exata observância das condições impostas e da pena restritiva de direitos, se for o caso, desde que não tenham havido agravamento das condições, prorrogação do prazo, suspensão ou revogação do benefício;

IV - ter conduta reveladora de condições pessoais que assegurem sua reinserção social, quando beneficiado pelo livramento condicional, cumpridos, pelo menos, dois quintos do respectivo prazo, com exata observância das condições impostas, sem advertência ou agravamento das condições;

V - haver demonstrado possuir 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;

VI - evidenciar, especialmente se condenado por crime doloso, cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, condições pessoais que façam presumir que não mais voltará a delinquir.

Art. 6º. Este Decreto não abrange nem afeta as penas restritivas de direitos, ou as de multa, aplicadas isolada ou cumulativamente.

Art. 7º. Para efeito da aplicação do presente Decreto, somam-se as penas que correspondam a infrações diversas.

Art. 8º. As autoridades que custodiarem os condenados encaminharão aos juízos da execução, até trinta dias após a publicação deste Decreto, relação dos presos que satisfaçam os requisitos objetivos, prestando desde logo informações circunstanciadas sobre a vida prisional e a conduta de cada um, para os fins do art. 193 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, e

ADI 5874 / DF

conseqüente parecer do Conselho Penitenciário.

Parágrafo único. A relação e as informações concernentes aos condenados em gozo de suspensão condicional ou de livramento condicional deverão ser enviadas pela entidade incumbida da fiscalização do cumprimento das condições do benefício ou da observação cautelar e proteção do liberado. Na falta da entidade, tais informações poderão ser supridas por outro documento idôneo.

Art. 9º. Os órgãos centrais da Administração Penitenciária preencherão, até 30 de abril de 1989, quatro de acordo com o modelo anexo, encaminhando-o à Secretaria de Justiça e Segurança Pública, do Ministério da Justiça.

Art. 10. Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 7 de dezembro de 1988; 167º da Independência e 100º da República.

JOSÉ SARNEY

Paulo Brossard

No tocante à natureza jurídica do indulto coletivo, em todo o período republicano, vigente a clássica Tripartição de Poderes, tanto a doutrina, quanto o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL sempre consideraram o indulto como ato discricionário e privativo do Chefe do Poder Executivo.

Analizando o instituto antes da previsão constitucional de 1988, FRANCISCO SÁ FILHO, embora crítico do instituto, afirma tratar-se de um poder discricionário e privativo do Presidente, tanto no direito brasileiro como no norte-americano, ressaltando que, neste último, com a ressalva expressa dos casos de "impeachment", "*não tem limite, nem quanto às infrações, nem quanto aos infratores (unlimited)*" (*Relações entre Poderes do Estado*. Rio de Janeiro, Borsoi, 1959, p. 284).

ALOYSIO DE CARVALHO FILHO salientou que o perdão e a comutação de penas são "*exteriorizações de soberania*", exercidos em caráter discricionário pelo Presidente da República (*Comentários ao Código Penal*, Forense, 5. ed., v. 4, p. 202).

ADI 5874 / DF

CARLOS MAXIMILIANO, por sua vez, apontou que só o texto constitucional poderia limitar a discricionariedade do Presidente da República: “O poder executivo de perdoar não tem outros limites senão os fixados no texto fundamental” (*Comentários à Constituição Brasileira de 1891*. Rio de Janeiro, 1918, p. 509/510).

CELSO RIBEIRO BASTOS e IVES GANDRA MARTINS consideram *absoluta* a faculdade de indulto concedida ao Presidente da República, salientando inclusive que não está vinculado “à convicção daqueles que foram ouvidos”, na hipótese de participação de órgãos consultivos (*Comentários à Constituição do Brasil*. vol. 4. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 316).

Igualmente, o Professor PINTO FERREIRA apontou tanto a discricionariedade, quanto a amplitude do instituto, ensinando que:

“O Presidente da República tem competência para conceder indulto e comutar penas, quaisquer que sejam as infrações penais praticadas, salvo as proibidas pelo Código Magno, tratando-se de crime ou contravenção penal, qualquer que seja a sanção cominada.” (*Comentários à Constituição Brasileira*, 3o. vol., Saraiva, 1992, p. 579).

J.J. GOMES CANOTILHO, GILMAR FERREIRA MENDES, INGO WOLFGANG SARLET, LENIO STRECK, igualmente, salientam que “o indulto e a comutação da pena configuram típico ato de governo, que se caracteriza pela discricionariedade” (*Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1254). De forma semelhante, aponta o jurista argentino GREGORIO BADENI que essa faculdade do Poder Executivo “(...) não é suscetível de revisão judicial”, salvo o descumprimento dos requisitos expressamente previstos no texto da Constituição (*Tratado de Derecho Constitucional*. Buenos Aires, ed. La Ley, 2. ed., 2006, tomo II, pp. 1728/1732).

Importante ressaltar que nosso DECANO, Ministro CELSO DE MELLO, já nos ensinava, em sede doutrinária, que:

ADI 5874 / DF

“A decisão do Presidente da República, concedendo ou denegando a graça pleiteada, é insuscetível de revisão judicial. O poder de agraciar constitui liberalidade do Estado. Trata-se de favor concedido, em caráter absolutamente excepcional, aos agentes de práticas delituosas. O Presidente da República, ao exercer essa competência constitucional, pratica ato de evidente discricionariedade.” (Constituição Federal Anotada, Saraiva, 2a. ed. 1986, p. 266).

É o mesmo entendimento pacificado por esta SUPREMA CORTE, que prevê a possibilidade constitucional de o Presidente da República, discricionariamente, conceder clemência individual ou coletiva, seja de maneira total, seja de maneira parcial, conforme podemos conferir, a título exemplificativo, em diversos julgados analisando o texto atual da Constituição Federal de 1988, **sempre em decisões unânimes**:

EMENTA: PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. INDULTO CONDICIONADO (DECRETO N. 953, DE 08.10.93). REPARAÇÃO DO DANO. LEGITIMIDADE. O indulto, em nosso regime, constitui faculdade atribuída ao Presidente da República (art. 84, XII, da CF), que aprecia não apenas a conveniência e oportunidade de sua concessão, mas ainda os seus requisitos. A fixação do ressarcimento do dano como condição para o indulto não destoa da lógica de nosso sistema legal, que estimula a composição dos prejuízos causados pelo delito, mesmo antes do seu julgamento definitivo (v.g., arts. 16 e 312, par. 2., do CP), sem conferir-lhe, no entanto, caráter de obrigatoriedade, mas apenas de pressuposto para o gozo de determinado benefício. O sequestro de bens não tem o condão de tornar insolvente o réu para efeito de eximi-lo da satisfação do dano, erigida como condição para o indulto. Se o beneficiário não cumpre todos os requisitos do indulto, seu indeferimento não constitui constrangimento ilegal. Recurso a que se nega provimento. (RHC 71400-5 Rio de Janeiro. Relator

ADI 5874 / DF

Ministro ILMAR GALVÃO. Primeira Turma. Julgado em 7/6/1994)

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DECRETO FEDERAL. INDULTO. LIMITES. CONDENADOS PELOS CRIMES PREVISTOS NO INCISO XLIII DO ARTIGO 5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. IMPOSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO CONFORME. REFERENDO DE MEDIDA LIMINAR DEFERIDA. 1. A concessão de indulto aos condenados a penas privativas de liberdade insere-se no exercício do poder discricionário do Presidente da República, limitado à vedação prevista no inciso XLIII do artigo 5º da Carta da República. A outorga do benefício, precedido das cautelas devidas, não pode ser obstado por hipotética alegação de ameaça à segurança social, que tem como parâmetro simplesmente o montante da pena aplicada. 2. Revela-se inconstitucional a possibilidade de que o indulto seja concedido aos condenados por crimes hediondos, de tortura, terrorismo ou tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, independentemente do lapso temporal da condenação. Interpretação conforme a Constituição dada ao § 2º do artigo 7º do Decreto 4495/02 para fixar os limites de sua aplicação, assegurando-se legitimidade à *indulgencia principis*. Referendada a cautelar deferida pelo Ministro Vice-Presidente no período de férias forenses. (Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade 2795-6 Distrito Federal. Relator MAURÍCIO CORRÊA. Tribunal Pleno. Julgado em 8/5/2003)

EMENTA: Crime hediondo: vedação de graça: inteligência. I. Não pode, em tese, a lei ordinária restringir o poder constitucional do Presidente da República de "conceder indulto e comutar penas, com audiência, se

ADI 5874 / DF

necessário, dos órgãos instituídos em lei" (CF, art. 84, XII), opondo-lhe vedações materiais não decorrentes da Constituição. II. Não obstante, é constitucional o art. 2º, I, da L. 8.072/90, porque, nele, a menção ao indulto é meramente expletiva da proibição de graça aos condenados por crimes hediondos ditada pelo art. 5º, XLIII, da Constituição. III. Na Constituição, 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. IV. Proibida a comutação de pena, na hipótese do crime hediondo, pela Constituição, é irrelevante que a vedação tenha sido omitida no D. 3.226/99. (HC 81565-1 Santa Catarina. Relator Min. SEPÚLVEDA PERTENCE. Primeira Turma. Julgado em 19/2/2002)

EMENTA: CRIME. Condenação. Pena. Comutação. Indulto parcial. Caráter condicional. Legalidade reconhecida. Exclusão do benefício a condenado por crime hediondo. Ato discricionário do Presidente da República. HC denegado. Precedente. Aplicação dos arts. 2º, I, da Lei nº 8.072/90, e 7º, I, do Dec. 3.226/99. Anistia, indulto, graça e comutação de pena constituem objeto do exercício do poder discricionário do Presidente da República, cujo Decreto pode, observando as limitações constitucionais, prever a concessão do benefício apenas a condenados que preencham certas condições ou requisitos. (HC 96431 Relator Ministro CEZAR PELUSO. Segunda Turma. Julgado em 14/4/2009)

INDULTO - CONDIÇÃO. O indulto está no campo da discricionariedade, razão pela qual é possível a

ADI 5874 / DF

imposição de condições para tê-lo como aperfeiçoado, presente a harmonia com a Constituição Federal (HC 84829. Ministro MARCO AURÉLIO. Primeira Turma. Julgado em 22/2/2005)

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. INDULTO E COMUTAÇÃO DE PENA. EXTORSÃO MEDIANTE SEQÜESTRO. CRIME HEDIONDO. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 5º, XLII, E 84, XII, AMBOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ALEGADA ILEGALIDADE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI 8.072/90 E DO DECRETO 5.993/06. INOCORRÊNCIA. CONCESSÃO DE FAVORES QUE SE INSEREM NO PODER DISCRICIONÁRIO DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA. NÃO-CABIMENTO DE HC CONTRA LEI EM TESE. IMPETRAÇÃO NÃO CONHECIDA I - Não cabe habeas corpus contra ato normativo em tese. II - O inciso I do art. 2º da Lei 8.072/90 retira seu fundamento de validade diretamente do art. 5º, XLII, da Constituição Federal. III - O art. 5º, XLIII, da Constituição, que proíbe a graça, gênero do qual o indulto é espécie, nos crimes hediondos definidos em lei, não conflita com o art. 84, XII, da Lei Maior. IV - O decreto presidencial que concede o indulto configura ato de governo, caracterizado pela ampla discricionariedade. V - Habeas corpus não conhecido. (HC 90364. Relator Ministro RICARDO LEWANDOWSKI. Tribunal Pleno. Julgado em 31/10/2007)

3 – CONTROLE JURISDICIONAL DO PODER EXECUTIVO DE INDULTAR

Obviamente, em um sistema republicano, não existe poder absoluto, ilimitado, pois seria a negativa do próprio ESTADO DE DIREITO, que vincula a todos – inclusive os exercentes dos poderes estatais – com a exigência de observância às normas constitucionais.

ADI 5874 / DF

Essa advertência, quanto à inexistência de poder ilimitado para a concessão de indulto, foi feita por HAMILTON, quando afirmou:

“Caso de sugira que um poder ilimitado poderia ser ocasionalmente conferido ao Presidente, em face de contingencias como esta, podemos responder, em primeiro lugar, que é duvidoso que, numa Constituição limitada, esse tipo de poder pudesse ser delegado por lei; sem segundo, que geralmente seria imprudente tomar de antemão qualquer passo que pudesse prometer a perspectiva de impunidade. Um procedimento deste tipo, fora do curso usual, seria provavelmente interpretado como prova de intimidação e fraqueza e tenderia a estimular os culpados” (*Federalist papers LXXIV*).

Em relação ao INDULTO, há LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS EXPRESSAS no artigo 5º, XLIII, ao estabelecer 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”.

Em cumprimento ao mandamento constitucional, o artigo 3º do Decreto 9.246, de 21 de dezembro de 2017, exclui expressamente os casos de tortura, de terrorismo e de crimes hediondos:

Também o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL já reconheceu como limitação constitucional implícita, no julgamento da EXT 1435/DF (2 Turma, j. 29/11/2016), de relatoria do Ministro CELSO DE MELLO, a concessão de indulto a crimes objeto do pedido extradicional, salientando que:

“O exercício da clemência soberana do Estado não se estende, em nosso direito positivo, aos processos de extradição, eis que o objeto da *indulgentia principis* restringe-se,

ADI 5874 / DF

exclusivamente, ao plano dos ilícitos penais sujeitos à competência jurisdicional do Estado *brasileiro*".

Na doutrina constitucional argentina, BIDART CAMPOS e HELIO JUAN ZARINI consideram que não podem ser indultados os crimes previstos na própria Constituição, como o tráfico de pessoas ou delito de traição; o raciocínio é que os delitos sancionados pelo próprio poder constituinte não podem ser passíveis de modificação pelos poderes constituídos (ZARINI, *Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992, p. 689).

Na doutrina mais atual, HORACIO ROSATTI exclui da possibilidade de indulto também os crimes de "lesa humanidade", cuja persecução o Estado obrigou-se por compromissos internacionais (*Tratado de Derecho Constitucional*, tomo II, 2. ed., Buenos Aires, 2017, Rubinzal-Culzoni Editores, p. 393/394).

Assim, apesar de o indulto ser ato discricionário e privativo do Chefe do Poder Executivo, a quem compete definir os requisitos e a extensão desse verdadeiro *ato de clemência constitucional*, a partir de critérios de conveniência e oportunidade, não constitui ato imune ao absoluto respeito à Constituição Federal e é, excepcionalmente, passível de controle jurisdicional.

Esse exercício de hermenêutica, conforme tenho defendido academicamente ao comentar o artigo 5º, inciso XLIII, leva-nos à conclusão de que compete, privativamente, ao Presidente da República conceder indulto, desde que não haja proibição expressa ou implícita no próprio texto constitucional, como ocorre em relação aos crimes hediondos e assemelhados, para quem a própria Constituição Federal entendeu necessário o afastamento das espécies de *clemencia principis* (*Constituição do Brasil Interpretada*. 9. Ed. São Paulo: Atlas, 2003).

Portanto, em relação ao Decreto Presidencial de Indulto, será possível ao Poder Judiciário analisar somente a *constitucionalidade* da concessão da *clemencia 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

ADI 5874 / DF

aquela que entender como a melhor para o interesse público no âmbito da Justiça Criminal (GEORGES VEDEL. *Droit administratif*. Paris: Presses Universitaires de France, 1973. p. 318; MIGUEL SEABRA FAGUNDES. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 131).

A concessão de indulto, mesmo tendo caráter discricionário quanto ao mérito, está vinculada ao império constitucional, pois, como muito bem ressaltado por JACQUES CHEVALLIER, “o objetivo do Estado de Direito é limitar o poder do Estado pelo Direito” (*L’Etat de droit*. Paris: Montchrestien, 1992. p. 12).

O Estado de Direito exige a vinculação das autoridades ao Direito (KARL LARENZ. *Derecho justo: fundamentos de ética jurídica*. Tradução de Luis Díez-Picazo. Madri: Civitas, 1985. p. 154), e, portanto, o Presidente da República, ao editar o Decreto de Indulto, deve respeito às exigências constitucionais.

Assim como nos demais atos administrativos discricionários, como apontado por VEDEL, há a existência de um controle judicial mínimo, que deverá ser sob o ângulo de seus elementos, pois, embora possa haver competência do agente, é preciso, ainda, que os motivos correspondam aos fundamentos fáticos e jurídicos do ato, e o fim perseguido seja legal (GEORGES VEDEL. *Droit administratif*. Paris: Presses Universitaires de France, 1973. p. 320).

O Poder Judiciário deve exercer somente o juízo de verificação de exatidão do exercício de oportunidade perante a constitucionalidade do Decreto de Indulto.

A análise da constitucionalidade do Decreto de Indulto deverá, igualmente, verificar a realidade dos fatos e também a coerência lógica da decisão discricionária com os fatos. Se ausente a coerência, o indulto estará viciado por infringência ao ordenamento jurídico constitucional e, mais especificamente, ao princípio da proibição da arbitrariedade dos poderes públicos que impede o extravasamento dos limites razoáveis da discricionariedade, evitando que se converta em causa de decisões desprovidas de justificação fática e, conseqüentemente, arbitrárias

ADI 5874 / DF

(TOMAS-RAMON FERNÁNDEZ. *Arbitrariedad y discrecionalidad*. Madri: Civitas, 1991. p. 115).

A opção conveniente e oportuna para a edição do Decreto de Indulto deve ser feita legal e moralmente pelo Presidente da República, e somente sua constitucionalidade deve ser apreciada pelo Poder Judiciário, conforme teoria já consagrada em relação a todos os atos discricionários do Poder Público (RENÉ CHAPUS. *Droit administratif général* 6. ed. Paris: Montchrestien, 1992, t. 1, p. 775).

Esta SUPREMA CORTE tem o dever de analisar se as normas contidas no Decreto de Indulto, no exercício do caráter discricionário do Presidente da República, estão vinculadas ao império constitucional.

Nada mais do que isso!!!

Não é possível transferir a redação do indulto para o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, de maneira que, a cada nova edição pelo Presidente da República, a CORTE possa reanalisar o mérito do decreto e as legítimas opções realizadas.

Com o devido respeito às posições em contrário, não compete ao SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL reescrever o decreto de indulto, pois, ou o Presidente da República extrapolou o exercício de sua discricionariedade, e, conseqüentemente, a norma é inconstitucional; ou, entre as várias opções constitucionalmente lícitas, o Presidente da República escolheu validamente uma delas, e, conseqüentemente, esta opção válida não poderá ser substituída por uma escolha discricionária do Poder Judiciário, mesmo que possa parecer melhor, mais técnica ou mais justa.

Ao Poder Judiciário também se impõe o Império da Constituição Federal.

A interpretação judicial deve estar lastreada na Constituição, pois não há e não pode existir, como lembra ROSCOE POUND, poder sem limites, nem mesmo do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, uma vez que,

“a democracia não permite que seus agentes disponham de poder absoluto e sejam, como os imperadores romanos orientais, isentos das leis. Uma geração que esteja disposta a

ADI 5874 / DF

abandonar a herança jurídica dos americanos para estabelecer regime absoluto de certa maioria verificada afinal que está sob o domínio absoluto do chefe da maioria" (*Liberdade e garantias constitucionais*. Ibrasa: São Paulo, 1976, p. 83).

Essa limitação independe de se tratar de qualquer dos três ramos de poder do Estado; repito: inclusive do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL; a quem, não tenho dúvidas, compete o controle dos abusos, mas não o poder de reeditar o indulto, em substituição ao Chefe do Poder Executivo.

Importante, nesse aspecto, lembrar o célebre ensinamento de MONTESQUIEU: "*quando o poder de julgar se une ao de legislar, a vida e a liberdade do súdito ficam expostas a controle arbitrário, pois o juiz poderia agir com toda a violência de um opressor*".

O decreto presidencial de indulto não pode inconstitucionalmente extrapolar sua discricionariedade, assim como o Poder Judiciário não possui legitimidade para substituir opções válidas do Chefe do Executivo, por aquelas que entende mais benéficas, eficientes ou Justas.

São sábias as palavras do JUSTICE STONE, da Suprema Corte norte-americana, quando afirmou: "*embora o exercício inconstitucional do poder pelos ramos executivo e legislativo do governo esteja sujeito a revisão judicial, único controle sobre nosso próprio exercício do poder é nosso senso de auto coibição*" (297 US 1 1937), pois, apesar de existirem problemas relacionados com a supremacia judicial, ocasionalmente os juízes precisam ser lembrados, como o fez o referido magistrado no caso *Estados Unidos versus Burle* (1936), de que "*os tribunais não são único órgão do governo que se deve presumir ter capacidade para governar*".

Conforme salientam os professores ingleses GARY SLAPPER e DAVID KELLY, o reexame judicial é um exercício delicado e necessariamente traz o Judiciário para a arena política, usando a palavra política em seu sentido amplo e apartidário, exigindo extremo equilíbrio e ponderação, como na presente hipótese, para garantir o próprio equilíbrio entre os poderes da República, pois, como destacado pelo antigo juiz decano da Câmara dos Lordes, LORD BINGHAM, de Cornhill, em novembro de 2006,

ADI 5874 / DF

“inovação excessiva e aventura judiciais devem ser evitadas. Sem negar o valor ou a legitimidade do desenvolvimento judicial do direito, levado a extremos, tal criatividade judicial pode ela mesma destruir o estado de direito” (GARY SLAPPER, DAVID KELLY. *O sistema jurídico inglês*. Forense: Rio de Janeiro, 2011. p. 24).

Em sua tradicional obra *“Liberdade e garantias constitucionais”*, ROSCOE POUND discute a grande problemática da interpretação de o direito basear-se tão somente em uma suposta moralidade de época em questão, pois podemos afirmar que nem tudo que é imoral em determinada época pode ser considerado automaticamente ilegal, sem o devido processo legal, e salientou que, juntamente com a declaração de direitos, a separação dos poderes é essencial para a caracterização da liberdade (Ibrasa: São Paulo, 1976, p 70-71).

Em outras palavras, a CORTE pode não concordar com a própria existência do instituto do indulto coletivo, ou mesmo, com um ou alguns requisitos estabelecidos pelo Presidente da República, por entendê-los ineficientes ou injustos, mas, sem a existência de dispositivo inconstitucional, a CORTE não deverá desrespeitar a distribuição de poderes governamentais realizada pelo legislador constituinte, como bem lembrado pelo JUSTICE BRANDEIS, *“a convenção de 1787 adotou a doutrina da separação dos poderes não com o fito de promover eficiência, mas para evitar o exercício do poder arbitrário. O objetivo não é evitar atrito, mas garantir o povo contra a autocracia por meio do atrito inevitável resultante da distribuição dos poderes governamentais entre três departamentos”*, impedir a autocracia de qualquer dos poderes, inclusive do próprio Judiciário, pois a possibilidade de controlar os atos dos que manejam o poder governamental deve ser razoável, não arbitrária e desarrazoada, como exigência legal que se torna efetiva no curso dos processos ordinários nos tribunais, tendo sido uma das principais garantias que contribui para a permanência do equilíbrio democrático com o constitucionalismo (Conferir: ROSCOE POUND, *Liberdade e garantias constitucionais*. Ibrasa:

ADI 5874 / DF

São Paulo, 1976, p. 72-79).

Obviamente, ninguém ousa mais afirmar hoje que o juiz é apenas “*a boca da lei*”, sem poder exercer sua essencial função de ampla revisão judicial, mas com a necessidade de expressar suas limitações, para que o Poder Judiciário não se transforme em “*pura legislação*”, inclusive derogatória de competências constitucionais expressas do Chefe do Poder Executivo. (FRANÇOIS RIGAUX. *A lei dos juízes*. Martins Fontes: 2003. p. 71).

Entendo que o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, assim como o faz o TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÃO, deve distinguir sua importantíssima missão de guardião e intérprete da Constituição Federal do denominado “*poder de apreciação*”, que reserva os subjetivismos inerentes à edição de atos normativos aos poderes competentes, como na presente hipótese, a Constituição Federal reserva o poder de indultar ao Executivo (FRANÇOIS RIGAUX. *A lei dos juízes*. Martins Fontes: 2003. p. 326/327).

Dessa maneira, ressalto as seguintes premissas anteriormente detalhadas:

(1) É competência discricionária do Presidente da República a definição dos requisitos e da extensão do *ato de clemência constitucional*, a partir de critérios de conveniência e oportunidade.

(2) O exercício do poder de indultar não fere a separação de poderes por supostamente esvaziar a política criminal estabelecida pelo legislador e aplicada pelo Judiciário, uma vez que foi previsto exatamente como mecanismo de freios e contrapesos para possibilitar um maior equilíbrio na Justiça Criminal, dentro da separação de poderes, que é uma das cláusulas pétreas de nossa Carta Magna (CF, art. 60, § 4º, III)

(3) O Decreto de Indulto não é um ato imune ao absoluto respeito à Constituição Federal e, conseqüentemente, torna-se passível de controle jurisdicional para apuração de eventuais inconstitucionalidades, cujos limites estabelecidos nos

ADI 5874 / DF

artigos 2º e 60, §4º, III da CF, ao definir a separação de poderes, impedem a transformação do Poder Judiciário em “*pura legislação*”, derogando competências constitucionais expressas do Chefe do Poder Executivo e substituindo legítimas opções pelas suas.

Conseqüentemente:

Em relação ao artigo 8º, a partir das premissas analisadas, não há nenhuma inconstitucionalidade nessa legítima opção do Poder Executivo. O indulto não se direciona somente às penas privativas de liberdade, mas sim ao afastamento das sanções impostas pela condenação judicial. Não haveria sentido em se poder perdoar os crimes mais graves, apenados com restrição à liberdade, e impedir a clemência aos delitos mais leves, apenados com penas restritivas de direitos.

Igualmente, é constitucional o **artigo 10**, pois a possibilidade de indulto ou comutação de pena alcançarem a pena de multa aplicada cumulativamente é tradicional em nosso ordenamento jurídico e, igualmente, independentemente de concordarmos ou não com a opção discricionária do Presidente da República, não é possível entendermos que se trata de uma inconstitucionalidade. Com relação à pena de multa, PONTES DE MIRANDA não só admite o indulto, como também entende que “se o decreto não exclui a pena pecuniária, entende-se que também a perdoou” (*Comentários à Constituição de 1946*, tomo III, Rio de Janeiro, Borsoi, 3. ed., 1960, p. 119).

Da mesma maneira, em relação ao **artigo 11**, a Constituição Federal não limita o momento em que o Presidente da República pode conceder o indulto, sendo possível isentar o autor de punibilidade, mesmo antes de qualquer condenação criminal. Não está ausente a razoabilidade como pretende a Procuradoria-Geral da República. Ressalto que estranha interpretação seria aquela que permitisse ao Ministério Público afastar a punibilidade penal, por meio de delação premiada, antes de qualquer condenação criminal ou constatação e verificação de eficácia; e proibisse o Presidente da República, com base em competência expressa, histórica e tradicional do constitucionalismo brasileiro, de aplicar o indulto *ab initio*.

ADI 5874 / DF

Não se trata de novidade no direito brasileiro, conforme foi demonstrado anteriormente.

Da mesma maneira, os requisitos previstos nos artigos 1º, inciso I e 2º, §1º, do Decreto de Indulto encontram-se na órbita de discricionariedade do Chefe do Poder Executivo, não havendo, portanto, qualquer inconstitucionalidade, pois não se vislumbrou abuso no direito de legislar ou desvio de finalidade.

Por fim, analiso a questão da exclusão do âmbito de incidência deste Decreto aos crimes de corrupção *lato sensu* e lavagem de dinheiro.

O aperfeiçoamento do combate à corrupção no serviço público foi uma grande preocupação do legislador constituinte, ao estabelecer, no art. 37 da Constituição Federal, verdadeiros códigos de conduta à Administração Pública e aos seus agentes, prevendo, inclusive, pela primeira vez no texto constitucional, a possibilidade de responsabilização e aplicação de graves sanções pela prática de atos de improbidade administrativa (art. 37, § 4º, da CF).

A Constituição de 1988 privilegiou o combate à improbidade administrativa, para evitar que os agentes públicos atuem em detrimento do Estado, pois, como já salientava PLATÃO, na clássica obra *REPÚBLICA*, a punição e o afastamento da vida pública dos agentes corruptos pretendem fixar uma regra proibitiva para que os servidores públicos não se deixem "*induzir por preço nenhum a agir em detrimento dos interesses do Estado*".

Não há dúvidas de que a corrupção é a negativa do Estado Constitucional e seus reflexos são sentidos por toda a coletividade, que tem por missão a manutenção da retidão e da honestidade na conduta dos negócios públicos, pois a corrupção não só desvia os recursos necessários para a efetiva e eficiente prestação dos serviços públicos, como também corrói os pilares do Estado de Direito e contamina a necessária legitimidade dos detentores de cargos públicos, vital para a preservação da Democracia representativa, pois, como afirmado por MARCO TÚLIO CÍCERO (*Manual do candidato às eleições*):

“fazem muito mal à República os políticos corruptos, pois

ADI 5874 / DF

não apenas se impregnam de vícios eles mesmos, mas os infundem na sociedade, e não apenas a prejudicam por se corromperem, mas também porque a corrompem, e são mais nocivos pelo exemplo do que pelo crime (As leis, III, XIV, 32).”

O combate à corrupção, à ilegalidade e à imoralidade no seio do Poder Público, com graves reflexos na carência de recursos para implementação de políticas públicas de qualidade, deve ser prioridade absoluta no âmbito de todos os órgãos constitucionalmente institucionalizados.

Porém, o texto constitucional não instituiu os delitos relacionados à corrupção como insuscetíveis de graça ou indulto; tampouco, até o presente momento, o Congresso Nacional classificou-os como *crimes hediondos*, o que, conseqüentemente, impediria a *clemência soberana*.

É possível discordar da opção feita pelo Presidente da República, porém entendo não ser possível afastá-la com base em superficial interpretação principiológica, sem afetar toda a estrutura da Separação de Poderes e do próprio Direito Penal, que baseia a gravidade do crime em sua sanção e no regime de cumprimento de pena, e não nas pessoas condenadas.

Da mesma maneira, não é possível negar a aplicação do Decreto de indulto aos crimes relacionados à corrupção *lato sensu* e lavagem de dinheiro, excluindo-os de sua incidência sob a alegação de ausência de razoabilidade.

Na presente hipótese, não houve desrespeito ao *princípio da razoabilidade*, uma vez que não se vislumbra o desrespeito às necessárias proporcionalidade, justiça e adequação entre o exposto mandamento constitucional (artigos 5º, XLIII, e 84, XII, da Constituição Federal) e o decreto de indulto; e, conseqüentemente, não há inconstitucionalidade da norma, pois, como salientado por AUGUSTIN GORDILLO (*Princípios gerais do direito público*. São Paulo: RT, 1977, p. 183), a atuação do Poder Público será sempre legítima, quando apresentar racionalidade, ou ainda, no dizer de ROBERTO DROMI (*Derecho administrativo*. 6. Ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1997, p. 36), a razoabilidade engloba a

ADI 5874 / DF

prudência, a proporção, a indiscriminação à proteção, a proporcionalidade, a causalidade, em suma, a não arbitrariedade perante o texto constitucional.

Ressalte-se que a própria Procuradoria-Geral da República, autora da presente ação, apesar de pretender obter a negativa do exercício de uma legítima e expressa competência constitucional ao Chefe do Poder Executivo por afronta à razoabilidade e necessidade de combate à corrupção, editou, no Conselho Nacional do Ministério Público, a possibilidade de acordos de não persecução penal – não se trata de acordos de colaboração premiada – para os mesmos delitos de corrupção *lato sensu* e de lavagem de dinheiro analisados na presente ADI.

O artigo 18 da Resolução nº 181, de 7 de agosto de 2017, expressamente permite ao Ministério Público, não sendo caso de arquivamento, “*propor ao investigado acordo de não persecução penal quando, cominada pena mínima inferior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça a pessoa*”.

O Conselho Nacional do Ministério Público, sem expressa previsão constitucional ou legal, passou a admitir que, *discricionariamente*, o titular da ação penal – por opção de política criminal da Instituição – possa deixar de promover a ação penal, mesmo não sendo caso de arquivamento, nos crimes de corrupção *lato sensu*, organização criminosa e lavagem de dinheiro; todos tipos penais com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos. Não guarda coerência lógica que a mesma Procuradoria-Geral da República, mesmo sem expressa previsão constitucional ou legal, se permita, *discricionariamente*, deixar de promover a devida ação penal por crimes de corrupção *lato sensu*, organização criminosa e lavagem de dinheiro, e pretenda – na presente ADI – retirar essa possibilidade do Presidente da República, que foi expressamente prevista no artigo 84, XII, da Constituição Federal pelo legislador constituinte originário.

Diante de todo o exposto, **DECLARO CONSTITUCIONAL O DECRETO 9.246/2017 e JULGO IMPROCEDENTE A PRESENTE AÇÃO.**

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.874

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. ROBERTO BARROSO

REQTE.(S) : PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA

INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

ADV.(A/S) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ADV.(A/S) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
(00000/DF)

AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ADV.(A/S) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS

AM. CURIAE. : GAETS - GRUPO DE ATUAÇÃO DA ESTRATÉGICA DA
DEFENSORIA PÚBLICA NOS TRIBUNAIS SUPERIORES

ADV.(A/S) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS - AMB

ADV.(A/S) : ALBERTO PAVIE RIBEIRO (07077DF/DF) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS - IBCCRIM

ADV.(A/S) : MAURÍCIO STEGEMANN DIETER (40855/PR) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : INSTITUTO DE GARANTIAS PENAIS - IGP

ADV.(A/S) : RODRIGO DE BITTENCOURT MUDROVITSCH (4708/AC, 26966/DF,
18407/A/MT, 56927/PR, 212740/RJ, 5536/RO, 396605/SP)

ADV.(A/S) : GUSTAVO TEIXEIRA GONET BRANCO (42990/DF)

ADV.(A/S) : FELIPE FERNANDES DE CARVALHO (00044869/DF)

AM. CURIAE. : CONECTAS DIREITOS HUMANOS

ADV.(A/S) : MARCOS ROBERTO FUCHS (101663/SP) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO
PÚBLICO - CONAMP

ADV.(A/S) : ARISTIDES JUNQUEIRA ALVARENGA (0012500/DF) E
OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA - MÁRCIO
THOMAZ BASTOS (IDDD)

ADV.(A/S) : DOMITILA KOHLER (207669/SP) E OUTRO(A/S)

Decisão: Após a leitura do relatório e a realização das sustentações orais, o julgamento foi suspenso. Falaram: pela requerente, a Dra. Raquel Elias Ferreira Dodge, Procuradora-Geral da República; pelo *amicus curie* Associação dos Magistrados Brasileiros - AMB, o Dr. Alberto Pavie Ribeiro; pelo *amicus curie* Defensoria Pública da União, o Dr. Gabriel Faria Oliveira, Defensor Público-Geral Federal; pelo *amicus curie* Defensoria Pública Geral do Estado do Rio De Janeiro, o Dr. Pedro Paulo Lourival Carriello, Defensor Público do Estado; pelo *amicus curie* Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais, a Dra. Alessa Pagan Veiga, Defensora Pública do Estado; pelo *amicus curie* Instituto

Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM, o Dr. Maurício Stegemann Dieter; pelo *amicus curiae* Instituto de Garantias Penais - IGP, o Dr. Marcelo Turbay Freiria; e, pelo *amicus curiae* Instituto de Defesa do Direito de Defesa - Márcio Thomaz Bastos - IDDD, o Dr. Fábio Tofic Simantob. Não participou, justificadamente, deste julgamento, a Ministra Rosa Weber. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 21.11.2018.

Decisão: Após o voto do Ministro Roberto Barroso, Relator, que julgava parcialmente procedente a ação direta, e do voto do Ministro Alexandre de Moraes, que a julgava improcedente, o julgamento foi suspenso. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 28.11.2018.

Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Procuradora-Geral da República, Dra. Raquel Elias Ferreira Dodge, e Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Luciano Mariz Maia.

Assessora-Chefe do Plenário, Carmen Lilian Oliveira de Souza.

29/11/2018

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.874 DISTRITO FEDERAL**ANTECIPAÇÃO AO VOTO**

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Senhor Presidente, eminentes Pares, Senhora Procuradora-Geral da República, Senhoras e Senhores Advogados, de modo especial os que neste feito de ação direta de inconstitucionalidade aqui se pronunciaram.

Principio saudando, Senhor Presidente, os eminentes Ministros que me antecederam na votação e discussão desta relevante matéria, de um modo especial, o eminente Ministro Luís Roberto Barroso, Relator desta ação direta de inconstitucionalidade, e também, de modo não menos especial, a divergência que foi suscitada pelo eminente Ministro Alexandre de Moraes.

Vou proferir o voto que tenho, Senhor Presidente, mas me permito principiar expressando a percepção em face da qual nós já temos, por assim dizer, expostas duas conclusões que, em maior ou menor grau, suscitarão a adoção de um ou de outro caminho. E cada uma dessas conclusões tem em si um conjunto de premissas e fundamentos, quer a percepção trazida por Sua Excelência o eminente Ministro-Relator, quer aquela que foi trazida à colação pela divergência, contém um conjunto de premissas e fundamentos em relação aos quais, estejamos ou não inteiramente de acordo, não creio que haverá dissonância em, ao final, subscrever uma ou outra dessas percepções, até porque, também na visão que tenho, que não é nenhuma tentativa de redução da complexidade desse tema, creio que são duas, fundamentalmente, as questões aqui a serem respondidas. A primeira, a de saber se o poder atribuído constitucionalmente ao Presidente da República para indultar e comutar pena é um poder que sofre ou pode sofrer uma determinada limitação e, portanto, a modo de se exigir a implementação de um dever de motivação. E, se a resposta a essa pergunta for afirmativa, a segunda que se coloca é a de saber se o Poder Judiciário, nomeadamente o Supremo Tribunal Federal, pode, à falta de compreender existente o dever de motivação, adentrar, pela relação republicana de freios e contrapesos, a

ADI 5874 / DF

esse campo e estabelecer esse limite. Ao fim e ao cabo, parece-me que são essas as duas questões postas.

E, para respondê-las, eu volto a lembrar, muito brevemente, pois os aspectos gerais já foram lançados no relatório e voto de Sua Excelência o eminente Ministro-Relator, mas rememoro que o objeto desta ação direta de inconstitucionalidade trata de pedido da eminente Procuradora-Geral da República, destinado a este Tribunal a fim de que seja reconhecida, segundo sustenta o Ministério Público, a inconstitucionalidade do inc. I do art. 1º e do inc. I do § 2º do art. 2º, portanto, dos dois primeiros artigos, e também dos arts. 8º, 10 e 11, todos do Decreto 9.246, de 21 de dezembro de 2017. Escuso-me de reproduzir os dispositivos impugnados porque foram exaustivamente referidos na sessão de ontem e, inclusive, aqui por amor à síntese.

Os argumentos fundamentais da Procuradoria são de que o indulto é ato discricionário e privativo do Presidente da República e tem finalidade humanitária. Nada obstante essas três características, a inicial desta ação direta de inconstitucionalidade argumenta que esse decreto impugnado transcende à discricionariedade. Chega mesmo a afirmar que há nele um ato de natureza arbitrária, porque se eximiu de punir, ou de deixar que a punição se levasse a efeito, a quem deveria cumprir, ao menos, a pena minimamente cominada ao crime.

A finalidade do instituto, segundo a Procuradoria-Geral da República, é invocada, primeiro, para justificar que a fundamentação deveria ser coerente com a teleologia do indulto. Segundo, de acordo com a PGR, não é possível indultar as penas alternativas, porque essas penas não teriam - estou usando aqui a expressão utilizada entre aspas - "clamor humanitário". Em terceiro lugar, é inconstitucional que o indulto paralise processos, o que abrange os crimes de tortura, terrorismo ou os crimes hediondos.

Portanto, o cerne do argumento dessa petição inicial é o de que, ao extrapolar sua finalidade, o indulto teria violado a separação dos poderes. E a ofensa seria ainda mais grave, porque o indulto atingiria crimes cuja punibilidade seria relevante para o atual contexto político e histórico da

ADI 5874 / DF

sociedade brasileira.

A defesa do ato que foi feita nos autos pela Presidência da República, diversamente, como se percebeu na sessão de ontem - estou apenas a resumir -, sustenta, em sentido contrário àquele trazido pelo Ministério Público, que o indulto é um ato discricionário e privativo do Chefe do Poder Executivo e que apenas ao Presidente da República assiste a competência para definir a extensão do benefício. Portanto, nessa ordem de ideias aqui, haveria um encontro desse argumento com a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal. Alega, ainda, a Presidência da República, que, ante a previsão expressa do poder de indulto, não se poderia falar em ofensa à separação de poderes.

A cautelar que foi concedida originalmente pela Presidência deste Supremo Tribunal Federal foi confirmada nos termos que restaram prolatados por Sua Excelência o eminente Ministro-Relator, que trouxe à colação, quer na liminar, quer em seu voto de ontem, como ponto de partida, precisamente a dimensão teleológica do instituto, para reconhecer que o indulto deve se limitar à conformação da política criminal, que deve ser racional e se abster de proteger insuficientemente os bens constitucionais.

Esta é a síntese que faço, Senhor Presidente, do debate até agora levado a efeito. E aqui começo, em função dessa síntese, a responder às duas perguntas que, em meu modo de ver, demandam resposta para a compreensão e conclusão dessa matéria, cingindo-me, como não poderia deixar de ser - e como todos, obviamente, estamos a fazer - a um exame exclusivamente da ordem jurídico-normativa do tema.

29/11/2018

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.874 DISTRITO FEDERAL

VOTO - VOGAL

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN: Acolho o bem lançado relatório proferido pelo e. Ministro Roberto Barroso.

Apenas para rememorar o objeto desta ação direta, trata-se de pedido para que este Tribunal reconheça a inconstitucionalidade do inciso I do art. 1º, do inciso I do § 1º do art. 2º e dos arts. 8º, 10 e 11 todos do Decreto n. 9.246, de 21 de dezembro de 2017. Os dispositivos têm o seguinte teor:

“Art. 1º O indulto natalino coletivo será concedido às pessoas nacionais e estrangeiras que, até 25 de dezembro de 2017, tenham cumprido:

I - um quinto da pena, se não reincidentes, e um terço da pena, se reincidentes, nos crimes praticados sem grave ameaça ou violência a pessoa;

Art. 2º O tempo de cumprimento das penas previstas no art. 1º será reduzido para a pessoa:

(...)

§ 1º A redução de que trata o **caput** será de:

I - um sexto da pena, se não reincidente, e um quarto da pena, se reincidente, nas hipóteses previstas no inciso I do **caput** do art. 1º;

(...)

Art. 8º Os requisitos para a concessão do indulto natalino e da comutação de pena de que trata este Decreto são aplicáveis à pessoa que:

I - teve a pena privativa de liberdade substituída por restritiva de direitos;

II - esteja cumprindo a pena em regime aberto;

III - tenha sido beneficiada com a suspensão condicional do processo; ou

ADI 5874 / DF

IV - esteja em livramento condicional.

(...)

Art. 10. O indulto ou a comutação de pena alcançam a pena de multa aplicada cumulativamente, ainda que haja inadimplência ou inscrição de débitos na Dívida Ativa da União, observados os valores estabelecidos em ato do Ministro de Estado da Fazenda.

Parágrafo único. O indulto será concedido independentemente do pagamento:

I - do valor multa, aplicada de forma isolada ou cumulativamente; ou

II - do valor de condenação pecuniária de qualquer natureza.

Art. 11. O indulto natalino e a comutação de pena de que trata este Decreto são cabíveis, ainda que:

I - a sentença tenha transitado em julgado para a acusação, sem prejuízo do julgamento de recurso da defesa em instância superior;

II - haja recurso da acusação de qualquer natureza após a apreciação em segunda instância;

III - a pessoa condenada responda a outro processo criminal sem decisão condenatória em segunda instância, mesmo que tenha por objeto os crimes a que se refere o art. 3º; ou

IV - a guia de recolhimento não tenha sido expedida.”

A PGR reconhece que o indulto é ato discricionário e privativo do Presidente da República e tem finalidade humanitária, mas argumenta que o Decreto impugnado é arbitrário, porquanto eximiu de punição quem deveria cumprir ao menos a pena minimamente cominada ao crime. A finalidade do instituto é invocada para justificar (i) que a fundamentação deveria ser congruente com a teleologia do indulto; (ii) que não é possível indultar as penas alternativas, porquanto não tem “clamor humanitário”; e (iii) que é inconstitucional que o indulto paralise processos ou que abranja os crimes de tortura, terrorismo ou hediondos.

ADI 5874 / DF

O cerne do argumento da inicial é o de que, ao extrapolar sua finalidade, o indulto teria violado a separação dos poderes. A ofensa seria ainda mais grave porque o indulto atingiria crimes cuja punibilidade seria relevante para o atual contexto político e histórico da sociedade brasileira.

A defesa do ato, feita pela Presidência da República, sustenta que o “indulto é ato discricionário e privativo do Chefe do Poder Executivo” e que apenas a ele assiste a competência para definir a extensão do benefício, entendimento que contaria com o respaldo da jurisprudência da Corte. Alega-se, ainda, que, ante a previsão expressa do poder de indulto, não se poderia falar em ofensa à separação de poderes. Por fim, defendeu a Presidência a adequação do Decreto ao princípio da proporcionalidade.

A cautelar, concedida originalmente pela Presidência deste Tribunal nos termos em que requerida, foi confirmada pelo Relator para os seguintes fins:

“(i) suspender do âmbito de incidência do Decreto nº 9.246/2017 os crimes de peculato, concussão, corrupção passiva, corrupção ativa, tráfico de influência, os praticados contra o sistema financeiro nacional, os previstos na Lei de Licitações, os crimes de lavagem de dinheiro e ocultação de bens, os previstos na Lei de Organizações Criminosas e a associação criminosa, nos termos originalmente propostos pelo CNPCP, tendo em vista que o elastecimento imotivado do indulto para abranger essas hipóteses viola de maneira objetiva o princípio da moralidade, bem como descumpre os deveres de proteção do Estado a valores e bens jurídicos constitucionais que dependem da efetividade mínima do sistema penal;

(ii) determinar que, nas hipóteses previstas no inciso I do art. 1º do Decreto nº 9.246/2017, o indulto depende do cumprimento mínimo de 1/3 da pena e só se aplica aos casos em que a condenação não for superior a oito anos, balizas que condicionam a interpretação do inciso I do §1º do art. 2º do Decreto nº 9.246/2017;

(iii) suspender o art. 10 do Decreto nº 9.246/2017, que trata

ADI 5874 / DF

do indulto da multa, por violação ao princípio da moralidade, ao princípio da separação dos Poderes e desviar-se das finalidades do instituto do indulto, ressalvadas as hipóteses de (a) extrema carência material do apenado (que nem sequer tenha tido condições de firmar compromisso de parcelamento do débito, na forma da legislação de regência); ou (b) de valor da multa inferior ao mínimo fixado em ato do Ministro da Fazenda para a inscrição de débitos em Dívida Ativa da União (atualmente disposto inciso I do art. 1º da Portaria nº 75, de 22.03.2012, do Ministro da Fazenda);

(iv) suspender o art. 8º, I e III, do Decreto nº 9.246/2017, que estabelecem a aplicabilidade do indulto àqueles que tiveram a pena privativa de liberdade substituída por restritiva de direitos e aos beneficiados pela suspensão condicional do processo, em razão da incompatibilidade com os fins constitucionais do indulto e por violação ao princípio da separação dos Poderes;

(v) suspender o art. 11, II, do Decreto nº 9.246/2017, por conceder indulto na pendência de recurso da acusação e antes, portanto, da fixação final da pena, em violação do princípio da razoabilidade e da separação dos Poderes.”

Ao justificar essas conclusões, o e. Relator partiu da teleologia do instituto para reconhecer que o indulto deve limitar-se à conformação da política criminal, deve ser racional e deve abster-se de proteger insuficientemente os bens constitucionais.

Era, em síntese, o que tinha a lembrar.

Assento, desde já, que estou de acordo com o voto proferido pelo e. Ministro Roberto Barroso. Faço apenas três observações em relação à fundamentação que entendo pertinentes para justificar as razões que me levam a acompanhá-lo. A primeira é a de que há um limite mais rígido para o indulto de crimes contra a administração. A segunda é a de que não é possível estender o indulto para os casos em que não tenha havido trânsito em julgado da sentença condenatória. Finalmente a última é a de que não cabe indulto para penas acessórias.

ADI 5874 / DF

O poder de indultar e comutar as penas, sempre presente na experiência constitucional brasileira, está atualmente previsto no art. 84, XII, da CRFB.

Embora não haja uma regulamentação constitucional sobre o alcance desse relevante poder presidencial, esse não é um poder ilimitado. É próprio da Constituição republicana que os poderes públicos sejam limitados, como a conhecida expressão *checks and balances* está a indicar.

Nesse ponto, é possível reconhecer, de plano, que há, atualmente, restrições que impõem ao Presidente um dever de motivação do qual, como registrou o relator, não se desfez *in casu*.

Por meio do Decreto n. 5.687, de 31 de janeiro de 2006, promulgou-se a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção. Esse tratado prevê, em seu Artigo 30, 5, que “cada Estado Parte terá em conta a gravidade dos delitos pertinentes ao considerar a eventualidade de conceder a liberdade antecipada ou a liberdade condicional a pessoas que tenham sido declaradas culpadas desses delitos”.

Conquanto esse dispositivo não tenha sido regulamentado pelo Congresso Nacional, é certo que sua eventual regulamentação deverá contar com a efetiva participação da sociedade civil para a tomada de decisões (Artigo 13, 1, “a”) e, possivelmente, com a participação do Ministério Público. A transparência com que essas avaliações devem ser feitas desautoriza concluir pela legitimidade da concessão de indulto sem que haja justificativa para tanto.

Invocar esse dispositivo da Convenção é relevante não para que a inconstitucionalidade arguida seja a partir dela examinada, mas para reconhecer na Convenção uma explicitação do vínculo republicano constante da Carta entre a proteção a direitos fundamentais e o combate à corrupção. Como bem expôs a Profa. Anne Peters, do Max Planck Institute em Heidelberg:

“O nexu entre corrupção e direitos humanos é de relevância prática – mas não seria também trivial em termos doutrinários? Corrupção significa que decisões administrativas e políticas pelas agências de governo são compradas ao invés

ADI 5874 / DF

de tomas com base no devido processo legal originalmente concebido para lhes dar origem. A corrupção segue de forma não oficial as leis do mercado e são, portanto, a contornam o Estado de Direito. Porque a corrupção é a antítese do Estado de Direito, e porque o Estado de Direito é a condição necessária para o respeito aos direitos humanos, a corrupção – num sentido bastante geral – constitui a negação da ideia de direitos humanos. Por isso, não há apenas umnexo, mas uma quase tautologia”.

(PETERS, Anne. Corruption as a Violation of International Human Rights (05.07.2016). Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law. Research Paper n. 2016-18, p. 8-9, tradução livre).

Noutras palavras, abrandar, por qualquer forma, as penalidades impostas às pessoas acusadas desse crime deve pautar-se por critérios ainda mais rígidos e procedimentalmente complexos para que sejam considerados compatíveis com o Estado Democrático de Direito.

Porque sobre o esse ponto, o Decreto não cumpriu essa exigência, é necessário reconhecer, como bem apontou o Relator, que não se lhe pode aplicar aos crimes de peculato, concussão, corrupção passiva, corrupção ativa, tráfico de influência, os praticados contra o sistema financeiro nacional, os previstos na Lei de Licitações, os crimes de lavagem de dinheiro e ocultação de bens, os previstos na Lei de Organizações Criminosas e a associação criminosa.

Quanto às demais alegações, o busílis do presente caso reside na ausência de uma minudente regulamentação constitucional do instituto, o que sinaliza uma dificuldade para depreender a teleologia do indulto a partir da Constituição. Sem embargo, é à luz do texto que se deve buscar diretrizes de interpretação. Relativamente ao objeto desta ação direta, é possível indicar dois caminhos de interpretação, os quais, em conjunto, abonam a tese defendida pelo Relator.

Uma primeira aproximação poderia ser feita à luz do próprio texto constitucional. A partir dele, é possível reconhecer que o indulto não pode ter incidência sobre as condenações ainda não transitadas em

ADI 5874 / DF

julgado.

No art. 84, XII, a referência feita pela Constituição é ao poder de “conceder indulto e comutar as penas”. Esse sintagma é substancialmente idêntico ao que primeiro previu a Constituição Republicana de 1891, segundo a qual competia ao Presidente “indultar e comutar as penas” e foi posteriormente repetido nas demais constituições.

A novidade da formulação não está em relação à Constituição de 1988, mas à Imperial, que atribuía ao Poder Moderador a capacidade de perdoar as penas sobre “os réus condenados por sentença” (art. 101, VIII).

A alteração pelas constituições republicanas fez surgir um debate a fim de avaliar se era possível a concessão de indulto nos casos em que ainda não tinha se dado o trânsito em julgado da sentença penal. Noutras palavras, com a alteração dos termos em que se veicula o poder de indultar, surgiu uma dúvida consistente em saber se era ou não devida a manutenção da restrição, isto é, se o indulto dependia de uma sentença penal condenatória.

O Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do HC 22.760, em 28 de abril de 1928, entendeu que não. Resumindo o posicionamento da maioria dos Ministros, Bento de Faria, em seu Código de Processo Penal, afirmou que:

“O poder de clemência atribuído ao Chefe do Governo pode ainda se exercitar por meio do – indulto, ato de natureza administrativa concessivo do perdão ou comutação de quaisquer penas.

Ao contrário da – graça – é essencialmente coletivo e impessoal.

Em regra, tem por objeto a penalidade já imposta, mas nada impede seja aplicado com o efeito de impedi-la, contanto que exista iniciada a ação penal”.

(BENTO DE FARIA. Código de Processo Penal. Vol. III. Rio de Janeiro: Record Editora, 1960, p. 74).

À luz dessa orientação, foram editados decretos de indulto que

ADI 5874 / DF

agraciavam os que estivessem a responder por processo criminal, sem que houvesse o trânsito em julgado ou mesmo condenação. Um primeiro exemplo dessa orientação é o que consta do Decreto 24.351, de 6 de julho de 1934, em seu art. 3º (“São indultados do mesmo modo todos os que estejam respondendo a processo por qualquer dos crimes e contravenções referidos no art. 1º, devendo requerer ao juiz competente a extinção da ação penal, provando”).

Mais recentemente, dispositivo semelhante ao que é impugnado na presente ação direta consta também do art. 5º do Decreto 7.873/2012; do art. 5º do Decreto 7.648/2011; do art. 5º do Decreto 7.420/2010; do art. 5º do Decreto 7.046/2009. Em todos esses casos, assim como na interpretação que se consolidou há muito no Supremo Tribunal Federal, não se condicionou a concessão do indulto à condenação definitiva.

À primeira vista, pode parecer ser possível que a interpretação do Decreto impugnado nesta ação direta vai ao encontro da série histórica e da interpretação do próprio texto constitucional.

Ocorre, no entanto, que o indulto deve ser interpretado à luz do que dispõe o inciso XII em sua integralidade, ou seja, na possibilidade de se ouvir os “órgãos instituídos em lei”. Há aqui uma novidade em relação aos demais textos que obrigavam o Presidente a ouvir esses órgãos (na Constituição de 1946, *v.g.*, constava o sintagma “com audiência dos órgãos instituídos em lei”).

O procedimento para a oitiva dos órgãos competentes está previsto no Código de Processo Penal que, em seu art. 734 e seguintes, dispõe:

“Art. 734. A graça poderá ser provocada por petição do condenado, de qualquer pessoa do povo, do Conselho Penitenciário, ou do Ministério Público, ressalvada, entretanto, ao Presidente da República, a faculdade de concedê-la espontaneamente.

Art.735. A petição de graça, acompanhada dos documentos com que o impetrante a instruir, será remetida ao ministro da Justiça por intermédio do Conselho Penitenciário.

Art. 736. O Conselho Penitenciário, à vista dos autos do

ADI 5874 / DF

processo, e depois de ouvir o diretor do estabelecimento penal a que estiver recolhido o condenado, fará, em relatório, a narração do fato criminoso, examinará as provas, mencionará qualquer formalidade ou circunstância omitida na petição e exporá os antecedentes do condenado e seu procedimento depois de preso, opinando sobre o mérito do pedido.

Art. 737. Processada no Ministério da Justiça, com os documentos e o relatório do Conselho Penitenciário, a petição subirá a despacho do Presidente da República, a quem serão presentes os autos do processo ou a certidão de qualquer de suas peças, se ele o determinar.

Art. 738. Concedida a graça e junta aos autos cópia do decreto, o juiz declarará extinta a pena ou penas, ou ajustará a execução aos termos do decreto, no caso de redução ou comutação de pena.

Art. 739. O condenado poderá recusar a comutação da pena.

Art. 740. Os autos da petição de graça serão arquivados no Ministério da Justiça.

Art. 741. Se o réu for beneficiado por indulto, o juiz, de ofício ou a requerimento do interessado, do Ministério Público ou por iniciativa do Conselho Penitenciário, providenciará de acordo com o disposto no art. 738.

Art. 742. Concedida a anistia após transitar em julgado a sentença condenatória, o juiz, de ofício ou a requerimento do interessado, do Ministério Público ou por iniciativa do Conselho Penitenciário, declarará extinta a pena.”

Como se observa de sua leitura, o indulto refere-se exclusivamente à figura do condenado, não a quem responde a processo penal. É certo que o Código de Processo Penal foi editado sob a égide da Constituição de 1937, única, entre todas as constituições republicanas, que não previu o indulto.

Poder-se-ia alegar, assim, que o Código guarda aparente compatibilidade com essa Carta, mas seria contrário a todas as demais Constituições Republicanas.

ADI 5874 / DF

Ocorre, porém, que, posteriormente ao Código de Processo Penal, a Lei de Execução Penal veio a dispor sobre o mesmo procedimento em seu art. 187 e seguintes:

“Art. 187. Concedida a anistia, o Juiz, de ofício, a requerimento do interessado ou do Ministério Público, por proposta da autoridade administrativa ou do Conselho Penitenciário, declarará extinta a punibilidade.

Art. 188. O indulto individual poderá ser provocado por petição do condenado, por iniciativa do Ministério Público, do Conselho Penitenciário, ou da autoridade administrativa.

Art. 189. A petição do indulto, acompanhada dos documentos que a instruírem, será entregue ao Conselho Penitenciário, para a elaboração de parecer e posterior encaminhamento ao Ministério da Justiça.

Art. 190. O Conselho Penitenciário, à vista dos autos do processo e do prontuário, promoverá as diligências que entender necessárias e fará, em relatório, a narração do ilícito penal e dos fundamentos da sentença condenatória, a exposição dos antecedentes do condenado e do procedimento deste depois da prisão, emitindo seu parecer sobre o mérito do pedido e esclarecendo qualquer formalidade ou circunstâncias omitidas na petição.

Art. 191. Processada no Ministério da Justiça com documentos e o relatório do Conselho Penitenciário, a petição será submetida a despacho do Presidente da República, a quem serão presentes os autos do processo ou a certidão de qualquer de suas peças, se ele o determinar.

Art. 192. Concedido o indulto e anexada aos autos cópia do decreto, o Juiz declarará extinta a pena ou ajustará a execução aos termos do decreto, no caso de comutação.

Art. 193. Se o sentenciado for beneficiado por indulto coletivo, o Juiz, de ofício, a requerimento do interessado, do Ministério Público, ou por iniciativa do Conselho Penitenciário ou da autoridade administrativa, providenciará de acordo com o disposto no artigo anterior.”

ADI 5874 / DF

Como se depreende desse procedimento, adotado ao fundamento constitucional de que a lei pode estabelecer um rito próprio para limitar a prerrogativa presidencial, o indulto pressupõe uma pena definitivamente fixada para a acusação, porquanto é a um condenado que se dirige.

Albergando essa linha de entendimento, os decretos que se seguiram à Lei de Execuções Penais, como, por exemplo, o Decreto 90.570/84, previam que “o recurso da acusação, quando improvido, não impedirá a concessão do indulto” (art. 4º).

De fato, afigura-se incoerente submeter o indulto a um determinado rito, que define seu alcance, e, ao mesmo tempo, permitir que o Presidente disponha sobre o rito previamente fixado. Sem julgamento e sem condenação é inconcebível falar-se de perdão. Há, aqui, como bem apontou o e. Relator, ofensa à separação de poderes.

Um segundo elemento de interpretação decorre das decisões que este Supremo Tribunal Federal veio a tomar sobre os efeitos da pena quando da suspensão do processo. A partir deles, depreende-se uma teleologia do instituto do indulto que se afigura incompatível com a extensão para as penas acessórias, o livramento condicional e, bem assim, para a pena de multa.

Em diversos precedentes desta Corte, assentou-se a orientação segundo a qual o período de prova do *sursis* não é computado para fins de concessão do indulto, como se depreende, por exemplo, do HC 129.209, Rel. Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, DJe 11.12.2015.

É possível reconhecer, nesses precedentes, a teleologia do instituto do indulto, definido, pelo e. Min. Maurício Corrêa como um “instrumento de política criminal colocado à disposição do Estado para a reinserção e ressocialização dos condenados que a ele façam jus, segundo a conveniência e oportunidade das autoridades competentes” (ADI 2.795, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 20.06.2003).

Essa orientação encontra amparo nas antigas definições desse instituto. Hamilton, no Federalista 74, registrava que:

“Os princípios humanitários e uma prudente orientação

ADI 5874 / DF

conspiram para que a generosa prerrogativa de indultar não seja, dentro do possível dificultada. O Código Penal de cada país é tão severo que, sem recorrer às exceções em favor do infeliz condenado, a justiça reveste um aspecto sanguinário e cruel. Como o sendo de responsabilidade é sempre mais forte na medida em que ela não for repartida, pode-se inferir que um indivíduo, isoladamente, estará mais propenso a ceder à força dos argumentos em favor de uma mitigação do rigor da lei e menos apto a ceder a considerações destinadas a esconder um objetivo de vingança. A ideia de que o destino de um ser humano está dependendo unicamente de sua decisão naturalmente inspirará mais meticulosidade e maiores precauções; o receio de ser acusado de fraqueza ou conivência provocará cuidados semelhante, embora de natureza diferente. Por outro lado, como os homens em geral se tornam mais confiantes quando em grupo, muitas vezes se encorajam mutuamente para tomarem uma atitude obstinada, ficando menos temerosos de serem suspeitados ou censurados por uma precipitada ou exagerada clemência. Por estas razões, parece ser mais conveniente ser uma única pessoa e não um grupo o responsável pelo indulto”.

(HAMILTON, Alexander. O federalista. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell Editores, 2003, p. 451-452).

Rui Barbosa no Comentário ao art. 48, 6º, da Constituição de 1891, por sua vez, parece também ter acolhido a mesma ordem de preocupações:

“Nenhum poder mais augusto confiou a nossa lei fundamental ao Presidente do que o indulto. É a sua colaboração na justiça. Não se lhe deu, para se entregar ao arbitrio, para se desnaturar em actos de validismo, para contraria a justa expiação dos crimes.

Pelo contrário, é o meio, que se faculta ao critério do mais alto magistrado nacional, para emendar os erros judiciários,

ADI 5874 / DF

reparar as iniquidades da rigidez da lei, acudir aos arrependidos, relevando, commutando, reduzindo as penas, quando se mostrar que recaem sobre innocentes, exaggeram a severidade com os culados, ou torturam os que, regenerados, já não merecem o castigo, nem ameaçam com a reincidencia a sociedade. Todos os Chefes de Estado exercem essa funcção melindrosissima com o sentimento de uma grande responsabilidade, cercando-se de todas as cautelas, para não a converter em valhaoito dos máus e escandalo dos bons”.

A partir dessas ponderações seria possível reconhecer que o indulto destina-se a corrigir as iniquidades de um sistema penal, a fim de mitigar ou evitar o sofrimento do cárcere. Eis aí o caráter humanitário do indulto.

Ocorre, porém, que a multa é dívida de valor, conforme expressa dicção do art. 51 do Código Penal que proibiu sua conversão em detenção, em caso de inadimplemento. Caso se tenha em conta que a fixação da multa e a sua liquidez dependem de um trabalho complexo de política criminal, feita pelo Congresso Nacional e aplicada pelo Poder Judiciário, é, de fato, como bem consignou o Relator, contrário à teleologia do instituto permitir que o indulto recaia sobre quem, a rigor, está fora do sistema carcerário. Por isso, é, no ponto, inconstitucional o Decreto Presidencial.

Com essas considerações, acompanho integralmente o voto do e. Relator, para julgar procedente a presente ação direta.

É como voto.

29/11/2018

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.874 DISTRITO FEDERAL

VOTO

A Senhora Ministra Rosa Weber: 1. Como visto, trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, contra os arts. 1º, I; 2º, § 1º, I; 8º, 10 e 11 do Decreto nº 9.246/2017, editado pelo Presidente da República, que concedem indulto e comutação de penas.

2. A Procuradoria-Geral da República alega a inconstitucionalidade dos dispositivos impugnados, forte nos seguintes argumentos:

1) o art. 1º, I, do decreto impugnado, "que concede indulto natalino aos condenados que cumpriram apenas um quinto de suas penas, inclusive as penas restritivas de direito (...), viola os princípios constitucionais da separação dos Poderes, da individualização da pena, da vedação constitucional ao Poder Executivo para legislar sobre direito penal e de vedação da proteção insuficiente, porque promove punição desproporcional ao crime praticado, enseja percepção de impunidade e de insegurança jurídica, e desfaz a igualdade na distribuição da justiça";

2) "a inconstitucionalidade do §1º-I do art. 2º é decorrência do natural arrastamento produzido pela inconstitucionalidade do art. 1º-I, ao qual ele remete";

3) "repona que indultar genericamente um condenado com 20% (vinte por cento) da pena cumprida configura verdadeira atuação disfuncional em torno do instituto jurídico do indulto, porque é causa de proteção deficiente";

4) "as situações dos incisos artigo 8º são díspares (...), mas todas trazem em comum a marca de já serem oriundas de um prévio benefício a um possível infrator". Diante disso, afirma que "para além do duplo benefício, a ignorar os limites do Legislativo e a aplicação do Judiciário, o Decreto 9246/17, no que diz respeito ao art. 8º, revela-se gritantemente violador da vedação à proteção deficiente dos bens jurídicos, devendo ser afastada, ainda, particularmente, a previsão do inciso III, na

ADI 5874 / DF

medida em que nem mesmo haveria pena";

5) o art. 10 "segue a sina do art. 8º, mas com efeitos ainda mais graves, vez que promove renúncia de receita". Nesse sentido, sustenta a sua inconstitucionalidade por "criar esta evidente situação de proteção deficiente, com efetiva ausência de proteção aos bens jurídico-constitucionais protegidos pela norma penal; desconsiderar a lei penal que já havia tratado as penas de multa e pecuniárias como mais benéficas para o condenado do que a de prisão, tornando desnecessário o uso do indulto; pela preocupante indeterminação de alcance deste Decreto 9246/17 e pela inevitável, mas injustificável, renúncia a valores para os cofres da União";

6) o art. 11 "transforma o processo penal em algo menor no ordenamento jurídico pátrio, pois abrange situações ainda pendentes de recursos, sem trânsito em julgado ou mesmo sem início da execução da pena". Aduz que "o dispositivo impugnado rompe com a cláusula constitucional que veda concessão de indulto para crimes de tortura, de terrorismo e hediondos (art. 5º, XLII)".

3. A Ministra Presidente Cármen Lúcia, no período do recesso judiciário (28.12.2017), deferiu a medida cautelar, "*para suspender os efeitos do inc. I do art. 1º; do inc. I do § 1º do art. 2º, e dos arts. 8º, 10 e 11 do Decreto n. 9.246, de 21.12.2017, até o competente exame a ser levado a efeito pelo Relator*".

4. O Presidente da República, na manifestação juntada, defendeu a "*revogação da medida cautelar concedida, ante a ausência de fumus boni iuris e a clara existência de periculum in mora inverso: e, no mérito, pela constitucionalidade formal e material do Decreto nº 9.246/2017*". Nessa linha de raciocínio jurídico, assevera que "*a manutenção da suspensão dos dispositivos impugnados apenas prejudica a maior parte da população carcerária que não apresenta periculosidade, vale dizer, os idosos, as mulheres, os doentes, os que querem estudar, trabalhar, enfim, os que guardam condições objetivas de se ressocializar e que se encontram em condições desumanas, contrárias aos direitos fundamentais e às regras da Lei de Execução Penal*".

5. Posteriormente ao recesso, o Relator, Ministro Luís Roberto

ADI 5874 / DF

Barroso, proferiu decisão monocrática confirmando decisão antecedente da Presidência desse Supremo Tribunal Federal (01.02.2018), forte nas seguintes razões:

"(i) violação ao princípio da separação de poderes, no tocante à reserva legal, ao conteúdo mínimo das funções legislativa e judicial, bem como à impossibilidade de o Poder Executivo dispor sobre matéria penal, mesmo pela via da medida provisória;

(ii) violação à efetividade mínima do Direito Penal e aos deveres de proteção do Estado quanto à segurança, justiça, probidade administrativa e direitos fundamentais dos cidadãos;

(iii) violação ao princípio da moralidade administrativa, na vertente do desvio de finalidade, de vez que as alterações introduzidas na minuta encaminhada pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária afastam o decreto dos objetivos constitucionalmente legítimos, produzindo efeitos que vulneram o interesse público e frustram as demandas mínimas da sociedade por integridade no trato da coisa pública".

6. Em 12.03.2018, a medida cautelar foi confirmada, mais uma vez, por decisão proferida pelo Relator, para os seguintes fins:

(i) suspender do âmbito de incidência do Decreto nº 9.246/2017 os crimes de peculato, concussão, corrupção passiva, corrupção ativa, tráfico de influência, os praticados contra o sistema financeiro nacional, os previstos na Lei de Licitações, os crimes de lavagem de dinheiro e ocultação de bens, os previstos na Lei de Organizações Criminosas e a associação criminosa, nos termos originalmente propostos pelo CNPCP, tendo em vista que o elastecimento imotivado do indulto para abranger essas hipóteses viola de maneira objetiva o princípio da moralidade, bem como descumpre os deveres de proteção do Estado a valores e bens jurídicos constitucionais que dependem da efetividade mínima do sistema penal;

(ii) determinar que, nas hipóteses previstas no inciso I do art. 1º do Decreto nº 9.246/2017, o indulto depende do

ADI 5874 / DF

cumprimento mínimo de 1/3 da pena e só se aplica aos casos em que a condenação não for superior a oito anos, balizas que condicionam a interpretação do inciso I do § 1º do art. 2º do Decreto nº 9.246/2017;

(iii) suspender o art. 10 do Decreto nº 9.246/2017, que trata do indulto da multa, por violação ao princípio da moralidade, ao princípio da separação dos Poderes e desviar-se das finalidades do instituto do indulto, ressalvadas as hipóteses de (a) extrema carência material do apenado (que nem sequer tenha tido condições de firmar compromisso de parcelamento do débito, na forma da legislação de regência); ou (b) de valor da multa inferior ao mínimo fixado em ato do Ministro da Fazenda para a inscrição de débitos em Dívida Ativa da União (atualmente disposto inciso I do art. 1º da Portaria nº 75, de 22.03.2012, do Ministro da Fazenda);

(iv) suspender o art. 8º, I e III, do Decreto nº 9.246/2017, que estabelecem a aplicabilidade do indulto àqueles que tiveram a pena privativa de liberdade substituída por restritiva de direitos e aos beneficiados pela suspensão condicional do processo, em razão da incompatibilidade com os fins constitucionais do indulto e por violação ao princípio da separação dos Poderes;

(v) suspender o art. 11, II, do Decreto nº 9.246/2017, por conceder indulto na pendência de recurso da acusação e antes, portanto, da fixação final da pena, em violação do princípio da razoabilidade e da separação dos Poderes".

7. Adoto na justificação deste voto o relatório formulado pelo Ministro Relator, Luís Roberto Barroso.

8. Transcrevo teor do ato normativo impugnado, para a adequada compreensão do quadro normativo em deliberação:

Art. 1. O indulto natalino coletivo será concedido às pessoas nacionais e estrangeiras que, até 25 de dezembro de 2017, tenham cumprido:

I – um quinto da pena, se não reincidentes, e um terço da

ADI 5874 / DF

pena, se reincidentes, nos crimes praticados sem grave ameaça ou violência a pessoa;

(...)

Art. 2º. O tempo de cumprimento das penas previstas no art. 1 será reduzido para a pessoa:

§1º. A redação de que trata o caput será de:

I – um sexto da pena, se não reincidente, e um quarto da pena, se reincidente, nas hipóteses previstas no inciso I do caput do art. 1º;

(...)

Art. 8. Os requisitos para a concessão do indulto natalino e da comutação de pena de que trata este Decreto são aplicáveis à pessoa que:

I - teve a pena privativa de liberdade substituída por restritiva de direitos;

II - esteja cumprindo a pena em regime aberto;

III - tenha sido beneficiada com a suspensão condicional do processo; ou

IV - esteja em livramento condicional.

(...)

Art. 10. O indulto ou a comutação de pena alcançam a pena de multa aplicada cumulativamente, ainda que haja inadimplência ou inscrição de débitos na Dívida Ativa da União, observados os valores estabelecidos em ato do Ministro de Estado da Fazenda.

Parágrafo único. O indulto será concedido independentemente do pagamento:

I - do valor multa, aplicada de forma isolada ou cumulativamente; ou

II - do valor de condenação pecuniária de qualquer natureza.

Art. 11. O indulto natalino e a comutação de pena de que

ADI 5874 / DF

trata este Decreto são cabíveis, ainda que:

I - a sentença tenha transitado em julgado para a acusação, sem prejuízo do julgamento de recurso da defesa em instância superior;

II - haja recurso da acusação de qualquer natureza após a apreciação em segunda instância;

III - a pessoa condenada responda a outro processo criminal sem decisão condenatória em segunda instância, mesmo que tenha por objeto os crimes a que se refere o art. 3º; ou

IV - a guia de recolhimento não tenha sido expedida.

9. Transcrevo igualmente a norma constitucional que disciplina o instituto do indulto: *“Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: XII - conceder indulto e comutar penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei.”*

10. De início, cumpre assinalar que a Procuradoria-Geral da República aponta, como fundamento do vício de inconstitucionalidade do art. 1º, I, do decreto impugnado, que a concessão do indulto natalino aos condenados que cumpriram apenas um quinto de suas penas, inclusive aquelas restritivas de direito, viola os princípios constitucionais da a) *separação de Poderes*, b) *individualização da pena*, c) *proteção insuficiente*, d) *vedação constitucional ao Poder Executivo para legislar sobre direito penal*. Justifica a inconstitucionalidade, ao argumento de que o indulto, nos limites normativos desenhados pelo Poder Executivo, promove punição desproporcional ao crime praticado, ensejando percepção de impunidade e insegurança jurídica, bem como desfaz a igualdade na distribuição da justiça.

O argumento acima identificado igualmente fundamenta o pedido de inconstitucionalidade por arrastamento do art. 2º, §1º, I, e do art. 8º, do referido Decreto. Com relação ao art. 10, o vício de legitimidade constitucional se baseia na alegação de injustificável renúncia de valores aos cofres da União.

11. O indulto é um elemento essencialmente de política criminal, de

ADI 5874 / DF

atribuição privativa do Presidente da República (conforme prerrogativa prescrita no art. 84, XII, da Constituição Federal), em que, por intermédio da edição de decreto, extingue ou minora as penas aplicadas pelo Estado, na sua função jurisdicional.

Na tradição constitucional brasileira, o indulto assume a forma individual e coletiva, e é destinado aos condenados que preencherem os requisitos objetivos e subjetivos estabelecidos e disciplinados pela norma presidencial, como, por exemplo, o tempo de cumprimento da pena e o comportamento carcerário, salvo os crimes que a própria Constituição excepciona, nos termos do art. 5º, XLIII.

Quanto ao ponto, cumpre esclarecer que o indulto é uma *carta constitucional* de ampla liberdade decisória atribuída ao Chefe do Poder Executivo para extinguir ou diminuir a punibilidade de condenados. A escolha das pessoas beneficiadas e os critérios estabelecidos como necessários para o respectivo enquadramento no ato normativo são de competência do Chefe do Poder Executivo.

Ademais, o quadro normativo constitucional não estabelece quaisquer critérios a serem observados pelo Chefe do Poder Executivo para a concessão do indulto (salvo as excludentes materiais de incidência), que tem ampla liberdade decisória, em conformidade com sua política de governo e de oportunidade política para a formulação do indulto. Isso implica dizer que não há direito público subjetivo nem pretensão ao indulto por parte de qualquer cidadão ou grupo de condenados.

O indulto, em sua essência, densifica medida de contrapeso do Poder Executivo frente ao Poder Judiciário, bem como hipótese de clemência recomendada pela qualidade ou valor do condenado.

12. O indulto não fastia os efeitos civis e administrativos da condenação, de modo que seu campo de eficácia fica restrito à punibilidade. Como afirma Pontes de Miranda: *o indultado é um delinquente perdoado, mas continua sendo delinquente para todos os outros efeitos da condenação* (Pontes de Miranda. **Comentários à Constituição de 1967, Tomo III (arts. 73-128), 3ª ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1970,**

ADI 5874 / DF

p.118/119).

13. De acordo com José Afonso da Silva, “o indulto, como a graça e a anistia (v. Arts. 21, XVII, e 48, VIII), é causa de extinção da punibilidade (CP, art. 107, II). Indulto é medida coletiva, mas não geral, porque atinge só penas de menor gravidade; por isso, no ato que o concebe podem ser indicados nominalmente os beneficiados. Diferentemente da anistia, que se concede por lei, o indulto se concede por decreto do Presidente da República, com audiência, se necessário, do Conselho Penitenciário, que é o “órgão instituído em lei”, de que fala o inciso. A graça não é referida na Constituição. Comutar significa permutar, trocar, substituir, logo, comutar penas quer dizer trocar uma pena por outra, substituindo uma pena mais por outra menor.” (**Comentários contextual à Constituição. 9ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 495**).

14. Justamente em razão deste elemento identificador do indulto, consistente na ampla liberdade decisória, a qual pode ser traduzida como discricionariedade administrativa - embora entenda que não seja a interpretação mais adequada, porque, com efeito, trata-se de liberdade decisória política -, é que o indulto tem sua conveniência questionada enquanto instituto em democracias constitucionais contemporâneas.

Historicamente, o perdão (ou indulto) foi obra de misericórdia, pela qual o rei perdoava qualquer crime, ofensa, punição, execução, direito, título, dívida ou dever, temporal ou eclesiástico. Nesse cenário histórico monárquico, o poder era absoluto, irrestrito e não estava sujeito a nenhum escrutínio judicial, motivo pelo qual era usado pelos regimes também como uma forma de agrado do soberano aos seus súditos (**William F. Duker, The President's Power to Pardon: A Constitutional History, 18 Wm. & Mary L. Rev. 475, 1977**).

Nesse sentido, William Blackstone em seu famoso *Commentaries on the Law and the England*, influente tratado sobre o direito comum inglês, afirmou que o indulto é uma instituição típica da Monarquia, não sendo, portanto, compatível sua existência em democracias:

“Este é, de fato, uma das grandes vantagens da monarquia em geral, acima de qualquer outra forma de governo; a de que há um magistrado que detém o poder de conceder o perdão,

ADI 5874 / DF

onde quer que ele pense que seja devido: detendo, em seu peito, uma corte de equidade para amainar o rigor da lei geral naqueles crimes que merecem uma isenção quanto à aplicação da sanção. (...) Em democracias, contudo, o poder de perdão nunca poderá substituir, na medida em que não há nada superior ao magistrado que administra a lei: e seria inadequado centrar no mesmo poder e pessoa que julga a (prerrogativa) de conceder perdão.”

Em sua contribuição sobre a análise dessa prerrogativa monárquica, Albert Dicey, teórico constitucional britânico, descreve a prerrogativa real como o resíduo de autoridade discricionária ou arbitrária, que, a qualquer momento, é deixada nas mãos da coroa. Todavia, distingue que o uso da palavra arbitrária neste contexto não faz com que a prerrogativa real seja vista como poderes acima da lei, mas como sendo confinado de acordo com o melhor uso do direito comum como distinto dos poderes estatutários. (Dicey, Albert Venn. (1959). *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (10th ed.). London: Macmillan Education Ltd).

15. Com efeito, compartilho como necessária e pertinente a observação feita por William Blackstone no sentido de que a prerrogativa executiva do indulto pode ser questionada em sistemas conformados como democracias constitucionais, que tem como premissa a sujeição de todos os poderes ao direito, tanto na perspectiva procedimental quanto material de seus atos, na medida em que revela concepção derivada de governos absolutistas.

16. Todavia, por outro lado, a figura do indulto (ou do perdão) foi justificada como desenho institucional estruturante do Poder Executivo em democracias constitucionais, conforme as razões discutidas para a fundação do constitucionalismo liberal norte-americano.

Alexander Hamilton, em um de seus artigos publicados nos *Federalist Papers*, especificamente o de n. 74, tratou do comando pelo Presidente da República, das Forças Armadas e o seu Poder de Perdão. Alexander Hamilton quanto ao ponto defende a concentração deste

ADI 5874 / DF

poder no Chefe do Executivo, que somente não poderia aplicar o perdão nos casos de *impeachment*. Para ele, a concentração deste poder de perdoar ou conceder o indulto deveria estar nas mãos do Primeiro Magistrado, porque esta competência traria responsabilidades e cautelas para a sua concessão, para mitigar os rigores da lei, ou seja:

“Também está facultado a conceder indultos e suspender a execução das sentenças por delito contra os Estados Unidos, exceto em se tratando casos de *impeachment*. A humanidade e a boa política aconselham de *commun acôrdo* que a generosa prerrogativa do indulto seja entorpecida e obstruída o menos possível. Os códigos penais de todos os países acham-se tão impregnados de uma necessária dureza, que se não se facilitar a forma de fazer exceções a favor dos desgraçados delinquentes, a justiça exhibirá uma face extremamente sanguinária. Como o sentido da responsabilidade é sempre mais forte, quanto menos esta se dividir, é possível inferir que um só homem estará mais disposto a prestar atenção aos motivos que talvez aconselhem uma mitigação do rigor da lei e menos exposto a ceder ante considerações dirigidas a amparar um delito merecedor de castigo. A reflexão de que o destino de um semelhante depende de seu único consentimento, inspirará naturalmente escrupulosidade e cautela; o temor de ser acusado de debilidade ou conivência, suscitará igual circunspeção ainda que de outra índole (O Federalista: um comentário à Constituição americana. Alexandre Hamilton, John Jay e James Madison. Rio de Janeiro: Editora Nacional, 1959, 300/301).

Alexander Hamilton ainda argumenta que o principal fundamento para o poder de perdoar concentrar-se no Primeiro Magistrado (o Poder Executivo) consiste no fato de que, em épocas de rebelião, ou insurreição, uma oferta oportuna de perdão aos insurgentes ou rebeldes pode rapidamente restaurar a paz da comunidade. Nesse cenário, convocar o legislativo, ou um de seus ramos, poderia ser fatal à agilidade necessária ao Executivo para resolver o problema em tempo hábil, aproveitando a

ADI 5874 / DF

ocasião. Em suas palavras:

“A menos que esteja equivocado, a oportunidade de confiar ao Presidente poder de perdoar, só se tem discutido em relação com o crime de traição. Argumenta-se que nesse caso o indulto deveria depender da aprovação de um ou ambos os ramos do corpo legislativo. Porém o principal argumento que justifica que o poder de indultar seja confiado neste caso ao Primeiro Magistrado, é o seguinte: em épocas de insurreições ou de rebelião, há momentos críticos, em que um oferecimento oportuno de indulto aos rebeldes pode restabelecer a tranquilidade no país, momentos tais em que talvez não voltarão a ser apresentados se não são aproveitados então. O lento processo de convocar a legislatura ou a um de seus ramos com o objetivo de obter o sancionamento da medida, frequentemente ocasionaria deixar escapar uma ocasião preciosa.” (O Federalista: um comentário à Constituição americana. Alexandre Hamilton, John Jay e James Madison. Rio de Janeiro: Editora Nacional, 1959, 300/301).

17. No sistema democrático constitucional dos Estados Unidos, mais especificamente na jurisdição constitucional desenvolvida pela Suprema Corte Americana, o instituto do perdão ou indulto foi confirmado como desenho institucional constitucional.

No caso *United State v. Wilson* (32 U.S. 150), julgado em 1833, o primeiro da Suprema Corte envolvendo o poder de clemência presidencial, o juiz John Marshall definiu o instituto como "*um ato de graça, proveniente do poder confiado à execução das leis, que isenta o indivíduo, a quem ele é concedido, da punição que a lei reserva para o crime por ele cometido*". Implicitamente afirmava a noção de que o Executivo pode realizar tais atos de graça de qualquer modo, em qualquer tempo, por qualquer razão, em todos os casos, exceto o *impeachment*. Na mesma linha, foi a decisão tomada no caso *Ex parte Garland* (71 U.S. 4 Wall 333, 1866).

No julgamento do caso *Biddle v Perovich* (274 U.S. 480), em 1927, Holmes J. declarou que: "*Um perdão em nossos dias não é um ato privado de*

ADI 5874 / DF

graça de um indivíduo que passa a possuir poder. Faz parte do esquema constitucional. Quando concedida, é a determinação da autoridade final de que o bem-estar público será mais bem servido, flexionando menos do que a sentença fixada.”

Mais especificamente, no julgamento do caso *Ex-parte Phillip Grossman* (267 U.S. 87, 1925) o presidente da Suprema Corte Americana, William Taft, em opinião unânime do Tribunal, ao analisar a validade constitucional do perdão, afirmou como justificativas desse instituto dentro do cenário normativo, a clemência executiva para aliviar a dureza indevida ou o erro evidente na operação ou aplicação do direito penal, bem como os propósitos de política pública de governo, que pode assumir uma feição humanitária (de misericórdia) ou de conciliação política. Essa segunda justificativa se alinha com aquela defendida por Alexander Hamilton, quando do desenho da democracia constitucional norte-americana.

Importante ressaltar quanto ao ponto, notadamente com relação ao argumento da doutrina da separação dos poderes e independência do Poder Judiciário, o argumento subjacente da decisão unânime da Suprema Corte, no sentido de que a Constituição ao pensar a separação de poderes, determinou que o sistema de freios e contrapesos permitia a discricção do Presidente em determinar o uso do poder de perdão, na medida em que se referia ao criminoso desprezado. Nada obstante, esse exercício da prerrogativa executiva não era sem limites, na medida em que o perdão só poderia ser emitido para condenações passadas, e o Presidente que fosse abusivo poderia enfrentar o *impeachment*.

18. Verifica-se, da análise da história constitucional do instituto do indulto ou perdão, que se, em uma primeira perspectiva sobre o tema, nos convençamos que em democracias constitucionais o exercício do poder de perdão configura uma interferência do executivo no exercício do poder judicial, em clara violação da doutrina da separação de poderes, uma segunda perspectiva nos remete a outra leitura. A de que essa interferência é permitida quando autorizada pela Constituição, a qual prescreve o ideal de separação independente e harmônica entre os

ADI 5874 / DF

poderes. Assim, o indulto é por desenho institucional um cheque sobre os eventuais excessos e erros de julgamento do Poder Judiciário.

O poder do perdão presidencial é um componente importante dos poderes executivos, e permite que o presidente intervenha e conceda indulto em três situações genéricas. A primeira, como forma de dispensar a misericórdia do governo, em casos excepcionais em que o sistema legal falha em entregar um resultado moral ou politicamente aceitável. A segunda, como forma de proteger os cidadãos contra possível erro judicial, ocasionado por condenação injusta ou punição excessiva. E a terceira, no interesse da estabilidade social e política e coexistência pacífica.

A finalidade do indulto como forma de manifestação do Poder Executivo reservado para os *amigos do rei*, ou seja, para aqueles que tenham boa relação política, desvirtua-se das justificativas do instituto. Todavia, nesta hipótese, o controle da legitimidade democrática do ato praticado pelo Chefe do Poder Executivo compete ao processo político.

19. A experiência do direito comparado confirma a adoção da figura do indulto (perdão) como um das prerrogativas do Poder Executivo, dentro da moldura democrática constitucional, em atenção à doutrina da separação dos poderes.

Nesse sentido, os seguintes exemplos: Alemanha (art. 60, 2,3); Argentina (art. 99,5); Bélgica (art. 110); Chile (art. 32, 16); Colômbia (art. 150, 17); Coreia do Sul (art. 78); Cuba (art. 88); Dinamarca (§24); Espanha (art. 62, i); Estados Unidos (art. II, 2); Holanda (art. 122); Hungria (art. XXXI, 1, 2, j, e 8,3, j); Índia (art. 72); Luxemburgo (art. 38); França (art. 17); México (art. 89, XIV); Noruega (art. 20); Paraguai (art. 238); Peru (art. 118,21); Portugal (art. 134, f); Suécia (art. 13), Suíça (art. 173), Uruguai (art. 85).

A questão da compatibilização do indulto com os estados democráticos constitucionais está justamente nos limites que este encontra, portanto, na ideia de que mesmo essa prerrogativa é sujeita ao Estado de Direito e controlada pelos demais poderes, cada qual com sua competência. Aqui é onde reside o problema do indulto, e que deve ser

ADI 5874 / DF

objeto de constantes aperfeiçoamentos constitucionais, por meio da formulação de controles efetivos.

Esses aperfeiçoamentos ocorreram e estão em deliberação nos processos de reforma constitucional, como método de incrementar o controle e evitar o uso abusivo dessa figura em face das novas situações de criminalidade, especificamente da criminalidade associativa, que envolve organizações criminosas com alcance transnacional.

As reformas que alguns países experimentaram nesse sentido, como a Itália e a França, com o objetivo de transferir o poder de conceder indulto coletivo para o Poder Legislativo, para maior controle da legitimidade democrática, são resultados de reformas formais do sistema constitucional, de modo a garantir a separação de poderes, e atentos às circunstâncias da nova criminalidade associativa. Entretanto, mais uma vez repito, a figura permanece como prerrogativa de extinção da punibilidade de crimes por variadas justificativas.

20. As prerrogativas do Presidente da República estão consubstanciadas em normas constitucionais originárias (art. 84, XII, CRFB), que constituem atos políticos de ampla liberdade decisória para garantir ao Poder Executivo discricionariedade em temas de formulação de política de governo.

Nessa toada, a Constituição prescreve os limites ao exercício dessas prerrogativas, como método de assegurar a relação independente e harmônica entre os Poderes. Caso contrário, as prerrogativas do Poder Executivo poderiam ser colocadas para decisão do Legislativo e do Judiciário, de modo a restringir indevidamente a respectiva liberdade decisória.

21. A prerrogativa do Presidente da República em formular o indulto, ato de natureza essencialmente política, não é ilimitada, como uma primeira leitura do contexto normativo constitucional pode revelar. A discricionariedade do ato político não o torna imune ao controle constitucional, por conseguinte, imune ao confronto de validade com a norma constitucional. Todavia, como explicitado acima, a competência jurisdicional para esse exercício de controle é limitada pelo próprio

ADI 5874 / DF

parâmetro de controle constitucional.

Isso quer dizer que o controle jurisdicional de constitucionalidade do indulto, prerrogativa de caráter político do Presidente da República, se justifica na dimensão procedimental. Cabendo ao Supremo Tribunal Federal maximizar e dar a efetiva força normativa à Constituição no controle do ato político, a partir dos limites impostos na norma constitucional.

Nesse ponto, verifica-se que os limites formais (ou procedimentais) de controle jurisdicional do indulto no texto constitucional se restringem à exclusão das hipóteses de incidência da prática da tortura, do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, do terrorismo e dos definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem, conforme art. 5º, XLIII, CRFB.

22. Nessa linha de argumentação a jurisprudência construída por esse Supremo Tribunal Federal, conforme precedentes judiciais abaixo identificados:

A anistia, que depende de lei, é para os crimes políticos. Essa é a regra. Consubstancia ela ato político, com natureza política. Excepcionalmente, estende-se a crimes comuns, certo que, para estes, há o indulto e a graça, institutos distintos da anistia (CF, art. 84, XII) (ADI 1.231, rel. min. Carlos Velloso, j. 15-12-2005, P, DJ de 28-4-2006).

Sendo a medida de segurança sanção penal, o período de cumprimento repercute no tempo exigido para o indulto (re 628.658, rel. min. Marco Aurélio, j. 5-11-2015, P, DJE de 1º-4-2016, Tema 371).

A concessão do benefício do indulto é uma faculdade atribuída ao presidente da República. Assim, é possível a imposição de condições para tê-lo como aperfeiçoado, desde que em conformidade com a CF (AgRAI 701.673, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 5-5-2009, 1ª T, DJE de 5-6-2009.

ADI 5874 / DF

O art. 5º, XLIII, da Constituição, que proíbe a graça, gênero do qual o indulto é espécie, nos crimes hediondos definidos em lei, não conflita com o art. 84, XII, da Lei Maior. *O decreto presidencial que concede o indulto configura ato de governo, caracterizado pela ampla discricionariedade* (HC 90.364 rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 31-10-2007, P, DJ de 30-11-2007.) =HC 81.810, rel. min. Cezar Peluso, j. 16-4-2009, P, DJEde 7-8-2009.

Não pode, em tese, a lei ordinária restringir o poder constitucional do presidente da República de "conceder indulto e comutar penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei" (CF, art. 84, XII), opondo-lhe vedações materiais não decorrentes da Constituição. Não obstante, é constitucional o art. 2º, I, da Lei 8.072/1990, porque, nele, a menção ao indulto é meramente expletiva da proibição de graça aos condenados por crimes hediondos ditada pelo art. 5º, XLIII, da Constituição. *Na Constituição, 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. Proibida a comutação de pena, na hipótese do crime hediondo, pela Constituição, é irrelevante que a vedação tenha sido omitida no Decreto 3.226/1999 (HC 81.565, rel. min. Sepúlveda Pertence, j. 19-2-2002, 1ª T, DJ de 22-3-2002).*

O indulto, em nosso regime, constitui faculdade atribuída ao presidente da República (art. 84, XII, da CF), que aprecia não apenas a conveniência e oportunidade de sua concessão, mas ainda os seus requisitos. A fixação do ressarcimento do dano como condição para o indulto não destoa da lógica de nosso sistema legal, que estimula a composição dos prejuízos causados pelo delito, mesmo antes do seu julgamento definitivo (v.g., arts. 16 e 312, § 2º, do CP), sem conferir-lhe, no entanto, caráter de obrigatoriedade, mas apenas de pressuposto

ADI 5874 / DF

para o gozo de determinado benefício. O sequestro de bens não tem o condão de tornar insolvente o réu para efeito de eximi-lo da satisfação do dano, erigida como condição para o indulto. Se o beneficiário não cumpre todos os requisitos do indulto, seu indeferimento não constitui constrangimento ilegal (RHC 71.400, rel. min. Ilmar Galvão, j. 7-6-1994, 1ª T, DJ de 30-9-1994).

23. Interessante anotar, quanto à possibilidade do controle procedimental e formal, por meio do Poder Judiciário, a incisiva defesa do Ruy Barbosa, que quanto ao indulto asseverou:

“Nenhum poder mais augusto confiou a nossa lei fundamental ao Presidente do que o indulto. É a sua colaboração na justiça. Não se lhe deu, para se entregar ao arbitrio, para se desnaturar em actos de validismo, para contrariar a justa expiação de crime. Pelo contrario, é o meio, que se faculta ao criterio do mais alto magistrado nacional, para emendar os erros judicarios, reparar as iniquidades da rigidez da lei, acudir aos arrependidos, relevando, commutando, reduzindo as penas, quando se mostrar que recaem sobre innocentes, exaggeram a severidade com os culpados, ou torturam os que, regenerados, já não merecem o castigo, nem ameaçam com a reincidencia a sociedade. Todos os Chefes de Estado exercem essa funcção melindrosissima com o sentimento de uma grande responsabilidade, cercando-se de todas as cautelas, para não a converter em valhaoito dos máus e escandalo dos bons.” (Ruy Barbosa. III Vol. Arts. 41-54, **Do Poder Executivo. Commentários à Constituição Federal Brasileira.** São Paulo: Saraiva, 1933, p. 257).

Ruy Barbosa, analisando o caso do indulto concedido pelo Marechal Hermes ao engenheiro Barcellos, funcionário federal, que foi condenado pelo crime de responsabilidade, critica de forma severa o indulto concedido, porque, de acordo com a Constituição, no art. 48, §6º, o texto excluía dessa faculdade do Poder Executivo os crimes indicados no art.

ADI 5874 / DF

34, n. 28, para os quais tinha reserva privativa para o Congresso Nacional “commutar e perdoas as penas impostas, por crimes de responsabilidade aos funcionarios federaes”. Desse modo, combateu duramente a ausência de controle do Poder Judiciário acerca do indulto, por questões justamente dos limites formais que a Constituição impusera.

24. Cumpre assinalar que o argumentado acerca dos limites da atuação da jurisdição constitucional quanto à prerrogativa do indulto não significa afirmar que não existem outras formas de controle. Ao contrário, os fundamentos de controle do indulto e do exercício das prerrogativas políticas do Chefe do Poder Executivo estão na legitimidade democrática dessa atuação e no respeito aos limites constitucionais.

25. Os mecanismos de controle da legitimidade democrática do indulto podem ocorrer de duas formas. A primeira consiste na revogação pelo próprio Presidente da República, que significa uma espécie de autocontrole do Chefe do Poder Executivo, frente às demandas do eleitorado e da comunidade política que representa, com o objetivo de manter sua posição de ator político majoritário no sistema eleitoral. A segunda forma de controle, com fundamento na legitimidade democrática, encontra guarida no processo político do *impeachment*, desde que configurado o crime responsabilidade por desvio de finalidade, e o qual tem como partícipe e decisor do problema de natureza predominantemente ético-político o Poder Legislativo, como sustentado pela literatura constitucional.

O caráter proeminente do controle constitucional do indulto por meio do processo político é relevante e capital para a resolução da presente ação constitucional. A atuação da jurisdição constitucional nesse campo é válida, no entanto, deve ser convergente com as limitações previstas no próprio texto constitucional.

Isso porque, como afirmado nesta justificativa, o indulto tem como uma de suas finalidades a formulação de política pública de estabilização política, de acordo com a oportunidade e conveniência do Chefe do Poder Executivo, que caso exceda seu poder e cometa abusos, poderá ter sua cassação política.

ADI 5874 / DF

26. A política criminal desenhada no sistema jurídico brasileiro para o combate à corrupção, com efeito, observa uma pauta generalizada de enfrentamento aos crimes associativos de colarinho branco, com efeitos transnacionais. Especificamente, institui no contexto nacional, de forma adequada, políticas advindas dos compromissos internacionais pelo Brasil. Ademais, o sistema punitivo brasileiro, tal como desenhado, não acarreta punibilidades extremas de afronta à dignidade da pessoa humana.

Nada obstante, o constituinte originário, e mesmo o constituinte derivado, instituíram a figura do indulto como prerrogativa do Poder Executivo, a qual faz parte da história constitucional brasileira, tendo sido prevista em todas as Constituições da República.¹ Noutros termos, foi uma escolha prévia do constituinte esse balanço e proporcionalidade pelo tipo de matéria que deveria ser excluída do âmbito da liberdade decisória do Chefe do Poder Executivo.

Em complementação, o Legislativo, quanto ao exercício dessa prerrogativa, disciplinou a necessidade de oitiva e participação de outra instituição, no caso o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, órgão de execução penal vinculado ao Ministério da Justiça, que, para a formulação da sua proposta, realiza audiências públicas e ouve todos os representantes dos órgãos responsáveis pela execução penal (art. 61 da Lei de Execução Penal). A proposta formulada, então, é submetida à aprovação do Presidente da República.

De acordo com o desenho institucional estabelecido, verifica-se que o Presidente da República tem a prerrogativa de aprovar ou não a proposta nos termos em que confeccionada. Obviamente, deve o Presidente da República levar em consideração a proposta do Conselho Nacional, por ser esta instituição a mais capacitada para perceber as necessidades do sistema penitenciário, de acordo com as audiências públicas e informações colhidas. Todavia, ainda remanesce com o Chefe do Poder Executivo a liberdade decisória em aprovar ou não a proposta,

1 Constituição de 1891, art. 48, §6º; Constituição de 1934, art. 56, §3º; Constituição de 1937, art. 75; Constituição de 1946, art. 87, XIX; Constituição de 1967, art. 83, XX; Constituição de 1969, art. 81, XXII.

ADI 5874 / DF

em conformidade com as finalidades que entende estarem justificadas.

Em outras palavras, o acolhimento do argumento sustentado para a inconstitucionalidade do indulto de que os seus termos promovem desigualdade e desequilíbrio no sistema jurídico-penal ao retirar eficácia de normas do direito penal editadas pelo Poder Legislativo e aplicadas pelo Poder Judiciário, significa em *ultima ratio*, a invalidade do próprio indulto, porquanto o uso dessa prerrogativa do executivo sempre acarretará desigualdade e desequilíbrio no sistema punitivo.

Conclusão

27. Ante os motivos expostos, entendo não configuradas as razões para a alteração jurisprudencial quanto ao instituto do indulto, ressalvado meu juízo quanto às situações de crime de lesa humanidade. Assim, embora tenha restrições à política formulada no Decreto n. 9.246/2017, quanto ao seu alcance para os crimes de corrupção, não vejo como chegar a um juízo de invalidade constitucional.

Portanto, acompanho a divergência inaugurada pelo Ministro Alexandre de Moraes, e, com a devida vênica do eminente Relator, não referendo a medida cautelar por ele deferida. No mérito, julgo improcedente a presente ação direta de inconstitucionalidade.

É como voto.

29/11/2018

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.874 DISTRITO FEDERAL

RELATOR	: MIN. ROBERTO BARROSO
REDATOR DO ACÓRDÃO	: MIN. ALEXANDRE DE MORAES
REQTE.(S)	: PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA
INTDO.(A/S)	: PRESIDENTE DA REPÚBLICA
ADV.(A/S)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
AM. CURIAE.	: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
ADV.(A/S)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL
AM. CURIAE.	: DEFENSORIA PÚBLICA GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADV.(A/S)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
AM. CURIAE.	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADV.(A/S)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS
AM. CURIAE.	: GAETS - GRUPO DE ATUAÇÃO DA ESTRATÉGICA DA DEFENSORIA PÚBLICA NOS TRIBUNAIS SUPERIORES
ADV.(A/S)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
AM. CURIAE.	: ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS - AMB
ADV.(A/S)	: ALBERTO PAVIE RIBEIRO E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	: INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS - IBCCRIM
ADV.(A/S)	: MAURÍCIO STEGEMANN DIETER E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	: INSTITUTO DE GARANTIAS PENAIAS - IGP
ADV.(A/S)	: RODRIGO DE BITTENCOURT MUDROVITSCH
ADV.(A/S)	: GUSTAVO TEIXEIRA GONET BRANCO
ADV.(A/S)	: FELIPE FERNANDES DE CARVALHO
AM. CURIAE.	: CONECTAS DIREITOS HUMANOS
ADV.(A/S)	: MARCOS ROBERTO FUCHS E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MEMBROS DO

29/11/2018

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.874 DISTRITO FEDERAL

ESCLARECIMENTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Presidente, se Vossa Excelência me permite, eu gostaria apenas, só para acentuar e ver se tenho clareza, de um ponto do voto da Ministra Rosa.

Anotei, talvez equivocadamente, que Vossa Excelência havia afirmado pelo afastamento, se não me engano, dos crimes de responsabilidade, *impeachment*, ou não? Vossa Excelência fez uma referência a...

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Não, eu digo que a legitimidade democrática pode, sem a menor dúvida, se exercer. E, através dela, o controle pelo instituto do *impeachment*.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Sim. É porque algumas Constituições brasileiras muito comumente introduziam como limite a essa competência para indulto o *impeachment*. Não é o caso?

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Não, não. Em absoluto.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Obrigada, Presidente.

29/11/2018

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.874 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O Senhor Ministro **Ricardo Lewandowski** (Vogal): Bem examinados os autos, ressalto, inicialmente, que o indulto é ato discricionário e privativo do Chefe do Poder Executivo, consoante o disposto no art. 84, XII, da Constituição da República, *verbis*:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

[...]

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

Com efeito, somente ao Presidente da República compete conceder o indulto e definir a extensão do benefício por tratar-se de ato político ou de governo, insuscetível de apreciação jurisdicional.

Note-se, a propósito, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pacífica ao afirmar a competência e a discricionariedade do Presidente da República para conceder indulto:

“EMENTA: Penal. Recurso em *habeas corpus*. Indulto Condicionado (DECRETO Nº 953, DE 08.10.93). REPARAÇÃO DO DANO. LEGITIMIDADE. O indulto, em nosso regime, constitui faculdade atribuída ao Presidente da República (art. 84, XII, da CF), que aprecia não apenas a conveniência e oportunidade de sua concessão, mas ainda os seus requisitos.

A fixação do ressarcimento do dano como condição para o indulto não destoa da lógica de nosso sistema legal, que estimula a composição dos prejuízos causados pelo delito, mesmo antes do seu julgamento definitivo (v.g., arts. 16 e 312, § 2º, do CP), sem conferir-lhe, no entanto, caráter de

ADI 5874 / DF

obrigatoriedade, mas apenas de pressuposto para o gozo de determinado benefício.

O seqüestro de bens não tem o condão de tornar insolvente o réu para efeito de eximi-lo da satisfação do dano, erigida como condição para o indulto.

Se o beneficiário não cumpre todos os requisitos do indulto, seu indeferimento não constitui constrangimento ilegal. Recurso a que se nega provimento” (RHC 71400, Relator o Ministro Ilmar Galvão. Na mesma direção, vide HC 74.683, HC 74.272 e HC 73.753).

Nesse diapasão, já tive o ensejo de afirmar - em sede acadêmica - que o ato político ou de governo é altamente discricionário e, portanto, imune ao controle jurisdicional. Naquela oportunidade, destaquei, ainda, que a impugnação judicial do ato está autorizada apenas se houver clara ofensa às regras constitucionais, o que não ocorreu no caso presente.

Sob esse aspecto, Cretella Júnior, alinhava as considerações abaixo transcritas:

“[...] contrapondo-se ao ato vinculado [...] aproxima-se o ato de governo, sob certos aspectos, do ato discricionário, que se movimenta numa área bem mais ampla e flexível, a que poderíamos chamar de discricionariedade política ou discricionariedade governamental”.¹

Isso porque, de acordo com Carré de Malberg, o ato político ou de governo repousa no seguinte fundamento:

“Se o Chefe do Executivo tem, por iniciativa própria, o poder de realizar certos atos independentes de toda a autorização legislativa prévia, é porque recebeu esse poder formalmente da Constituição. Ao conferi-lo, a Constituição

1 Apud ARAÚJO CONTRA, Antonio Carlos. *Motivo e Motivação do Ato Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 53, nota 45.

ADI 5874 / DF

dispensou-o da obrigação de esperar os impulsos dos atos legislativos, ou mais exatamente, criou para ele uma certa esfera de atribuições que é precisamente a esfera de governo, na qual ocupa o dito Chefe do Executivo uma posição análoga a do legislador [...]”.²

Exatamente pelas características que ostenta, o ato político ou de governo não é sindicável pelo Judiciário, diferentemente do ato administrativo de caráter vinculado.

Os atos políticos ou de governo, conforme já observei anteriormente, e amparado, ainda, na sempre abalizada lição de André de Laubadère, “não são suscetíveis de recurso perante os tribunais”, mostrando-se impossível, em particular, imputar-lhes a eiva de excesso de poder para o fim de anulá-los.³

O festejado autor francês reforça o argumento acrescentando que “tais recursos são inadmissíveis, quer dizer, o juiz os descartará de plano sem examinar-lhes mérito”.⁴

Em palavras descongestionadas, não há base constitucional para qualquer intervenção do Poder Judiciário que, direta ou indiretamente, importe juízo de mérito sobre a ocorrência ou não de conveniência e oportunidade, uma vez que o único juiz constitucional dessa matéria é o Presidente da República.

De fato, o Poder Judiciário não poderia imiscuir-se em ato privativo do mais alto mandatário da República, ainda mais na hipótese dos autos, em que os benefícios do indulto *sub judice* foram concedidos

2 MALBERG, Carré de. *Contribution a la Théorie Général de L'État*. Tomo II. Paris: Sirey, 1922, p. 527.

3 LAUBADÈRE, André de. *Manuel de Droit Administratif*. 9. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1974. p. 92.

4 *Idem, loc.cit.*

ADI 5874 / DF

indistintamente a todos os cidadãos que satisfaçam certos requisitos objetivos, inexistindo, portanto, espaços de vinculação legal ou constitucional aptos a oferecer ao intérprete a possibilidade de restringir o seu alcance.

Constato, outrossim, que, em diversas oportunidades, esta Suprema Corte reafirmou que não cabe ao Poder Judiciário reavaliar o juízo de conveniência e oportunidade do decreto de indulto, o qual pode sim inserir certas condições e requisitos específicos, desde que observada a impessoalidade.

Ainda quanto a este aspecto, cumpre registrar que o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da ADI 1.231, que envolvia a concessão de anistia pelo Congresso Nacional, também entendeu tratar-se de instituto de natureza discricionária, de modo que, inexistindo vedação legal ou constitucional quanto aos seus destinatários, descabe ao intérprete restringir o seu alcance.

In casu, o indulto foi concedido de acordo com critérios objetivos e impessoais, e se encontra redigido com proposições normativas gerais e abstratas, caracterizadas pela universalidade de seus comandos e expressões, de maneira que não se pode considerar, como pretende a requerente, que o objetivo do indulto foi o de beneficiar determinada classe de condenados.

Especificamente sobre essa questão, ensina Cretella Júnior que:

“O indulto é medida dirigida a toda uma categoria de pessoas, revelando-se, assim, impessoal, pois seus beneficiários são contemplados através de abstrata referência a categorias de crimes. cometidos nas circunstâncias que ao legislador pareçam dignas de menção. Caracteriza-se por seu traço de espontaneidade. É medida não provocada, não requerida, ao

ADI 5874 / DF

contrário da graça que, regra geral, é solicitada.”⁵

No mesmo sentido, a Defensoria Pública da União ponderou o seguinte:

"[...] embora a petição inicial deixe transparecer a preocupação com a impunidade de crimes graves, como aqueles apurados no âmbito da 'Operação Lava Jato' e de outras operações contra a corrupção sistêmica e de investigações de grande porte ocorridas nestes últimos anos, a ação direta, ao atacar o art. 1º do Decreto 9.246/2017, abrange delitos outros, que nada se coadunam com crimes dessa natureza”.

Ainda de acordo com a manifestação elaborada pela Defensoria Pública da União, o indulto atingiria diversos outros tipos penais, como, por exemplo, os delitos contra a honra, os de moeda falsa, as infrações ambientais, de radiodifusão clandestina, o descaminho e, até mesmo, o crime de deserção.

No que concerne às alegações de afronta ao princípio da separação de Poderes e de vedação de legislação em matéria penal pelo Executivo, cabe lembrar que a própria Constituição confere competência privativa ao Chefe do Executivo Federal para editar o decreto de indulto, de maneira que a afirmação de que haveria ilegítima intervenção do Poder Executivo em competência do Poder Judiciário ou do Poder Legislativo não se sustenta diante do texto expresso da Carta Magna reproduzido acima.

Dessa maneira, penso, na linha do que ressaltado pela Advocacia-Geral da União, que o indulto, por sua própria natureza, não viola o princípio da individualização da pena, porquanto não revoga as reprimendas abstratamente previstas para os diferentes tipos penais e muito menos reforma julgamentos concretos, tratando-se, em essência, de

5 José Cretella Júnior. Comentários à Constituição brasileira de 1988. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997, p. 2909-2910.

ADI 5874 / DF

perdão concedido diretamente pelo Presidente da República.

O próprio Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *Habeas Corpus* 81.565/SC, já mencionou expressamente a possibilidade de concessão de indulto total, sem que isso caracterize violação a qualquer princípio constitucional.

Pelas mesmas razões, também verifico que não houve qualquer desrespeito aos bens jurídicos tutelados pela norma penal, gozando o indulto em apreço da mesma presunção de legitimidade inerente a todos os atos estatais.

O simples fato de o Decreto em comento estabelecer determinado *quantum* da pena a ser cumprido para que a pessoa condenada possa receber o benefício, não me parece suficiente para realizar-se um juízo sobre a conveniência e oportunidade do ato.

E como reforço a tudo o que explicitado acima, cumpre lembrar o conteúdo do relatório intitulado “A Visão do Ministério Público sobre o Sistema Prisional Brasileiro”, elaborado pelo Conselho Nacional do *Parquet*, divulgado em 2013, que expõe dados alarmantes. Confira-se:

“Os 1.598 estabelecimentos inspecionados possuem capacidade para 302.422 pessoas, mas abrigavam, em março de 2013, um total de 448.969 presos. O déficit é de 146.547 ou 48%. **A superlotação é registrada em todos as regiões do país e em todos os tipos de estabelecimento (penitenciárias, cadeias públicas, casas do albergado, etc).** O déficit de vagas é maior para os homens. O sistema tem capacidade para 278.793 pessoas do sexo masculino, mas abrigava 420.940 homens presos em março de 2013. Para as mulheres, são 23.629 vagas para 28.029 internas.

Separações

ADI 5874 / DF

As inspeções verificaram que a maior parte dos estabelecimentos não faz as separações dos presos previstas na Lei de Execuções Penais . Segundo o relatório, 1.269 (79%) estabelecimentos não separam presos provisórios de definitivos; 1.078 (67%) não separam pessoas que estão cumprindo penas em regimes diferentes (aberto, semiaberto, fechado); 1.243 (quase 78%) não separam presos primários dos reincidentes. Em 1.089 (68%) locais, não há separação por periculosidade ou conforme o delito cometido; em 1.043 (65%), os presos não são separados conforme facções criminosas. Há grupos ou facções criminosas identificados em 287 estabelecimentos inspecionados (17%).

Fugas, integridade física dos presos e disciplina

Entre março de 2012 e fevereiro de 2013, foram registradas 121 rebeliões, 23 das quais com reféns. Ao todo, houve 769 mortes, das quais 110 foram classificadas como homicídios e 83 como suicídios . Foram registradas 20.310 fugas, com a recaptura de 3.734 presos e o retorno espontâneo de 7.264 . Os casos em que presos, valendo-se de saída temporária não vigiada, não retornam na data marcada, são computados como fuga ou evasão. Houve apreensão de drogas em 654 locais, o que representa cerca de 40% dos estabelecimentos inspecionados .

No quesito disciplina, o relatório mostra que 585 estabelecimentos (37%) não observam o direito de defesa do preso na aplicação de sanção disciplinar . Em 613 locais (38%), o ato do diretor da unidade que determina a sanção não é motivado ou fundamentado; em 934 (5), nem toda notícia de falta disciplinar resulta em instauração de procedimento. As sanções coletivas foram registradas em 116 estabelecimentos (7%). Em 211 (13%) locais não é proporcionada assistência jurídica e permanente; em 1.036 (quase 65%), não há serviço de assistência jurídica no próprio estabelecimento .

Assistência material, saúde e educação

Quase metade dos estabelecimentos (780) não possui cama para todos os presos e quase um quarto (365) não tem colchão

ADI 5874 / DF

para todos. A água para banho não é aquecida em dois terços dos estabelecimentos (1.009). Não é fornecido material de higiene pessoal em 636 (40%) locais e não há fornecimento de toalha de banho em 1.060 (66%). A distribuição de preservativo não é feita em 671 estabelecimentos (42%). As visitas íntimas são garantidas em cerca de dois terços do sistema (1.039 estabelecimentos).

Cerca de 60% dos estabelecimentos (968) não contam com biblioteca; falta espaço para prática esportiva em 756 locais (47%) e para banho de sol (solário) em 155 (10%)” (grifei).

Essa é a cruel realidade dos presídios confirmada pelo próprio Ministério Público.

Com efeito, segundo os dados constantes do Sistema Integrado de Informações Penitenciárias InfoPen, do Ministério da Justiça, a população carcerária, no final de junho de 2014, era integrada por mais de 600 mil detentos, expostos, em sua maior parte, às já mencionadas agruras do sistema, em colisão frontal, dentre outros dispositivos legais, com o disposto nos arts. 1º, III, e 5º, XLIX, da Carta Magna, que tratam, respectivamente, da dignidade da pessoa humana e das garantias asseguradas aos presos, em especial ao respeito à sua integridade física e moral.

O tratamento dispensado aos detentos no sistema prisional brasileiro, com toda a certeza, rompe com um dogma universal segundo o qual eles conservam todos os direitos não afetados pelo cerceamento de sua liberdade de ir e vir, garantia, de resto, expressa, com todas as letras, no art. 3º de nossa Lei de Execução Penal.

Como bem ponderado pelo Ministro Maurício Corrêa, no julgamento da ADI 2.795-MC, o indulto é um

ADI 5874 / DF

“[...] instrumento de política criminal colocado à disposição do Estado para a reinserção e ressocialização dos condenados que a ele façam jus, segundo a conveniência e oportunidade das autoridades competentes”.

Nesse contexto, penso que os argumentos de ordem técnica desenvolvidos a respeito da impossibilidade de se sindicarem a decisão política adotada pelo Presidente da República ganham outros contornos, escorados na dura realidade prisional brasileira, cuja dramaticidade legitima a adoção de condições mais benéficas pelo Presidente da República para que possa recuperar parte da população carcerária, devolvendo-a ao convívio social.

Isso posto, por todas as razões acima expostas, julgo improcedente a presente ação direta de inconstitucionalidade.

É como voto.

29/11/2018

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.874 DISTRITO FEDERAL

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Antecipo o voto porque, considerado o fator temporal, aproxima-se o que talvez seja, nos próximos anos, o último indulto natalino, isto é, espaço de tempo para o Presidente implementar mais um indulto.

Em primeiro lugar, digo que é sedutor o discurso contra a corrupção. É muito sedutor, e, quando vem com tintas fortes, lembra-me Ruth Scurr, historiadora inglesa que escreveu *Pureza Fatal*, contando a vida de Robespierre.

Presidente, não há, principalmente no Plenário, divisão: aqueles que são a favor do combate, até desenfreado, à corrupção e os que são contra esse combate. Somos a favor da ordem jurídica, da observância irrestrita à ordem jurídica, principalmente à ordem jurídica constitucional.

O que ocorreu no caso? Houve a suspensão do decreto alusivo ao indulto, no mês de férias. O Relator, recebendo a ação direta de inconstitucionalidade para relatar, acabou por fazer cortes no próprio indulto e, então, a meu ver – considerada a minha óptica, não é a de Sua Excelência –, findou por substituir-se ao Presidente da República, estabelecendo, repito, condições para ter-se o indulto.

O indulto diz respeito a algo que posso enquadrar como ligado à soberania interna do Chefe do Poder Executivo. É um ato discricionário, que implica o implemento de certa política, de política especialmente carcerária.

Afirmo que, talvez, não tenhamos de enfrentar situação semelhante nos próximos anos, mas indago: se houver o ato omissivo do próximo Chefe do Poder Executivo nacional, poderemos, ajuizada ação direta de inconstitucionalidade por omissão, acolher o pedido e declarar que Sua Excelência está omissa em certa providência? A resposta é negativa. Não poderemos partir para esse resultado.

Tem-se que graça, anistia, indulto estão compreendidos no grande todo que é o perdão, sendo que a Constituição Federal apenas restringe a atuação quanto aos dois primeiros institutos – a graça e a anistia –, e o faz

ADI 5874 / DF

considerado o crime de tortura, o de tráfico de drogas, o delito situado no campo do terrorismo e os apontados como hediondos. O Chefe do Poder Executivo, no indulto, que é perdão, em relação ao qual não se tem exceção na Constituição Federal, atua de forma discricionária.

Presidente, li o decreto e percebi tratar-se de peça que prima pela razoabilidade, porquanto estabelece distinção entre o primário e o reincidente, versando a problemática alusiva às pessoas condenadas por certos crimes, e traz condições que se mostram aceitáveis socialmente. Não cabe dizer que se pode fugir ao princípio estruturante, o princípio revelador de estar a República assentada em um tripé, ou seja, na independência e harmonia entre os poderes. E os dois predicados pressupõem que cada poder atue no campo que, pela Constituição, lhe é reservado, não invadindo a área alheia.

Por isso, Presidente, acompanho a divergência, julgando improcedente o pedido formulado na ação direta de inconstitucionalidade.

29/11/2018

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.874 DISTRITO FEDERAL

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES -

Presidente, peço licença para antecipar o voto e também propor que se reveja a liminar concedida.

Estou encaminhando voto no sentido da divergência aberta pelo Ministro Alexandre de Moraes. Eu tomo algumas notas e também faço minhas as palavras do Ministro Marco Aurélio e as do Ministro Alexandre de Moraes na sessão de ontem.

Aqui, não há os campeões da defesa e do combate à corrupção. A rigor, é preciso que o combate ao crime, seja ele qual for, tenha que se fazer dentro do devido processo legal e que isso seja observado. É fácil ver para onde se rumam os abusos. A história está prenha, inclusive a história recente, a propósito dos abusos que se cometem em nome do combate à corrupção.

29/11/2018

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.874 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES:

1. **QUESTÃO:** Quais os limites do controle judicial de constitucionalidade do Decreto Presidencial de Indulto?

2. **PREMISSAS:** Conforme a doutrina e a jurisprudência do Supremo Tribunal, o indulto é *“instrumento de política criminal colocado à disposição do Estado para a reinserção e ressocialização dos condenados que a ele façam jus, segundo a conveniência e a oportunidade das autoridades competentes”* (MC na ADI 2.795/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 8.5.2003). Trata-se de *“prerrogativa constitucional eminentemente discricionária do Presidente da República”* (HC 82.296, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, j. 3.12.2002).

3. **LIMITES CONSTITUCIONAIS:** A discricionariedade do Presidente da República é limitada pelo texto constitucional, expressamente prevista no inciso XLIII do art. 5º da CF. Assim, o controle judicial deve-se restringir aos limites fixados na Constituição Federal, restando ao Presidente da República a análise da conveniência e dos critérios do indulto. Ao Supremo Tribunal Federal cabe o exame de violações manifestas ao texto constitucional.

4. **EXAME EM CONCRETO:** O Decreto 9.246/2017 não apresenta critérios que acarretem violação manifesta ao texto constitucional, de modo que não se pode aventar teses abstratas e hipotéticas, sem correspondência fática e embasamento constitucional para legitimar restrição à concessão do indulto. Além disso, a existência de dispositivos semelhantes em Decretos de anos anteriores esvazia a tese de desvio de finalidade.

5. **CONCLUSÃO E TESE:** Diante do exposto, respeitosamente divirjo do eminente relator para julgar improcedente a presente Ação Direta de Inconstitucionalidade.

ADI 5874 / DF

Ademais, com fins prospectivos, sugiro a seguinte tese: “A concessão de indulto é prerrogativa constitucional privativa do Presidente da República e submete-se ao controle judicial nos limites expressamente previstos na Constituição, de modo que não cabe ao Supremo Tribunal Federal a revisão da conveniência e da oportunidade da política criminal adotada em seus critérios”.

1. Objeto e questão em análise

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida liminar, proposta pela Procuradoria-Geral da República, para impugnar a validade constitucional do inciso I do art. 1º; do §1º, I, do art. 2º; e os arts. 8º, 10 e 11, todos do Decreto 9.246/2017, por violação dos arts. 2º, 5º, *caput* e incisos XLIII, XLVI, LIV, e art. 62, § 1º, “b”, da Constituição:

“Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

“Art. 5º, XLIII - 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;

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos;

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

“Art. 62. § 1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria: b) direito penal, processual penal e processual civil”.

Em resumo, esta ação visa a questionar os limites do controle judicial

ADI 5874 / DF

sobre a constitucionalidade de Decreto Presidencial de Indulto.

2. Premissas para análise do caso

Conforme assentado pelo Supremo Tribunal Federal, o indulto é *“instrumento de política criminal colocado à disposição do Estado para a reinserção e ressocialização dos condenados que a ele façam jus, segundo a conveniência e a oportunidade das autoridades competentes”* (MC na ADI 2.795/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 8.5.2003)

A doutrina afirma que *“o indulto é instituto oriundo da Constituição da República e considerado na legislação infraconstitucional como causa de extinção da pena”*, assim *“trata-se de verdadeira renúncia ao poder estatal do exercício de punir”*. (ENGELMANN; LEAL. Art. 84, XII. In: CANOTILHO; MENDES; SARLET; STRECK. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2ª ed. Saraiva, 2018. p. 1343)

Após apresentar elucidativa análise histórica das previsões constitucionais brasileiras sobre o instituto, o eminente Ministro Celso de Mello assentou que *“o ato concessivo de indulto - enquanto expressão formal da ‘clementia principis’ - qualifica-se como prerrogativa constitucional eminentemente discricionária do Presidente da República”*. (HC 82.296, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, j. 3.12.2002)

Em outro julgado, este Tribunal manteve indeferimento de indulto em caso de descumprimento de condição imposta no decreto presidencial, pois o afastamento do requisito *“importaria alterar a manifestação de vontade da autoridade constitucionalmente competente (art. 84, XII), que, exercendo uma faculdade, deduziu sobre que bases seria conveniente e oportuna a ‘clementia principis’”*. (HC 77.676, Rel. Min. Ilmar Galvão, 1ª turma, j. 22.9.1998)

Assentadas as premissas doutrinárias e as orientações fixadas pelo Supremo Tribunal Federal, passo a analisar os principais fundamentos no sentido de um controle intenso sobre os dispositivos do Decreto de Indulto.

Conforme o eminente Relator em sede cautelar, *“não é possível*

ADI 5874 / DF

modificar, sob a roupagem de indulto e por ato normativo secundário, como é o decreto, a política criminal traçada pelo legislador". Desse modo, configurar-se-ia violação à separação de poderes do Estado.

Contudo, tal tese é afastada pela doutrina, ao passo que a própria Constituição regula a divisão de poderes do Estado e prevê a concessão de indulto pelo Presidente da República. Nos termos assentados academicamente:

“(...) tendo em vista a atribuição constitucional do poder de indultar, prevista no Texto Constitucional de 1988, deferida ao Chefe do Poder Executivo, com a possibilidade inclusive de controle judicial em caso de eventuais excessos, **a crítica de parte da doutrina de que o indulto constitui ofensa à separação dos poderes não se sustenta.** Ou seja, o poder de indultar, no Brasil, se legitima quando são respeitados os critérios de equidade e os princípios constitucionais emanados pela Carta Magna Pátria (GERBER, 2007, p. 512). Assim, o provimento de indulto não modifica, nem invalida decisão judicial definitiva, não cuidando de exceção ao princípio da separação dos poderes, mas de matéria típica da função do governo como atribuição do Presidente da República (FERREIRA, 2011, p. 114), em um sistema de freios e contrapesos”. (ALVES, Reinaldo Rossano. **Punir e Perdoar: análise da política pública na edição dos decretos de indulto.** Lumen Juris, 2016. p. 198)

Ademais, em seu voto, o eminente Relator sustenta a tese de que a vedação constitucional à edição de medidas provisórias em matéria penal ressalta o impedimento de que o Presidente da República conceda indulto que usurpe as diretrizes de política criminal definidas pelo Legislativo. Entretanto, é certo que o **texto constitucional é expresso em autorizar, como competência privativa do Presidente da República, a concessão de indulto.** (art. 84, XII, CF)

Por fim, em sua decisão cautelar, o Relator afirma a ocorrência de

ADI 5874 / DF

desvio de finalidade no Decreto de Indulto ora impugnado, uma vez que colocaria em risco operações de combate à corrupção em âmbito nacional, sem efetiva contribuição à redução do encarceramento ou à ressocialização de apenados.

Primeiramente, **inexiste qualquer comprovação concreta que demonstre o impacto do Decreto de Indulto aqui analisado em casos de atuais operações de combate à corrupção**. Há, inclusive, reportagens jornalísticas que apontam o fraco impacto na denominada operação Lava-Jato (por ex. <https://www.conjur.com.br/2017-dez-29/indulto-alcancaria- apenas-22-condenados-lava-jato>).

Houve a divulgação de notícias acerca de um suposto impacto na Operação Lava-Jato, afirmando-se que 21 condenados seriam beneficiados. Contudo, há questões importantes que são ignoradas ou distorcidas.

Primeiramente, a tabela divulgada considera o tempo de pena que estaria cumprido ao final deste ano de 2018. Ou seja, seriam casos que poderiam ser impactados por eventual novo decreto de indulto natalino a ser concedido neste ano. Presume-se, em exercício de futurologia, a aplicação de indulto ainda inexistente, com critérios ainda não definidos, a condenados que ainda não cumpriram os estimados lapsos temporais das penas mencionadas. Portanto, os termos do indulto de 2017, discutidos neste momento, não tem qualquer impacto nos termos divulgados.

Por outro lado, fundamental ressaltar que dos 21 condenados elencados, 14 são delatores que foram beneficiados por reduções de pena pactuadas com o Ministério Público em acordos de colaboração premiada. Assim, percebe-se que muitos já estão, inclusive, fora do sistema prisional. Ademais, sua grande maioria já teria cumprido 1/4 ou até 1/3 da pena, de modo que o indulto seria aplicável mesmo se consideradas as frações de decretos anteriores sugeridos pelo Relator em seu voto.

Além disso, **diversos dos dispositivos impugnados neste decreto de**

ADI 5874 / DF

2017 já foram adotados em indultos presidenciais anteriores, o que esvazia a referida tese de desvio de finalidade. Por exemplo, no Decreto 8.615/2016, definia-se que o indulto alcança a pena de multa e sua inadimplência não impedia a declaração (art. 7º). Já o Decreto 4.495/2002 autorizava a concessão de indulto em casos de aplicação de penas restritivas de direitos (art. 1º, VI). Com relação à **fração de pena a ser cumprida** para obtenção do indulto, já houve norma mais abrangente anteriormente. Em indulto de 1996 (Decreto 1.860/96), definia-se a fração de um sexto (1/6), de modo mais benéfico que o decreto aqui em análise.

3. Limites constitucionais à concessão de indulto

Sem dúvidas, a discricionariedade do Presidente da República é limitada pelo texto constitucional, que o faz expressamente no inciso XLIII do art. 5º da CF:

“XLIII - 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”.

Conforme assentado por este Tribunal, “o tradicional indulto natalino traduz-se em cumprimento à competência constitucional reservada ao Presidente da República (CF, art. 84, XII), que encontra limite apenas na vedação do art. 5º, XLIII, da Carta Federal, razão pela qual não pode o ato ser considerado contrário à garantia social de segurança”. (MC na ADI 2.795/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 8.5.2003)

Assim, o controle judicial deve se restringir aos limites fixados na Constituição Federal, restando ao Presidente da República a análise da conveniência e dos critérios do indulto. Ao Supremo Tribunal Federal cabe o exame de violações manifestas ao texto constitucional. Não compete ao Judiciário a realização de controle sobre a política criminal

ADI 5874 / DF

adotada pelo Estado (Legislativo e Executivo), para fins de ampliação da criminalização ou recrudescimento da resposta punitiva.

Além disso, os dispositivos constitucionais não podem ser interpretados de modo abusivamente extenso, que permita extrair qualquer sentido que se pretenda do texto constitucional. Sobre isso, deve-se referir a crítica apontada por **Antonin Scalia** sobre abusos na interpretação constitucional, que chega a se assemelhar a um coringa para qualquer problema, que pode ser usado como fundamento em qualquer resposta. Nos termos originais:

“To take another example from popular culture, there was a while back an ad on television for Prego tomato sauce. The husband in this ad asks his wife, “are you gonna use this storebought sauce? Aren’t you gonna make it yourself? Does it have oregano in it?

It’s in there!

Yah, but does it have pepper?

It’s in there!

Does it have olive oil?

It’s in there!

What about basil?

It’s in there!

We got that kind of a Constitution now. You want a right to an abortion? It’s in there! You want a right to die? It’s in there! Whatever is good and true and beautiful, it’s in there! Never mind the text, it’s irrelevant.” (SCALIA, Antonin. **Reflections on Law, Faith, and Life Well Lived**. Crown, 2017. p. 3-4)

Aqui cabe citar a fábula de Monteiro Lobato, quando cita o personagem Américo Pisca-Pisca. Esse sujeito, Américo Pisca-Pisca, estava incomodado com as impropriedades da natureza e decidiu, então, sugerir reformas. Ele disse que era um absurdo a jabuticabeira ser tão grande, uma árvore tão portentosa - algumas são menores, outras são maiores, mas essa dele era muito grande -, e dar pequenos frutos: as jabuticabas; e as abóboras imensas ficarem no chão.

ADI 5874 / DF

E dizia: "Se eu fosse reformar a natureza, colocaria as abóboras na jabuticabeira e as jabuticabas nos fios das abóboras". Ele estava muito cansado na faina de reformar o mundo e decidiu tirar uma soneca, embaixo da jabuticabeira, e caiu-lhe no nariz uma jabuticaba, e disse Américo Pisca-Pisca: "Acho que Deus tinha razão. Se caísse uma abóbora em meu nariz, talvez Américo Pisca-Pisca não estivesse mais aqui".

Muitas vezes brincamos de Américo Pisca-Pisca. Temos de ter muito cuidado com as instituições. Estamos com 30 anos da Constituição de 88, a comemorar no próximo ano. É o mais longo período de normalidade institucional da vida republicana. Não devemos brincar de aprendizes de feiticeiros.

Cabe sempre lembrar a diferença entre judicialização e ativismo, como bem faz **Lenio Streck (Jurisdição Constitucional, 5ª ed., Forense, 2018)**: ativismo não faz bem à democracia, porque é behaviorista, com a substituição dos juízos políticos éticos e morais do legislador ou do Presidente da República pelos juízos do Poder Judiciário; já a judicialização é contingencial - ela existe em qualquer país do mundo. Ela trata de questões universalizáveis. Já o ativismo é subjetivista. **Reescrever o indulto é típico ativismo.**

Conforme afirmado por Joseph Ellis: "Como cidadãos, temos que reduzir nossas expectativas e perceber que a Suprema Corte não pode realizar a impossível e exagerada missão que a ela foi assinalada em nosso tempo. Todos os magistrados devem adotar um 'voto de humildade', não realizando reformas profundas na Lei, salvo em casos excepcionais, e assim responsabilizar o Congresso para exercer a sua tarefa constitucional de dirigir as políticas internas, como pretendido pelos constituintes". (ELLIS, Joseph J. The Supreme Court was never meant to be political. **The Wall Street Journal**, set. 2018) (tradução livre)

Ainda sobre os riscos e consequências de um ativismo judicial em detrimento dos demais poderes de um Estado democrático de Direito, David Kaplan destaca, ao comentar a situação da Suprema Corte dos Estados Unidos, objeto de crítica pelos diversos segmentos políticos e

ADI 5874 / DF

sociais em virtude do exagerado protagonismo obtido, que:

"Hoje, liberais e conservadores delegam à Corte as decisões sobre as questões mais difíceis da sociedade - em detrimento dos dois poderes do governo democraticamente concebidos. Por que lutar politicamente sobre questões difíceis em uma eleição - com resultados que podem ser revertidos na próxima - quando uma vitória na Suprema Corte pode consolidar o resultado definitivamente? Por que tentar persuadir milhões de cidadãos para endossar uma posição quando tudo o que se precisa são cinco votos de nove ministros? [...]"

O resultado corrosivo se desdobra em dois: uma Corte arrogante e um Congresso enfraquecido que raramente está disposto a enfrentar as questões mais difíceis. Os dois se retroalimentam. Os Ministros geralmente interferem porque acreditam que os membros do Congresso - apesar de eleitos pelo povo - agem como tolos, como covardes, falham em agir. Feliz em ficar fora do campo de batalha, o Congresso raramente protesta, se limitando a lotar o plenário durante as ocasionais audiências de confirmação no Senado, durante a nomeação de novos Ministros. O resultado é a diminuição da confiança do público nas duas instituições." (KAPLAN, David. *The most dangerous branch*. 2018. p. 16, tradução livre)

Ademais, deve-se lembrar que o cenário atual demonstra uma **expansão dos espaços de oportunidade** no processo penal brasileiro, em que o Ministério Público, titular exclusivo da ação penal pública, pode decidir pelo não oferecimento da denúncia em algumas hipóteses. Nesse contexto, há em trâmite neste Supremo Tribunal a ADI 5.790, que questiona a Resolução 181 do CNMP, a qual regulamentou o denominado "acordo de não-persecução penal".

Aqui há uma clara incongruência na argumentação daqueles que questionam a amplitude da prerrogativa presidencial de conceder indulto: por um lado, estamos ampliando espaços de oportunidade e de

ADI 5874 / DF

negociações cada vez mais intensas que escapam ao controle judicial; e, por outro, restringindo previsão constitucional expressa, no sentido de determinar a concessão de indulto como prerrogativa privativa do Presidente da República.

Ou seja, questiona-se a prerrogativa constitucionalmente prevista ao Presidente da República, mas concede-se cada vez mais poderes ao Ministério Público para decidir sobre o início ou não da persecução penal.

Portanto, inexistente violação manifesta, não se pode aventar teses abstratas e hipotéticas, sem correspondência fática e embasamento constitucional para legitimar restrição à concessão do indulto. Como já assentado neste Tribunal, *“a hipotética e subjetiva alegação de ameaça à segurança da sociedade não pode fundamentar limitação inexistente ao parâmetro constitucional”* (MC na ADI 2.795/DF, rel. Min. Maurício Corrêa, j. 8.5.2003). Ou seja, não se pode extrair conclusão não contida nas disposições constitucionais.

Distintamente do assentado pelo eminente Relator, o Poder Executivo tem atuação concreta na definição e na aplicação da Política Criminal a ser adotada pelo governo. Sem dúvidas, o Legislativo determina pautas de política criminal ao tipificar condutas e prever suas penas, por exemplo, mas cabe ao Executivo a implementação e a delimitação dos contornos concretos da política criminal.

Trata-se, portanto, de ato de natureza política do Presidente da República, submetido à eventual juízo de reprovação política pela população nos futuros certames eleitorais, por exemplo. O Presidente da República está submetido aos custos políticos da opção definida na concessão do indulto.

Afirma-se que *“na essência, assim como a pena é uma opção política (processo decisional), o indulto é uma contramedida que assim também se apresenta”*, de modo que *“é, enfim, uma opção política vetorialmente apontada no sentido de reduzir os dados causados pela experiência penal”*. (ROIG, Rodrigo Duque. **Execução Penal: teoria crítica**. 4ª ed. Saraiva, 2018. p. 533)

ADI 5874 / DF

4. Dispositivos impugnados no Decreto de Indulto

4.1. Aplicação geral do Decreto e limites de pena

“Art. 1º O indulto natalino coletivo será concedido às pessoas nacionais e estrangeiras que, até 25 de dezembro de 2017, tenham cumprido:

I - um quinto da pena, se não reincidentes, e um terço da pena, se reincidentes, nos crimes praticados sem grave ameaça ou violência a pessoa”.

“Art. 2º O tempo de cumprimento das penas previstas no art. 1º será reduzido para a pessoa:

§ 1º A redução de que trata o caput será de:

I - um sexto da pena, se não reincidente, e um quarto da pena, se reincidente, nas hipóteses previstas no inciso I do caput do art. 1º”.

O Ministro Relator, afirmando que os indultos anteriores estabeleciam quantidade máxima de pena e este não, suspendeu a incidência do Decreto 9.246/2017 para os crimes de peculato, concussão, corrupção passiva, corrupção ativa, tráfico de influência, bem como para aqueles praticados contra o sistema financeiro nacional, os previstos na Lei de Licitações, os crimes de lavagem de dinheiro e ocultação de bens, os descritos na Lei de Organizações Criminosas e o delito de associação criminosa, nos termos originalmente propostos pelo CNPCP, na minuta encaminhada em 2017.

Ademais, estabeleceu a necessidade de cumprimento de 1/3 da pena, para condenações não superiores a 8 anos. Nos termos do voto do eminente Relator, *“na mais benevolente das hipóteses, o legislador exigiu o cumprimento mínimo de 1/3 da pena privativa de liberdade para que o sentenciado possa ser posto, ainda assim de forma condicional, em liberdade”*. Já o limite de pena de 8 anos teria origem nas balizas fixadas no Código Penal, que, em seu art. 33, §2º, “a”, definiu o regime prisional como inicialmente fechado para os delitos punidos com pena maior ou igual a 8

ADI 5874 / DF

anos.

Por um lado, percebe-se que o embasamento para imposição de limitações aos critérios fixados no Decreto é oriundo de argumentos abstratos, como a falta de “legitimidade democrática”, diante de um “excesso de leniência” em oposição ao “sentimento social”. Trata-se de fundamentação semelhante àquela inadmitida por este Tribunal, ao assentar-se que *“a outorga de benefício, precedido das cautelas devidas, não pode ser obstado por hipotética alegação de ameaça à segurança social”*. (MC na ADI 2.795/DF, rel. Min. Maurício Corrêa, j. 8.5.2003)

Além disso, os critérios fixados não apresentam qualquer fundamento no referido Decreto, de modo que se viola a prerrogativa do Presidente da República para a sua definição. Nesse sentido, assentou-se neste Tribunal:

“HABEAS CORPUS’ - INDULTO CONDICIONAL - REQUISITOS ESTABELECIDOS EM DECRETO PRESIDENCIAL - PRERROGATIVA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO DA UNIÃO - LEGITIMIDADE JURÍDICO-CONSTITUCIONAL - ATO PRESIDENCIAL QUE, AO CONCEDER O BENEFÍCIO DO INDULTO, SUBORDINA A DECLARAÇÃO DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE AO ATENDIMENTO SATISFATÓRIO, PELO CONDENADO, DE PERÍODO DE PROVA, CONSISTENTE NA DEMONSTRAÇÃO DE BOM E ADEQUADO COMPORTAMENTO SOCIAL, SEM QUALQUER ENVOLVIMENTO EM EPISÓDIOS DELITUOSOS - INOCORRÊNCIA DE USURPAÇÃO, PELO PRESIDENTE DA REPÚBLICA, DA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA DO CONGRESSO NACIONAL - MEDIDA QUE SE SUBMETE AO PODER DISCRICIONÁRIO DO CHEFE DO EXECUTIVO DA UNIÃO - DOCTRINA - PRECEDENTES - PEDIDO INDEFERIDO”. (HC 82.296, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, j. 3.12.2002)

Por fim, nos limites do texto constitucional, se o legislador pretender

ADI 5874 / DF

restringir a concessão de indulto para crimes como corrupção, lavagem etc., pode-se aventar a ampliação do rol de crimes considerados hediondos. Assim, em respeito à previsão constitucional, vedar-se-ia legitimamente a concessão de indulto em tais casos. Não cabe ao Judiciário, em controle de constitucionalidade, a realização de tal restrição.

Diante do exposto, conclui-se que, neste caso concreto, não se pode extrair da Constituição Federal os critérios impostos para restringir a aplicação do Decreto 9.246/2017.

4.2. Aplicabilidade a penas alternativas e regimes mais benéficos

“Art. 8º Os requisitos para a concessão do indulto natalino e da comutação de pena de que trata este Decreto são aplicáveis à pessoa que:

I - teve a pena privativa de liberdade substituída por restritiva de direitos;

II - esteja cumprindo a pena em regime aberto;

III - tenha sido beneficiada com a suspensão condicional do processo;

IV - esteja em livramento condicional”.

Conforme o Ministro Relator, estes incisos padecem de **inconstitucionalidade por desvirtuamento dos fins do indulto**. Sendo assim, suspendeu a concessão de indulto para condenados que cumprem penas restritivas de direitos ou que tenham sido beneficiados por suspensão condicional do processo.

Em tal cenário, contudo, configura-se clara situação de **violação à igualdade e à proporcionalidade**. Condenados por crimes mais graves poderiam receber o indulto, mas outros imputados, que estão cumprindo suspensão condicional do processo ou penas alternativas impostas pelo Estado em razão de infrações de menor gravidade não teriam tal possibilidade.

ADI 5874 / DF

Na doutrina, afirma-se que não há óbice à concessão de indulto aos condenados à pena restritiva de direitos, pois esta é substitutiva à pena privativa de liberdade, além de que há proporcionalidade e trata-se de direito subjetivo do imputado (CARVALHO, Salo. O indulto e as penas restritivas de direito. **Boletim IBCCRIM**, n. 142, set. 2004, p. 2-3).

Discute-se, inclusive, a possibilidade de concessão de indulto para apenados por tráfico de drogas, desde que sem envolvimento profundo com organização criminosa, nos termos do §4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 (HABER, Carolina; ABRAMOVAY, Pedro. O decreto de indulto e o papel do executivo na política criminal. **Boletim IBCCRIM**, n. 197, abr./2009, p. 2).

4.3. Aplicabilidade à pena de multa

“**Art. 10.** O indulto ou a comutação de pena alcançam a pena de multa aplicada cumulativamente, ainda que haja inadimplência ou inscrição de débitos na Dívida Ativa da União, observados os valores estabelecidos em ato do Ministro de Estado da Fazenda.

Parágrafo único. O indulto será concedido independentemente do pagamento:

I - do valor multa, aplicada de forma isolada ou cumulativamente; ou

II - do valor de condenação pecuniária de qualquer natureza”.

De acordo com o Ministro Relator, o perdão da multa deve ser concedido em hipóteses excepcionalíssimas. Afirma que o perdão de multa e condenações pecuniárias não beneficia a massa carcerária. Ao contrário, possui destinatário certo, ou seja, pessoas que se locupletaram do dinheiro público. Portanto, suspendeu o indulto em relação a penas patrimoniais. No voto, assentou que “*a concessão do indulto da multa deve ser admitida apenas em hipóteses excepcionalíssimas, devidamente comprovadas*”.

ADI 5874 / DF

perante o juízo da execução penal. São elas: (i) extrema carência material do apenado (que sequer tenha tido condições de firmar compromisso de parcelamento do débito, na forma da legislação de regência); ou (ii) valor da multa inferior ao mínimo fixado em ato do Ministro da Fazenda para a inscrição de débitos em Dívida Ativa da União”.

A minuta do CNPCP vedava expressamente o indulto da pena de multa, sob o argumento de que a disposição também se alinha à orientação de combate à corrupção, já que as sanções pecuniárias costumam ser componente essencial da condenação nesse tipo de delito.

A pena de multa traz consequências relevantes à esfera jurídica de direitos dos condenados. Inegavelmente, a pena de multa é meio relevante na persecução penal de diversas espécies de crimes, como na esfera econômica. Contudo, isso não impede que tal instituto possa ser abrangido pelo indulto.

Por outro lado, o argumento de que se estaria abrindo mão de receita destinada ao Estado não se mostra legítimo a inviabilizar o indulto em tais casos. Em diversas situações, tal cenário também ocorreria, como em casos de reconhecimento de prescrição e de concessão de perdão judicial. Ademais, pode-se aventar que as dívidas para ressarcimento à União ainda poderiam ser executadas, nas esferas distintas da penal. Assim, não há como fundamentar a tese no sentido de que o Decreto de Indulto aqui analisado extrapole os limites constitucionalmente traçados.

Na doutrina, afirma-se que em muitos casos, mesmo após o cumprimento da pena privativa de liberdade, a pendência da multa impede a extinção da punibilidade do imputado, prejudicando a sua reinserção social e no mercado de trabalho. Verifica-se que *“nos decretos anteriores ao Decreto 8.940/2016, eram beneficiadas as pessoas condenadas à pena de multa, ainda que não quitada, independentemente da fase executória ou juízo que se encontre, aplicada cumulativamente com pena privativa de liberdade cumprida até 25 de dezembro do ano de edição do decreto presidencial”*. (ROIG, Rodrigo Duque. **Execução Penal: teoria crítica**. 4ª ed. Saraiva, 2018. p. 548)

ADI 5874 / DF

4.4. Limitações ao indulto em caso de recurso pendente da acusação

“Art. 11. O indulto natalino e a comutação de pena de que trata este Decreto são cabíveis, ainda que:

I - a sentença tenha transitado em julgado para a acusação, sem prejuízo do julgamento de recurso da defesa em instância superior;

II - haja recurso da acusação de qualquer natureza após a apreciação em segunda instância;

III - a pessoa condenada responda a outro processo criminal sem decisão condenatória em segunda instância, mesmo que tenha por objeto os crimes a que se refere o art. 3º; ou

IV - a guia de recolhimento não tenha sido expedida”.

A despeito do pedido do requerente para declarar a inconstitucionalidade dos incisos I, II, III e IV do art. 11, apenas o II foi suspenso pelo Relator. Isto é, suspendeu-se a concessão do indulto na pendência de recurso da acusação, pois a pena ainda pode ser ampliada, o que alteraria o marco de referência para concessão do indulto.

Na doutrina, afirma-se: *“verificamos a possibilidade de se receber o indulto antes do trânsito em julgado”* (RIBEIRO, Rodrigo. O indulto presidencial: origens, evolução e perspectivas. **RBCCrim**, v. 23, n. 117, nov./dez. 2015. p. 428). Ou seja, não há óbice para que o indulto seja aplicado antes do trânsito em julgado do processo.

Conforme já afirmado, a concessão do indulto é prerrogativa do Presidente da República que possui impactos no exercício da pretensão punitiva pelo Estado, podendo ter consequências em qualquer fase da persecução penal. Trata-se de mecanismo de gestão do sistema penal, com impactos em questões penitenciárias e de política criminal em sentido amplo. Portanto, **inexiste violação na norma definida no Decreto de Indulto aqui analisado.**

ADI 5874 / DF

5. Conclusão e tese

Diante do exposto, respeitosamente, **divirjo** do eminente relator, para **julgar improcedente a presente Ação Direta de Inconstitucionalidade.**

Ademais, com fins prospectivos, **sugiro a seguinte tese:** *“A concessão de indulto é prerrogativa constitucional privativa do Presidente da República e submete-se ao controle judicial nos limites expressamente previstos na Constituição, de modo que não cabe ao Supremo Tribunal Federal a revisão da conveniência e da oportunidade da política criminal adotada em seus critérios”.*

29/11/2018

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.874 DISTRITO FEDERAL

QUESTÃO DE ORDEM

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Presidente, eu gostaria que nós considerássemos a possibilidade de revogarmos a liminar.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Mas a questão é que estamos numa situação na qual cinco votos não referendam a cautelar.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Mas o Ministro Celso pode votar nessa matéria.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Presidente, considerada a proporcionalidade, tem-se placar de 5 a 2. Faltam quatro votos. Não se imagina que não saia desses quatro votos um que se some à corrente agora majoritária. Por isso endosso a proposta do ministro Gilmar Mendes.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Vou colocar, então, em votação.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Senhor Presidente, Vossa Excelência já anunciou o resultado do feito. Eu creio que está sendo colocado em questão aqui a autoridade de Vossa Excelência, que já encerrou esse julgamento.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Vossa Excelência preside os trabalhos. Eu pedi vista, mas nessa questão formal, eu tenho voz. Acho que Vossa Excelência preside os trabalhos. A ordem dos trabalhos é do presidente do Tribunal.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Não é da tradição do Tribunal, do Colegiado, deixar de apreciar proposta feita por um Colega.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Presidente, me permite?

A proposta foi feita antes do anúncio. Nós estamos às vésperas do natal e, obviamente, já se formou aqui uma maioria, se não a maioria de seis, mas pelo menos votar essa possibilidade. Se a maioria entender que não é o caso... Até porque um dos objetivos da gestão de Vossa Excelência

ADI 5874 / DF

sempre é acelerar a votação das liminares monocráticas.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

De qualquer sorte, houve votação a respeito das cautelares nos votos já proferidos, porque quem julga parcialmente procedente, referenda a cautelar, o que, no limite, está no voto do Relator. Quem julga improcedente, não referenda, por óbvio, a cautelar. Na medida em que não houve antecipação de voto por outros colegas, penso que este é o resultado do julgamento.

É a proclamação.

29/11/2018

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.874 DISTRITO FEDERAL

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: (CANCELADO).

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Gostaria apenas de esclarecer que é tradição deste Tribunal a possibilidade de qualquer Colega reabrir a discussão na mesma sessão, mesmo que já proclamado o resultado. É bom ficar claro isso, pois é assim que este Tribunal, esta Corte, tem atuado, e Vossa Excelência, que é o Decano, sabe muito bem disso.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: (CANCELADO).

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Enquanto não for encerrada a sessão, qualquer processo da pauta pode ser retomado, inclusive aqueles dos quais já tenha sido proclamado o resultado.

Então, nesse sentido, reabro a discussão para antecipação do voto do **Ministro Celso de Mello**.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Presidente, só para ficar bem claro, por uma questão de respeito à ascendência intelectual e de respeito que o nosso Decano tem para com todos os Colegas, eu fui a ele dizer que iria pedir vista, mas o liberava para votar. De sorte que é de muita elegância da sua parte me pedir licença para prosseguir.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: (CANCELADO).

29/11/2018

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.874 DISTRITO FEDERAL

V O T O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO:

1. A repulsa do Supremo Tribunal Federal aos atos de macrodelinquência governamental e de improbidade administrativa

Que deste Tribunal parta a advertência, grave e impessoal, Senhor Presidente, de que aqueles que transgrediram o ordenamento penal do Estado expor-se-ão, sem prejuízo de outros tipos de responsabilização – não importando a sua posição estamental, se patricios ou plebeus, se governantes ou governados –, à severidade das sanções penais, devendo a punição criminal recair, exemplarmente, na forma da lei, sobre esses infieis da causa pública e indignos do poder.

O fato irrecusável, Senhor Presidente, é um só: nenhum cidadão poderá viver com dignidade em uma comunidade política corrompida.

Não hesito em proclamar, por tal razão, Senhor Presidente, a absoluta repulsa de todos e de cada um dos Ministros desta Corte Suprema à prática vergonhosa e criminosa de atos de corrupção e de improbidade administrativa, revelando-se inaceitável, por isso mesmo, estabelecer-se injuriosa vinculação dos votos que mantêm o decreto presidencial de indulto ora impugnado a uma suposta leniência a grupos criminosos que assaltaram o Estado e que conspurcaram a ideia e os valores mais elevados da República.

Todos os Juizes do Supremo Tribunal Federal têm plena consciência, Senhor Presidente, independentemente dos votos que já proferiram ou que ainda vão proferir, de que as práticas delituosas objeto de apuração no âmbito da Operação Lava Jato, que tanto afetam a estabilidade e a segurança da sociedade, especialmente porque veiculadas por intermédio de organização

ADI 5874 / DF

criminosa, **enfraquecem** as instituições, **corrompem** os valores da democracia, da ética e da justiça e **comprometem** a própria sustentabilidade do Estado Democrático de Direito, **notadamente** nos casos em que os desígnios dos agentes envolvidos **guardam** homogeneidade, **eis que dirigidos, em contexto de criminalidade organizada e de delinquência governamental**, a um fim comum, **consistente** na obtenção, **à margem das leis da República, de inadmissíveis vantagens e de benefícios de ordem pessoal, de caráter empresarial ou de natureza político-partidária.**

2. **O indulto, inclusive o de caráter coletivo (LEP, art. 193), como expressão soberana da clemência do Estado: a evolução de seu tratamento no constitucionalismo brasileiro**

Estabelecidas tais premissas, que entendi necessário destacar, em razão da honorabilidade dos Ministros que integram a Suprema Corte do Brasil, passo a examinar a controvérsia constitucional ora posta em julgamento.

E, ao fazê-lo, assinalo que o indulto – inclusive o indulto coletivo que se acha contemplado na legislação brasileira, como se vê do art. 193 da Lei de Execução Penal (LEP), que a ele se refere expressamente – constitui, ao lado da anistia e da graça, manifestação formal da “indulgentia principis” e atua, em nosso sistema, como causa extintiva da punibilidade (CP, art. 107, II).

Ao contrário da anistia, que opera efeitos radicais, o indulto e a graça em sentido estrito geram, somente, a extinção da punibilidade. Não apagam o ilícito nem suprimem as consequências de ordem criminal, inclusive os efeitos penais secundários da sentença condenatória (RT 409/304 – RT 466/401 – RT 513/423, v.g.). Atingem, no entanto, as medidas de segurança (CP, art. 96, parágrafo único).

Constitui o indulto, portanto, manifestação da clemência soberana do Estado, que importa em renúncia ao “jus puniendi”, por intermédio de

ADI 5874 / DF

medida coletiva e genérica – **no que se diferencia** da graça, *que é medida de caráter individual* –, **objeto** de ato do Presidente da República (**CF**, art. 84, XII), **destinado a favorecer**, *pela extinção da punibilidade*, **todos os que, condenados, encontrem-se** na situação prevista no decreto presidencial de sua concessão.

Cabe ressaltar que o poder de clemência, **no qual se inclui** o indulto, **tem sido tradicional** ao longo da evolução de nosso constitucionalismo.

A Carta Política do Império, de 1824, *de modo mais amplo*, **incluiu** no alcance concreto do Poder Moderador, **delegado privativamente** ao Imperador (art. 98), **a faculdade** de perdoar **ou** de moderar as penas impostas aos réus **condenados** por sentença (art. 101, VIII) **ou, ainda, de conceder** anistia “*em caso urgente, e que assim aconselhem a humanidade, e bem do Estado*” (art. 101, IX).

Já a Constituição republicana de 1891 limitou essa competência do Chefe do Poder Executivo (Presidente da República) **aos atos de indulto e de comutação relativos às condenações penais** impostas *pela Justiça Federal* (art. 48, § 6º), **havendo exceção** quanto à comutação **ou** ao perdão das penas **referentes** aos crimes de responsabilidade dos funcionários federais, **que passa** a integrar as atribuições do Congresso Nacional (art. 34, § 28). **Nos crimes** de competência jurisdicional *dos Estados-membros*, **o poder de graça pertencia** ao Governador do Estado, **também designado** por algumas unidades federadas *como Presidente do Estado*, **como sucedia**, *p. ex., no Estado de São Paulo* (Constituição paulista de 14/07/1891, art. 27) . A concessão de anistia passou a ser incumbência **exclusiva** do Congresso Nacional (**CF/1891**, art. 34, § 27, *posteriormente reenumerado para § 26*, em razão da Emenda Constitucional de 03/09/1926).

A Constituição de 1934, *por sua vez*, **manteve** o poder de anistiar na esfera de competência do Legislativo da União Federal (art. 40, “e”) **e, em**

ADI 5874 / DF

caráter privativo, outorgou ao Presidente da República a prerrogativa de “perdoar e comutar, mediante proposta dos órgãos competentes, penas criminais” (art. 56, § 3º – grifei).

A Carta de 1937, coerente com o espírito autocrático que a animou, deferiu, “*tout court*”, ao Presidente da República o exercício de todas as faculdades inerentes ao poder de graça (art. 74, “n”, na redação dada pela Lei Constitucional nº 9, de 1945).

Em 1946, no entanto, a Constituição promulgada naquele ano restaurou a dualidade de competências pertinentes ao poder de graça do Estado, reconhecendo ao Presidente da República a prerrogativa de “conceder indulto e comutar penas, com audiência dos órgãos instituídos em lei” (art. 87, XIX), deferindo ao Congresso Nacional a competência exclusiva para os atos concessivos de anistia (art. 66, V).

A Carta de 1967, por sua vez, reproduziu, essencialmente, as mesmas disposições da Constituição anterior (arts. 46, VIII, e 83, XX), no que foi seguida pela Carta outorgada por um triunvirato militar sob a equivocada designação de Emenda Constitucional nº 1, de 1969 (arts. 43, VIII, e 81, XXII).

Finalmente, a Constituição republicana de 1988 manteve a competência privativa do Presidente da República para “conceder indulto e comutar penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei” (CF, art. 84, XII), e a do Congresso Nacional para a concessão de anistia (art. 48, VIII).

3. A prerrogativa constitucional de indultar qualifica-se como ato fundado no poder discricionário outorgado privativamente ao Presidente da República

Impende acentuar, neste ponto, que o ato concessivo de indulto – enquanto expressão formal da “clementia principis” – qualifica-se como

ADI 5874 / DF

prerrogativa constitucional eminentemente discricionária do Presidente da República, **que pode, por isso mesmo, condicionar a prática** de tal gesto de liberalidade estatal, **sem qualquer** eiva de inconstitucionalidade, **à prévia satisfação de requisitos subjetivos e objetivos**, que obrigatoriamente **devem ser cumpridos e observados**, para que ocorra, **definitivamente**, a extinção da punibilidade.

Cumpre registrar, por oportuno, que esse entendimento tem sido observado pelo Supremo Tribunal Federal, que assim já se pronunciou:

“RECURSO EM ‘HABEAS CORPUS’. INDULTO CONDICIONADO (DECRETO N. 953, DE 08.10.93). REPARAÇÃO DO DANO. LEGITIMIDADE.

O indulto, em nosso regime, constitui faculdade atribuída ao Presidente da República (art. 84, XII, da CF), que aprecia não apenas a conveniência e oportunidade de sua concessão, mas ainda os seus requisitos.

A fixação do ressarcimento do dano como condição para o indulto não destoa da lógica de nosso sistema legal, que estimula a composição dos prejuízos causados pelo delito, mesmo antes do seu julgamento definitivo (v.g., arts. 16 e 312, par. 2, do CP), sem conferir-lhe, no entanto, caráter de obrigatoriedade, mas apenas de pressuposto para o gozo de determinado benefício.”

(RTJ 156/130, Rel. Min. ILMAR GALVÃO – grifei)

“PENAL. PROCESSUAL PENAL. ‘HABEAS CORPUS’. INDULTO. BOA CONDUTA CARCERÁRIA.

I. – Não preenchido o requisito da boa conduta carcerária, exigida pelo Decreto Presidencial, não há como conceder o benefício do indulto.”

(RTJ 161/523, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – grifei)

“O condicionamento do benefício do indulto ao ressarcimento do dano resultante da ação delituosa é prática efetiva em nosso sistema penal, que se orienta no sentido de

ADI 5874 / DF

estimular a composição dos danos materiais resultantes do delito, mesmo antes do julgamento condenatório definitivo.”

(HC 74.683/RJ, Rel. Min. ILMAR GALVÃO – grifei)

“HABEAS CORPUS’. INDULTO. DEMONSTRAÇÃO DA NECESSIDADE DE ASSISTÊNCIA PATERNA AO FILHO MENOR. PEDIDO DE COMUTAÇÃO DA PENA.

O Decreto Presidencial nº 2.365/97, no inciso IV, condicionou a concessão do indulto à comprovação da necessidade excepcional de cuidados do filho menor de doze anos por parte do pai condenado. Trata-se, portanto, de pressuposto para o gozo do benefício, que, na espécie, a decisão impetrada teve por não cumprido, razão pela qual o indeferiu. Também não pode ser afastada, pois importaria alterar a manifestação de vontade da autoridade constitucionalmente competente (art. 84, XII), que, exercendo uma faculdade, deduziu sobre que bases seria conveniente e oportuna a ‘clementia principis’.”

(HC 77.676/RJ, Rel. Min. ILMAR GALVÃO – grifei)

Vê-se, pois, que a competência constitucional para conceder indulto, exercida pelo Presidente da República (CF, art. 84, XII), confere ao seu titular – como ato soberano de clemência estatal – a prerrogativa de impor condições como requisitos necessários à sua obtenção, tendo em vista razões de ordem político-criminal e, sobretudo, a necessidade de preservar a integridade dos interesses da própria coletividade.

De igual modo, assinala o autorizado magistério do eminente Professor DAMÁSIO EVANGELISTA DE JESUS (“Novíssimas Questões Criminais”, p. 107, 3ª ed., 1999, Saraiva):

“Os decretos de indulto geralmente exigem condições pessoais pretéritas, como bom comportamento carcerário, primariedade, antecedentes, reparação do dano etc. Não se desconhece a imposição da medida condicionada a exigência de comportamento ou fato futuro, concernente a deveres de fazer ou deixar de fazer alguma coisa (Antolisei, Manual de derecho

ADI 5874 / DF

penal, trad. Juan Del Rosal e Ángel Torio, Buenos Aires, Uteha, 1960, p. 542, n. 241, B). Assim, a extinção da punibilidade fica na dependência de um fato, positivo ou negativo, a ser realizado pelo condenado, como, p. ex., não residir em certo local. É o que ocorre no Código Penal espanhol (art. 115), em que o descumprimento da condição futura elimina o benefício legal, de modo que o indulto pode determinar que a extinção da pretensão executória fique na dependência do comportamento social do beneficiado durante determinado período de prova, desde que nunca superior ao restante da pena. O efeito prático da medida é imediato: soltura do condenado; a extinção da punibilidade, contudo, sujeita-se a requisito futuro. Com isso, não se está criando um novo instituto, uma nova forma de livramento condicional, o que seria defeso ao Presidente da República mediante decreto. Um novo tipo de livramento condicional só pode ser criado pela lei.” (grifei)

Essa compreensão da matéria, que prevê a possibilidade da existência do indulto condicional, é acolhida, majoritariamente, pela doutrina brasileira (HAROLDO CAETANO DA SILVA, “Manual da Execução Penal”, p. 318, item n. 21.3, 2001, Bookseller; LICINIO BARBOSA, “Direito de Execução Penal”, p. 85, item n. 3, 2001, Século XXI; PAULO JOSÉ DA COSTA JUNIOR, “Comentários ao Código Penal”, p. 322, item n. 4, 6ª ed., 2000, Saraiva; JULIO FABBRINI MIRABETE, “Manual de Direito Penal”, vol. 1/387, item n. 12.2.6, 18ª ed., 2002, Atlas; MAGALHÃES NORONHA, “Direito Penal”, vol. 1/342, item n. 219, 31ª ed., 1995, Saraiva; PONTES DE MIRANDA, “Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969”, tomo III/346, item n. 23, 2ª ed., 1970, RT; ALOYSIO DE CARVALHO FILHO, “Comentários ao Código Penal”, vol. IV/186-187, item n. 62, 5ª ed., 1979, Forense), cumprindo rememorar, bem por isso, na linha do que vem de ser afirmado, a precisa lição ministrada por FERNANDO CAPEZ (“Curso de Direito Penal”, vol. 1/537, item n. 48.2, 2000, Saraiva):

“Indulto condicional: é o indulto submetido ao preenchimento de condição ou exigência futura, por parte do

ADI 5874 / DF

indultado, tal como boa conduta social, obtenção de ocupação lícita, exercício de atividade benéfica à comunidade durante certo prazo etc. **Caso a condição seja descumprida**, deixa de subsistir o favor, **devendo o juiz determinar o reinício da execução da pena** (ALOYSIO DE CARVALHO FILHO, *Comentários ao Código Penal*, 4^a ed., São Paulo, Forense, 1958, v. 4, p. 189).” (grifei)

O exame do sistema de direito positivo brasileiro **permite reconhecer *no indulto***, enquanto expressão do poder de graça, “*uma prerrogativa essencial e necessária do Poder Executivo*” (RAILDA SARAIVA DE MORAES, “O Poder de Graça”, p. 43, item n. 13, 1979, Forense).

Segundo os doutrinadores – ***cabendo destacar o estudo monográfico*** de RAILDA SARAIVA DE MORAES (“O Poder de Graça”, “*op. loc. cit.*”) –, a clássica divisão dos poderes atribuí ao Chefe de Estado a **competência natural** para exercer o poder de agraciar aqueles que foram condenados pelo Poder Judiciário **em razão da prática** de atos delituosos, **valendo observar**, a esse respeito, **a lição** da ilustre monografista:

“(…) A lei define os delitos (*‘nulla poena sine lege’*); o juiz condena (*‘nulla poena sine iudicio’*); o executivo aplica a lei e executa o julgamento. O Executivo não está, no entanto, obrigado a executar a sentença. Mesmo depois de verificada pelo juiz a verdade legal, o Poder Executivo pode-se abster de executar a pena; é o poder de graça. A graça deixa subsistir o julgamento, não atinge a lei penal; pela graça, o Presidente da República, personificando o Poder Executivo, decide, tão-somente, que não exercerá o direito de punir que lhe foi dado por lei e reconhecido, no caso concreto, por sentença, ou que o exercerá apenas parcialmente (...).”

ADI 5874 / DF

4. O indulto, seja como simples perdão, seja como instrumento de política criminal, sofre limitações, materiais **ou** formais, previstas no texto constitucional

O exercício dessa excepcional competência – cuja prática, entre nós, foi constitucionalmente **deferida**, em caráter exclusivo, ao Presidente da República (CF, art. 84, XII) – **apoia-se em atribuição de índole eminentemente discricionária**, **eis que**, nesse domínio, **é o Chefe do Poder Executivo da União o único árbitro** da conveniência, da utilidade, da necessidade e da oportunidade da adoção dessa extraordinária medida de política criminal, **não se justificando**, por isso mesmo, **a imposição** ao decreto presidencial de indulto de **limitações materiais inexistentes na Constituição**, **como bem ponderou** a eminente Senhora Ministra Advogada-Geral da União.

Observe-se, neste ponto, considerada a extração marcadamente constitucional do poder de graça atribuído ao Presidente da República, **que eventuais restrições** a ele oponíveis **somente podem resultar** de texto expresso **inscrito na própria Constituição da República**, como sucede, p. ex., **com as limitações** de ordem material **impostas** por nossa vigente Carta Política, em seu art. 5º, inciso XLIII, **que pré-excluiu** do alcance e abrangência **dos benefícios** da “graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos”.

O eminente Desembargador ALBERTO DA SILVA FRANCO **chega a sustentar**, por isso mesmo, **a partir da falta de menção ao benefício de indulto** na regra inscrita no art. 5º, XLIII, da Carta Política, **que o decreto presidencial de indulto pode estender-se**, validamente, até mesmo, ao tráfico ilícito de entorpecentes, **como se vê** da seguinte passagem do seu estudo:

“Poderia o legislador infraconstitucional incluir a proibição do indulto entre as causas extintivas de

ADI 5874 / DF

punibilidade, tal como o fez o legislador constituinte em relação à graça e à anistia? Com a acuidade peculiar, o Min. Assis Toledo enfatizou que 'no art. 84, XII, a Constituição prevê expressamente o indulto e o atribui à competência discricionária do Presidente da República.

Ora, tal poder discricionário encontra seus limites no próprio texto constitucional, não podendo sofrer restrições pelo legislador ordinário. E a Constituição, quando quis fazer restrições, mencionou a anistia e a graça, deixando de lado o indulto, por ela própria previsto expressamente no citado art. 84, XII. Assim é porque parece ilógico tornar, no art. 84, XII, a palavra indulto como abrangente de graça e, logo adiante, no mesmo texto constitucional (inc. XLIII do art. 5º), inverter o raciocínio para entender que a graça abrange o indulto. *Por outro lado, se o legislador tivesse empregado, neste último preceito, a palavra graça em sentido amplo, com o significado de 'direito de graça' ou 'poder de graça', ou 'indulgentia principis', não teria certamente mencionado a anistia, que é uma das modalidades do mesmo poder de graça ou de clemência.*

.....

Destarte, não estaria o Presidente da República impossibilitado, em princípio, de conceder o indulto, nos termos do art. 84, XII, da Constituição Federal, em relação a qualquer crime, seja do Código Penal, seja do microssistema aludido no item A, nem o legislador infraconstitucional poderia, através de lei ordinária, estabelecer limites ao Presidente da República no seu poder de indultar. Caso o fizesse, a lei ordinária teria flagrante inconstitucionalidade. O Presidente da República não ficará assim obstado de conceder indulto, ou até mesmo de comutar pena, no que tange aos crimes que participam do microssistema criminalizador constante da Constituição Federal (art. 84, XII, da CF). *Se no decreto presidencial não houver explícita e total exclusão do tráfico ilícito de entorpecentes, a causa extintiva do indulto ou a causa de abrandamento da pena poderão ter tranquila incidência.*

ADI 5874 / DF

Tal posicionamento encontra suporte no poder discricionário – o que não significa arbitrário – de que é portador o Presidente da República na concessão do chamado indulto natalino. E se, no seu poder discricionário, pode ele incluir no indulto todo e qualquer fato típico arrolado na lei infraconstitucional que versa sobre tráfico ilícito de entorpecentes, nada impede que possa nele incluir situações concretas que alberguem condenados por tal delito.

Ora, se o Presidente da República, entre suas atribuições privativas, tem o poder de conceder indulto ou comutação da pena no que tange aos delitos que fazem parte do microssistema constitucional (inclusive no tocante ao tráfico ilícito de entorpecentes), não estaria ele impedido de concedê-lo a condenados, nacionais ou estrangeiros, que estivessem incluídos nas hipóteses dos incisos XI, XII, XIII, XIV do art. 1º do indulto natalino referido no Decreto 8.615/2015 (...).” (grifei)

É interessante assinalar, nessa mesma linha de compreensão, que a Constituição republicana de 1934, pretendendo impor condições ao poder do Presidente da República de indultar, submeteu o exercício dessa especial competência à prévia existência de proposta emanada dos órgãos competentes, segundo estabelecia o art. 56, § 3º, dessa mesma Lei Fundamental.

Daí a observação de RAILDA SARAIVA DE MORAES (“op. cit.”, p. 71, item n. 20), que, ao examinar essa limitação até então inédita em nosso constitucionalismo, ênfaticou que a Constituição de 1934 impôs “(...) uma limitação à competência presidencial, na medida em que subordinou a concessão da graça à provocação pelos órgãos competentes. Essa restrição não encontrou guarida na legislação constitucional posterior” (grifei).

Outra não foi a compreensão de PONTES DE MIRANDA (“Comentários à Constituição da República dos Estados Unidos do

ADI 5874 / DF

Brasil”, tomo 1/573, item n. 2, 1934, Editora Guanabara), cuja análise da competência presidencial para perdoar e comutar penas criminais pôs em destaque essa inédita limitação ao exercício de referida e extraordinária atribuição conferida ao Chefe do Poder Executivo:

“(...) Sob a Constituição de 1891, o poder de perdoar não tinha limite quanto à iniciativa. Tem-no hoje [referência feita à Constituição de 1934]. É indispensável a proposta dos órgãos competentes. Quais são êsses órgãos a Constituição não no disse e faz-se mister, a-respeito, que se legisle para todo o Brasil. Não só está com a União todo o Direito penal, material e processual, como também as normas fundamentais do regime penitenciário: fácil é ao Poder legislativo (Câmara dos Deputados e, talvez, Senado Federal, em virtude dos arts. 91, I, 'I', e 5º, § 3º) elaborar a lei geral de que se necessite (...).” (grifei)

ALOYSIO DE CARVALHO FILHO, em seus “Comentários ao Código Penal” (vol. IV/201-202, item n. 71, 5ª ed., Forense), referindo-se ao condicionamento imposto pela Constituição de 1934 à competência presidencial para indultar, teceu as seguintes e relevantes observações:

“71. A tendência restritiva encontrou apoio nos elaboradores da Constituição brasileira de 1934. Efetivamente, aí se inscrevia, no art. 56, n.º 3, que ao presidente da República compete privativamente perdoar e comutar, ‘mediante proposta dos órgãos competentes’, as penas criminais. A providência avançou mais, possivelmente, do que iguais cautelas, de outras Constituições ou leis. Porque o que ali era instrução, de parte do Poder Judiciário, a um propósito de indulto, do Poder Executivo, aqui seria iniciativa clara da concessão do indulto, por parte dos órgãos competentes, no particular, os conselhos penitenciários, que passavam, assim, a ter ‘voto decisório’, mantida ao Executivo a atribuição, apenas, de ‘decretar’ o benefício.” (grifei)

ADI 5874 / DF

É certo, no entanto, que, embora dependente a iniciativa do Presidente da República de “*proposta dos órgãos competentes*” (os Conselhos Penitenciários, no caso) para efeito de decretação do indulto sob a égide da Constituição de 1934, firmou-se orientação no sentido de que a manifestação de referidos Conselhos Penitenciários teria caráter meramente opinativo, como relembra o próprio ALOYSIO DE CARVALHO FILHO (“*op. loc. cit.*”, nota de rodapé, n. 303):

“Assim procedendo, firmou-se o Governo no parecer do ministro da Justiça de que a Constituição, pelo preceito em causa, ‘não quis, evidentemente, subordinar o exercício do indulto ao parecer favorável dos conselhos penitenciários, porque, se quisesse, perderia o texto sua razão de ser, transformando-se o presidente da República em simples homologador das decisões dos conselhos – quando é sabido que o perdão e a comutação das penas são exteriorizações da soberania exercida, na espécie, pelo chefe da Nação’ (...).” (grifei)

O fato irrecusável, hoje, no entanto, é que a vigente Constituição da República – com ressalva expressa das limitações materiais previstas em seu art. 5º, inciso XLIII – não impõe restrições outras ao Presidente da República, o que permitiu à eminente Senhora Advogada-Geral da União sustentar, com inteira razão, a partir dos doutos fundamentos que dão suporte à sua manifestação, que o eminente Ministro ROBERTO BARROSO, Relator, nas decisões que proferiu no início deste processo, ao usurpar atribuições constitucionalmente outorgadas, em caráter privativo, ao Presidente da República, incidiu em frontal transgressão ao princípio da separação de poderes, pois chegou, até mesmo, a reescrever, sem causa legítima, fragmentos do decreto presidencial de indulto, seja substituindo a exigência de cumprimento mínimo de 1/5 da pena por 1/3, seja mandando aplicar as hipóteses previstas no inciso I do art. 1º do Decreto nº 9.246/2017 somente aos casos em que a condenação não fosse superior a oito anos, seja excluindo do âmbito de incidência desse decreto presidencial de indulto “*os crimes de peculato, concussão, corrupção*

ADI 5874 / DF

*passiva, corrupção ativa, tráfico de influência, os praticados contra o sistema financeiro nacional, os previstos na Lei de Licitações, os crimes de lavagem de dinheiro e ocultação de bens, os previstos na Lei de Organizações Criminosas e a associação criminosa, nos termos originalmente propostos pelo CNPCP”, **além de outras medidas** que foram ordenadas **sem que** – segundo penso – se pudesse nelas vislumbrar **qualquer** eiva de inconstitucionalidade.*

Não foi por outro motivo que a eminente Senhora Advogada-Geral da União, **ao censurar** tais decisões do Relator, **expendeu**, *a esse propósito, **precisas considerações**:*

“Nesse contexto, a concessão de medida que suspende o ato de concessão de indulto do Chefe do Poder Executivo incide, ‘data venia’, em ofensa ao princípio da separação de Poderes.

Trata-se de instituto previsto constitucionalmente, de natureza político-discricionária, descabendo ao intérprete restringir seu alcance, impondo limites materiais ao poder de graça do Presidente da República que inexistem na Constituição Federal.

Com efeito, não cabe ao Poder Judiciário interferir em questões estritamente políticas (como é o caso, em que se trata de política criminal definida pelo Poder Executivo), devendo pautar-se em tais hipóteses pela autocontenção judicial (‘judicial self-restraint’), a qual pode ser entendida como a prática decisória que consiste na ‘retração do poder judicial em favor dos outros poderes políticos, seja por motivos de deferência político-democrática, seja por prudência político-institucional’.

.....
Destarte, e consoante com a já apontada jurisprudência reiterada dessa Suprema Corte, a suspensão dos efeitos de Decreto Presidencial que concedeu o indulto natalino não poderia ser deferida pelo Poder Judiciário, sob pena de violar a harmonia e a independência dos Poderes da República e, conseqüentemente, gerar insegurança jurídica na relação que se estabelece entre o Poder Executivo e a sociedade.

ADI 5874 / DF

Outrossim, ainda mais acentuadamente, a nova proposta redacional para os dispositivos impugnados do Decreto nº 9.246/2017, apresentada pela decisão proferida monocraticamente em sede de medida cautelar, interfere de modo ainda mais direto na competência constitucional do Presidente da República para conceder indulto.

A solução adotada excedeu os limites semânticos permitidos pelo texto do Decreto nº 9.246/2017. A decisão não se circunscreveu a suspender a eficácia do ato normativo ora impugnado, mas modificou disposições e criou novas condições para a concessão do indulto, ato de competência privativa do Chefe do Poder Executivo.

Com efeito, a decisão monocrática em sede cautelar superou o entendimento há muito cristalizado por essa Suprema Corte, de que o indulto configura ato de governo guiado pela ampla discricionariedade e situado no âmbito da política criminal. Não houve apenas a suspensão de efeitos do Decreto nº 9.246/2017, mas também a fixação de novas regras para a fruição do benefício do indulto.

Desse modo, em consideração à harmonia e independência dos Poderes da República, não é admissível que o Poder Judiciário encampe a atividade de normatizador primário da Constituição Federal, notadamente quando houver conduta positiva do titular constitucional para a prática do ato, no caso, o Presidente da República. A mera discordância da decisão política, em absoluto, não pode autorizar a subversão do sistema.

.....
É nesse contexto que deve ser negado o referendo à medida concedida cautelarmente, e julgada improcedente a presente ação, uma vez que o exercício do poder presidencial de conceder indulto não pode sofrer a interferência do Poder Judiciário mediante a determinação de limitações inexistentes na Constituição Federal.”
(grifei)

De outro lado, cabe também reconhecer que o Decreto nº 9.246/2017, além de fundado em competência discricionária atribuída, privativamente, por força da própria Constituição, ao Presidente da República, reveste-se de plena legitimidade jurídica e de estrita observância ao

ADI 5874 / DF

princípio da proporcionalidade, **inexistindo** qualquer ofensa à dimensão **referente** à proteção insuficiente em que tal postulado se desenvolve, **como corretamente assinalado** pela Subchefia Jurídica da Casa Civil da Presidência da República:

“7. De início impõe-se registrar que, ao subscrever o Decreto nº. 9.246/2017, o Excelentíssimo Senhor Presidente da República motivou-se especialmente, dentre outras, pelas seguintes premissas:

7.1. a) a caracterização do sistema penitenciário nacional, por meio do julgamento da ADPF 347 MC/DF, como ‘estado de coisas inconstitucional’, uma vez que o próprio Supremo Tribunal Federal reconheceu a presença de ‘...quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas...’.

7.2. b) o fato mais que notório, até mesmo internacionalmente, no sentido de ser o indulto uma das poucas políticas públicas eficazes no combate à superpopulação carcerária e à ressocialização dos condenados;

7.3. c) o fato de o Chefe de Estado e de Governo da República Federativa do Brasil, esta signatária do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992), buscando diminuir as violações frequentes aos direitos humanos das pessoas encarceradas, ocorridas, em grande parte, devido à superlotação dos presídios, cadeias e instituições congêneres, ter o dever de, através do indulto, possibilitar, ao máximo, o desencarceramento de todas as pessoas que já tenham cumprido parte de suas penas, que não mais ofereçam objetivamente risco à sociedade e que estejam sob especiais condições que desumanizam a sua permanência no cárcere; e

7.4. d) o teor do Editorial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM (Boletim nº 195 de fevereiro/2009), constante do Parecer nº 02085/2017/CONJUR-MJ/CGU/AGU, que instrui a Exposição de Motivos do decreto em questão, no sentido de que, ‘Conhecido desde a mais remota antiguidade, ao perdão constitucional sempre tocou o papel normativo de temperar a rigidez absoluta e mais

ADI 5874 / DF

enrijecida da idéia retributiva. Nas complexas sociedades modernas, que têm na prisão o tronco de seu sistema punitivo, o indulto tornou-se também um importante instrumento de política pública, seja como mecanismo de gerenciamento da superlotação carcerária, seja como fator de melhora do próprio ambiente prisional, ao canalizar expectativas não atendidas pelo sistema judiciário dedicado à execução penal'. (...)." (grifei)

5. A questão do desvio de finalidade e a presunção de legitimidade dos atos emanados do Poder Público

Não reconheço configurada, na espécie, qualquer das hipóteses de desvio de finalidade que, **segundo sustenta** a douta Procuradoria-Geral da República, **deslegitimaria** o ato político de concessão de indulto objeto da presente ação direta.

Não questiono a afirmação de que o desvio de finalidade qualifica-se como vício apto a contaminar a validade jurídica do ato administrativo, **inquinando-o** de nulidade, **tal como adverte** o magistério doutrinário (HELY LOPES MEIRELLES, “Direito Administrativo Brasileiro”, p. 176, item n. 1.2.2, 42ª ed., 2016, Malheiros; FERNANDA MARINELA, “Direito Administrativo”, p. 341/342, item n. 3.5, 10ª ed., 2016; MÁRCIO PESTANA, “Direito Administrativo Brasileiro”, p. 273, item n. 9.4.5, 2ª ed., 2010, Campus Jurídico; LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, “Curso de Direito Administrativo”, p. 203/204, item n. 5.1.4, 9ª ed., 2008, Malheiros; MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, “Direito Administrativo”, p. 216/217, item n. 7.7.4, 25ª ed., 2012, Atlas; MARÇAL JUSTEN FILHO, “Curso de Direito Administrativo”, p. 431/434, item n. 7.15.4.5, 11ª ed., 2015, RT; EDIMUR FERREIRA DE FARIA, “Curso de Direito Administrativo Positivo”, p. 263/264, item n. 7.4, 6ª ed., 2007, Del Rey; DIOGENES GASPARINI, “Direito Administrativo”, p. 44/45, item n. 4, 1989, Saraiva; CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, “Curso de Direito Administrativo”, p. 410, item n. 46, 29ª ed., 2012, Malheiros;

ADI 5874 / DF

RAQUEL MELO URBANO DE CARVALHO, “Direito Administrativo: Parte geral, intervenção do Estado e estrutura da administração”, p. 383/389, item n. 2.5, 2008, JusPODIVM, v.g.).

A configuração desse grave vício jurídico, *no entanto*, que recai sobre um dos elementos constitutivos do ato administrativo, pressupõe a intenção deliberada, por parte do administrador público, de atingir objetivo vedado pela ordem jurídica ou divorciado do interesse público (JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, “Manual de Direito Administrativo”, p. 118/119, item n. 5, 25ª ed., 2012, Atlas), desígnio esse que não se presume, sob pena de subversão dos postulados referentes à *presunção de legalidade, de veracidade e de legitimidade* de que se reveste *todo e qualquer ato emanado* da Administração Pública.

Nessa linha de entendimento, incumbe a quem imputa ao administrador público a prática desviante de conduta ilegítima a prova inequívoca de que o agente público, não obstante editando *ato revestido de aparente legalidade*, ter-se-ia valido desse comportamento administrativo para perseguir fins completamente desvinculados do interesse público.

Não constitui demasia salientar, quanto a essa matéria, que o decreto presidencial ora impugnado, à *semelhança de qualquer outro ato estatal*, reveste-se de presunção “juris tantum” de legitimidade, devendo prevalecer, por tal razão, sobre as afirmações em sentido contrário, quando feitas sem qualquer apoio em alegações que possam infirmar aquela presunção jurídica.

Essa percepção do tema – que põe em evidência o atributo da legitimidade e da veracidade inerente aos atos emanados do Poder Público e de seus agentes – é perfilhada por autorizado magistério doutrinário (CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, “Curso de Direito Administrativo”, p. 373, item n. 59, 13ª ed., 2001, Malheiros; MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, “Direito Administrativo”, p. 182/184, item n. 7.6.1, 20ª ed., 2007, Atlas; DIOGENES GASPARINI,

ADI 5874 / DF

“Direito Administrativo”, p. 63, item n. 7.1, 1989, Saraiva; JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, “Direito Administrativo Brasileiro”, p. 54, item n. 43, 1999, Forense; JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, “Manual de Direito Administrativo”, p. 116, item n. 2, 12ª ed., 2005, Lumen Juris, v.g.).

A jurisprudência desta Suprema Corte, *por sua vez, tem enfatizado, em sucessivas decisões, que, em decorrência do atributo da presunção de legitimidade e de veracidade que qualifica os atos da Administração Pública, impõe-se a quem os questiona em juízo o ônus processual de infirmar a veracidade dos fatos que motivaram sua edição, não lhes sendo oponíveis, por insuficientes, meras alegações ou juízos conjecturais deduzidos em sentido contrário (ADI 1.935/RO, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – RE 158.543/RS, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – SL 610-AgR/SC, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – SS 3.717-AgR/RJ, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, v.g.).*

6. **A prática do indulto presidencial traduz medida de atenuação das distorções gravíssimas que permitem qualificar o sistema penitenciário brasileiro como lastimável “estado de coisas inconstitucional”**

Sob outra perspectiva, parece-me evidente que a subsistência das decisões emanadas do eminente Relator agravará o indisfarçável e já reconhecido “estado de coisas inconstitucional” que afeta, profundamente, desautorizando-o, o sistema penitenciário brasileiro.

Não constitui demasia assinalar, neste ponto, que a decisão proferida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF 347-MC/DF, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, constitui verdadeiro e terrível libelo contra o sistema penitenciário brasileiro, cuja situação de crônico desaparelhamento culmina por viabilizar a imposição de inaceitáveis condições degradantes aos sentenciados, traduzindo, em sua

ADI 5874 / DF

nítida realidade concreta, **hipótese de múltiplas ofensas constitucionais, em clara atestação** da inércia, do descuido, da indiferença e da irresponsabilidade do Poder Público em nosso País.

Há, efetivamente, no Brasil, um claro “estado de coisas inconstitucional” resultante da omissão do Poder Público em implementar medidas eficazes de ordem estrutural que neutralizem a situação de absurda patologia constitucional gerada, incompreensivelmente, pela inércia do Estado, que descumpra a Constituição Federal, que ofende a Lei de Execução Penal e que fere o sentimento de decência dos cidadãos desta República, tal como se proclamou no julgamento plenário da ADPF 347-MC/DF, Rel. Min. MARCO AURÉLIO:

“(…) SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como ‘estado de coisas inconstitucional’.”
(grifei)

Ninguém desconhece, **especialmente** a partir do mencionado julgamento plenário deste Supremo Tribunal Federal da ADPF 347-MC/DF, **que o quadro de distorções** revelado pelo clamoroso estado de anomalia de nosso sistema penitenciário **desfigura, compromete e subverte, de modo grave, a própria função** de que se acha impregnada a execução da pena, **que se destina** – segundo determinação da Lei de Execução Penal – “a proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado” (art. 1º).

ADI 5874 / DF

O sentenciado, ao ingressar no sistema prisional, **sofre uma punição** que a própria Constituição da República **proíbe e repudia, pois a omissão estatal** na adoção de providências **que viabilizem a justa execução da pena cria** situações anômalas e lesivas à integridade de direitos fundamentais do condenado, **culminando por subtrair** ao apenado o direito – **de que não pode ser despojado** – a um tratamento penitenciário **que lhe respeite** a sua essencial dignidade.

Daí a advertência da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, **em um de seus “Informes sobre os direitos humanos das pessoas privadas de liberdade nas Américas”** (2011), **no sentido** de que **sempre** que o sistema penitenciário de um País **não merecer a atenção necessária e os recursos essenciais** a serem providos pelo Estado, **a função** para a qual esse mesmo sistema está vocacionado **distorcer-se-á, e, em vez** de os espaços prisionais **proporcionarem** proteção e segurança, **converter-se-ão** em escolas de delinquência, **propiciando e estimulando** comportamentos antissociais **que dão origem** à reincidência **e, desse modo, afastam-se, paradoxalmente,** do seu objetivo de reabilitação.

Os sentenciados **que cumprem** condenações penais a eles impostas **continuam** à margem do sistema jurídico, **pois ainda subsiste, quanto a eles,** a grave constatação, **feita** por HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, **de que as condições intoleráveis e degradantes em que vivem** os internos nos estabelecimentos prisionais **constituem** a pungente e dramática revelação de que **“os presos não têm direitos”, em razão do estado de crônico e irresponsável abandono, por parte do Poder Público, do seu dever de prover condições minimamente adequadas** ao efetivo e pleno cumprimento dos preceitos fundamentais **consagrados** em nossa Constituição, **cujo desrespeito dá origem a uma situação de permanente e inadmissível violação aos direitos humanos.**

ADI 5874 / DF

Já tive o ensejo de destacar, Senhor Presidente, **no julgamento do RE 592.581/RS**, de que Vossa Excelência foi Relator, **a situação precária e caótica** do sistema penitenciário brasileiro, **cuja prática, ao longo de décadas, vem subvertendo as funções primárias da pena, constituindo**, por isso mesmo, **expressão lamentável e vergonhosa da inércia, da indiferença e do descaso do Poder Executivo, cuja omissão** tem absurdamente propiciado **graves ofensas** perpetradas **contra** o direito fundamental, **que se reconhece ao sentenciado, de não sofrer**, na execução da pena, **tratamento cruel e degradante, lesivo** à sua incolumidade moral e física e, **notadamente**, à sua essencial dignidade pessoal.

A questão penitenciária, em nosso País, já há muitos anos, **transcendendo** a esfera **meramente** regional, **tornou-se** um problema de **dimensão eminentemente nacional**, **tal a magnitude** que **nesse campo** assumiu o **crônico** (e lesivo) inadimplemento das obrigações estatais, **de que tem derivado, como efeito perverso, o inaceitável desprezo** pelas normas que compõem a própria Lei de Execução Penal.

Não hesito em dizer, por isso mesmo, Senhor Presidente, **tendo presente a situação dramática e cruel constatada** no modelo penitenciário nacional, **que se vive, no Brasil, em matéria de execução penal, um mundo de ficção revelador** de um **assustador universo de cotidianas irrealidades em conflito e em completo divórcio** com as declarações formais de direitos, que – **embora** contempladas no texto de nossa Constituição e, **também**, em convenções internacionais e resoluções das Nações Unidas, **notadamente** aquelas emanadas de seu Conselho Econômico e Social – **são, no entanto, descumpridas pelo Poder Executivo, a quem incumbe viabilizar a implementação do que prescreve e determina, entre outros importantes documentos legislativos, a Lei de Execução Penal, que expressamente prevê a figura do indulto coletivo (LEP, art. 193).**

ADI 5874 / DF

7. Indulto e separação de poderes

Tenho para mim, de outro lado, com toda vênia, que o eminente Relator, ao reescrever, *anomalamente*, o texto do decreto presidencial de indulto, **transgrediu** o princípio da divisão funcional do poder, **pois seu ato implicou**, *segundo entendo*, **uma inaceitável apropriação institucional**, por órgão do Poder Judiciário, das atribuições **inerentes** à competência do Presidente da República *em matéria de indulto*, **operando uma inconcebível substituição judicial de critérios**, com o afastamento daqueles cuja adoção incumbe, *com exclusividade*, por efeito de determinação constitucional, ao Chefe de Estado, e a este **somente**.

Não se pode desconhecer que o postulado da separação de poderes – **além** de qualificar-se como um dos núcleos temáticos irreformáveis do ordenamento constitucional positivo brasileiro – **reflete**, na concreção do seu alcance, um significativo dogma de preservação do equilíbrio de nosso sistema político e de intangibilidade do modelo normativo das liberdades públicas, **impedindo** – a partir da estrita subordinação estatal aos limites impostos ao âmbito de atuação dos poderes constituídos – **que o regime democrático** venha a ser conspurcado pelo exercício ilegítimo das prerrogativas estatais.

Torna-se necessário enfatizar que o coeficiente de liberdade dos povos **expõe-se** a sensível e perigosa redução, **quando** as instituições do Estado, **ao usurparem** atribuições que lhes **não são** próprias, **transgridem** o postulado da separação de poderes, **dando indevida expansão** às suas prerrogativas políticas e jurídicas, **e, com esse comportamento revestido de ilicitude constitucional**, **culminam por desrespeitar** a Constituição e **por lesar**, de maneira inaceitável, as liberdades civis, as franquias democráticas e os parâmetros cuja estrita observância **deve condicionar o exercício legítimo do poder estatal**.

O fato é que processos de contínua e indevida expansão de competências constitucionais **acabam por gerar**, no âmbito da

ADI 5874 / DF

comunidade estatal, **situações instauradoras** de concreto desrespeito ao **sistema de poderes limitados** consagrado no texto da Constituição da República, **circunstância** essa que confere **preocupante** atualidade à advertência feita, *já no final do século XVIII (1787/1788)*, por JAMES MADISON, **quando**, em texto lapidar, **buscou ressaltar** a necessidade política de estabelecer um modelo institucional **que evitasse** a concentração de poderes e que se revelasse apto a *“deter o espírito usurpador do poder”* (*“O Federalista”*, p. 394/399 e 401/405, **401**, arts. nºs 47 e 48, 1984, Editora UnB).

Essa **mesma** preocupação revela-se evidente nas reflexões feitas por JOHN LOCKE (*“Segundo Tratado sobre o Governo”*, p. 89/92, itens ns. 141/144, 1963, Ibrasa), **em obra que, escrita em pleno século XVII (1690), apresenta relevantíssima contribuição** a propósito da questão pertinente **aos limites do governo e à imprescindibilidade** de *“equilibrar o poder do Governo pela colocação de diversas partes dele em diferentes mãos”*.

É **preciso advertir**, neste ponto, **que o regime de governo e as liberdades das pessoas**, muitas vezes, **expõem-se** a um processo de quase imperceptível erosão, **destruindo-se**, lenta e progressivamente, **pela ação usurpadora** dos poderes estatais, **impulsionados** pela busca de maior domínio e controle hegemônico sobre o aparelho de Estado e sobre os direitos e garantias do cidadão.

Quando os Cursos Jurídicos foram instituídos em São Paulo e em Olinda, **pela Lei imperial** de 11/08/1827, **vigorava, já havia quase três (3) anos e meio, a Carta Política** do Império do Brasil, **cujo artigo 9º, refletindo o verdadeiro significado que ainda hoje anima e orienta o princípio da divisão funcional do poder, proclamava que** *“A divisão e harmonia dos Poderes Políticos é o princípio conservador dos direitos dos cidadãos e o mais seguro meio de fazer efetivas as garantias que a Constituição oferece”*.

ADI 5874 / DF

Essa é a razão pela qual JOSÉ ANTÔNIO PIMENTA BUENO, Marquês de São Vicente (**“Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império”**, p. 32/33, item ns. 27/28, 1958, reedição do Ministério da Justiça, Rio de Janeiro), **em magistério** que se reveste de permanente atualidade, **destacou o caráter fundamental e essencialmente limitador** do postulado da divisão funcional do poder, **tecendo considerações** a propósito desse tema, numa fase de nosso processo histórico em que **nem mesmo** o Imperador – que era titular do Poder Executivo e do Poder Moderador – **dispunha** da prerrogativa excepcional de legislar **à revelia** da Assembleia Geral do Império, **pois** a Carta Política de 1824, sob tal aspecto, **não transigia** em torno do princípio da separação de poderes **e, em consequência, sequer previa, em favor do monarca, a possibilidade de legislar mediante instrumentos extraordinários** como a medida provisória, o decreto-lei ou qualquer outro equivalente constitucional, **apenas surgidos ao longo do período republicano.**

Vale relembrar, bem por isso, **a precisa advertência**, sobre a **necessidade** de impor limitações ao Poder Político, feita pelo Marquês de São Vicente, que, **sem dúvida, como o atesta MIGUEL REALE** (**“Figuras da Inteligência Brasileira”**, p. 45/50, 2ª ed., 1994, Siciliano), **foi o maior constitucionalista do Império:**

*“**Daí se manifesta claramente a necessidade essencial da divisão do poder, necessidade que uma civilização adulta trata logo de satisfazer.** Essa divisão é quem verdadeiramente distingue e classifica as diversas formas dos governos, quem estrema os que são absolutos dos que são livres, quem enfim opera a distinção real dos diferentes interesses e serviços da sociedade. Sem ela o despotismo necessariamente deverá prevalecer, pois que para o poder não abusar é preciso que seja dividido e limitado, é preciso que o poder contenha o poder.*”

ADI 5874 / DF

Entretanto, para que a divisão dos poderes ministre seus benéficos resultados, é de mister que seja real, que prevaleça não só de direito como de fato, que seja uma realidade e não somente nominal, que seja efetiva e não uma idealidade apenas escrita. É essencial que seja respeitada, e fielmente observada, que cada poder efetivamente se contenha em sua órbita, que reciprocamente zelem de suas atribuições, não tolerando a invasão e o despojo de sua competência constitucional. Observar praticamente a sábia disposição do art. 9º da lei fundamental é o grande 'desideratum', é a vida real do sistema constitucional. Quanto mais exata for essa observância, mais seguras e amplas serão as liberdades brasileiras, e mais regular e bem ordenada a administração nacional, marcharemos então para prosperidade; haverá crenças, espírito nacional e entusiasmo." (grifei)

Esse magistério notável, lúcido e extremamente atual, ministrado por um dos mais extraordinários constitucionalistas do Império, aluno da primeira turma da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, autoriza proclamar a asserção de que a construção da ordem democrática no Brasil ou em qualquer outro País, para ser plena, há de neutralizar os impulsos gerados no interior do próprio aparelho de Estado que incompreensivelmente estimulam a desconsideração do valor e do significado que uma ordem constitucional legítima deve representar para a consciência de pessoas livres e para as formações sociais organizadas de acordo com o princípio da liberdade.

Uma visão do processo político-institucional que se recuse a compreender a supremacia da Constituição e que hesite em submeter-se à autoridade normativa de seus preceitos, notadamente daqueles que consubstanciam as cláusulas pétreas – que protegem o núcleo irreformável e a essência mesma do pacto constitucional –, é censurável e é preocupante.

ADI 5874 / DF

8. Conclusão

Sendo assim, e em face das razões expostas, peço vênia para, dissentindo, acompanhar a divergência iniciada pelo eminente Ministro ALEXANDRE DE MORAES. Em consequência, julgo improcedente a presente ação direta de inconstitucionalidade e reconhecimento a plena legitimidade constitucional do Decreto presidencial de indulto nº 9.246/2017.

É o meu voto.

29/11/2018

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.874 DISTRITO FEDERAL

RELATOR	: MIN. ROBERTO BARROSO
REDATOR DO ACÓRDÃO	: MIN. ALEXANDRE DE MORAES
REQTE.(S)	: PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA
INTDO.(A/S)	: PRESIDENTE DA REPÚBLICA
ADV.(A/S)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
AM. CURIAE.	: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
ADV.(A/S)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL
AM. CURIAE.	: DEFENSORIA PÚBLICA GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADV.(A/S)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
AM. CURIAE.	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADV.(A/S)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS
AM. CURIAE.	: GAETS - GRUPO DE ATUAÇÃO DA ESTRATÉGICA DA DEFENSORIA PÚBLICA NOS TRIBUNAIS SUPERIORES
ADV.(A/S)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
AM. CURIAE.	: ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS - AMB
ADV.(A/S)	: ALBERTO PAVIE RIBEIRO E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	: INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS - IBCCRIM
ADV.(A/S)	: MAURÍCIO STEGEMANN DIETER E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	: INSTITUTO DE GARANTIAS PENAIS - IGP
ADV.(A/S)	: RODRIGO DE BITTENCOURT MUDROVITSCH
ADV.(A/S)	: GUSTAVO TEIXEIRA GONET BRANCO
ADV.(A/S)	: FELIPE FERNANDES DE CARVALHO
AM. CURIAE.	: CONECTAS DIREITOS HUMANOS
ADV.(A/S)	: MARCOS ROBERTO FUCHS E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MEMBROS DO

ADI 5874 / DF

	MINISTÉRIO PÚBLICO - CONAMP
ADV.(A/S)	: ARISTIDES JUNQUEIRA ALVARENGA E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	: INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA - MÁRCIO THOMAZ BASTOS (IDDD)
ADV.(A/S)	: DOMITILA KOHLER E OUTRO(A/S)

OBSERVAÇÃO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Com o voto de Sua Excelência o Ministro **Celso de Mello**, chegamos a seis votos pelo não referendo à medida cautelar e pela improcedência da ação.

Há proposta de, desde logo, proclamar, com os seis votos então formados, a revogação da cautelar. Escuto o Relator.

29/11/2018

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.874 DISTRITO FEDERAL

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Presidente, eu não votei, vou aguardar o voto-vista, e tenho um longo voto no sentido exatamente do Ministro-Relator. Como o voto é longo, não vou antecipar, mas quero apenas deixar claro que eu estou votando, então, quanto à proposta de cassação ou de revogação da cautelar, no sentido contrário.

Apenas quero que registre quanto a esse ponto, porque, quanto ao voto trazido, eu faço questão de dar o meu voto, que é exatamente no sentido e na linha do voto do Ministro-Relator e dos que o seguiram.

29/11/2018

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.874 DISTRITO FEDERAL

VOTO S/ QUESTÃO DE ORDEM

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

- Senhor Presidente, no normal da vida, quando há pedido de vista, suspende-se o julgamento. Portanto, se a intenção é quebrar essa regra, acredito que se deve votar especificamente aquela regra.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Exatamente por isso que há uma proposta de revogação da cautelar feita por um Colega. Como lembrou o Ministro **Marco Aurélio**, sempre que um Colega põe uma proposta em Mesa, a Presidência a coloca em votação. Eu não posso iniciar essa votação por ninguém menos do que o Relator.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

- Então, Presidente, eu penso que o Ministro Luiz Fux pediu vista, sei que o tema é polêmico, para ser sincero, revelou-se mais polêmico do que eu imaginava, para mim, parecia bastante óbvio.

E, portanto, suspenso o julgamento até o voto do Ministro Fux, todos os demais podem, eventualmente, convencer-se das razões que Sua Excelência venha trazer.

De modo que eu voto no sentido de se proceder como a regra geral deste Tribunal: pedido de vista, suspende-se o julgamento; aguarda-se a volta da vista.

29/11/2018

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.874 DISTRITO FEDERAL

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, uma questão de ordem.

Evidentemente que o pedido de vista tem íntima relação com a complexidade que se tornou este debate. Há pontos muito relevantes de ambas as correntes que aqui se manifestaram.

Então, como é que se vai julgar separadamente a liminar, que é uma tutela antecipada de mérito, se não terminou o julgamento do *referendum*? Esta é a minha primeira indagação.

A segunda indagação, depois, o Ministro Marco Aurélio responde às duas.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Vossa Excelência me permite?

Se fosse o inverso, poderíamos deferir a liminar?

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Agora, outra coisa, qual é o *quorum* do referendo da liminar? Porque o *quorum* do referendo da liminar deve ser o mesmo *quorum* para revogar a liminar.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Deixe-me esclarecer, Ministro **Luiz Fux**.

Já estou aqui nesta Corte há nove anos. Já participei de julgamentos nos quais, apesar do pedido de vista, colocou-se em mesa o julgamento da medida cautelar, seja para mantê-la, seja para revogá-la, seja para deferi-la. Então, nós não estamos inovando. Sempre que um colega propõe à Mesa do Plenário a análise de uma medida cautelar deferida ou indeferida, considera-se a soberania do Plenário sobre todos nós.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Não, quanto a isso...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – E com maior razão, porque estamos no âmbito de processo objetivo.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

É bom que isso fique claro. Foi oportuna a intervenção de Vossa

ADI 5874 / DF

Excelência...

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - É para servir de precedente para outros casos.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Não, este não abre precedente, pois já existem inúmeros precedentes.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Não há problema. Como eu pedi vista do mérito, e isso é uma tutela antecipada, como é que eu vou me pronunciar sobre uma tutela antecipada de mérito e de cujo mérito eu pedi vista? Eu não tenho condições de me manifestar sobre essa tutela antecipada de mérito.

29/11/2018

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.874 DISTRITO FEDERAL**VOTO S/ QUESTÃO DE ORDEM**

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Senhor Presidente, entendendo as razões do Ministro LUIZ FUX, até porque o julgamento do *referendum* da cautelar se transformou no julgamento do mérito, então, obviamente, entendendo as razões da vista. E mesmo foi salientada pelo Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO a possibilidade, obviamente, até o final do julgamento, de, no mérito, algum dos Ministros alterar o seu voto.

Mas eu gostaria de lembrar - e essa é a justificativa para o meu voto - que as medidas cautelares no controle concentrado, as medidas cautelares monocraticamente concedidas são excepcionais, tanto que, imediatamente, cada um de nós, ao deferir monocraticamente, já lança ao Plenário.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Vossa Excelência me permite? A lei que viabiliza o deferimento da liminar cogita de seis votos para suspender-se a vigência do ato normativo. Por isso insisto que, estando o Tribunal reunido, o ato no processo objetivo, no campo precário e efêmero, é sempre do Plenário. Nas férias, a situação é diversa.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Tanto a Lei nº 9.868 quanto a Lei nº 982 preveem essa necessidade. Mas a excepcionalidade - e não só nesse caso -, em virtude do volume de ações, fez com que o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL e cada um dos seus Ministros, excepcionalmente, pudessem conceder monocraticamente, sempre enviando, como o foi, ao Plenário, imediatamente, para referendo ou não. A primeira liminar foi concedida em 28 de dezembro do ano passado; depois, distribuída ao eminente Ministro LUÍS ROBERTO, em fevereiro. Nós já estamos no final do ano, e o Plenário reunido. E já se chegou a uma maioria para encerrar - porque há ainda o voto do eminente Ministro LUIZ FUX - uma maioria para, pelo menos, afastar a liminar.

Então, pela colegialidade, entendo que deva ser revogada a liminar.

29/11/2018

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.874 DISTRITO FEDERAL

VOTO SOBRE QUESTÃO DE ORDEM

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Senhor Presidente e eminentes Ministros, em primeiro lugar, anoto a importância de toda a saudação que está sendo feita à colegialidade. Acho que isso é relevante não só neste caso, mas também para iluminar o passado e um pouco o futuro. Todos nós, portanto, esperamos que essa homenagem à colegialidade seja mantida em numerosas hipóteses sensíveis como essa. Eu estou a ver que a homenagem que está sendo levada a efeito é bastante coerente com o que tem sido observado em diversos pronunciamentos de todos nós.

Em segundo lugar, creio que é preciso que se dê um nome às coisas pelas substâncias que elas têm. A proposta, sem dúvida nenhuma, é legítima e, do ponto de vista prático, corresponde a, de um lado, esvaziar o alcance do pedido de vista.

Em terceiro lugar, nada obstante, com o pedido de vista do mérito, o Relator mantém competência, caso haja alguma outra pretensão distinta, por parte da Procuradoria-Geral da República.

Colocadas as coisas nesses termos, eu acompanho o eminente Relator e não acolho a revogação da liminar.

29/11/2018

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.874 DISTRITO FEDERAL

CONFIRMAÇÃO DE VOTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Só para reiterar o meu voto, eu mantenho a liminar.

Todo mundo sabe o que está acontecendo aqui e todo mundo sabe o que eu penso.

29/11/2018

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.874 DISTRITO FEDERAL

VOTO S/ QUESTÃO DE ORDEM

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Senhor Presidente, ninguém mais do que eu presta reverência ao princípio da colegialidade; mas eu entendo que tal princípio há de ser observado depois que o Plenário se manifesta a respeito do tema.

Ora, se há um Juiz deste Plenário que diz que não tem condições de emitir o seu julgamento justamente para ponderar os diferentes argumentos que aqui foram defendidos e debatidos, e considerando a possibilidade, inclusive, da alteração do voto antes de ser proclamado o resultado, eu me sinto em situação de verdadeiro constrangimento em votar no sentido da prevalência dos votos numéricos. São seis votos em sentido contrário, embora, renovando o meu pedido de vênua ao Ministro Luís Roberto, eu entenda em sentido diametralmente oposto ao dele.

Eu lembro que, quando aqui discutimos, em uma ADI, aspecto da competência da Justiça do Trabalho, o Ministro Marco Aurélio, observando a lei de regência, não apreciou a liminar - não estávamos nas férias - e a trouxe à consideração do Plenário. Na época, colhido o voto do Ministro Fachin acompanhando o Ministro Marco Aurélio no sentido de acolher a incompetência da Justiça do Trabalho - não havia sido deferida a admissão do feito da Anamatra como *amicus curiae* -, eu pedi vista dos autos. Foi-me concedida a vista e, no dia seguinte, o Ministro Marco Aurélio entendeu de implementar a liminar, não reconhecendo a competência da Justiça Trabalho - em sentido diverso, portanto, do voto que, em prosseguimento, aqui proferi.

Eu penso institucionalmente, Presidente, e digo a Vossa Excelência que, a despeito do meu convencimento e da minha posição pessoal, eu acompanho no ponto o Relator.

29/11/2018

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.874 DISTRITO FEDERAL

VOTO S/ QUESTÃO DE ORDEM

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Até por uma razão de coerência, em razão do pedido de vista, eu só tenho de manter o *status quo*.

29/11/2018

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.874 DISTRITO FEDERAL**VOTO S/ QUESTÃO DE ORDEM**

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Presidente, peço desculpas mais uma vez, não sabia que Vossa Excelência iria colher voto por voto, por isso é que me pronunciei naquele momento. Queria fazer rapidissimamente duas observações, como antecipei.

No dia 24 de dezembro de 2002, o Partido Trabalhista Brasileiro ajuizou a Ação Direta, tantas vezes citada aqui, 2.795, e o Ministro Ilmar Galvão, no exercício da Presidência, deferiu a cautelar porque - afirmou ele então - se a cautelar não fosse deferida e o Decreto n. 4.495 - expedido pelo então Presidente Fernando Henrique Cardoso -, fosse cumprido, nenhuma dúvida de que seria impossível continuar com qualquer julgamento, no sentido de se ter depois o questionamento sobre a higidez ou não da validade constitucional do decreto.

A razão é simples: Depois que o decreto está em vigor, dotado de eficácia - não suspenso, portanto -, os defensores, legitimamente, vão instar os juízes para que se aplique e, depois de indultado, como voltar atrás? Como é que alguém que recebeu indulto vai poder ainda ter questionado este ato?

Quinze anos e quatro dias depois - aquele decreto era de 4 de dezembro de 2002 -, em 24 de dezembro de 2017, o Presidente da República expediu este decreto e, quatro dias depois, a Procuradora-Geral da República ajuizou esta ação. Eu, então, deferi a cautelar, como o fizera antes o Ministro Ilmar Galvão, e aqui não é um caso parecido, análogo, semelhante. É idêntico!

Um decreto presidencial de indulto, no qual os legitimados - no primeiro caso, o Partido Trabalhista Brasileiro, neste caso, a Procuradora-Geral da República - questionavam, no órgão da jurisdição constitucional, a sua validade ou não.

Não há dúvida de que aqui não se está colocando nada de pessoalidade e a mesmíssima situação se criou. Vendo a plausibilidade

ADI 5874 / DF

dos argumentos, na esteira do que foi feito pelo Ministro Ilmar Galvão, deferi a cautelar. E deferi, inclusive, levando em consideração essas circunstâncias.

O Poder Judiciário estava em recesso até o dia 8 de janeiro. Claro que, nesse período, as defesas poderiam, perfeitamente, instar os juízes para que comesçassem a aplicar, mas, principalmente, do dia 8 de janeiro até o dia 1º de fevereiro, quando retornava o Relator originário, Ministro Roberto Barroso, os indultos que fossem concedidos, ou a aplicação dessa norma, não teria - nem se o Supremo quisesse ou resolvesse dizer o contrário - algum efeito, porque não poderiam ter. E esta é a razão pela qual foi deferida.

Havia legitimidade dos autores das ações - partido político e a Procuradora-Geral da República. O Supremo Tribunal é órgão de jurisdição constitucional. Estávamos em um período de recesso. Havia plausibilidade tanto no primeiro caso como no segundo, tanto que estamos aqui há dois dias a discutir um assunto, que é verdadeiramente constitucional, sério e grave. A diferença é que o mundo mudou. O Brasil mudou. E, claro, o Ministro Ilmar Galvão, ao deferir a cautelar, não teve nenhum tipo de questionamento, não foi ofendido, não foi agredido. Eu fui! Todo tipo de manifestação houve como se fosse aquela medida completamente diferente, e era idêntica!

Neste período, submeti o processo ao Relator para que assim que ele voltasse pudesse examinar o pedido e ele ratificou a decisão E, depois, no mês de março, ainda alterou aquela cautelar. Pode-se dizer estamos agora muito próximos do final do ano. Aquela cautelar deferida pelo Ministro Ilmar Galvão veio a este Plenário cinco meses depois e foi acompanhada no Plenário por todos os presentes.

E essa cautelar que foi depois retificada pelo Ministro-Relator, no mês de março, vem seis meses depois a este Plenário. Tudo para dizer que não tenho qualquer dúvida de que se for - e tenho certeza de que o Ministro Luiz Fux trará com celeridade para continuidade e término - deferida a cautelar, não haverá o que fazer. Pela singela circunstância de que se vai aplicar. E, depois de indultado, volta-se atrás? Como? E essa é a

ADI 5874 / DF

razão que caracterizou a urgência qualificada que levou a cautelar.

Por essa razão, Senhor Presidente, conforme disse, tenho voto pronto, mas vou aguardar o retorno da vista do Ministro Fux, mas principalmente dizer que temos todos bem ciência de que estamos no final de ano, de que estamos proximamente com outro decreto, que essa matéria sinaliza neste caso e sinaliza para frente e que naquele caso da Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.795, depois de conferida a cautelar, inclusive não houve oportunidade de voltar com a matéria. Por isso, em 2012, o processo foi para o arquivo. E não queremos que isso aconteça, tenho certeza de que o Ministro Fux trará imediatamente, tanto quanto possível, para que tenhamos continuidade.

E, por essa razão, também vou pedir vênia, Presidente, compreendendo perfeitamente os outros votos contrários, entendendo a proposta do Ministro Gilmar, voto no sentido de acompanhar o voto do Relator.

29/11/2018

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.874 DISTRITO FEDERAL**VOTO S/ QUESTÃO DE ORDEM**

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - A liminar foi concedida em 28 de dezembro do ano passado. E estamos já em dezembro, praticamente, de 2018. Vejam, portanto, um ano para julgar essa cautelar e, claro, às vésperas de um debate sobre um novo decreto de indulto, se é que vai eventualmente haver, afora todo o debate que foi trazido pela Defensoria Pública a propósito dessa temática. Certamente, a partir da decisão que se delineia no Plenário e que já está delineada, obviamente que virão *habeas corpus* discutindo essa matéria. Portanto, nós estamos produzindo insegurança jurídica.

São muitos os precedentes que temos em relação a cautelar. E já foi lembrado aqui que a cautelar monocrática é excepcionalíssima porque se trata da suspensão de vigência de um ato normativo. E, por isso, ela tem que vir a Plenário com imediatidade.

Neste caso nós estamos a fazê-lo praticamente um ano depois e, claro, temos, em função da disfuncionalidade do modelo, um sem-número de casos com essa perspectiva. De modo que a minha proposta é exatamente nesse sentido. Eu entendo a questão do voto-vista - e sempre é um direito de qualquer Colega fazer o pedido -, mas é essa questão, quer dizer, na verdade, nós não estamos dando um *non liquet*. Na verdade, já há um desenho no sentido de uma decisão que se toma sobre essa matéria e que vai continuar.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - A tutela de urgência está sendo decidida aqui.

29/11/2018

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.874 DISTRITO FEDERAL

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – E veja, ministro Gilmar, há um aspecto: como é que podemos assentar, presente o requisito da relevância, quando há seis votos no sentido da improcedência do pedido inicial? Se não há relevância, não se tem como manter a medida acauteladora, implementada inicialmente nas férias, pela ministra Cármen Lúcia, suspendendo a eficácia do decreto, e posteriormente, já com o Tribunal reunido, de forma individual pelo Ministro Relator.

Ficará, Presidente, de qualquer forma, no cenário, a incongruência, ou seja, o Supremo chega aos seis votos, à maioria absoluta, no sentido da improcedência do pedido inicial e, mesmo assim, como que implicitamente, proclama existente relevância nesse pedido inicial, mantendo a tutela de urgência.

Somo o voto ao do ministro Gilmar Mendes e peço licença para ausentar-me.

29/11/2018

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.874 DISTRITO FEDERAL**DEBATE****O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)**

- Presidente, apenas para prestar uma informação de fato. O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária já encaminhou ao Presidente da República um novo decreto de indulto, apenas observando o padrão tradicional: um terço e oito anos, com a exclusão desses crimes de corrupção e correlatos. Portanto, não há risco de o Presidente não poder editar o seu decreto natalino de indulto. O que ficaria pendente é apenas saber se corrupção e correlatos estarão incluídos e se se exigirá o cumprimento de um prazo mínimo de um terço. Apenas lembrando que este foi o padrão que vigorou ao longo de praticamente trinta anos da Constituição de 1988.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Presidente, até complementando a informação que é importante, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária encaminhou esse padrão a pedido exatamente do Ministro da Segurança, Ministro Raul Jungmann, em respeito à liminar monocraticamente conferida. Entendeu-se no Conselho que encaminhar qualquer coisa diversa do que o SUPREMO havia monocraticamente determinado seria um desrespeito até que houvesse o julgamento. Só para constar essa informação.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Só para conferir, Ministro Alexandre, Vossa Excelência, quando Ministro da Justiça - isso me pareceu um argumento importante, mas que aqui outros argumentos se sobrepuseram -, Vossa Excelência, naquela oportunidade, então, quando encaminhou o decreto de indulto, fez a ressalva num parágrafo, eu me recordo, de seu voto, de que o indulto não alcançaria os crimes contra a administração da Justiça, mercê da sua recomendação, o Conselho resolveu abandonar...

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Não, é o inverso. Veio do Conselho, passa pelo Ministério, e o meu encaminhamento à Presidência da República, em 2016, foi no mesmo

ADI 5874 / DF

sentido que o meu encaminhamento do projeto de lei em relação à possibilidade do acordo de não persecução. Tanto num quanto noutro, eu me posicionei e disse ontem, o mérito, eu entendo isso, por não se permitir nem acordo de persecução nem o decreto de indulto crimes de corrupção. Mas, como disse ontem também, eu não sou o Presidente. O Presidente discricionariamente optou, assim como a resolução do Ministério Público também.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

- A curiosidade é que todos se manifestaram dizendo que a competência é do Presidente da República, mas eu sou contra realmente a inclusão dos crimes de corrupção. Praticamente todos se manifestaram. E aí, então, nós vamos derrubar a liminar para incluir os crimes de corrupção. Há uma contradição aí.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Não há contradição alguma, Ministro BARROSO. Seis Ministros entenderam que não é o SUPREMO que analisa isso. Nós ainda não somos o Poder Executivo. Nós somos o Poder Judiciário.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, sob o ângulo infraconstitucional, que regula a tutela de urgência, nós temos uma norma de supradireito sobre tutela de urgência, que não tem na lei de controle concentrado, só tem o quórum para conceder ou revogar. E aqui, então, o Código estabelece que a tutela provisória - que é o caso - conserva sua eficácia na pendência do processo, mas pode, a qualquer tempo, ser modificada ou revogada. E aí vem o parágrafo único e dispõe que na decisão judicial, salvo decisão em contrário, a tutela provisória conservará a sua eficácia durante o período de suspensão do processo, que é o que ocorre em razão do pedido de vista.

Então, na verdade, essa tutela provisória está conservando sua eficácia na pendência do processo. Agora, Vossa Excelência anuncia que é praxe debatê-la de forma estanque. Então, digamos assim, a solução é heterodoxa, porque a Ministra Rosa tocou num ponto saliente, que é exatamente a revogação da liminar no julgamento final. Tanto é assim que a súmula do Supremo é assente no sentido de que a liminar cai no

ADI 5874 / DF

juízo de julgamento do mandado de segurança. Sempre foi assim. A liminar caiu no juízo de julgamento do mandado de segurança. Mas, enfim, Vossa Excelência está colocando em votação a vigência ou não da liminar e isso é que está sendo votado.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Porque ela que veio a referendo ao Plenário.

Presidente, eu estava com a palavra, se me permite.

De vez em quando, a gente tem que ler o texto da lei.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Eu tenho esse hábito, Ministro Gilmar.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - O que que diz o art. 10 da Lei 9.868?

"Salvo no período de recesso, a medida cautelar na ação direta será concedida por decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal, observado o disposto no art. 22, após a audiência dos órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou ato normativo impugnado, que deverão pronunciar-se no prazo de cinco dias."

E aqui tem uma disciplina sobre isto. Portanto, na verdade, para a concessão da liminar, é preciso de seis votos, nos termos do art. 22. Quer dizer, é disso que se cuida. Portanto, é essa a questão que está posta.

O que que aconteceu? A Presidente concedeu a cautelar monocraticamente no período de recesso.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Deixa eu participar desse debate?

O art. 10 diz assim: "*Salvo no período do recesso, a medida cautelar na ação direta será concedida por decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal.*" Ou seja, nós estamos no âmbito de uma medida cautelar. Vossa Excelência já está colhendo votos sobre a vigência ou não da medida cautelar, e os colegas, os eminentes ministros, estão votando sobre se essa medida cautelar está de pé ou não. Essa solução tem que ser adotada por maioria absoluta. O mérito é outra coisa.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - É isso que está se propondo. Porque, já tendo manifestação nesse sentido, não havendo

ADI 5874 / DF

referendo da cautelar, a cautelar cai. É isso que diz o art. 10.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Só que já votou diferente. Votou se mantém a liminar ou não.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Mas é essa a questão, porque na verdade concede-se....

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Nós não estamos desobedecendo a lei.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Não, não, estamos obedecendo a lei, sim.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Desobedecendo?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Estamos obedecendo, na medida em que é essa a questão que se coloca. Monocraticamente se concede. Nessa questão excepcional é preciso de ter o referendo do Plenário.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Ministro **Gilmar**, eu tenho uma compreensão distinta. Por isso, coloquei em votação a medida cautelar e segui a tradição da Corte, dando a palavra inicialmente ao Relator quando algum colega propõe a revogação de uma cautelar concedida monocraticamente. Mas minha concepção é que, nos casos de controle concentrado, chegando-se a seis votos, haveria, como uma consequência lógica, uma decisão. Mas nós nunca aplicamos isso. Sempre levamos à deliberação.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

- Seis votos, sem o julgamento ter sido concluído. Portanto, seis votos não definitivos.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Está concluído o julgamento, Senhor Presidente?

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Só queria dizer que, de minha óptica, se há seis votos, há uma decisão.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

- Ao final do julgamento.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Negou-se o referendo.

ADI 5874 / DF

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Foi por isso que coloquei em votação. Estou ressaltando apenas que essa é uma posição pessoal. Jamais a adotei aqui, porque sempre segui a cultura e a tradição da Corte.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Agora, suponhamos, por exemplo - já ocorreu isso no Plenário, em casos muito importantes, alguns colegas tinham até voltado atrás para compor o quórum. Isso eu me lembro, nem pertencia ao Supremo, como me lembro que houve um caso em que - e isso até é uma demonstração de humildade judicial - dois colegas somaram aos outros votos para poder chegar a uma conclusão. Suponhamos que haja uma modificação da decisão. Então, o provisório é definitivo e, depois, se torna provisório de novo. Isso é uma incongruência.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

É que essa questão é muito importante. Externei uma compreensão que tenho, a qual não coincide, até então, com a concepção da Casa. A Corte vem sendo muito criticada, seja na academia, seja no âmbito das funções essenciais à Justiça, da Advocacia, do Ministério Público, da Defensoria, por proferir muitas decisões monocráticas em controle concentrado, uma vez que o art. 97 exige a posição do colegiado de todos os tribunais do país para afastar uma norma.

Então, essa é uma crítica que eu entendo procedente - e já disse isso publicamente. Nós realmente temos que trazer a Plenário os referendos das medidas cautelares. No calendário do ano que vem, fortaleceremos essa pauta, de modo que um único Colega não afaste toda uma legislação sem que isso venha ao Plenário.

Por isso faço essa reflexão. Se no mérito há seis votos, de meu ponto de vista, seria uma consequência lógica a queda da cautelar, muito embora nunca tenha sido essa a posição do Plenário. A concessão da cautelar é sempre colocada em votação na hipótese de um pedido de vista.

Por isso, como Presidente - a cadeira é maior do que aquele que a ocupa -, segui a tradição do Tribunal. Uma vez proposta pelo Colega a

ADI 5874 / DF

queda da liminar, passei a palavra ao Relator. Estou colhendo os votos e continuarei a fazê-lo. Está votando o Ministro **Gilmar Mendes**.

Eu fiz este aparte, Ministro **Gilmar**, para que, depois, pensemos em como tratar desse assunto do ponto de vista regimental.

29/11/2018

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.874 DISTRITO FEDERAL

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Trazida acautelar a referendo, ela precisa de 6 votos. Se ela não obtém seis votos, ela cai.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)
- É, ao final do julgamento.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Agora, e neste caso, veja, estamos há um ano a espera desse referendo, com consequências gravíssimas para o tema de que se cuida, do direito de liberdade.

Como estamos com esse tema em suspenso e uma liminar monocromática e não se obteve, de fato, o *quorum* para o referendo, é isso que diz o art. 10, cominado com art. 22, da Lei nº 9.868, é preciso que haja o referendo. Negado o referendo, não havendo mais essa perspectiva, Vossa Excelência fala da hipótese de mudança. Evidente que há, como há mudanças aqui em sede de cautelar; já concedemos cautelar e depois as revogamos no julgamento de mérito. Temos um número razoável e, às vezes, gerando uma certa insegurança.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - É, porque só não muda de opinião quem já morreu.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - É, então, uma certa segurança jurídica. E como também, muitas vezes, as liminares se projetam no tempo, essa questão que se coloca.

De modo que, Presidente, entendo a questão, não há maioria para referendar a liminar e, *ipsis juris*, portanto, ela não subsiste, porque ela é concedida monocraticamente, *sub conditione*. É essa a questão que se põe e me parece que, nessa parte, independentemente de um eventual julgamento de mérito.

Obviamente que a Ministra Cármen trouxe sobre a execução em concreto; ela é relevante, mas ela ocorre todos os dias, porque podemos fazer um outro tipo de ponderação. "Ah, mas e se for cumprido?" Se for declarada a nulidade depois do decreto, coisa que o depoente não

ADI 5874 / DF

acredita, mas se vier a ser declarada a nulidade do decreto no futuro, anula-se tudo o que se foi feito na medida do possível. Aqui, estamos discutindo apenas essa questão, estamos discutindo realmente modelos ou paradigmas. É essa a questão que se põe.

De modo que, a mim, parece-me que é importante realmente analisemos nesta perspectiva; e, se for o caso, inclusive, que aguardemos o voto do Ministro Lewandowski que tinha se ausentado para fazê-lo no início da sessão de quarta-feira e definir esta questão.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Então, Vossa Excelência, que havia sido o proponente, reafirma a proposição.

29/11/2018

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.874 DISTRITO FEDERAL

V O T O

(s/ questão de ordem)

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Acolho, Senhor Presidente, a proposta formulada pelo eminente Ministro GILMAR MENDES.

É o meu voto.

29/11/2018

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.874 DISTRITO FEDERAL

RELATOR	: MIN. ROBERTO BARROSO
REDATOR DO ACÓRDÃO	: MIN. ALEXANDRE DE MORAES
REQTE.(S)	: PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA
INTDO.(A/S)	: PRESIDENTE DA REPÚBLICA
ADV.(A/S)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
AM. CURIAE.	: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
ADV.(A/S)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL
AM. CURIAE.	: DEFENSORIA PÚBLICA GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADV.(A/S)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
AM. CURIAE.	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADV.(A/S)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS
AM. CURIAE.	: GAETS - GRUPO DE ATUAÇÃO DA ESTRATÉGICA DA DEFENSORIA PÚBLICA NOS TRIBUNAIS SUPERIORES
ADV.(A/S)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
AM. CURIAE.	: ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS - AMB
ADV.(A/S)	: ALBERTO PAVIE RIBEIRO E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	: INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS - IBCCRIM
ADV.(A/S)	: MAURÍCIO STEGEMANN DIETER E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	: INSTITUTO DE GARANTIAS PENAIAS - IGP
ADV.(A/S)	: RODRIGO DE BITTENCOURT MUDROVITSCH
ADV.(A/S)	: GUSTAVO TEIXEIRA GONET BRANCO
ADV.(A/S)	: FELIPE FERNANDES DE CARVALHO
AM. CURIAE.	: CONECTAS DIREITOS HUMANOS
ADV.(A/S)	: MARCOS ROBERTO FUCHS E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MEMBROS DO

ADI 5874 / DF

ADV.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO - CONAMP
: ARISTIDES JUNQUEIRA ALVARENGA E
OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA -
MÁRCIO THOMAZ BASTOS (IDDD)

ADV.(A/S) : DOMITILA KOHLER E OUTRO(A/S)

VISTA

(S/ QUESTÃO DE ORDEM)

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Nós estamos numa situação em que há cinco votos pela manutenção da liminar, quatro votos pela cassação da liminar, e um voto pela improcedência da ação, que foi proferido por colega que se ausentou.

Se, nesta questão de ordem, a Presidência votar pela manutenção da cautelar, ela estará referendando a cautelar. E eu ainda não votei no mérito porque estou aguardando a vista do Ministro **Luiz Fux**, tal qual a Ministra **Cármem Lúcia**. Por outro lado, se eu votar por não referendar a cautelar, haverá o empate, e teríamos que suspender o julgamento.

Em respeito à institucionalidade, eu vou pedir vista da questão de ordem. Então, temos pedido de vista da questão de ordem pela Presidência e pedido de vista de mérito pelo Ministro **Luiz Fux**. E vou proclamar o resultado parcial, até o momento, tanto da ação direta quanto da questão de ordem.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.874

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. ROBERTO BARROSO

REQTE.(S) : PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA

INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

ADV.(A/S) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ADV.(A/S) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
(00000/DF)

AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ADV.(A/S) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS

AM. CURIAE. : GAETS - GRUPO DE ATUAÇÃO DA ESTRATÉGICA DA
DEFENSORIA PÚBLICA NOS TRIBUNAIS SUPERIORES

ADV.(A/S) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS - AMB

ADV.(A/S) : ALBERTO PAVIE RIBEIRO (07077DF/DF) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS - IBCCRIM

ADV.(A/S) : MAURÍCIO STEGEMANN DIETER (40855/PR) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : INSTITUTO DE GARANTIAS PENAIS - IGP

ADV.(A/S) : RODRIGO DE BITTENCOURT MUDROVITSCH (4708/AC, 26966/DF,
18407/A/MT, 56927/PR, 212740/RJ, 5536/RO, 396605/SP)

ADV.(A/S) : GUSTAVO TEIXEIRA GONET BRANCO (42990/DF)

ADV.(A/S) : FELIPE FERNANDES DE CARVALHO (00044869/DF)

AM. CURIAE. : CONECTAS DIREITOS HUMANOS

ADV.(A/S) : MARCOS ROBERTO FUCHS (101663/SP) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO
PÚBLICO - CONAMP

ADV.(A/S) : ARISTIDES JUNQUEIRA ALVARENGA (0012500/DF) E
OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA - MÁRCIO
THOMAZ BASTOS (IDDD)

ADV.(A/S) : DOMITILA KOHLER (207669/SP) E OUTRO(A/S)

Decisão: Após a leitura do relatório e a realização das sustentações orais, o julgamento foi suspenso. Falaram: pela requerente, a Dra. Raquel Elias Ferreira Dodge, Procuradora-Geral da República; pelo *amicus curie* Associação dos Magistrados Brasileiros - AMB, o Dr. Alberto Pavie Ribeiro; pelo *amicus curie* Defensoria Pública da União, o Dr. Gabriel Faria Oliveira, Defensor Público-Geral Federal; pelo *amicus curie* Defensoria Pública Geral do Estado do Rio De Janeiro, o Dr. Pedro Paulo Lourival Carriello, Defensor Público do Estado; pelo *amicus curie* Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais, a Dra. Alessa Pagan Veiga, Defensora Pública do Estado; pelo *amicus curie* Instituto

Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM, o Dr. Maurício Stegemann Dieter; pelo *amicus curiae* Instituto de Garantias Penais - IGP, o Dr. Marcelo Turbay Freiria; e, pelo *amicus curiae* Instituto de Defesa do Direito de Defesa - Márcio Thomaz Bastos - IDDD, o Dr. Fábio Tofic Simantob. Não participou, justificadamente, deste julgamento, a Ministra Rosa Weber. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 21.11.2018.

Decisão: Após o voto do Ministro Roberto Barroso, Relator, que julgava parcialmente procedente a ação direta, e do voto do Ministro Alexandre de Moraes, que a julgava improcedente, o julgamento foi suspenso. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 28.11.2018.

Decisão: Após os votos dos Ministros Roberto Barroso, Relator, e Edson Fachin, que referendavam a cautelar e julgavam parcialmente procedente a ação direta; e dos votos dos Ministros Alexandre de Moraes, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio, Gilmar Mendes e Celso de Mello, que não referendavam a cautelar e julgavam improcedente a ação, pediu vista dos autos o Ministro Luiz Fux. Em seguida, após o voto do Ministro Gilmar Mendes, propondo questão de ordem no sentido de revogar a cautelar anteriormente deferida, no que foi acompanhado pelos Ministros Alexandre de Moraes, Marco Aurélio e Celso de Mello; e dos votos dos Ministros Roberto Barroso, Relator, Edson Fachin, Rosa Weber, Luiz Fux e Cármen Lúcia, que rejeitavam a proposta, mantendo os termos da cautelar, pediu vista da questão de ordem o Ministro Dias Toffoli (Presidente). Plenário, 29.11.2018.

Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Procuradora-Geral da República, Dra. Raquel Elias Ferreira Dodge.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário

09/05/2019

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.874 DISTRITO FEDERAL

VOTO-VISTA

DIREITO CONSTITUCIONAL E PENAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. INDULTO PRESIDENCIAL. DECRETO N.º 9.246/2017. CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE. CABIMENTO. ATO NORMATIVO QUE DERIVA SEU FUNDAMENTO DE VALIDADE DA CONSTITUIÇÃO. LEGITIMIDADE DA ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO. DETERMINAÇÃO DAS COMPETÊNCIAS DE CADA PODER NO SISTEMA DE INDIVIDUALIZAÇÃO DAS PENAS (ART. 5º, XLVI, DA CRFB). FUNDAMENTOS DO INDULTO. CARÁTER HUMANITÁRIO. SUPERAÇÃO DE CRISES POLÍTICAS. ANÁLISE ECONÔMICA. CUSTO-BENEFÍCIO DA APLICAÇÃO DA PENA. FUNÇÃO LEGISLATIVA E DEFINIÇÃO DA PENA EM ABSTRATO. FUNÇÃO JURISDICIONAL DE APLICAR A PENA AO CASO CONCRETO. FUNÇÃO DO EXECUTIVO DE EXECUTAR A PENA APLICADA. REDUÇÃO INDISCRIMINADA E ARBITRÁRIA DE PENAS PELO EXECUTIVO. VIOLAÇÃO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES (ART.

ADI 5874 / DF

2º CRFB), DO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO (ART. 1º DA CRFB), DA LEGALIDADE PENAL (ART. 5º, XXXIX, DA CRFB), DA ISONOMIA (ART. 5º, CAPUT, DA CRFB) E DA PROPORCIONALIDADE (ART. 5º, LIV, DA CRFB). DEVER DE PROTEÇÃO DA PROIBIDADE E DA MORALIDADE ADMINISTRATIVAS (ART. 37 DA CRFB). GARANTIA DA OPERACIONALIDADE DA JUSTIÇA PENAL. INDULTO PARA PENAS PECUNIÁRIAS E PARA AQUELES JÁ AGRACIADOS COM SUBSTITUIÇÃO POR PENA PRIVATIVA DE DIREITOS, REGIME ABERTO, SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO OU LIVRAMENTO CONDICIONAL. CONCESSÃO DE INDULTO EM VIOLAÇÃO AO ART. 5º, XLIII, DA CRFB. IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DO INDULTO ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO CONGRESSO NACIONAL (ART. 48, VIII, DA CRFB). INCONSTITUCIONALIDADE. AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE.

1. O indulto revela historicamente possuir caráter humanitário e constituir mecanismo para a superação de crises políticas e econômicas, malgrado o desvio de finalidade na sua utilização possa ocasionar iníquo favorecimento a aliados do soberano,

ADI 5874 / DF

consoante já alertava George Mason durante a convenção de ratificação da Constituição norte-americana na Virgínia. Doutrina: LANDES, William M. & POSNER, Richard A. *The Economics of Presidential Pardons and Commutations. Journal of Legal Studies*, vol. 38, p. 61, 2009; SEBBA, Leslie. *Criminology: the pardoning power – a World survey. Journal of Criminal Law and Criminology*, v. 68, issue 1, 1977.

2. O Direito Penal objetiva minimizar os prejuízos sociais relacionados à delinquência mediante análise comparativa entre os benefícios pela dissuasão de comportamentos socialmente indesejados *vis-à-vis* os custos relacionados ao sistema de *enforcement* do Direito Penal (*v. g.*, polícia e sistema de Justiça) e à aplicação da pena em si (custo dos presídios, impacto nas famílias dos criminosos, retirada do detento do mercado de trabalho *etc.*). Doutrina: SHAVELL, Steven. *Foundations of Economic Analysis of Law. Harvard University Press*, 2004. p. 504.

3. O perdão de penas pelo Presidente ou pelo Congresso é legítimo quando os custos da aplicação da reprimenda penal *in concreto* superam todos os benefícios que o Direito Penal objetiva proporcionar, incluindo a dissuasão, a incapacitação e a recuperação, ao passo que o exercício desvirtuado desse poder destrói o sistema de incentivos para a observância da lei.

ADI 5874 / DF

4. Os critérios de concessão do indulto previstos no Decreto n.º 9.246/2017 possuem permissividade que não encontra paralelo em nenhum outro Decreto editado para essa finalidade nos últimos vinte anos, sendo certo que o ato sob escrutínio fixa a fração de pena a ser cumprida para obtenção do benefício em 1/5 (um quinto), sem contemplar limite de pena aplicada na sentença.

5. A individualização de penas (art. 5º, XLVI, da Constituição), no sistema brasileiro, atribui ao Legislativo a função de definir qual pena, em abstrato, tem o condão de causar no criminoso desutilidade proporcional ao proveito do crime; por sua vez, cabe ao Judiciário adaptar a sanção ao caso concreto, impedindo que a pena se torne excessiva ou insuficiente; finalmente, ao Executivo cabe simplesmente executar a pena de acordo com o estabelecido pelos outros Poderes. 6. A redução indiscriminada e arbitrária das penas estabelecidas pelo Legislativo e aplicadas pelo Judiciário, por obra de Decreto concessivo de indulto com caráter geral, afigura-se atentatório ao princípio democrático e à separação de Poderes, pois dessa forma o Executivo usurpa o poder de definir a magnitude da sanção criminal, em contrariedade ao comando do art. 5º, XXXIX, da Constituição, segundo o qual a pena deve ser cominada pela lei.

ADI 5874 / DF

7. Ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, ajuizada pela Procuradoria-Geral da República contra o art. 1º, I; 2º, § 1º, I; 8º, 10 e 11 do Decreto nº 9.246/2017, do Presidente da República, sobre indulto e comutação de penas.

8. O controle abstrato de constitucionalidade contra Decreto presidencial é admissível sempre que o ato normativo impugnado derivar seu fundamento de validade diretamente da Constituição. Precedentes: ADI 3239, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 08/02/2018; ADI 4874, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 01/02/2018; ADI 4661 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 20/10/2011.

9. A sindicabilidade judicial de Decreto presidencial não afronta a separação dos Poderes (art. 2º da CRFB), mormente quando a ação de controle abstrato de constitucionalidade discute precisamente o papel do Executivo no processo de individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CRFB), do qual também participam o Legislativo e o Judiciário, bem assim eventual desvio de finalidade, pelo Chefe do Executivo, no exercício de competências que lhe seriam próprias. Doutrina: ACKERMAN, Bruce. *The new separation of*

ADI 5874 / DF

powers. Harvard Law Review, v. 113, n. 3, Janeiro 2000, p. 639-640.

10. A fiscalização do cumprimento de compromissos constitucionais pelos diversos atores políticos, econômicos e sociais compete ao Judiciário, mercê de atuar dentro de suas atribuições constitucionais e respeitando o arranjo institucional de controle recíproco no qual se insere. Doutrina: LANDAU, David A. *Political Institutions and Judicial Role in Comparative Constitutional Law. Harvard International Law Journal*, v. 51, n. 2, 2010.

11. *In casu*, o Decreto n.º 9.246/2017 não foi editado com o intuito de contornar grave comoção social ou remediar situações de caráter humanitário, bem como estabeleceu reduções de pena da ordem de 4/5 (quatro quintos), tornando praticamente nula a reprimenda penal, e, contrariando a orientação do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP), permitiu a concessão de indulto e de comutação de penas para os crimes de peculato, concussão, corrupção passiva e ativa, tráfico de influência, lavagem de dinheiro, associação criminosa, crimes contra o sistema financeiro nacional, previstos na Lei de Licitações e na Lei de Organizações Criminosas.

12. O princípio Republicano exige respostas jurídicas efetivas à apropriação da coisa pública para interesses particulares,

ADI 5874 / DF

inexistindo sistema funcional de repressão e prevenção a crimes do colarinho branco que admita a redução de quatro quintos da pena aplicada ao infrator, mormente quando delitos dessa natureza sabidamente são de difícil detecção, porquanto incorpóreos, entranhados na própria estrutura dos poderes públicos e muito bem engendrados para não deixar rastros.

13. O Decreto ora atacado torna ínfima a sanção penal para condutas gravíssimas que já possuem uma probabilidade apenas infinitesimal de serem constatadas pelas instituições de *law enforcement*, propiciando cenário de inexistência de incentivos suficientes para a probidade daqueles que lidam com a coisa pública, ante uma sensação de impunidade que se retroalimenta e se alastra no tecido social nos seus mais diversos níveis, o que culmina em violação ao dever de proteção dos bens jurídicos relacionados à probidade e à moralidade administrativas.

14. O princípio da garantia da operacionalidade da justiça penal é reconhecido pelo Tribunal Constitucional Federal alemão (*Bundesverfassungsgericht*), na medida em que o Estado de Direito só pode se concretizar caso seja assegurado que os criminosos serão condenados de acordo com as leis vigentes e receberão uma pena justa (*“Der Rechtsstaat kann nur verwirklicht werden, wenn sichergestellt ist, daß*

ADI 5874 / DF

Straftäter im Rahmen der geltenden Gesetze abgeurteilt und einer gerechten Bestrafung zugeführt werden") (BVerfGE 51, 324 (345)).
Doutrina: ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 94, 114 e 442-451.

15. São inconstitucionais os artigos 1º, I, e 2º, § 1º, I, do Decreto nº 9.246/2017 no que permitem a extinção da punibilidade de condenados por crimes praticados sem grave ameaça ou violência a pessoa que cumpriram a irrisória fração de um quinto da pena aplicada, se não reincidentes, ou um terço, se reincidentes, sem qualquer limite quanto ao máximo de pena fixada em sentença para o gozo do benefício, pois violam (i) a separação dos Poderes (art. 2º da CRFB) e o princípio da individualização das penas (art. 5º, XLVI, da CRFB), pela usurpação da função legislativa de definição da pena em abstrato e da função jurisdicional de aplicação da sanção em concreto; (ii) o princípio republicano (art. 1º da CRFB) e os princípios administrativos da moralidade e da impessoalidade (art. 37, *caput*, da CRFB), por diluírem os incentivos para a honestidade no trato da coisa pública; (iii) o princípio da isonomia (art. 5º, *caput*, da CRFB), por representar benefício arbitrário concedido pelo chefe do Executivo a determinados sujeitos em manifesto desvio de finalidade; e (iv) o

ADI 5874 / DF

princípio da proporcionalidade (art. 5º, LIV, da CRFB), na sua dimensão de proibição da proteção insuficiente, por praticamente nulificarem a atuação do Direito Penal no combate à corrupção.

16. Os artigos 8º e 10 do Decreto nº 9.246/2017 são igualmente inconstitucionais por estenderem o indulto às penas pecuniárias e para aqueles já agraciados com substituição por pena privativa de direitos, regime aberto, suspensão condicional do processo ou livramento condicional, porquanto essas situações não envolvem os flagelos do encarceramento, como a incapacitação para o trabalho, a retirada do indivíduo da convivência familiar e social, bem como as despesas com a estrutura carcerária, de modo que inexistente consideração plausível de índole humanitária ou social que justifique a concessão de indulto em hipóteses diversas da pena corporal.

17. O art. 11, III, do Decreto nº 9.246/2017 permite a concessão de indulto a condenado que responda a outro processo criminal sem decisão condenatória em segunda instância, mesmo que tenha por objeto os crimes de tortura, tráfico de drogas, terrorismo e hediondos, em patente violação ao art. 5º, XLIII, da Constituição (*“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*

ADI 5874 / DF

definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”), ao passo que os incisos I e II do mesmo diploma autorizam a concessão de indulto mesmo antes do trânsito em julgado da condenação, o que caracteriza verdadeira concessão de anistia, usurpando a competência do Congresso Nacional (art. 48, VIII, da CRFB), pois se trata de causa extintiva a incidir antes mesmo que a pena seja efetivamente imposta no caso concreto.

18. Ação Direta julgada **procedente** para declarar a inconstitucionalidade dos artigos 1º, I; 2º, § 1º, I; 8º; 10º e 11, I, II e III, do Decreto nº 9.246/2017 do Presidente da República, aplicando-se o paradigma do Decreto n.º 9.706/2019 para reger as situações jurídicas decorrentes da nulidade ora decretada.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX: Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, ajuizada pela Procuradoria-Geral da República contra o art. 1º, I; 2º, § 1º, I; 8º, 10 e 11 do Decreto nº 9.246/2017, do Presidente da República, dispositivos esses que concedem indulto e comutação de penas, conforme texto ora transcrito, *verbis*:

Decreto nº 9.246, de 21 de dezembro de 2017

Art. 1º O indulto natalino coletivo será concedido às pessoas nacionais e estrangeiras que, até 25 de dezembro de 2017, tenham cumprido:

I - um quinto da pena, se não reincidentes, e um terço da pena, se reincidentes, nos crimes praticados sem grave ameaça

ADI 5874 / DF

ou violência a pessoa;

[...]

Art. 2º O tempo de cumprimento das penas previstas no art. 1º será reduzido para a pessoa:

[...]

§ 1º A redução de que trata o caput será de:

I - um sexto da pena, se não reincidente, e um quarto da pena, se reincidente, nas hipóteses previstas no inciso I do caput do art. 1º;

[...]

Art. 8º Os requisitos para a concessão do indulto natalino e da comutação de pena de que trata este Decreto são aplicáveis à pessoa que:

I - teve a pena privativa de liberdade substituída por restritiva de direitos;

II - esteja cumprindo a pena em regime aberto;

III - tenha sido beneficiada com a suspensão condicional do processo; ou

IV - esteja em livramento condicional.

[...]

Art. 10. O indulto ou a comutação de pena alcançam a pena de multa aplicada cumulativamente, ainda que haja inadimplência ou inscrição de débitos na Dívida Ativa da União, observados os valores estabelecidos em ato do Ministro de Estado da Fazenda.

Parágrafo único. O indulto será concedido independentemente do pagamento:

I - do valor multa, aplicada de forma isolada ou cumulativamente; ou

II - do valor de condenação pecuniária de qualquer natureza.

[...]

Art. 11. O indulto natalino e a comutação de pena de que trata este Decreto são cabíveis, ainda que:

I - a sentença tenha transitado em julgado para a acusação, sem prejuízo do julgamento de recurso da defesa em instância

ADI 5874 / DF

superior;

II - haja recurso da acusação de qualquer natureza após a apreciação em segunda instância;

III - a pessoa condenada responda a outro processo criminal sem decisão condenatória em segunda instância, mesmo que tenha por objeto os crimes a que se refere o art. 3º; ou

IV - a guia de recolhimento não tenha sido expedida.

O Requerente formulou as seguintes alegações:

(i) o art. 1º, I, do decreto impugnado, que concede indulto natalino aos condenados que cumpriram apenas um quinto de suas penas, se não reincidentes, e um terço da pena, se reincidentes, inclusive as penas restritivas de direito, nos crimes praticados sem grave ameaça ou violência a pessoa, violaria os princípios constitucionais da separação dos Poderes, da individualização da pena, da vedação constitucional ao Poder Executivo para legislar sobre direito penal e de vedação da proteção insuficiente, porque promove punição desproporcional ao crime praticado, enseja percepção de impunidade e de insegurança jurídica, e desfaz a igualdade na distribuição da justiça;

(ii) o correlato art. 2º, § 1º, I, do mesmo diploma, que trata da redução do tempo de cumprimento da pena previsto no art. 1º, I, em determinadas hipóteses, como em relação às gestantes e idosos acima de setenta anos, seria inconstitucional por arrastamento;

(iii) nenhum outro Decreto, nas últimas duas décadas, concedeu indulto sem estabelecer limite máximo de pena aplicada na sentença, nem utilizou fração tão diminuta quanto o cumprimento de apenas um quinto da reprimenda;

(iv) o generoso indulto concedido causará impunidade de crimes graves, como aqueles apurados no âmbito da “Operação Lava Jato” e de outras operações contra a corrupção sistêmica, dispensando os condenados do cumprimento de 80% da pena, do ressarcimento dos significativos danos causados ao patrimônio público e à sociedade e do

ADI 5874 / DF

pagamento das multas estabelecidas nas condenações;

(v) o princípio constitucional da individualização da pena (art. 5º, XLVI) contempla a distribuição de funções entre os Poderes, devendo o Legislativo estabelecer penas abstratas, o Judiciário dosar penas nos casos concretos e o Executivo garantir a adequada execução da pena, de modo que a expansão do poder de indulto pelo Presidente da República usurpa a competência de outros Poderes;

(vi) não há razões humanitárias que justifiquem tamanha redução do cumprimento da pena privativa de liberdade, nem a extinção do dever de reparar o dano, das penas restritivas de direito e das multas aplicadas;

(v) por esses motivos, também seria inconstitucional o art. 10 do Decreto, segundo o qual o indulto ou a comutação de pena alcançam a pena de multa aplicada cumulativamente, ainda que haja inadimplência ou inscrição de débitos na Dívida Ativa da União;

(vi) art. 8º do Decreto vergastado seria inconstitucional por indultar até mesmo as situações de suspensão condicional do processo, nas quais sequer há condenação, bem como por conceder benesse exagerada no que tange a penas restritivas de direitos, penas cumpridas em regime aberto e hipóteses de livramento condicional, situações que já envolvem significativos benefícios aos condenados;

(vii) da mesma forma, seria inconstitucional o art. 11 do Decreto por transformar o processo penal em algo menor no ordenamento jurídico pátrio, pois abrange situações ainda pendentes de recursos, sem trânsito em julgado ou mesmo sem início da execução da pena. Além disso, afrontaria o art. 5º, XLIII, da Constituição, pois permite o indulto e a comutação ainda que a pessoa condenada responda a outro processo criminal sem decisão condenatória em segunda instância por crimes de tortura, de terrorismo e hediondos.

A Exma. Ministra Presidente deferiu a medida cautelar, o que foi mantido pelo Exmo. Ministro Relator, que vislumbrou (i) violação ao princípio da separação de poderes, no tocante à reserva legal, ao conteúdo mínimo das funções legislativa e judicial, bem como à

ADI 5874 / DF

impossibilidade de o Poder Executivo dispor sobre matéria penal, mesmo pela via da medida provisória; (ii) violação à efetividade mínima do Direito Penal e aos deveres de proteção do Estado quanto à segurança, justiça, probidade administrativa e direitos fundamentais dos cidadãos; (iii) violação ao princípio da moralidade administrativa, na vertente do desvio de finalidade, de vez que as alterações introduzidas na minuta encaminhada pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária afastam o decreto dos objetivos constitucionalmente legítimos, produzindo efeitos que vulneram o interesse público e frustram as demandas mínimas da sociedade por integridade no trato da coisa pública.

Posteriormente, Sua Ex.^a, o Min. Relator, reformou a medida cautelar e fixou critérios para aplicação da parte não suspensa do Decreto nº 9.246/2017, com os seguintes fins: (i) suspender do âmbito de incidência do Decreto nº 9.246/2017 os crimes de peculato, concussão, corrupção passiva, corrupção ativa, tráfico de influência, os praticados contra o sistema financeiro nacional, os previstos na Lei de Licitações, os crimes de lavagem de dinheiro e ocultação de bens, os previstos na Lei de Organizações Criminosas e a associação criminosa, nos termos originalmente propostos pelo CNPCP, tendo em vista que o elastecimento imotivado do indulto para abranger essas hipóteses viola de maneira objetiva o princípio da moralidade, bem como descumpre os deveres de proteção do Estado a valores e bens jurídicos constitucionais que dependem da efetividade mínima do sistema penal; (ii) determinar que, nas hipóteses previstas no inciso I do art. 1º do Decreto nº 9.246/2017, o indulto depende do cumprimento mínimo de 1/3 da pena e só se aplica aos casos em que a condenação não for superior a oito anos, balizas que condicionam a interpretação do inciso I do § 1º do art. 2º do Decreto nº 9.246/2017; (iii) suspender o art. 10 do Decreto nº 9.246/2017, que trata do indulto da multa, por violação ao princípio da moralidade, ao princípio da separação dos Poderes e desviar-se das finalidades do instituto do indulto, ressalvadas as hipóteses de (a) extrema carência material do

ADI 5874 / DF

apenado (que nem sequer tenha tido condições de firmar compromisso de parcelamento do débito, na forma da legislação de regência); ou (b) de valor da multa inferior ao mínimo fixado em ato do Ministro da Fazenda para a inscrição de débitos em Dívida Ativa da União (atualmente disposto inciso I do art. 1º da Portaria nº 75, de 22.03.2012, do Ministro da Fazenda); (iv) suspender o art. 8º, I e III, do Decreto nº 9.246/2017, que estabelecem a aplicabilidade do indulto àqueles que tiveram a pena privativa de liberdade substituída por restritiva de direitos e aos beneficiados pela suspensão condicional do processo, em razão da incompatibilidade com os fins constitucionais do indulto e por violação ao princípio da separação dos Poderes; (v) suspender o art. 11, II, do Decreto nº 9.246/2017, por conceder indulto na pendência de recurso da acusação e antes, portanto, da fixação final da pena, em violação do princípio da razoabilidade e da separação dos Poderes.

Iniciado o julgamento, o ilustre Relator, Min. Roberto Barroso, declarou a inconstitucionalidade da inclusão de crimes relacionados ao combate à corrupção no âmbito de incidência do indulto, consignando violação à moralidade e à probidade administrativa, desvio de finalidade e descumprimento de obrigações internacionais do Brasil sobre combate à corrupção. Além disso, reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão da multa no âmbito de incidência do indulto e do abrandamento do tratamento conferido a condenações pecuniárias; da fixação de prazo para indulto inferior ao do livramento condicional e independente do *quantum* de pena; da concessão de indulto para condenados que cumprem pena restritiva de direitos ou beneficiados pelo *sursis* processual; e da concessão de indulto para réus que podem ter a condenação agravada. Em conclusão, julgou parcialmente procedente o pedido formulado na presente Ação Direta de Inconstitucionalidade para:

(i) excluir do âmbito de incidência do Decreto nº 9.246/2017 os crimes de peculato, concussão, corrupção passiva, corrupção ativa, tráfico de influência, os praticados contra o sistema financeiro nacional, os previstos na Lei de Licitações, os

ADI 5874 / DF

crimes de lavagem de dinheiro e ocultação de bens, os previstos na Lei de Organizações Criminosas e a associação criminosa, nos termos originalmente propostos pelo CNPCP, tendo em vista que o elastecimento imotivado do indulto para abranger essas hipóteses viola de maneira objetiva o princípio da moralidade, bem como descumpre os deveres de proteção do Estado a valores e bens jurídicos constitucionais que dependem da efetividade mínima do sistema penal;

(ii) determinar que, nas hipóteses previstas no inciso I do art. 1º do Decreto nº 9.246/2017, o indulto depende do cumprimento mínimo de 1/3 da pena e só se aplica aos casos em que a condenação não for superior a oito anos, balizas que condicionam a interpretação do inciso I do §1º do art. 2º do Decreto nº 9.246/2017;

(iii) declarar a inconstitucionalidade do art. 10 do Decreto nº 9.246/2017, que trata do indulto da multa, por violação ao princípio da moralidade, ao princípio da separação de poderes e desviar-se das finalidades do instituto do indulto, ressalvadas as hipóteses de (a) extrema carência material do apenado (que sequer tenha tido condições de firmar compromisso de parcelamento do débito, na forma da legislação de regência); ou (b) valor da multa inferior ao mínimo fixado em ato do Ministro da Fazenda para a inscrição de débitos em Dívida Ativa da União (atualmente disposto inciso I do art. 1º da Portaria nº 75, de 22.03.2012, do Ministro da Fazenda);

(iv) declarar a inconstitucionalidade do art. 8º, I e III do Decreto nº 9.246/2017, em razão da incompatibilidade com os fins constitucionais do indulto e por violação ao princípio da separação de Poderes, já que no caso de medida restritiva de direito e de suspensão condicional da pena, sequer houve encarceramento;

(v) declarar a inconstitucionalidade do art. 11, II do Decreto nº 9.246/2017, por conceder indulto na pendência de recurso da acusação e antes, portanto, da fixação final da pena, em violação do princípio da razoabilidade e da separação dos Poderes.

ADI 5874 / DF

O Relator foi acompanhado pelo Min. Edson Fachin. Por outro lado, julgaram improcedente a ação os Ministros Alexandre de Moraes, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio, Gilmar Mendes e Celso de Mello.

Feita essa breve contextualização da causa, passo a apreciar o *thema judicandum*.

PRELIMINAR: CABIMENTO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Preliminarmente, estabeleço o cabimento do controle abstrato de constitucionalidade contra o Decreto presidencial questionado. Em primeiro lugar, cuida-se de ato normativo inegavelmente lastreado de forma primária na Constituição, em especial em seu art. 84, XII. Não se trata, portanto, de ato meramente regulamentador de disposição legal, senão que exercício de aplicação direta e imediata da Carta Magna, por Decreto autônomo. Em acréscimo, o referido diploma é dotado de generalidade e abstração, pois estabelece requisitos gerais para a extinção da reprimenda penal aplicáveis a sujeitos indeterminados. Dessa maneira, é de se reconhecer o cabimento da Ação Direta de Inconstitucionalidade no caso *sub judice*, consoante a remansosa jurisprudência desta Corte, *verbis*:

“Ato normativo autônomo, a retirar diretamente da Constituição da República o seu fundamento de validade, o Decreto nº 4.887/2003 apresenta densidade normativa suficiente a credenciá-lo ao controle abstrato de constitucionalidade.” (ADI 3239, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 08/02/2018)

“Credencia-se à tutela de constitucionalidade in abstracto o ato normativo qualificado por abstração, generalidade, autonomia e imperatividade.” (ADI 4874, Relator(a): Min. ROSA WEBER,

ADI 5874 / DF

Tribunal Pleno, julgado em 01/02/2018)

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – DECRETO – ADEQUAÇÃO. Surgindo do decreto normatividade abstrata e autônoma, tem-se a adequação do controle concentrado de constitucionalidade.” (ADI 4661 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 20/10/2011)

**SINDICABILIDADE JUDICIAL DE DECRETO PRESIDENCIAL QUE CONCEDE
INDULTO**

Já ingressando no exame do mérito, aponto a sindicabilidade judicial do Decreto Presidencial, afastando a alegação de que semelhante incursão violaria o princípio da separação dos Poderes. A respeito do tema, Bruce Ackerman, professor da *Yale Law School*, aponta três ideais que têm sido historicamente utilizados como justificativa para a separação dos Poderes:

*“O primeiro ideal é a democracia. De um modo ou outro, a separação pode servir (ou impedir) ao projeto popular de autogoverno. O segundo ideal é a competência profissional. As leis democráticas permanecem no plano puramente simbólico, a menos que os tribunais e as burocracias possam implementá-las de um modo relativamente imparcial. O terceiro ideal constitui-se pela proteção e ampliação dos direitos fundamentais. Sem estes, o regramento democrático e a administração técnica podem facilmente tornar-se instrumentos de tirania.” (ACKERMAN, Bruce. *The new separation of powers. Harvard Law Review*, v. 113, n. 3, Janeiro 2000, p. 639-640).*

Destaco que a intervenção judicial se impõe precisamente para examinar um descumprimento da separação entre os Poderes por parte do Presidente da República na edição do Decreto objurgado. A Ação Direta discute precisamente (i) o papel do Executivo no processo de individualização da pena, do qual também participam o Legislativo e o Judiciário; e (ii) o desvio de finalidade, pelo Chefe do Executivo, no

ADI 5874 / DF

exercício de competências que lhe seriam próprias. Desse modo, o caso em apreço não discute a conveniência e a oportunidade de ato administrativo, mas, sim, a incompatibilidade do Decreto Presidencial de concessão de indulto com as diretrizes de política criminal estabelecidas pelo Poder Legislativo nacional e implementadas pelo Poder Judiciário e com os princípios constitucionais fundantes do Poder Punitivo da República Brasileira.

Atualmente, Cortes Constitucionais, em diversas experiências globais, têm realizado importante papel na resolução de disputas políticas, econômicas e sociais de uma nação, especialmente, por meio do exercício do *judicial review* (ACKERMAN, Bruce. *The Rise of World Constitutionalism*. **Virginia Law Review**, v. 83, n. 4, p. 771-797, 1997). É nesse contexto que, dentro do arranjo institucional em que está inserido, o Poder Judiciário atua como importante agente na concretização dos compromissos constitucionais estabelecidos e na fiscalização do cumprimento desses por parte dos demais atores políticos, econômicos e sociais de sua nação (LANDAU, David A. *Political Institutions and Judicial Role in Comparative Constitutional Law*. **Harvard International Law Journal**, v. 51, n. 2, 2010).

Sob essa ótica é que, atuando dentro de suas atribuições constitucionais e respeitando o arranjo institucional de controle recíproco em que está inserido, o Supremo Tribunal Federal deve avaliar eventual descumprimento de compromissos constitucionais por parte do Poder Executivo, notadamente na invasão das funções estatais exercidas pelos outros Poderes.

O PODER PRESIDENCIAL DE INDULTO: HISTÓRICO

No afã de compreender a função social da figura do indulto, é conveniente investigar suas raízes históricas e as hipóteses mais emblemáticas de emprego desse instituto ao longo de seu processo

ADI 5874 / DF

evolutivo. Atos de clemência existem nas mais diversas sociedades desde tempos imemoriais, tendo sido especialmente utilizados pelo Direito Romano. Na origem, a ideia do indulto estava ligada ao fato de que caberia ao líder de uma sociedade cuidar de seu povo e, assim, proteger seus súditos de eventuais injustiças e excessos, perdoando sua pena. Na Inglaterra, o consagrado jurista William Blackstone, já em 1769, em sua seminal obra *Commentaries on the Laws of England*, elucidava que o instituto representava uma das grandes vantagens da Monarquia de modo geral: o Monarca deteria o poder de estender sua misericórdia aos casos em que ele entendesse como necessários sendo, em contrapartida, reconhecido como justo e caridoso pela população. Desse modo, o Monarca conseguiria “*manter um tribunal de equidade em seu próprio seio, para suavizar o rigor da lei geral, em casos criminais que merecessem uma isenção de punição*”, como, exemplo à época, o perdão de execução de mulher que se encontrava grávida.

Desde suas origens, como se nota, o indulto foi empregado como mecanismo de mitigação do impacto social da pena corporal, o que se traduz não apenas em seu aspecto humanitário, mas também como instrumento de superação de crises políticas e dificuldades econômicas. Assim é que o perdão de pena era sistematicamente utilizado pelas potências coloniais como incentivo para que os beneficiários emigrassem para as colônias. Por outro lado, a história do indulto demonstra igualmente a preocupação com eventuais abusos na utilização desse instituto para arbitrariamente imunizar determinados sujeitos, conforme a predileção do governante. Seria o indulto, assim, uma brecha para a desconfiguração do *rule of law*.

Nos Estados Unidos, houve polêmica entre os *Founding Fathers* a respeito da inclusão ou não desse poder no texto constitucional. George Mason, durante a convenção de ratificação da Virgínia, defendeu que o poder de perdão não deveria existir, pois, se o Presidente estivesse conspirando para sabotar os interesses da nação, utilizaria essa

ADI 5874 / DF

prerrogativa para beneficiar seus aliados. James Madison, por sua vez, respondeu que semelhante conduta seria causa de *impeachment*, de modo que o Presidente não o faria. Sagrou-se vencedora a ala que defendia o *pardon power*. A Seção 2 do artigo 2º da Constituição dos Estados Unidos aduz que “[o Presidente] *terá o poder para conceder comutações e perdões por ofensas contra os Estados Unidos, exceto em casos de impeachment*”. Nessa linha, Alexander Hamilton ao comentar o instituto no *Federalist Paper* nº 74, já expunha seu intuito humanitário, almejando afastar casos de notável injustiça:

“A humanidade e as boas políticas conspiram para ditar que a prerrogativa benigna do perdão deve ser encadeada ou embaraçada minimamente possível. O código penal de todos os países participa tanto da severidade necessária, que sem um fácil acesso a exceções em favor de uma culpa infeliz, a justiça usaria um semblante sanguinário e cruel demais”.

Seguindo essa linha, a história norte-americana registrou a utilização do indulto como mecanismo de enfrentamento em graves comoções políticas. Em 1798, o Congresso americano aprovou o denominado *sedition act*, destinado a reprimir críticas à administração de John Adams por ter travado uma guerra contra a França sem prévia declaração, o que seria considerado traição. O Judiciário Federal decidiu que o *sedition act* seria compatível com a Primeira Emenda à Constituição, pois, embora a censura seja proibida, aquele que expressa sua opinião poderia ser responsabilizado. Todavia, Thomas Jefferson perdoou os condenados pelo *sedition act*, afirmando que o diploma era inconstitucional. Décadas depois, durante a Era da Reconstrução que se seguiu à Guerra Civil americana, Andrew Johnson editou um indulto geral (*blanket pardon*) para permitir que combatentes sulistas, ex-confederados, fossem reintegrados à vida da nação. Na sua visão, o sulista comum não deveria ser considerado culpado pela guerra.

Mais recentemente, em 2016, o governador Democrata Terry

ADI 5874 / DF

McAuliffe tentou aprovar um indulto geral, denominado "*Voting Restoration Act*", para permitir o alistamento eleitoral de condenados. O propósito seria de permitir à comunidade negra, que em sua maioria é eleitora do partido Democrata, mas que também compõe grande parte da população carcerária daquele Estado, o restabelecimento do seu direito de voto. A Suprema Corte da Virgínia declarou a inconstitucionalidade do indulto, afirmando que o Governador apenas poderia conceder perdões de pena individualizados (caso *Howell v. McAuliffe*, 2016).

Em todos os casos apontados, observa-se um padrão de exercício do indulto, sempre com vistas a remediar quadros de instabilidade política ou social, com nítido caráter humanitário ou democrático. O desvio de finalidade na utilização do poder de indulto pelo Presidente nos Estados Unidos, para atender aos seus interesses pessoais ou políticos, costuma gerar intensa reação social. Nessa linha, o Presidente Gerald Ford pagou um alto preço político por ter perdoado irrestritamente, em 1974, o Presidente anterior, Richard Nixon, por todos os crimes que este cometeu ou poderia ter cometido durante a sua administração. Logo após o perdão de Nixon, a aprovação popular de Ford caiu de 71% para 50%, o que contribuiu para que perdesse as eleições de 1976. É possível citar ainda o caso *United States v. Libby*, julgado pela *District Court* do Distrito de Columbia, em Washington D.C. Lewis Libby, ex-Assessor do Presidente George W. Bush e ex-Chefe de Gabinete do Vice-Presidente Dick Cheney, foi condenado pelos crimes de perjúrio frente ao júri, falso testemunho em investigações federais e obstrução da justiça. Conseqüentemente, o advogado e político recebeu a pena de 30 meses na prisão e uma multa de \$250.000, 00 (duzentos e cinquenta mil dólares). No entanto, o Presidente George W. Bush acabou comutando a pena de prisão que, posteriormente, foi perdoada pelo presidente Donald Trump. A controvérsia gerada pelo caso foi tamanha que, em 11 de Julho de 2007, todo o Comitê do Judiciário (*Committee on the Judiciary*) da Câmara dos Deputados (*House of Representatives*) estadunidense se reuniu, em uma audiência, para discutir tema relativamente semelhante ao presente nos

ADI 5874 / DF

autos: os usos e a má-utilização do Poder de Clemência Presidencial (no caso supracitado, especificamente no tocante à concessão desse benefício para oficiais do Poder Executivo).

Sobre o tema, ensinam Posner e Landes que, *verbis*:

*“Alguns indivíduos são perdoados em razão da crença de que a sua condenação foi injusta (...). E por vezes perdões são concedidos pelo reconhecimento do bom comportamento pós-condenatório pelo indivíduo, que lhes concede algo com a aura de um prêmio, muito embora, repise-se, muitos perdões sejam concedidos por razões distintas da condenação. (...) Perdões ‘pela injustiça’ são mais prováveis em eras politicamente turbulentas, como a Guerra Civil e a Guerra do Vietnã, bem como em eras nas quais a probabilidade de condenação de uma pessoa inocente é alta, ao passo que esses perdões não são frequentes em períodos nos quais o índice de crimes é alto relativamente aos recursos para a persecução penal de maneira que os promotores estão efetivamente pescando em um lago repleto de pessoas culpadas.” (LANDES, William M. & POSNER, Richard A. *The Economics of Presidential Pardons and Commutations*. Journal of Legal Studies, vol. 38, p. 61, 2009)*

Leslie Sebba, da *University of Pennsylvania*, em 1977, realizou pesquisa a respeito da presença do instituto do perdão em 60 jurisdições ao redor do mundo e, com exceção da China, todas previam alguma espécie de clemência em seu ordenamento jurídico. Cito aqui nações das mais diversas partes do globo e com distintas culturas punitivas como Afeganistão, Alemanha, Argentina, Bélgica, Chile, Colômbia, Coreia do Sul, Cuba, Dinamarca, Egito, Espanha, Estados Unidos, Holanda, Hungria, Índia, França, México, Noruega, Nova Guiné, Paraguai, Peru, Portugal, República Tcheca, Suécia, Suíça, Uruguai e até mesmo o Uzbequistão (SEBBA, Leslie. *Criminology: the pardoning power – a World survey*. **Journal of Criminal Law and Criminology**, v. 68, issue 1, 1977).

ADI 5874 / DF**ANÁLISE ECONÔMICA DO PODER PRESIDENCIAL DE INDULTO**

Realizado esse retrospecto histórico, que nos revela a potencialidade do indulto para servir como desejável instrumento de pacificação social ou odioso mecanismo de privilégio para o governante e seus aliados, deve-se abordar quais os verdadeiros fundamentos desse instituto. No âmbito da Economia do crime, cujo precursor foi o prêmio Nobel Gary Becker, compreende-se que o Direito Penal tem por objetivo a minimização de custos sociais relacionados à delinquência. De um lado, ausente qualquer sanção, os indivíduos tendem a causar mais atos socialmente indesejados, sendo o prejuízo total causado por esses atos (à vida, à saúde, ao patrimônio *etc.*) considerado o custo da criminalidade. Existindo a sanção, em contrapartida, é imposta uma desutilidade ao potencial criminoso, que a ponderará em relação à utilidade por ele experimentada com a prática do crime. Essa visão nada mais é que a conhecida função preventiva da pena, cuja existência serve de desestímulo para a prática de condutas criminosas. Por isso, com a sanção penal, menos atos socialmente indesejados tendem a ocorrer, diminuindo o custo total da criminalidade. Em contrapartida, surgem novos custos sociais relacionados ao sistema de *enforcement* do Direito Penal (*v. g.*, polícia e sistema de Justiça) e à aplicação da pena em si (custo dos presídios, impacto nas famílias dos criminosos, retirada do detento do mercado de trabalho *etc.*).

Conforme afirma o Professor Steven Shavell, da *Harvard Law School*, “há um grande volume de evidências empíricas demonstrando que o aumento da sanção esperada reduz violações [à lei]. (...) todavia, aumentar a sanção extrapatrimonial, só por si, aumenta os custos sociais quando as sanções são impostas. Ainda assim, como as sanções serão impostas com menor frequência, os custos totais das sanções podem não aumentar.” (SHAVELL, Steven. *Foundations of Economic Analysis of Law*. *Harvard University Press*, 2004. p. 504).

ADI 5874 / DF

O perdão de penas pelo Presidente ou pelo Congresso possui sentido econômico quando os custos da aplicação da reprimenda penal superam todos os benefícios que o direito penal objetiva proporcionar (dissuasão, incapacitação, recuperação *etc.*). Noutras palavras, o encarceramento pode, eventualmente, gerar mais prejuízos que benefícios à sociedade. Normalmente, esse cálculo demanda uma carga informacional enorme, que juízes, ordinariamente, não possuem. Por isso, consoante já exposto, o *pardon power* foi tradicionalmente usado na história norteamericana para superar graves crises políticas.

Nada obstante, é possível identificar situações nas quais, *primo actu oculi*, a utilização do indulto é socialmente nociva e destrói o sistema de incentivos proporcionado pelo Direito Penal. Assim, por exemplo, é evidente que a pena de multa não envolve os mesmos custos sociais inerentes à sanção corporal. O apenado, com a multa pecuniária, não fica inabilitado para o trabalho, não é afastado da convivência familiar, não consome recursos públicos na manutenção das instituições penitenciárias e não se submete ao mesmo processo de estigmatização dos egressos do sistema carcerário. As mesmas considerações são aplicáveis àqueles condenados que já não cumprem efetivamente qualquer pena de prisão, seja porque agraciados com o regime aberto, com substituição por pena restritivas de direitos, com *sursis* processual ou com livramento condicional. Em hipóteses que tais, o emprego do poder de indulto é manifestamente desproporcional e arbitrário, na medida em que dilui todos os incentivos para o cumprimento da lei sem qualquer benefício social correspondente. O mesmo se pode dizer do caso em que o indulto é aplicado em caráter geral para extinguir penas privativas de liberdade após o cumprimento de fração ínfima da condenação, sem qualquer contexto histórico-político que justifique a benesse.

Uma compreensão amplíssima e irrestrita do poder de indultar, com as devidas vênias aos eminentes Ministros que compõem a corrente contrária, admitiria que o Presidente simplesmente extinguisse a

ADI 5874 / DF

punibilidade de todos os condenados do país, estando submetido apenas às repercussões políticas de sua decisão. Se reconhecemos e levamos a sério a utilidade social do Direito Penal, também é mister reconhecer a necessidade de restrições ao poder de indulto, sob pena de fecharmos os olhos para casos de evidente iniquidade, desvio de finalidade e descumprimento dos cânones constitucionais.

O PODER PRESIDENCIAL DE INDULTO NO BRASIL

No cenário brasileiro, o indulto foi previsto em todas as constituições do país, desde o Império, para exercer a função de reparar as iniquidades da rigidez e abstração das penas trazidas pela lei, bem como emendar eventuais erros judiciários ao aplicá-la, especialmente nas situações em que se tenha desviado dos fins da pena no tocante à ressocialização dos detentos e em face da imposição de reparação desproporcional ao crime cometido. Nesse sentido, relevantes as palavras de Rui Barbosa (Ruínas de um Governo. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1931) sobre o assunto:

“Nenhum poder mais augusto confiou a nossa lei fundamental ao Presidente do que o indulto. É a sua colaboração na justiça. [...] É o meio, que se faculta ao critério do mais alto magistrado nacional, para emendar os erros judiciários, reparar as iniquidades da rigidez da lei, acudir aos arrependidos, relevando, comutando, reduzindo as penas, quando se mostrar que recaem sobre os inocentes, exageram a severidade com os culpados, ou torturam os que, regenerados, já não merecem o castigo, nem ameaçam com a reincidência a sociedade. Todos os Chefes de Estado exercem essa função melindrosíssima com o sentimento de uma grande responsabilidade, cercando-se de todas as cautelas, para não a converter em valhacouto dos maus e escândalo dos bons.” (Grifei)

A Constituição de 1988 contempla três mecanismos políticos de

ADI 5874 / DF

extinção da punibilidade. A *anistia* é um benefício concedido pelo Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República (art. 48, VIII, da CFRB), que extingue, por meio de lei ordinária, integralmente os efeitos penais dos fatos criminosos imputados aos condenados. A *graça* e o *indulto*, por sua vez, são atos de competência do Presidente da República (art. 84, XII, da CRFB). Em ambos os casos, atinge-se a execução da pena, porém os demais efeitos, como para fins de reincidência, são mantidos. Segundo a tradição brasileira, a distinção entre esses institutos diz respeito à sua abrangência: enquanto a graça é concedida em sede individual, o indulto possui caráter geral e coletivo. Não há, contudo, qualquer previsão constitucional expressa no sentido de que o Presidente possa extinguir penas mediante critérios gerais aplicáveis a sujeitos indeterminados. É a Lei de Execução Penal, em seus artigos 187 a 193, que diferencia as figuras do indulto individual e coletivo. O indulto também é previsto no art. 107, II, do Código Penal como causa de extinção da punibilidade. Por fim, o indulto pode possuir duas formas: (i) pleno – quando se perdoa totalmente a pena – ou (ii) parcial, também conhecido como “comutação” – hipótese em que a pena é diminuída ou substituída por outra mais branda.

O INDULTO CONCEDIDO PELO DECRETO N.º 9.246/2017

Como bem consignado pela Procuradoria-Geral da República, desde 1987, todos os presidentes do Brasil concederam indulto coletivo anualmente por meio de decreto. No entanto, o instituto vem sendo alargado ao longo dos anos, conforme demonstra a seguinte tabela apresentada pela requerente:

Decreto de indulto	Fração da pena a ser cumprida para obter indulto	Norma autorizadora	Pena máxima aplicada na sentença para obter indulto, inferior a

ADI 5874 / DF

3.226/1999	1/3 da pena aplicada	Art. 1º-I	6 anos
3.667/2000	1/3 da pena aplicada	Art. 1º-I	4 anos
4.011/2001	1/3 da pena aplicada	Art. 1º-I	6 anos
4.495/2002	1/3 da pena aplicada	Art. 1º-I	6 anos
4.904/2003	1/3 da pena aplicada	Art. 1º-I	6 anos
5.295/2004	1/3 da pena aplicada	Art. 1º-I	6 anos
5.620/2005	1/3 da pena aplicada	Art. 1º-I	6 anos
5.993/2006	1/3 da pena aplicada	Art. 1º-I	6 anos
6.294/2007	1/3 da pena aplicada	Art. 1º-I	8 anos
6.706/2008	1/3 da pena aplicada	Art. 1º-I	8 anos
7.046/2009	1/3 da pena aplicada	Art. 1º-I	8 anos
7.420/2010	1/3 da pena aplicada	Art. 1º-I e II	12 anos
7.648/2011	1/3 da pena aplicada	Art. 1º-I e II	12 anos
7.873/2012	1/3 da pena aplicada	Art. 1º-I e II	12 anos
8.172/2013	1/3 da pena aplicada	Art. 1º-I e II	12 anos
8.380/2014	1/3 da pena aplicada	Art. 1º-I e II	12 anos

ADI 5874 / DF

8.615/2015	1/3 da pena aplicada	Art. 1º-I e II	12 anos
8.940/2016	1/4 da pena aplicada	Art. 3º-I	Igual ou inferior a 12 anos
9.246/2017	1/5 da pena aplicada	Art. 1º-I	Sem limite

Conforme demonstrado anteriormente, o poder do Chefe do Executivo de reduzir, em caráter geral, penas já aplicadas em sentenças condenatórias deve ser excepcional. Do contrário, observar-se-ia evidente deturpação da separação de Poderes. De acordo com o sistema brasileiro de individualização de penas (art. 5º, XLVI, da Constituição), é o Legislativo que deve definir qual pena, em abstrato, tem o condão de causar no criminoso desutilidade proporcional ao proveito do crime; por sua vez, cabe ao Judiciário adaptar a sanção ao caso concreto, impedindo que a pena se torne excessiva ou insuficiente; finalmente, ao Executivo cabe simplesmente executar a pena de acordo com o estabelecido pelos outros Poderes.

Tendo o Legislativo, por exemplo, definido que a pena adequada para dissuadir crimes de corrupção passiva (art. 317 do CP) é de 2 (dois) a 12 (doze) anos, afigura-se atentatório ao princípio democrático e à separação de Poderes que o Presidente, unilateralmente, reduza essa sanção em 80% (oitenta por cento). Do contrário, seria o Executivo, não o Legislativo, aquele que na prática possuiria o poder de definir a magnitude da sanção criminal, em contrariedade ao comando do art. 5º, XXXIX, da Constituição, segundo o qual a pena deve ser cominada pela lei.

Na hipótese *sub judice*, o indulto não foi editado com o intuito de contornar grave comoção social ou remediar situações de caráter humanitário, bem como estabelece reduções de pena da ordem de 4/5 (quatro quintos), tornando praticamente nula a reprimenda penal, é de se

ADI 5874 / DF

concluir pela inconstitucionalidade do Decreto. Concorde-se, portanto, com o diagnóstico do ilustre Relator no sentido de que ocorreu, *in casu*, “*usurpação de competência legislativa e violação do princípio da separação dos Poderes*”. Na mesma linha, nas palavras da Ministra Cármen Lúcia, em sede de decisão cautelar da presente ação, “*o indulto não é nem pode ser instrumento de impunidade*”. Em consequência disso é que não se pode maquiuar “*a descriminalização sob forma de indulto*”, pois “*o que se estaria a praticar seria o afastamento do processo penal e da pena definida judicialmente*”.

Acrescente-se que o desvio de finalidade do Decreto resta cristalino ante a constatação do irrazoável benefício concedido a criminosos do colarinho branco, justamente em uma quadra histórica na qual o Brasil busca se livrar das chagas da corrupção e da malversação dos recursos públicos. A propósito, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP), órgão técnico do Ministério da Justiça usualmente encarregado de elaborar a primeira minuta do decreto de indulto natalino, em sua exposição de motivos, vedava expressamente a concessão de indulto e de comutação de penas para os crimes de peculato, concussão, corrupção passiva e ativa, tráfico de influência, lavagem de dinheiro, associação criminosa, crimes contra o sistema financeiro nacional, previstos na Lei de Licitações e na Lei de Organizações Criminosas. Passo a transcrever o texto, *verbis*:

“Sob os mesmos fundamentos já elencados, a proposta inova listando dentre suas hipóteses impeditivas de indulto, parcela significativa de delitos cometidos contra a administração pública e correlatos, como os que atentam contra o sistema financeiro nacional, os previstos na Lei de Licitações e de lavagem de capitais. No atual momento, cuja preocupação maior da sociedade é de ver fortalecida a luta contra a corrupção, resulta plausível que o indulto para as pessoas condenadas por esses crimes não se amoldaria ao interesse público em ver efetivadas as sanções impostas pela prática dessas gravíssimas condutas ilícitas, havendo risco de se verem indultadas pessoas

ADI 5874 / DF

recentemente condenadas por atos de malversação de dinheiro público, trazendo prejuízos para o Estado e para a sociedade, em vários graus de extensão. A guisa de exemplo é trazido à colação que todos, se não a maioria dos apenados, nos autos da ação penal nº 470 foram ou estão sendo indultados.”

A minuta, ignorada pelo Chefe do Executivo, também vedava o indulto da pena de multa, sem limite de valor. Ao contrariar a orientação do CNPCP, sem qualquer justificativa legítima razoável, restou exposta a real finalidade do Decreto ora impugnado, qual seja, a de perpetuar a impunidade de delitos de corrupção e contra a administração pública. Não é possível conjecturar qualquer justificativa de proteção à estabilidade político-democrática ou de caráter humanitário que dê supedâneo à drástica redução da sanção penal aplicada a crimes tão nocivos à sociedade quanto os que envolvem a corrupção de agentes públicos e privados.

Nenhum país pode intitular-se republicano quando não existem respostas jurídicas efetivas à apropriação da coisa pública para interesses particulares. Não há sistema funcional de repressão e prevenção a crimes do colarinho branco que admita a redução de quatro quintos da pena aplicada àquele que tiver o enorme “infortúnio” de ser detectado em sua violação à lei e condenado antes que o crime prescreva. Afinal, sabe-se que delitos de corrupção são de difícilíssima detecção, porquanto incorpóreos, entranhados na própria estrutura dos poderes públicos e muito bem engendrados para não deixar rastros. Desse modo, o Decreto ora atacado torna ínfima a sanção penal para condutas gravíssimas que já possuem uma probabilidade apenas infinitesimal de serem constatadas pelas instituições de *law enforcement*. A consequência fática inevitável é a inexistência de incentivos suficientes para a probidade daqueles que lidam com a coisa pública, ante uma sensação de impunidade que se retroalimenta e se alastra no tecido social nos seus mais diversos níveis.

É nesse sentido que se afirma, *in casu*, a inobservância de um dever

ADI 5874 / DF

de proteção dos bens jurídicos relacionados à probidade e à moralidade administrativas. Deve-se ter em conta que na seara criminal não são apenas os direitos fundamentais do réu a serem considerados na atividade de aplicação da Constituição. Consoante reconhecido pelo Tribunal Constitucional Federal alemão (*Bundesverfassungsgericht*), quando a Lei Fundamental atribui ao Estado a proteção de diversos bens jurídicos, encarta de forma implícita o denominado “princípio da garantia da operacionalidade da justiça penal”. Destacou aquela Corte a existência de um interesse público em garantir o funcionamento efetivo da justiça criminal (*“das Interesse der Allgemeinheit an der Gewährleistung einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege”*), pois o Estado de Direito só pode se concretizar caso seja assegurado que os criminosos serão condenados de acordo com as leis vigentes e receberão uma pena justa (*“Der Rechtsstaat kann nur verwirklicht werden, wenn sichergestellt ist, daß Straftäter im Rahmen der geltenden Gesetze abgeurteilt und einer gerechten Bestrafung zugeführt werden”*) (BVerfGE 51, 324 (345)). Como ensina o jurista alemão Robert Alexy, o dever estatal de garantir uma aplicação adequada do Direito Penal é verdadeiro direito prestacional fundamental, um direito do titular de direitos fundamentais em face do Estado a que este o proteja contra intervenções de terceiros (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 94, 114 e 442-451).

Por todas essas razões, são inconstitucionais os artigos 1º, I, e 2º, § 1º, I, do Decreto nº 9.246/2017 no que permitem a extinção da punibilidade de condenados por crimes praticados sem grave ameaça ou violência a pessoa que cumpriram a irrisória fração de um quinto da pena aplicada, se não reincidentes, ou um terço, se reincidentes, sem qualquer limite quanto ao máximo de pena fixada em sentença para o gozo do benefício. Os referidos dispositivos ofendem: (i) a separação dos Poderes (art. 2º da CRFB) e o princípio da individualização das penas (art. 5º, XLVI, da CRFB), pela usurpação da função legislativa de definição da pena em abstrato e da função jurisdicional de aplicação da sanção em concreto; (ii)

ADI 5874 / DF

o princípio republicano (art. 1º da CRFB) e os princípios administrativos da moralidade e da impessoalidade (art. 37, *caput*, da CRFB), por diluírem os incentivos para a honestidade no trato da coisa pública; (iii) o princípio da isonomia (art. 5º, *caput*, da CRFB), por representar benefício arbitrário concedido pelo chefe do Executivo a determinados sujeitos em manifesto desvio de finalidade; e (iv) o princípio da proporcionalidade (art. 5º, LIV, da CRFB), na sua dimensão de proibição da proteção insuficiente, por praticamente nulificarem a atuação do Direito Penal no combate à corrupção.

Os artigos 8º e 10 do Decreto são igualmente inconstitucionais por alargarem ainda mais a benesse, estendendo-a às penas pecuniárias e para aqueles já agraciados com substituição por pena privativa de direitos, regime aberto, suspensão condicional do processo ou livramento condicional. Renovo aqui os argumentos elencados quando da análise da finalidade do instituto do indulto: contornar hipóteses em que a aplicação da pena corporal gera mais prejuízos do que benefícios à sociedade. Nos dispositivos mencionados, o Decreto evidentemente não trata de situações envolvendo os flagelos do encarceramento, como a incapacitação para o trabalho, a retirada do indivíduo da convivência familiar e social, bem como as despesas com a estrutura carcerária. Não há, assim, qualquer consideração plausível de índole humanitária ou social que justifique a concessão de indulto em hipóteses diversas da pena corporal. Trata-se, assim, de exercício arbitrário da competência prevista no art. 84, XII, da Constituição, em contrariedade a todas as normas constitucionais anteriormente mencionadas.

O art. 11, III, do Decreto, por sua vez, incide em ofensa ainda mais expressiva à Carta Magna, pois permite a concessão de indulto a condenado que responda a outro processo criminal sem decisão condenatória em segunda instância, mesmo que tenha por objeto os crimes de tortura, tráfico de drogas, terrorismo e hediondos, em patente violação ao art. 5º, XLIII, da Constituição (*“a lei considerará crimes*

ADI 5874 / DF

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”). Já os incisos I e II do artigo 11 do Decreto autorizam a concessão de indulto mesmo antes do trânsito em julgado da condenação, o que caracteriza verdadeira concessão de anistia, usurpando a competência do Congresso Nacional (art. 48, VIII, da CRFB), pois se trata de causa extintiva a incidir antes mesmo que a pena seja efetivamente imposta no caso concreto.

A fim de evitar a ocorrência de vácuo normativo em razão da declaração de inconstitucionalidade, o ilustre Relator, Min. Roberto Barroso, votou pelo estabelecimento de critérios de aplicação do Decreto nº 9.246/2017, afastando do seu âmbito de incidência os crimes de peculato, concussão, corrupção passiva, corrupção ativa, tráfico de influência, os praticados contra o sistema financeiro nacional, os previstos na Lei de Licitações, os crimes de lavagem de dinheiro e ocultação de bens, os previstos na Lei de Organizações Criminosas e a associação criminosa, nos termos originalmente propostos pelo CNPCP. Votou também para que, nas hipóteses previstas no inciso I do art. 1º do Decreto nº 9.246/2017, o indulto dependa do cumprimento mínimo de 1/3 da pena e só se aplique aos casos em que a condenação não for superior a oito anos, bem como que o art. 10 do referido Decreto somente se aplique às hipóteses de (a) extrema carência material do apenado (que nem sequer tenha tido condições de firmar compromisso de parcelamento do débito, na forma da legislação de regência); ou (b) de valor da multa inferior ao mínimo fixado em ato do Ministro da Fazenda para a inscrição de débitos em Dívida Ativa da União (atualmente disposto inciso I do art. 1º da Portaria nº 75, de 22.03.2012, do Ministro da Fazenda). Quanto aos arts. 8º, I e III, e 11, II, do Decreto nº 9.246/2017, votou pela inconstitucionalidade *tout court*.

A situação de anomia resultante de declaração de

ADI 5874 / DF

inconstitucionalidade de ato normativo é intensamente debatida na doutrina e no direito comparado, pois há grande preocupação em preservar a atribuição dos demais Poderes democraticamente investidos para a formulação de normas gerais e abstratas. A substituição dessa atividade pelo Judiciário é absolutamente excepcional, conforme, inclusive, sugere o teor da Súmula Vinculante n.º 37, *verbis*: “*Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia.*”

Por essa razão, divirjo do Exmo. Relator tão somente quanto à solução aplicável como sucedâneo da declaração de inconstitucionalidade do Decreto n.º 9.246/2017. É que o Chefe do Executivo, no exercício da competência prevista no art. 84, XII, da Constituição, criou novos parâmetros para a concessão de indulto que não incidem nos mesmos vícios ora reconhecidos. Cuida-se do Decreto n.º 9.706/2019, que em seu art. 2º proíbe a concessão de indulto às pessoas condenadas pelos crimes tipificados nos art. 215, art. 216-A, art. 217-A, art. 218, art. 218-A, art. 218-B, art. 312, art. 316, art. 317, art. 332 e art. 333 do Código Penal, na Lei n.º 12.850/2013 (organizações criminosas), na Lei n.º 13.260/2016 (terrorismo), na Lei n.º 9.455/1997 (tortura), na Lei n.º 8.072/1990 (hediondos), bem como por delitos praticados com grave violência contra pessoa. Havendo crime em concurso com qualquer dos listados no referido art. 2º, não será concedido indulto correspondente ao crime não impeditivo enquanto a pessoa condenada não cumprir a pena correspondente ao crime impeditivo do benefício (art. 6º). Em consonância com este voto, o Decreto n.º 9.706/2019 dispõe que o indulto não é aplicável se houver recurso da acusação de qualquer natureza após o julgamento em segunda instância (art. 4º, parágrafo único). O novo Decreto também esclarece que o indulto não se estende à pena de multa aplicada em conjunto com a pena privativa de liberdade (art. 5º, II).

Os requisitos para a concessão do indulto estão descritos no art. 1º do Decreto n.º 9.706/2019, a saber:

ADI 5874 / DF

Art. 1º Será concedido indulto às pessoas nacionais e estrangeiras condenadas, que, até a data de publicação deste Decreto, tenham sido acometidas:

I - por paraplegia, tetraplegia ou cegueira adquirida posteriormente à prática do delito ou dele consequente, comprovada por laudo médico oficial, ou, na falta do laudo, por médico designado pelo juízo da execução;

II - por doença grave, permanente, que, simultaneamente, imponha severa limitação de atividade e que exija cuidados contínuos que não possam ser prestados no estabelecimento penal, desde que comprovada por laudo médico oficial, ou, na falta do laudo, por médico designado pelo juízo da execução; ou

III - por doença grave, neoplasia maligna ou síndrome da deficiência imunológica adquirida (aids), desde que em estágio terminal e comprovada por laudo médico oficial, ou, na falta do laudo, por médico designado pelo juízo da execução.

Entendo que o Decreto n.º 9.706/2019 constitui arcabouço normativo suficiente para suprir o vácuo gerado pela inconstitucionalidade do Decreto n.º 9.246/2017, de modo a ser respeitada, na medida do possível, a Separação entre os Poderes no que tange à individualização das penas.

Ex positis, julgo **procedente** a Ação Direta de Inconstitucionalidade para declarar a invalidade dos artigos 1º, I; 2º, § 1º, I; 8º; 10º e 11, I, II e III, do Decreto n.º 9.246/2017 do Presidente da República, aplicando-se o paradigma do Decreto n.º 9.706/2019 para reger as situações jurídicas decorrentes da nulidade ora decretada.

É como voto.

09/05/2019

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.874 DISTRITO FEDERAL

RELATOR	: MIN. ROBERTO BARROSO
REDATOR DO ACÓRDÃO	: MIN. ALEXANDRE DE MORAES
REQTE.(S)	: PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA
INTDO.(A/S)	: PRESIDENTE DA REPÚBLICA
ADV.(A/S)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
AM. CURIAE.	: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
ADV.(A/S)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL
AM. CURIAE.	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADV.(A/S)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
AM. CURIAE.	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADV.(A/S)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS
AM. CURIAE.	: GAETS - GRUPO DE ATUAÇÃO DA ESTRATÉGICA DA DEFENSORIA PÚBLICA NOS TRIBUNAIS SUPERIORES
ADV.(A/S)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
AM. CURIAE.	: ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS - AMB
ADV.(A/S)	: ALBERTO PAVIE RIBEIRO E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	: INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS - IBCCRIM
ADV.(A/S)	: MAURÍCIO STEGEMANN DIETER E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	: INSTITUTO DE GARANTIAS PENAIAS - IGP
ADV.(A/S)	: RODRIGO DE BITTENCOURT MUDROVITSCH
ADV.(A/S)	: GUSTAVO TEIXEIRA GONET BRANCO
ADV.(A/S)	: FELIPE FERNANDES DE CARVALHO
AM. CURIAE.	: CONECTAS DIREITOS HUMANOS
ADV.(A/S)	: MARCOS ROBERTO FUCHS E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MEMBROS DO

ADI 5874 / DF

	MINISTÉRIO PÚBLICO - CONAMP
ADV.(A/S)	: ARISTIDES JUNQUEIRA ALVARENGA E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	: INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA - MÁRCIO THOMAZ BASTOS (IDDD)
ADV.(A/S)	: DOMITILA KOHLER E OUTRO(A/S)

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Presidente, farei a juntada de voto, até porque foi devidamente discutida a matéria.

E estou também assentando, como o Relator, a quem estou acompanhando em seu voto, que a edição deste decreto pode ser submetida - como já foi, em outras ocasiões, aqui afirmado - pelo descumprimento dos princípios da proporcionalidade e da proteção jurídica insuficiente, que agora foi, mais uma vez, anotado pelo Ministro-Vistor, Ministro Luiz Fux.

Portanto, estou acompanhando no sentido de julgar parcialmente procedente nos exatos termos do Ministro-Relator Roberto Barroso.

09/05/2019

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.874 DISTRITO FEDERAL

VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA:

1. Ação direta de inconstitucionalidade, com requerimento de medida cautelar, ajuizada pela Procuradoria-Geral da República, em 28.12.2017, objetivando a declaração de inconstitucionalidade do “art. 1º-I, §1º - I do art. 2º, e os artigos 8º, 10 e 11 do Decreto nº 9.246, de 21 de dezembro de 2017, que concedem indulto”, por contrariedade aos arts. 2º, 5º, caput, e incs. XLVI, XLII, LIV, e 62 § 1º, al. b, da Constituição da República.

2. As normas impugnadas estabelecem:

“Art. 1º O indulto natalino coletivo será concedido às pessoas nacionais e estrangeiras que, até 25 de dezembro de 2017, tenham cumprido:

I - um quinto da pena, se não reincidentes, e um terço da pena, se reincidentes, nos crimes praticados sem grave ameaça ou violência a pessoa;”

“Art. 2º O tempo de cumprimento das penas previstas no art. 1º será reduzido para a pessoa:

I - gestante;

II - com idade igual ou superior a setenta anos;

III - que tenha filho de até quatorze anos de idade ou de qualquer idade, se pessoa com doença crônica grave ou com deficiência, que necessite de seus cuidados;

IV - que tenha neto de até quatorze anos de idade ou de qualquer idade, se pessoa com deficiência, que necessite de seus cuidados e esteja sob a sua responsabilidade;

V - que esteja cumprindo pena ou em livramento condicional e tenha frequentado, ou esteja frequentando, curso de ensino fundamental, médio, superior, profissionalizante ou de requalificação profissional, reconhecido pelo Ministério da Educação, ou que tenha

ADI 5874 / DF

exercido trabalho, no mínimo por doze meses, nos três anos contados retroativamente a 25 de dezembro de 2017;

VI - com paraplegia, tetraplegia ou cegueira adquirida posteriormente à prática do delito, comprovada por laudo médico oficial, ou, na falta do laudo, por médico designado pelo juízo da execução;

VII - com paraplegia, tetraplegia, cegueira ou neoplasia maligna, ainda que em remissão, mesmo que tais condições sejam anteriores à prática do delito, comprovadas por laudo médico oficial ou, na falta do laudo, por médico designado pelo juízo da execução, e resulte em grave limitação de atividade ou exija cuidados contínuos que não possam ser prestados no estabelecimento penal;

VIII - acometida de doença grave e permanente, que apresente grave limitação de atividade ou que exija cuidados contínuos que não possam ser prestados no estabelecimento penal, desde que comprovada por laudo médico oficial, ou, na falta do laudo, por médico designado pelo juízo da execução; ou

IX - indígena, que possua Registro Administrativo de Nascimento de Indígenas ou outro documento comprobatório equivalente.

§ 1º A redução de que trata o caput será de:

I - um sexto da pena, se não reincidente, e um quarto da pena, se reincidente, nas hipóteses previstas no inciso I do caput do art. 1º;"

"Art. 8º Os requisitos para a concessão do indulto natalino e da comutação de pena de que trata este Decreto são aplicáveis à pessoa que:

I - teve a pena privativa de liberdade substituída por restritiva de direitos;

II - esteja cumprindo a pena em regime aberto;

III - tenha sido beneficiada com a suspensão condicional do processo; ou

IV - esteja em livramento condicional."

"Art. 10. O indulto ou a comutação de pena alcançam a pena de multa aplicada cumulativamente, ainda que haja inadimplência ou

ADI 5874 / DF

inscrição de débitos na Dívida Ativa da União, observados os valores estabelecidos em ato do Ministro de Estado da Fazenda.

Parágrafo único. O indulto será concedido independentemente do pagamento:

I - do valor multa, aplicada de forma isolada ou cumulativamente; ou

II - do valor de condenação pecuniária de qualquer natureza.

Art. 11. O indulto natalino e a comutação de pena de que trata este Decreto são cabíveis, ainda que:

I - a sentença tenha transitado em julgado para a acusação, sem prejuízo do julgamento de recurso da defesa em instância superior;

II - haja recurso da acusação de qualquer natureza após a apreciação em segunda instância;

III - a pessoa condenada responda a outro processo criminal sem decisão condenatória em segunda instância, mesmo que tenha por objeto os crimes a que se refere o art. 3º; ou

IV - a guia de recolhimento não tenha sido expedida”.

3. A Procuradoria Geral da República argumentou que, ao se estabelecer, no art. 1º, inc. I, do Decreto n. 9.246/2017, a concessão do indulto aos condenados que cumpriram *“apenas um quinto de suas penas, inclusive as penas restritivas de direito – após terem sido processados e julgados pelo Poder Judiciário, com base em critérios constitucionais de individualização e dosimetria da pena pela prática de crime previsto em lei penal -- viola os princípios constitucionais da separação dos Poderes, da individualização da pena, da vedação constitucional ao Poder Executivo para legislar sobre direito penal e de vedação da proteção insuficiente, porque promove punição desproporcional ao crime praticado, enseja percepção de impunidade e de insegurança jurídica, e desfaz a igualdade na distribuição da justiça”.*

4. Alegou-se, na inicial, que, *“ao conceder indulto genérico e extremamente abrangente, de forma a extinguir 80% (oitenta por cento) da pena de criminosos devidamente sentenciados e condenados pelo Poder Judiciário segundo os parâmetros constitucionais e legais vigentes, editados pelo Poder*

ADI 5874 / DF

Legislativo, o Decreto 9.246/17 não demonstrou a razão de fato e de direito a justificar os benefícios concedidos, que é a modificação pontual de casos específicos e peculiares que apresentam alguma razão humanitária ou de eventual correção de iniquidade da sentença pelo excessivo rigor da norma penal”.

Anotou a autora que, “ao extingui[er] a punibilidade do réu condenado antes do cumprimento integral da pena que lhe foi aplicada pelo juiz”, o indulto significa atuação atípica do Poder Executivo em atividade própria do Poder Judiciário, que deve observar a legalidade e adequar-se à Constituição, sob pena de ser medida desproporcional.

Para a autora, o decreto objeto desta ação configuraria ato arbitrário porque culminaria na impunidade de crimes graves, sem observar a necessária individualização da pena, perdoando delitos de relevância social e comutando penas de forma indiscriminada, contrariando-se, assim, o princípio da dignidade da pessoa humana e impedindo a construção de uma sociedade justa e solidária que anseia por medidas de promoção do bem de todos pautadas na igualdade e na eficácia da jurisdição.

Asseverou que os termos do decreto promovem desigualdade e desequilíbrio no sistema jurídico-penal ao retirar a eficácia de normas de direito penal editadas pelo Poder Legislativo e aplicadas pelo Poder Judiciário.

Acrescentou que o decreto seria “inconstitucional porque nega efeito inibitório à decisão do Poder Judiciário, instituído pela Constituição. Sem as repercussões patrimoniais, considerado o beneplácito estendido às penas pecuniárias pelo Decreto 9246/17, a seguir impugnadas, o condenado não tem o mais ínfimo desestímulo de cometer novos crimes e não teria mais nenhum interesse em colaborar com a justiça, seja pela confissão, seja pela colaboração premiada”.

ADI 5874 / DF

Destacou que as hipóteses previstas no art. 8º, salvo o disposto no inc. III (no qual não há condenação), alcançaram consideráveis favores legais, pelo que nova benesse seria exacerbada.

A inconstitucionalidade do art. 10 estaria demonstrada pela inadequada renúncia de receita agravada pela sinalização de tolerância com a impunidade, determinada por medida que não modifica a realidade prisional.

Ponderou que o art. 11 trataria indistintamente de situações nas quais estão pendentes o julgamento de recursos, cujas ações não transitaram em julgado ou não tiveram início da execução da pena. Pela possibilidade de mudança da capitulação de crimes e de aumento de pena, a Autora afirma que tanto significaria menosprezo à atuação do Poder Judiciário.

Concluiu que o decreto impugnado *“será causa única e precípua de impunidade de crimes graves, como aqueles apurados no âmbito da ‘Operação Lava Jato’ e de outras operações contra a corrupção sistêmica e de investigações de grande porte ocorridas nestes últimos anos”*.

Afirmou que o perigo da demora para decisão sobre a cautelar decorreria de que, além de as normas terem vigência temporária, enquanto a eficácia dos artigos indicados não for suspensa *“há o risco de extinção da punibilidade de muitas condenações, de modo contrário à Constituição”*.

4. Requereu a suspensão cautelar dos efeitos das normas impugnadas.

No mérito, pediu a procedência do pedido para declarar a inconstitucionalidade do art. 1º, inc. I, art. 2º, § 1º, inc. I, e arts. 8º, 10 e 11 do Decreto n. 9.246/2017.

ADI 5874 / DF

5. Em 28.12.2017, no recesso forense e na Presidência deste Supremo Tribunal, nos termos do art. 10 da Lei n. 9.868/1999, deferi *“a medida cautelar (art. 10 da Lei n. 9.868/1999), para suspender os efeitos do inc. I do art. 1º; do inc. I do § 1º do art. 2º, e dos arts. 8º, 10 e 11 do Decreto n. 9.246, de 21.12.2017, até o competente exame a ser levado a efeito pelo Relator, Ministro Roberto Barroso ou pelo Plenário deste Supremo Tribunal, na forma da legislação vigente”*.

6. O Presidente da República manifestou-se *“pela revogação da medida cautelar concedida, ante a ausência de fumus boni iuris e a clara existência de periculum in mora inverso: e, no mérito, pela constitucionalidade formal e material do Decreto nº 9.246/2017”*. Asseverou que *“a manutenção da suspensão dos dispositivos impugnados apenas prejudica a maior parte da população carcerária que não apresenta periculosidade, vale dizer, os idosos, as mulheres, os doentes, os que querem estudar, trabalhar, enfim, os que guardam condições objetivas de se ressocializar e que se encontram em condições desumanas, contrárias aos direitos fundamentais e às regras da Lei de Execução Penal”*.

7. Findo o recesso, o Ministro Roberto Barroso, Relator, manteve a decisão da Presidência, por vislumbrar: *“(i) violação ao princípio da separação de poderes, no tocante à reserva legal, ao conteúdo mínimo das funções legislativa e judicial, bem como à impossibilidade de o Poder Executivo dispor sobre matéria penal, mesmo pela via da medida provisória; (ii) violação à efetividade mínima do Direito Penal e aos deveres de proteção do Estado quanto à segurança, justiça, probidade administrativa e direitos fundamentais dos cidadãos; (iii) violação ao princípio da moralidade administrativa, na vertente do desvio de finalidade, de vez que as alterações introduzidas na minuta encaminhada pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária afastam o decreto dos objetivos constitucionalmente legítimos, produzindo efeitos que vulneram o interesse público e frustram as demandas mínimas da sociedade por integridade no trato da coisa pública”*.

ADI 5874 / DF

8. Foram admitidos como *amici curiae* as Defensorias Públicas da União/DPU, dos Estados do Rio de Janeiro/DPRJ, Minas Gerais/DPMG e a dos Estados reunidos sob a denominação de Grupo de Atuação da Estratégia da Defensoria Pública.

Examinados os elementos constantes dos autos, acentuo que se põe sob análise nesta ação, em especial, se haveria limites constitucionais à atuação do Presidente da República no exercício da competência que lhe é constitucionalmente outorgada para a concessão do indulto coletivo. E, a partir da resposta a esta questão, quais os limites da jurisdição constitucional no tema.

I - Do indulto: origem, natureza e finalidades

9. Indulto não é instrumento de introdução de situação de impunidade. É providência garantidora de que, em um sistema constitucional e legal em que a execução da pena definida aos condenados seja a regra, possa-se, em situações específicas, excepcionais e não destruidoras do processo penal, permitir-se a extinção da pena pela superveniência de medida humanitária. Essa medida significa gesto estatal que beneficia aquele que, tendo cumprido parte de seu débito com a sociedade, obtenha, com a providência, um reconhecimento de que seu erro foi assumido por ele, punido e sobre ele se debruçou o infrator. Ainda assim, a sociedade oferece-lhe uma nova chance de superar seu erro. Fortalece-se, então, a crença no direito e no sistema penal democrático.

Tem-se dos ensinamentos de Aníbal Bruno que o indulto constitui

"instrumento de moderação e equilíbrio à atuação do Poder judicante, que, estritamente sujeito aos termos da lei, não pode atender as circunstâncias que singularizam o fato e reclamam para ele tratamento diverso do normal." (BRUNO, Aníbal. Direito penal - Parte Geral, Tomo III. Rio de Janeiro: Forense, 1967. 3ª. Edição. Fls. 204-205).

ADI 5874 / DF

Indulto não é prêmio ao criminoso nem tolerância ao crime. Nem pode ser ato de benemerência ou complacência com o delito, mas perdão ao que, tendo-o praticado e por ele respondido em parte, pode voltar a reconciliar-se com a ordem jurídica posta.

Nesse sentido, Basileu Garcia ensina que o indulto tem como objetivo *"simplesmente - ou a correção de erros ou demasias do rigor da Justiça, ou premiar o sentenciado exemplar, para quem a pena, antes do livramento condicional, já se mostrou manifestamente desnecessária (...) ou acomodar situações que normas penais inadequadas tornaram iniquamente gravosas."* (GARCIA, Basileu. Instituições de Direito Penal, Vol. I, Tomo II. São Paulo: Max Limonad, 1962. 4ª. Edição. Fl. 672).

Se não for adotado na forma da legislação vigente transmuda-se o indulto em indolência com o crime e insensibilidade com a apreensão social que crê no direito de uma sociedade justa e na qual o erro é punido e o direito respeitado. Mas a humanidade com os que purgaram pelo seu erro criminal, na forma do direito estabelecido, encontra o veio do perdão pela nova chance oferecida ao condenado.

Por essa natureza é que se aceita, ainda hoje, o indulto, mesmo quando não mais prevalecem, no sistema penal dos Estados democráticos, penas cruéis ou degradantes, tratamentos desumanos, tudo a recomendar o cumprimento da pena pelo condenado. O indulto mantém-se como forma de lembrar, na fórmula da APAC, que *"todo homem é maior que seu erro"*. Dir-se-ia: a sociedade é maior que o agravo cometido pelo criminoso.

Daí a grande lição de Ruy Barbosa ao verberar:

"Nenhum poder mais augusto confiou a nossa lei fundamental ao Presidente do que o indulto. É a sua colaboração na justiça. Não se lhe deu, para se entregar ao arbítrio, para se desnaturar em atos de validismo, para contrariar a justa expiação dos crimes.

Pelo contrário, é o meio, que se faculta ao critério do mais alto

ADI 5874 / DF

magistrado nacional, para emendar os erros judiciários, reparar as iniquidades da rigidez da lei, acudir aos arrependidos, relevando, comutando, reduzindo as penas, quando se mostrar que recaem sobre os inocentes, exageram a severidade com os culpados, ou torturam os que, regenerados, já não merecem o castigo, nem ameaçam com a reincidência a sociedade. Todos os Chefes de Estado exercem essa função melindrosíssima com o sentimento de uma grande responsabilidade, cercando-se de todas as cautelas, para não a converter em valhacouto dos maus e escândalo dos bons” (Barbosa, Ruy – Comentários à Constituição Federal Brasileira. São Paulo: Saraiva, 1933, v. III, p. 257).

Em seus comentários a ato do Presidente Hermes, afirmava ele sobre o indulto então concedido que *“Essa marroada na Constituição da República era, ao mesmo tempo, uma pancada mortal de martinete na probidade oficial. ... Que resta dessa Constituição? Que resta do pudor dos homens...”*).

10. Verifica-se, de logo, pois, que o indulto constitucionalmente previsto é legítimo apenas se estiver em consonância com a finalidade juridicamente estabelecida. Fora daí é arbítrio.

11. Instituto objeto do decreto n. 9.246/2017, agora impugnado, o indulto possivelmente teve origem por volta do século V antes de cristo, período conhecido por ser embrionário do surgimento da democracia. Naquela época, repleta de regimes tirânicos, o instituto veio a contrapor os excessos e perseguições sofridos pelos cidadãos, uma vez que o ato de clemência reintegrava os direitos perdidos.

Posteriormente, durante o período romanístico, passou a ter o caráter de esquecimento ou perdão. Dessa forma, o instituto desempenhava a função de legitimar a figura paternal do rei em relação aos súditos e como a severidade das penas cominadas contrastava com a aplicação complacente do perdão, acabava por fortalecendo a soberania.

ADI 5874 / DF

O indulto, portanto, se identificava com a afirmação do poder monárquico, detentor das prerrogativas de punir e perdoar. Nesse sentido, havia uma dialética entre o terror e a clemência.

São as lições de Antônio Manuel Hespanha:

“Assim, o perdão e outras medidas de graça, longe de contrariarem os esforços de construção positiva (pela ameaça) da ordem régia, corroboram esses esforços, num plano complementar, pois esta ordem é o instrumento e a ocasião pelos quais se afirma ideológica e simbolicamente, em dois dos seus traços decisivos – summum ius, summa clementia – o poder real. Da parte dos súbditos, este modelo de legitimação do poder cria um certo habitus de obediência, tecido, ao mesmo tempo, com os laços do temor e do amor.” (HESPANHA, Antônio Manuel. *Direito luso-brasileiro no antigo regime*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. Fl. 450).

Na era medieval, a aplicação do indulto foi reduzida, uma vez que, no período das trevas, o rei prestava contas somente a Deus. Com o surgimento dos movimentos Iluministas e a Revolução Francesa, o indulto passou a ficar centralizado nas mãos do Presidente da República.

No Brasil, o indulto se desenvolveu desde as capitanias hereditárias, no entanto, passou a figurar como instituto do ordenamento jurídico apenas a partir da Constituição de 1824, quando a Lei de 11 de setembro de 1826 determinou o processo de interposição do recurso de graça diretamente ao imperador, no caso da imposição da pena de morte. Posteriormente, no Código Criminal de 1830, foi atribuído ao Poder Moderador a faculdade de perdoar crimes ou minorar penas.

Na Constituição de 1891 o poder de perdoar foi atribuído ao Executivo (6º. Do art. 48: *“Art 48 - Compete privativamente ao Presidente da República: ... 6º) indultar e comutar as penas nos crimes sujeitos à jurisdição federal, salvo nos casos a que se referem os arts. 34, n.ºs 28, e 52, § 2º...”*).

ADI 5874 / DF

Ausente na Constituição de 1934, retornou ele na Carta de 1937 (em que pese a sua condição meramente formal, não aplicada e sua prescrição autoritária – al. n do art. 74, referindo-se, textualmente a graça), mantendo-se na Constituição de 1946 (inc. XIX do art. 87), na Carta de 1967 com a Emenda Constituição n. 1, de 1969 (inc. XX do art. 83) e no inc. XII do art. 84 da Constituição de 1988, esse último adotado como fundamento do Decreto n. 9.246/2017, objeto da presente ação direta.

Essa digressão histórica possibilita demonstrar que o indulto, embora atualmente previsto na constituição, remete ao arbítrio do soberano, vigente nos antigos reinos. Porém, em um Estado Democrático de Direito, o instituto constitucional não comporta arbitrariedade, uma vez que a própria Constituição oferece balizas para que não se desvirtue seu fim.

12. Na vigência desta Constituição, foram expedidos decretos de indulto nos períodos de natal, a comprovar a natureza benemérita do instituto, agraciando-se o condenado que já tenha cumprido parte da pena e esteja em condições humanitárias de atender ao desiderato constitucional de contemplar a apenado arrependido ou em especiais condições que desumanizam a sua permanência no cárcere, sem se comprometer a segurança pública e jurídica dos cidadãos com a sua exclusão do sistema penal.

Maquiando a descriminalização sob a forma de indulto, o que se estaria a praticar seria o afastamento do processo penal e da pena definida judicialmente.

Até para não se permitir tal arbítrio ao Chefe do Poder Executivo é que a Constituição Republicana de 1891 afastava daquela atribuição os crimes relativos ao trabalho (inc. 28 do art. 34) e o Presidente da República nos crimes comuns e de responsabilidade (§ 2o do art. 52).

ADI 5874 / DF

13. Alega-se, na presente ação, que os dispositivos incluídos no Decreto n. 9.246, de 21 de dezembro de 2017, e agora impugnados contrariariam os princípios constitucionais *“da separação dos Poderes, da individualização da pena; da vedação constitucional ao Poder Executivo para legislar sobre direito penal e da vedação da proteção insuficiente, porque promove punição desproporcional ao crime praticado, ensejaria percepção de impunidade e de insegurança jurídica e desfaz a igualdade na distribuição da justiça”*.

Dessa forma, o que se perquire e se pretende descortinar na presente ação é se existem limites materiais ao poder de indultar do Presidente da República ou se, consoante se verificou no período monárquico absolutista, a prerrogativa estaria sujeita ao arbítrio do governante, não sofrendo qualquer tipo de limite de conteúdo ou extensão.

O Estado Democrático de Direito é incompatível como a existência de prerrogativa absoluta, sem limites traçados pelo próprio ordenamento jurídico.

II – Dos decretos de indulto no Brasil

14. Reinaldo Rossano Alves realizou estudo sobre a concessão de indultos pelo Estado brasileiro entre 1822 e 2014 (Punir e perdoar: análise da política pública na edição dos decretos de indulto. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016). No período que vai de 1930 a 1974, os decretos de indulto alcançaram, em geral, apenas crime militares (em especial de deserção e insubmissão) e outras infrações penais de pequena monta cometidas por réus primários. Nesses últimos casos, os decretos usualmente previam teto para a pena privativa de liberdade imposta ao condenado (três a quatro anos, em geral) e exigiam o cumprimento de parte dela (muitas vezes, de um terço da pena) e bom comportamento no estabelecimento prisional.

Nesse intervalo de tempo, destoaram desses parâmetros, por exemplo, a) o Decreto n. 25.732/1948, pelo qual, em comemoração à data

ADI 5874 / DF

que propiciou ao país a volta ao regime democrático, foram indultados os menores de vinte e um anos e as mulheres de qualquer idade, primários e condenados à pena de até três anos de detenção ou um ano de reclusão; e *b*) o Decreto n. 27.156/1949, pela qual se determinou que os Conselhos Penitenciários examinassem, de ofício, para efeito de indulto ou comutação, a situação dos condenados a pena privativa de liberdade da qual já houvessem cumprido pelo menos um terço dela.

Pelo Decreto n. 76.550/1975, concedeu-se pela primeira vez indulto aos reincidentes, desde que condenados a pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e que houvessem cumprido ao menos dois terços dela. Com relação aos condenados primários, exigiu-se cumprimento de apenas um terço da pena. Nos dois anos que se seguiram, não foi previsto nos Decretos ns. 78.800/1976, e 80.603/1977 o indulto a condenados reincidentes.

Desde 1978, os decretos de indulto passaram a estabelecer regra geral para a concessão do benefício, e regras especiais para hipóteses específicas. A regra geral consistia, usualmente, na concessão de indulto a condenados, primários e reincidentes, a penas privativas de liberdade não superiores a quatro anos que já tivessem cumprido parte dela (geralmente um terço, no primeiro caso, e metade ou dois terços, no segundo).

Vários desses atos normativos explicitavam, no entanto, que o indulto não abrangia os condenados por crimes neles especificados, como homicídio qualificado, sequestro, estupro, quadrilha ou bando, crimes contra a segurança nacional, entre outros.

O Decreto n. 82.589/1978 inovou ao prever regra especial, concedendo-se benefício para os condenados beneficiados com a suspensão condicional da pena. Pelo Decreto n. 84.848/1980, o indulto foi concedido também aos condenados que tivessem completado sessenta anos até 30 de junho daquele ano, desde que cumprida um terço da pena,

ADI 5874 / DF

se primários, ou metade, se reincidentes. Previsão análoga foi incluída nos decretos dos anos subsequentes, tendo a idade sido aumentada para setenta anos desde o Decreto n. 93.886/1986.

O Decreto n. 86.643/1981 previu o indulto a condenados primários menores de vinte e um anos na data do crime que tivessem cumprido um terço da pena. E pelo Decreto n. 87.833/1982 estabeleceu-se a benesse a condenadas mães de filhos menores de quatorze anos de idade, desde que tivessem cumprido um terço da pena, se primárias, ou metade, se reincidentes. Disposições análogas também foram inseridas nos decretos de indulto subsequentes.

Pelo Decreto n. 89.097/1983, o indulto foi concedido também a portadores de doenças graves especificadas no próprio ato normativo e outras doenças incuráveis que pudessem causar contágio, independente da pena. Previsões semelhantes também constam dos decretos dos anos que se seguiram.

Pelo Decreto n. 92.056/1985, estabeleceu-se a necessidade de os condenados solventes repararem o dano para serem agraciados com o indulto. Esse ato normativo também vedou a concessão do indulto aos condenados reincidentes em crimes doloso. Tem-se normas semelhantes também nos Decretos ns. 93.886/1986, 95.290/1987 e 96.035/1988.

Nos primeiros anos de vigência da Constituição de 1988, esses mesmos critérios foram utilizados para a concessão do indulto pelo Presidente da República. Pelos Decretos n. 97.164/1988 e 97.576/1989, por exemplo, foram indultados *a)* os condenados a penas privativas de liberdade não superiores a quatro anos que tivessem cumprido, com boa conduta prisional, um terço da pena, se primários, ou metade, se reincidentes; *b)* os condenados a penas superiores a quatro anos que tivessem completado setenta anos de idade, tivessem praticado o crime com menos de vinte e um anos de idade, ou fossem mães de filhos

ADI 5874 / DF

menores de quatorze anos, desde que tivessem cumprido um terço da pena, se primários, ou metade, se reincidentes; e *c*) os condenados em estado avançado de qualquer doença grave, ou moléstia incurável ou contagiosa.

Nesses decretos, dispôs-se que o benefício não alcançava *a*) os condenados solventes que tivessem deixado de reparar o dano causado pela infração penal; e *b*) os sentenciados por crimes definidos no próprio ato normativo, como sequestro e cárcere privado, roubo, receptação dolosa, extorsão, extorsão mediante sequestro, estupro e atentado violento ao pudor, corrupção de menores, crimes de perigo comum, quadrilha ou bando, tráfico de drogas, homicídio qualificado, abuso de autoridade, sonegação fiscal e crimes contra a economia popular.

No Decreto n. 98.389/1989, foram previstos requisitos objetivos semelhantes para a concessão do indulto, reduzindo o requisito etário do indulto ao idoso para sessenta e cinco anos de idade, para condenados homens, e sessenta anos, para mulheres. Nesse decreto, também houve a previsão de nova hipótese de obtenção do benefício: a dos condenados que tivessem completado dez anos de efetivo cumprimento da pena e tivessem praticado o crime com dezoito a vinte e um anos de idade.

Em 25.7.1990, foi editada a Lei n. 8.072/1990 (apelidada de lei de crimes hediondos), que vedou a concessão do indulto aos crimes hediondos e equiparados. Além desses delitos, afastou-se no Decreto n. 99.915/1990 a concessão do indulto a condenados pelos crimes constantes dos decretos anteriores, além dos condenados por racismo, tráfico de mulheres e crime cometido por grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.

Esse ato normativo não previu a concessão do indulto por tempo ininterrupto de cumprimento da pena, mas estabeleceu a concessão do benefício aos condenados que tivessem cumprido dois terços da pena, se

ADI 5874 / DF

igual ou inferior a doze anos, desde que tivessem praticado o delito com menos de vinte e um anos de idade.

No Decreto n. 245/1991, retornou a previsão do indulto por cumprimento ininterrupto da pena, exigindo-se o cumprimento ininterrupto de quinze anos da pena, se primário o condenado, ou vinte anos, se reincidente, desde que não tivesse sido punido por falta grave cometida nos últimos cinco anos e tivesse demonstrado bom aproveitamento para o convívio social. Nesse decreto também foi reduzido o requisito etário para o indulto a idosos para sessenta anos, independente do gênero.

No Decreto n. 245/1991, explicitou-se que o indulto não alcançaria os condenados pelos crimes previstos nos decretos anteriores, com o acréscimo notável dos crimes praticados por funcionário público contra a administração em geral, de corrupção ativa e praticados contra a criança e o adolescente.

Pelo Decreto n. 668/1992, estabeleceram-se requisitos semelhantes para a concessão do indulto. Todavia, afastou-se a concessão do indulto aos condenados por crimes hediondos e equiparados, por homicídio qualificado e por sequestro, rol bem mais reduzido do que vinha sendo acolhido até então.

No Decreto n. 953/1993, tornou-se mais brando o requisito objetivo geral para a concessão do indulto. O benefício alcançou os condenados a penas privativas de liberdade não superiores a seis anos que tivessem cumprido um terço da pena, se primários, ou metade, se reincidentes. No mais, manteve-se os mesmos parâmetros até então adotados para o gozo da benesse. Os requisitos constantes Decreto n. 953/1993 foram também adotados, em sua essência, nos Decretos ns. 1.242/1994, 1.645/1995¹ ,

1 No Decreto n. 1.242/1994, estendeu-se o indulto também ao pai de filho menor de quatorze anos de idade de cujos cuidados comprovadamente necessitasse, desde que houvesse cumprido ao menos um terço da pena privativa de liberdade, se primário, ou

ADI 5874 / DF

2.002/1996 e 2.365/1997.

Pelo Decreto n. 1.860/1996, concedeu-se indulto condicional aos *a)* condenados a pena privativa de liberdade inferior a seis anos, desde que primários e de bons antecedentes; *b)* aos beneficiados por comutações anteriores, se o restante da pena não ultrapassasse seis anos; *c)* aos beneficiados pela remissão, se o restante da pena fosse inferior a seis anos, desde que primários e de bons antecedentes. Exigiu-se, ainda, que os condenados tivessem cumprido ao menos um sexto da pena e bom comportamento carcerário. O benefício se aperfeiçoava vinte e quatro meses após sua concessão, desde que subsistisse, nesse prazo, a primariedade e o bom comportamento.

Pelo Decreto n. 2.838/1998 veiculou-se, além das hipóteses previstas nos decretos anteriores, o indulto aos condenados *a)* beneficiados com suspensão condicional da pena; *b)* beneficiados com livramento condicional, desde que não superior a oito anos a pena privativa de liberdade; *c)* submetidos ao regime aberto.

Regras semelhantes foram adotadas pelo Decreto n. 3.226/1999, pelo qual se concedeu o indulto também ao condenado com pena privativa de liberdade substituída por pena restritiva de direitos, desde que tivesse cumprido metade do período da pena.

O indulto condicional concedido pelo Decreto n. 3.667/2000 trouxe requisito objetivo geral mais rigoroso, estabelecendo o benefício apenas para os condenados à pena privativa de liberdade máxima de quatro anos, exigindo-se o cumprimento de um terço da pena, se primário o condenado, e metade, se reincidente. Também foram previstas outras hipóteses especiais de concessão do indulto nesse ato normativo, vedando-se a concessão do benefício aos condenados por crimes hediondos e equiparados, homicídio doloso, roubo qualificado, e crimes

metade, se reincidente. No Decreto n. 1.645/1995, essa idade máxima foi reduzida para doze anos incompletos.

ADI 5874 / DF

contra o sistema financeiro nacional.

A exemplo do que ocorreu com o indulto condicional do Decreto n. 1.860/1996, o indulto concedido pelo Decreto n. 3.667/2000 aperfeiçoava-se vinte e quatro meses após sua concessão, desde que, nesse prazo, o condenado não praticasse qualquer delito e mantivesse bom comportamento. O mesmo foi feito no indulto condicional estabelecido pelo Decreto n. 4.011/2001, que abrangia, dentre outras hipóteses, os condenados a pena privativa de liberdade não superior a seis anos que tivessem cumprido um terço dela, se primários, ou metade, se reincidentes.

O indulto concedido pelo Decreto n. 4.495/2002 não foi condicional, e trouxe hipótese geral que alcançou os condenados a pena privativa de liberdade máxima de seis anos que tivessem cumprido ao menos um terço dela, se primários, ou metade, se reincidentes. Nesse decreto, estabeleceu-se, pela primeira vez, o indulto por saída temporária, concedendo-o ao condenado em regime semiaberto e que já tivesse usufruído desse benefício (da saída), no mínimo, cinco vezes.

No § 2º do art. 7º do Decreto n. 4.495/2002, permitiu-se a concessão de indulto até mesmo aos condenados por crimes hediondos e equiparados, desde que a pena não fosse superior a quatro anos. Essa disposição foi objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.795 (Relator o Ministro Maurício Corrêa), cuja medida cautelar foi deferida para conferir ao dispositivo interpretação conforme à Constituição, afastando sua incidência aos condenados pelos crimes mencionados no inc. XLIII do art. 5º da Constituição da República.

O Decreto n. 4.904/2003 tratou da concessão de indulto condicional (aperfeiçoava-se após vinte e quatro meses, cumpridos determinados requisitos) e da previsão de menos regras especiais para a obtenção do benefício. A regra geral dispunha que o indulto seria concedido aos

ADI 5874 / DF

condenados a pena privativa de liberdade não superior a seis anos que tivessem cumprido um terço dela, se primários, ou metade, se reincidentes.

Inovou-se no Decreto n. 4.904/2003 ao não mais se exigir a reparação do dano, se solvente o condenado, como requisito para a obtenção do indulto. Dispôs-se ainda que a inadimplência da multa não impedia a concessão do benefício. Foram suprimidas outras hipóteses de concessão do indulto, não sendo estabelecido o benefício considerada a idade do condenado na data do crime, ao condenado que tivesse usufruído de saídas temporárias, nem ao condenado beneficiado pela suspensão condicional da pena, livramento condicional ou por substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Regras semelhantes foram reproduzidas nos Decretos ns. 5.295/2004 e 5.620/2005, os últimos a concederem o indulto condicional. Neles, entretanto, se restabeleceu o indulto ao condenado no regime semiaberto que tivesse usufruído de saídas temporárias, exigindo-se, desde o decreto de 2005, que a pena privativa de liberdade não fosse superior a quinze anos.

O indulto concedido pelo Decreto n. 5.993/2006 não o foi de forma condicional, mas observou, nos demais pontos, os parâmetros dos atos normativos anteriores.

No Decreto n. 6.294/2007, o requisito da pena máxima para a obtenção do indulto presidencial foi novamente atenuado. Assim, o benefício foi estabelecido para os condenados 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. Exigiu-se, do condenado primário, o cumprimento de ao menos um terço da pena, e do reincidente, de metade dela.

ADI 5874 / DF

Esses parâmetros foram adotados também no Decreto n. 6.706/2008. Esse ato normativo foi o primeiro a prever, contudo, o indulto ao condenado a pena de multa aplicada cumulativamente com pena privativa de liberdade, desde que cumprida esta e não quitada a pena pecuniária, até 25.12.2008. No Decreto n. 6.706/2008, estabeleceu-se também pela primeira vez o indulto aos submetidos a medida de segurança, exigindo-se sua aplicação por período igual ou superior ao máximo da pena cominada à infração penal correspondente à conduta praticada.

Normas semelhantes foram adotadas nos Decretos ns. 7.046/2009 e 7.420/2010. No decreto de 2010, previu-se regra especial de concessão do indulto para condenados por crimes praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa a pena privativa de liberdade superior a oito anos e não superior a doze anos. Para a obtenção do benefício, exigiu-se que a pena não tivesse sido substituída por restritivas de direito ou multa, que o condenado não houvesse sido beneficiado por suspensão condicional da pena, e que houvesse cumprido ao menos um terço dela, se primário, ou metade, se reincidente.

No Decreto n. 7.648/2011, ampliou-se novamente as hipóteses de concessão do indulto, estabelecendo, por exemplo, regras para a obtenção do benefício por frequência a curso de ensino, aos condenados que tivessem completado setenta anos de idade e aos condenados por crime contra o patrimônio. Os requisitos para o indulto, nesta última hipótese, eram de que o crime contra o patrimônio tivesse sido cometido sem grave ameaça ou violência a pessoa, e que os condenados tivessem cumprido ao menos um sexto da pena, se primários, ou um quarto, se reincidentes, e tivessem reparado eventual dano, salvo comprovada incapacidade econômica para fazê-lo.

Outra hipótese para concessão do indulto a condenados por crime contra o patrimônio foi prevista no Decreto n. 7.873/2012. Além daquela

ADI 5874 / DF

regra prevista no Decreto n. 7.648/2011, estabeleceu-se, no ato normativo de 2012, a concessão do indulto aos condenados a pena privativa de liberdade superior a dezoito meses e não superior a quatro anos, por crime contra o patrimônio, cometido sem grave ameaça ou violência à pessoa, em que o prejuízo ao ofendido não tivesse sido superior a um salário mínimo, desde que os condenados tivessem cumprido três meses da pena e comprovado o depósito em juízo do valor correspondente ao prejuízo causado à vítima, salvo comprovada incapacidade econômica.

As hipóteses de concessão do indulto previstas no Decreto n. 7.873/2012 foram, em essência, mantidas nos Decretos ns. 8.172/2013, 8.380/2014 e 8.615/2015, que estabeleceram, em acréscimo, o indulto aos condenados que houvessem sido vítimas de tortura praticada por agente público ou investido em função pública no curso do cumprimento da privação de liberdade.

15. O Decreto n. 8.940/2016 representou alteração na forma pela qual o indulto vinha sendo concedido nos anos anteriores, com a supressão de algumas regras e a atenuação de outros requisitos.

O § 1º do art. 1º desse ato normativo listou pessoas que passaram a ter de atender a regras mais brandas para a obtenção da benesse. Eram elas *a)* gestantes; *b)* maiores de setenta anos de idade; *c)* que tivessem filho ou filha menor de doze anos ou com doença crônica grave ou com deficiência que necessitasse de seus cuidados diretos; *d)* que estivessem cumprindo pena no regime semiaberto ou aberto ou estivessem em livramento condicional e houvessem frequentado curso de ensino; *e)* com paraplegia, tetraplegia ou cegueira, desde que tais condições não fossem anteriores à prática do delito; *f)* acometidas com doença grave e permanente.

O art. 2º do Decreto n. 8.940/2016 estabeleceu não alcançar o indulto os condenados por tortura ou terrorismo, por delitos relacionados a

ADI 5874 / DF

tráfico de drogas (ressalvada a hipótese do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006), por crimes hediondos, pelos crimes militares correspondentes a essas infrações penais, e por crimes relacionados à pornografia infantil, previstos no Estatuto da Criança e do adolescente.

16. No Decreto n. 8.940/2016, o quadro geral para obtenção do benefício foi dividida em duas partes: uma, para crimes praticados sem grave ameaça ou violência à pessoa; outra, para crimes praticados com grave ameaça ou violência à pessoa. Para os crimes praticados sem grave ameaça ou violência à pessoa, o indulto foi concedido aos condenados a pena privativa de liberdade não superior a doze anos, desde que cumprido um quarto da pena, se primários, ou um terço, se reincidentes. Para as pessoas arroladas no § 1º do art. 1º do ato normativo, exigiu-se o cumprimento de apenas um sexto da pena, se primários, ou um quarto, se reincidentes.

No art. 4º do Decreto n. 8.940/2016, ressaltou-se que, em relação ao crime de tráfico de entorpecentes, em cujo processo se tivesse estabelecido a minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, o indulto somente seria concedido para as pessoas mencionadas no § 1º do art. 1º daquele ato normativo, e desde que tivesse sido cumprido ao menos um quarto da pena.

Para os crimes praticados com grave ameaça ou violência à pessoa, foram estabelecidas regras distintas a depender da quantidade de pena. Para as hipóteses em que a pena privativa de liberdade não fosse superior a quatro anos, exigiu-se o cumprimento de um terço da pena para condenados primários e metade para reincidentes.

Quanto aos condenados previstos no do § 1º do art. 1º do Decreto n. 8.940/2016, determinou-se o cumprimento de ao menos um quarto da pena, se primários, ou um terço, se reincidentes.

ADI 5874 / DF

Para as hipóteses em que a pena fosse superior a quatro e igual ou inferior a oito anos, exigiu-se o cumprimento de metade da pena, se primário o condenado, ou metade, se reincidente. Quanto às pessoas listadas no § 1º do art. 1º do Decreto n. 8.940/2016, determinou-se o cumprimento de um terço da pena, se primárias, e de metade, se reincidentes.

No Decreto n. 8.940/2016, manteve-se a concessão do indulto aos condenados que tivessem sido vítimas de tortura, praticada por agente público ou investido em função pública, e o indulto às pessoas submetidas a medida de segurança. Dispôs-se, expressamente, que o indulto não alcançaria *“a pena de multa aplicada, cumulativamente ou não, com a pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos”* (art. 10).

16. Esse esboço histórico dos decretos presidenciais pelos quais se concedeu o indulto no Brasil evidenciam que, nas décadas mais recentes, esse instituto tem sido utilizado como política pública de desencarceramento, consideradas as deploráveis condições nas quais se encontram o sistema penitenciário brasileiro.

No julgamento da Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347, Relator o Ministro Marco Aurélio (Plenário, DJe 19.2.2016), este Supremo Tribunal reconheceu o estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário nacional:

“(...) SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária,

ADI 5874 / DF

deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como 'estado de coisas inconstitucional'. (...)'.

Entretanto, a jurisprudência vem se consolidando no sentido de que a utilização do indulto como política pública de desencarceramento deve se dar de forma comedida e ponderada, sob pena de esvaziar a jurisdição penal.

A análise histórica do instituto no Brasil deixa claro que, salvo situações excepcionalíssimas, sempre houve um limite de pena imposta para que o detento pudesse ter direito ao indulto e se exigia, pelo menos, o cumprimento mínimo de 1/3 da pena.

17. O ato analisado, a saber, o Decreto nº 9.246, de 21 de dezembro de 2017, diferente do que se teve até agora na legislação brasileira, não estabeleceu limite à pena executada para que o condenado pudesse obter aquele benefício. Fixou frações que esvaziam as finalidades da pena imposta, gerando impunidade e insegurança ao se possibilitar a concessão do indulto *a)* com o cumprimento de um quinto da pena, se não reincidentes, e um terço da pena, se reincidentes, nos crimes praticados sem grave ameaça ou violência a pessoa, independente da pena aplicada; *b)* naquelas hipóteses, a redução do tempo de cumprimento de pena em um sexto, se não reincidente, e um quarto, se reincidente, para presos que estejam nas condições que especifica.

Pode-se concluir, ainda, que o alargamento das hipóteses e o afrouxamento dos requisitos mínimos iniciaram-se em 2016, no decreto anterior de indulto a esse agora examinado, editado que foi pela mesma autoridade que expediu o presente.

III – O costume no direito brasileiro

18. O costume constitui fonte de direito, estabelecendo o art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: “quando a lei for omissa,

ADI 5874 / DF

o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”

A doutrina do direito administrativo, embora seja ramo do direito público, também sufraga os costumes como uma de suas fontes, desde que o caso não esteja sujeito ao princípio da reserva legal.

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello ensina que:

“o Direito Administrativo se encontra em formação, com maior fundamento se abre ao costume campo de expansão, pois só uma parte dele está encerrada em normas jurídica escritas, havendo amplo claro ainda não legislado para sua criação supletiva. Demais, há certos institutos que ainda não têm os seus contornos gizados na lei, e, então surge possibilidade efetiva para a ação esclarecedora do costume” (Princípios gerais de direito administrativo. Forense: Rio de Janeiro, 1979. 2ª Ed. Vol. I. Fls. 375-376).

Hely Lopes Meirelles doutrina que:

“no Direito Administrativo Brasileiro o costume exerce ainda influência, em razão da deficiência da legislação. A prática administrativa vem suprindo o texto escrito, e, sedimentada na consciência dos administradores e administrados, a praxe burocrática passa a suprir a lei, ou atua como elemento informativo da doutrina” (Direito administrativo brasileiro. Malheiros: São Paulo, 1996. 21ª Ed. Fl. 37).

Franco Montoro leciona que:

“igualmente, no Direito Administrativo, o costume, a praxe administrativa, a reiteração dos casos servem geralmente de elemento essencial à construção não só da doutrina, mas também da norma jurídica” (Introdução à ciência do direito. 25ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 348/9).

Pelo exposto, considerando inexistir lei no Brasil, que discipline de maneira pormenorizada, a forma e o conteúdo de um decreto de indulto -

ADI 5874 / DF

a Lei nº 8.072/90, em seu art. 2º, apenas determina que os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de anistia, graça e indulto -, há de se aproveitar o costume também como elemento a se considerar para melhor interpretar os limites constitucionais do benefício a ser conferido às pessoas que necessitam de ressocialização, reguardando-se, também, os valores e a segurança da sociedade.

IV – Da competência constitucional dos Poderes da República

19. O sistema de distribuição de competência penal da Constituição da República estabelece ser atribuição do Poder Legislativo escolher as condutas juridicamente puníveis e cominar penas. Ao Poder Judiciário compete aplicar as penas abstratamente previstas aos casos concretos e executar a reprimenda fixada ao condenado. O Poder Executivo, em suas esferas de atribuições, também participa do *ius puniendi* estatal, o que se dá, por exemplo, com a administração dos estabelecimentos prisionais e com a concessão de graça, indulto ou comutação.

Em matéria penal a Constituição da República adota o princípio da estrita legalidade, segundo o qual não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal (art. 5º, inc. XXXIX, da CR/88). Veda-se ao Poder Executivo a edição de medidas provisórias em matéria penal ou processual penal (art. 62, §1º, inc. I, al. b, da Constituição da República de 1988).

20. Assim, para que, ao expedir o decreto de indulto, o Presidente da República não anule ou interfira indevidamente na esfera de atribuição dos demais Poderes, funcionando como legislador ou concedendo benefícios desproporcionais que esvaziem a atuação do Judiciário, deve ser feita uma interpretação lógico-sistemática da norma constitucional que prevê sua competência privativa para conceder a benesse (art. 84, inc. XII, da CR/88), verificando-se o seu alcance e as limitações a serem

ADI 5874 / DF

observadas.

Paulo Bonavides explica o método lógico-sistemático:

“A interpretação sistemática veio completar a interpretação lógica, representando, por conseguinte, um alargamento das potencialidades cognitivas contidas naquela forma de interpretação assente na ratio; ambas entram assim a compor a categoria hermenêutica denominada lógico-formal.

A interpretação começa naturalmente onde se concebe a norma como parte de um sistema – a ordem jurídica, que compõe um todo ou unidade objetiva, única a emprestar-lhe o verdadeiro sentido, impossível de obter-se se a considerássemos insulada, individualizada, fora, portanto, do contexto das leis e das conexões lógicas do sistema.

É a interpretação lógico-sistemática instrumento poderosíssimo com que averiguar a mudança de significado por que passam velhas normas jurídicas. Sua atenção recai sobre a norma jurídica, tomando em conta, como já evidenciara Enneccerus ‘a íntima conexão do preceito, do lugar em que se acha e da sua relação com os demais preceitos’, até alcançar ‘o laço que une todas as regras e instituições num todo coerente.

É possível assim com o emprego dos elementos lógicos disponíveis e dos princípios mais gerais e abstratos do sistema elucidar a norma, objeto de interpretação” (Bonavides, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 14ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. fl. 445).

21. Nessa perspectiva lógico-sistemática há de se realçar a interpretação a ser conferida ao princípio constitucional da separação de poderes, conjugando-se a inafastabilidade da jurisdição, a competência legislativa para tratar de direito penal e o direito de clemência conferido ao titular do Poder Executivo.

Para se chegar a essa interpretação, há de se analisar a relação entre os poderes no sistema constitucional em que inseridos, para, pelo princípio da proporcionalidade penal, mantê-los harmônicos entre si.

ADI 5874 / DF

V – Da submissão do indulto ao controle de constitucionalidade

22. Nas palavras do Ministro Celso de Mello, o “ato concessivo de indulto – enquanto expressão formal da ‘clementia principis’ – qualifica-se como prerrogativa constitucional eminentemente discricionária do Presidente da República (...)” (HC n. 82.296, Relator o Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 17.10.2013).

A qualificação do indulto como ato discricionário, ou ato político do Presidente da República não tem o condão de afastá-lo do controle de constitucionalidade exercido pelo Poder Judiciário.

Rui Barbosa, citado por Pedro Lessa, defendia, um século atrás, a possibilidade do controle jurisdicional sobre atos políticos emanados dos Poderes Executivo ou Legislativo:

“Acabemos, pois, de uma vez com o equívoco, definindo a verdadeira doutrina americana, que é a nossa. Uma questão pode ser distintamente política, altamente política, segundo alguns, até puramente política, fora dos domínios da justiça, e contudo, em revestindo a forma de um pleito, estar na competência dos tribunais, desde que o ato, executivo ou legislativo, contra o qual se demande, fira a Constituição, lesando ou negando um direito nela consagrado. Um dos mestres mais eminentes do direito anglo-saxônico nos nossos tempos, sir Frederick Pollock, referindo-se às variações da jurisprudência do grande tribunal americano, acentua que ‘a Suprema Corte dos Estados Unidos é frequentemente chamada a resolver grande questões políticas, submetidas ao seu conhecimento sob formas judiciais. É o critério discriminativo que se encontra com suma precisão na obra de Randolph, a propósito dos Casos Insulares: ‘A objeção de que a maneira de tratar as nossas novas possessões constitui um desses assuntos puramente políticos (one of these purely political matters), nos quais o poder judiciário se há de submeter aos outros poderes coextensivos, e abster-se da pretensão de os coibir, respondo eu que ao poder judiciário nada importa a imensidade das questões, quando se lhe oferece determinar se, de fato, existe uma lei

ADI 5874 / DF

nacional aplicável à lide pendente. Tem a parte que pagar certo imposto? Deve um indivíduo sofrer privação da liberdade? Momentosas questões políticas podem ser essas, fora do recinto do Tribunal: dentro dele são questões judiciais' (...)".

E arrematou Rui Barbosa:

"Numa palavra: a violação de garantias constitucionais, perpetrada à sombra de funções políticas, não é imune à ação dos tribunais. A estes compete sempre verificar se a atribuição política, invocada pelo excepcionante, abrange nos seus limites a faculdade exercida" (LESSA, Pedro. Do Poder Judiciário. Brasília: Senado Federal, 2003. p. 63-65).

23. Essa questão já foi objeto de cuidados deste Supremo Tribunal no julgamento do Mandado de Segurança n. 3.557 (Relator o Ministro Hahnemann Guimarães, Relator para o acórdão o Ministro Afrânio Costa, convocado, Plenário, DJ 4.4.1957), impetrado pelo então Presidente da República, Café Filho, contra resoluções do Senado e da Câmara dos Deputados que determinaram seu afastamento.

Em seu voto, o Ministro Hahnemann Guimarães anotou que o caráter político das resoluções não era suficiente para excluí-las da apreciação do Poder Judiciário:

"Julgo improcedente a alegação de que não cabe ao Tribunal apreciar pedido de mandado de segurança contra resolução legislativa de caráter político.

A competência dada na Constituição, art. 101, I, i, compreende os atos não-legislativos, que pratique a Câmara ou o Senado, e lesem direito individual. Assim entendeu o Tribunal, no julgamento do mandado pedido contra resolução da Câmara, que ordenara a publicação do chamado 'Inquérito do Banco do Brasil' (Castro Nunes, Do Mandado de Segurança, 4ª. ed., p. 275, nº 135).

O cunho político da resolução não pode, em virtude da garantia da Constituição, art. 141, § 4º, excluir da apreciação do Poder Judiciário a arguída lesão do direito individual (Castro Nunes, c.c., p.

ADI 5874 / DF

reveste-se de plena legitimidade constitucional, ainda que essa atuação institucional se projete na esfera orgânica do Poder Legislativo, como se registra naquelas situações em que se atribuem, à instância parlamentar, condutas alegadamente tipificadoras de abuso de poder, seja por ação, seja por omissão.

Isso significa, portanto - considerada a fórmula política do regime democrático - que nenhum dos Poderes da República está acima da Constituição e das leis. Nenhum órgão do Estado - situe-se ele no Poder Judiciário, ou no Poder Executivo, ou no Poder Legislativo - é imune à força da Constituição e ao império das leis.

(...)

Como sabemos, o sistema constitucional brasileiro, ao consagrar o princípio da limitação de poderes, teve por objetivo instituir modelo destinado a impedir a formação de instâncias hegemônicas de poder no âmbito do Estado, em ordem a neutralizar, no plano político-jurídico, a possibilidade de dominação institucional de qualquer dos Poderes da República (ou daqueles que os integram) sobre os demais órgãos e agentes da soberania nacional.

Com a finalidade de obstar que o exercício abusivo das prerrogativas estatais possa conduzir a práticas que transgridam o regime das liberdades públicas e que sufoquem, pela opressão do poder, os direitos e garantias individuais, inclusive aqueles assegurados às minorias nas Câmaras legislativas (como o direito de oposição e a prerrogativa de fazer instaurar comissões parlamentares de inquérito), atribuiu-se, ao Judiciário, a função eminente de controlar os excessos cometidos por qualquer das esferas governamentais, quando seus órgãos, agentes ou, até mesmo, grupos majoritários que atuam no Parlamento, p. ex., incidirem em abuso de poder ou em desvios inconstitucionais no desempenho de sua competência institucional.

Em suma: a estrita observância dos direitos e garantias, notadamente quando se alegar, como se sustenta na espécie, transgressão ao estatuto constitucional das minorias parlamentares, traduz fator de legitimação da atividade estatal. Esse dever de obediência ao regime da lei e da Constituição se impõe a todos - magistrados, administradores e legisladores”.

ADI 5874 / DF

25. O decreto de indulto presidencial já foi objeto de controle abstrato de constitucionalidade neste Supremo Tribunal. No julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.795, Relator o Ministro Maurício Correa, apreciou-se, em juízo de cognição sumária, a constitucionalidade do Decreto n. 4.495/2002, que estendia indulto até mesmo aos condenados por crimes hediondos e equiparados.

Este Supremo Tribunal deferiu a medida cautelar para conferir interpretação conforme à norma do § 2º do art. 7º daquele ato normativo, afastando sua aplicação aos condenados pelos crimes mencionados no inc. XLIII do art. 5º da Constituição da República.

Este Supremo Tribunal reconheceu, portanto, haver limites constitucionais expressos à competência do Presidente da República de conceder o indulto.

Não se pode, ainda, negar os limites constitucionais implícitos ao exercício dessa competência, sob pena de se terem como constitucionalmente permitidas situações incompatíveis com o estado democrático de direito delineado na Constituição da República, como, por exemplo, indulto presidencial que beneficiasse o próprio Chefe do Poder Executivo.

VI – Do princípio da proporcionalidade penal: descriminalização e vedação à proteção insuficiente

26. É função do Direito Penal tutelar os bens jurídicos mais relevantes da sociedade, de forma proporcional à sua relevância.

Nesse contexto, a concessão de indulto sem a apuração das situações previstas e de maneira alargada em excesso impossibilita o pleno atendimento das funções do Direito Penal.

ADI 5874 / DF

Não é razoável e não atende ao caráter retributivo da pena que, após o cumprimento de fração mínima da reprimenda, o criminoso não tenha de responder pelo crime que cometeu.

A clemência presidencial excessivamente leniente é incapaz de proteger bens jurídicos constitucionais de grande relevância, como a vida, a integridade física, o patrimônio e a probidade administrativa, entre outros, sendo inconstitucional por violar o princípio da proporcionalidade, em sua dimensão de vedação à proteção insuficiente:

“Como decorrência lógica da função de imperativo de tutela que colore os direitos fundamentais avulta a necessidade de que uma tal proteção há de se realizar de modo a satisfazer exigências mínimas de tutela. Afinal, como pontua Canaris, um dever de tomar medidas ineficazes não teria qualquer sentido. Entra em questão, aqui, a proibição de proteção deficiente (Untermassverbot), categoria que encerra uma aptidão operacional que permite ao intérprete determinar se um ato estatal - eventualmente retratado em uma omissão, total ou parcial - vulnera um direito fundamental. Nessa perspectiva, opera como ferramenta dogmática extraída do mandado de proporcionalidade e que nessa condição predispõe-se a funcionar como um parâmetro no controle (de constitucionalidade) de determinados atos estatais que eliminem ou deixem de concretizar a proteção necessária ao adequado e eficaz desenvolvimento do direito fundamental.” (Feldens, Luciano. Deveres de proteção penal na perspectiva dos tribunais internacionais de direito humanos. Direitos fundamentais e justiça. HS Editora: Rio Grande do Sul, 2007. Fl. 222).

27. No Estado Democrático de Direito não há fundamento válido para a aplicação de pena flagrantemente desproporcional à gravidade do fato.

O princípio da proporcionalidade exige ponderação entre a gravidade do fato e a pena correspondente, havendo violação aos

ADI 5874 / DF

princípios do sistema quando houver desequilíbrio evidente entre esses dois fatores.

Não é possível castigar de forma cruel quem quer que seja, qualquer que seja a prática criminosa, nem se tratar de forma branda condutas graves e atentatórias aos valores resguardados pela Constituição da República. Essa última é a situação que se alega ter ocorrido com o decreto de indulto agora analisado.

Somente penas proporcionais à gravidade do crime e sua valoração social são aptas a cumprir as finalidades do direito penal, passando o Estado a mensagem de que a prática delitiva não compensa, resguardando, em contrapartida, os interesses dos cidadãos cumpridores de seus deveres.

28. Plausível, portanto, é a alegação de afronta pelo Decreto nº 9.246/2017 ao princípio da proporcionalidade, vinculada à proibição da proteção insuficiente e necessária de tutela ao bem jurídico acolhido no sistema para garantia do processo penal.

Do exposto na peça inicial desta ação se tem que os dispositivos impugnados, constantes do diploma normativo mencionado, parecem substituir a norma penal garantidora da eficácia do processo, afrontando a finalidade e superando os limites do indulto. Comprova-se, assim, usurpação da competência típica e primária dos poderes Legislativo e Judiciário.

O princípio da proporcionalidade consubstanciado na proibição de proteção insuficiente parece afrontado pelos dispositivos impugnados na presente ação direta de inconstitucionalidade, porque conduzem a situação de impunidade, em especial para os denominados 'crimes de colarinho branco', pelo qual são dilapidados os recursos públicos e esvazia-se a sociedade das providências legais para coibir a atuação

ADI 5874 / DF

deletéria de sujeitos descompromissados com valores éticos e com o interesse público garantidores pela integridade do sistema jurídico.

Segundo o Ministro Gilmar Mendes no julgamento de precedente mencionado pela autora desta ação direta de inconstitucionalidade, *“uma vez que se ateste que as medidas legislativas adotadas transbordam os limites impostos pela Constituição – o que poderá ser verificado com base no princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (Übermassverbot) e como proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) -, deverá o Tribunal exercer um rígido controle sobre a atividade legislativa, declarando a inconstitucionalidade de leis penais transgressoras de princípios constitucionais”* (Habeas Corpus n. 104.410, Relator o Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe 26.3.2012).

Em sentido semelhante, Lênio Luiz Streck escreve que:

“Esse comando (ordem de legislar) traz implícita - por exemplo, no campo do Direito Penal - a necessária hierarquização que deve ser feita na distribuição dos crimes e das penas, razão pela qual o estabelecimento de crimes, penas e descriminalizações não pode ser um ato absolutamente discricionário, voluntarista ou produto de cabalas.

Em outras palavras, não há liberdade absoluta de conformação legislativa nem mesmo em matéria penal, ainda que a lei venha a descriminalizar condutas consideradas ofensivas a bens fundamentais. Nesse sentido, se de um lado há a proibição de excesso (Obermassverbot), de outro há a proibição de proteção deficiente (Untermassverbot). Ou seja, o direito penal não pode ser tratado como se existisse apenas uma espécie de garantismo negativo, a partir da garantia de proibição de excesso.

Aliás, parcela expressiva do segmento que abriga os penalistas críticos brasileiros fazem essa leitura do garantismo tão-somente pelo viés negativo. Com efeito, a partir do papel assumido pelo Estado e pelo Direito no Estado Democrático de Direito, o direito penal deve ser (sempre) examinado também a partir de um garantismo positivo, isto é, devemos nos indagar acerca do dever de proteção de determinados

ADI 5874 / DF

bens fundamentais através do direito penal. Isto significa dizer que, quando o legislador não realiza essa proteção via direito penal, é cabível a utilização da cláusula 'proibição de proteção deficiente' (Untermassverbot). Tais questões ficam bem claras a partir da discussão da discriminação do aborto na Alemanha, problemática igualmente debatida no plano da justiça constitucional na Espanha e em Portugal.

Não há, pois, qualquer blindagem que 'proteja' a norma penal do controle de constitucionalidade (entendido em sua profundidade, que engloba as modernas técnicas ligadas à hermenêutica, como a interpretação conforme, a nulidade parcial sem redução de texto, o apelo ao legislador, etc.). Ou isto, ou teríamos que considerar intocável, por exemplo, um dispositivo legal que viesse a descriminalizar a corrupção, a lavagem de dinheiro, os crimes fiscais (de certo modo isto já ocorre, desde a Lei 9.249, confirmada agora pela Lei 10684), os crimes sexuais (estupro e atentado violento ao pudor) em face do casamento (sic) da vítima com terceira pessoa (art. 107, VIII, do Código Penal), tudo em nome do princípio da legalidade, como se a vigência de um texto jurídico implicasse, automaticamente, a sua validade, problemática que, paradoxalmente, coloca do mesmo lado penalistas dogmático-normativistas e liberais-iluministas.

Nenhum campo do Direito está imune dessa vinculação constitucional. Consequentemente, na medida em que a Constituição figura como o alfa e o omega do sistema jurídico-social, ocorre uma sensível alteração no campo de conformação legislativa. Ou seja, a partir do paradigma instituído pelo novo constitucionalismo e a partir daquilo que o Estado Democrático de Direito representa na tradição jurídica, o legislador não mais detém a liberdade para legislar que tinha no paradigma liberal-iluminista.

Nesse (novo) contexto, a teoria do bem jurídico, que sustenta a ideia de tipos penais no Direito Penal, igualmente passa a depender da materialidade da Constituição. Não pode restar qualquer dúvida no sentido de que o bem jurídico tem estrita relação com a materialidade constitucional, representado pelos preceitos e princípios que encerram a noção de Estado Democrático e Social de Direito. Não há dúvida, pois, que as baterias do Direito Penal do Estado Democrático de

ADI 5874 / DF

Direito devem ser direcionadas preferentemente para o combate dos crimes que impedem a concretização dos direitos fundamentais-sociais. Neste ponto, aliás, entendo que é neste espaço que reside até mesmo uma obrigação implícita de criminalização, ao lado dos deveres explícitos de criminalizar constantes no texto constitucional.

(...)

Há que se ter claro, portanto, que a estrutura do princípio da proporcionalidade não aponta apenas para a perspectiva de um garantismo negativo (proteção contra os excessos do Estado), e, sim, também para uma espécie de garantismo positivo, momento em que a preocupação do sistema jurídico será com o fato de o Estado não proteger suficientemente determinado direito fundamental, caso em que estar-se-á em face do que, a partir da doutrina alemã, passou-se a denominar de ‘proibição de proteção deficiente’ (Untermassverbot).

Este conceito, explica Bernal Pulido, refere-se à estrutura que o princípio da proporcionalidade adquire na aplicação dos direitos fundamentais de proteção. A proibição de proteção deficiente pode definir-se como um critério estrutural para a determinação dos direitos fundamentais, com cuja aplicação pode determinar-se se um ato estatal – por antonomásia, uma omissão – viola um direito fundamental de proteção.

Trata-se de entender, assim, que a proporcionalidade possui uma dupla face: de proteção positiva e de proteção de omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultando desproporcional o resultado do sopesamento (Abwägung) entre fins e meios; de outro, a inconstitucionalidade pode advir de proteção insuficiente de um direito fundamental-social, como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos. Este duplo viés do princípio da proporcionalidade decorre da necessária vinculação de todos os atos estatais à materialidade da Constituição, e que tem como consequência a sensível diminuição da discricionariedade (liberdade de conformação) do legislador.” (Streck, Lênio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (übertmassverbot) à proibição de proteção

ADI 5874 / DF

deficiente (untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. Revista da Ajuris, Ano XXXII, nº 97, março de 2005. Fls. 176-177 e 179-180 – grifos nossos).

Tem-se, ainda, nas lições de Ingo Wolfgang Sarlet:

“Por outro lado, o Estado - também na esfera penal - poderá frustrar o seu dever de proteção atuando de modo insuficiente (isto é, ficando aquém dos níveis mínimos de proteção constitucionalmente exigidos) ou mesmo deixando de atuar, hipótese, por sua vez, vinculada (pelo menos em parte) à problemática das omissões inconstitucionais. É neste sentido que - como contraponto da assim designada proibição de excesso – expressiva doutrina e inclusive jurisprudência tem admitido a existência daquilo que se convencionou batizar de proibição da insuficiência (no sentido de insuficiente implementação dos deveres de proteção do Estado e como tradução livre do alemão Untermassverbot). Neste sentido, o princípio da proibição de insuficiência atua como critério para aferição da violação de deveres estatais de proteção e dos correspondentes direitos a proteção.” (Sarlet, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais, deveres de proteção e proporcionalidade: notas a respeito da aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria penal. Controle de Constitucionalidade e Direito Fundamentais. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2010. Fl. 156).

29. A razão de ser do indulto, na forma constitucionalmente estabelecida, e a razão do indulto decretado pelo documento nos quais se contém os dispositivos questionados (decreto n. 9.246/2017) não guardam coerência nem são proporcionalmente adotadas as providências (critérios e fins) para o atendimento da norma constitucional garantidora da competência presidencial.

VII – Do desvio de finalidade no decreto questionado

30. O ato administrativo dispõe de elementos fora dos quais não se

ADI 5874 / DF

valida. Põe-se em consonância com o direito para ser legítimo e prosperarem os seus efeitos.

Ensinava Seabra Fagundes, que *“a atividade administrativa sendo condicionada, pela lei, à obtenção de determinadas consequências, não pode o administrador, ao exercê-la, ensejar consequências diversas das visadas pelo legislador. Os atos administrativos devem procurar atingir as consequências que a lei teve em vista quando autorizou a sua prática, sob pena de nulidade. ... A lei previu que o ato fosse praticado visando a certa finalidade, mas a autoridade o praticou com finalidade diversa. Houve uma burla da intenção legal. A autoridade agiu contrariando o espírito da lei”* (FAGUNDES, M. Seabra – O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 87).

A noção de discricionariedade agora adotada é acolhida como espaço de escolha não substituível por critério subjetivo de outro órgão ou autoridade e entregue às autoridades constituídas não configuram plexos de competências indefinidas, tendo os limites do ordenamento jurídico e do regime constitucional a serem observados.

O controle jurisdicional do ato que tenha elementos de discricionariedade também é possível quando se verificar ilealidade em sua prática, quer porque exorbitem das competências de quem os pratique ou se desviem as finalidades as quais se destinem.

A finalidade consiste em elemento do ato administrativo concernente à inafastabilidade do objetivo ligado ao interesse público, tratando-se de elemento vinculado a todo ato administrativo, mesmo que este seja discricionário.

A busca de finalidade estranha à prevista pelo ordenamento jurídico acarreta vício do ato praticado.

ADI 5874 / DF

Nesse sentido são os ensinamentos, por exemplo, de Celso Antônio Bandeira de Mello:

“Ocorre desvio de poder, e, portanto, invalidade, quando o agente se serve de um ato para satisfazer finalidade alheia à natureza do ato utilizado.

Há, em consequência, um mau uso da competência que o agente possui para praticar atos administrativos, traduzindo na busca de uma finalidade que simplesmente não pode ser buscada ou, quando possa, não pode sê-lo através do ato utilizado. É que sua competência, na lição elegante e precisa de Caio Tácito: ‘visa a um fim especial, presume um endereço, antecipa um alcance, predetermina o próprio alvo. Não é facultado à autoridade suprimir essa continuidade, substituindo uma finalidade legal do poder com que foi investido, embora pretendendo um resultado materialmente lícito.’

Sucintamente, mas de modo preciso, pode-se dizer que ocorre desvio de poder quando um agente exerce uma competência que possuía (em abstrato) para alcançar uma finalidade diversa daquela em função da qual lhe foi atribuída a competência exercida.

De dois modos pode manifestar-se o desvio de poder:

a) quando o agente busca uma finalidade alheia ao interesse público. Isto sucede ao pretender usar de seus poderes para prejudicar um inimigo ou para beneficiar a si próprio ou amigo;

b) quando o agente busca uma finalidade – ainda que de interesse público – alheia à ‘categoria’ do ato que utilizou. Deveras, consoante advertiu o preclaro Seabra Fagundes: ‘Nada importa que a diferente finalidade com que tenha agido seja moralmente lícita. Mesmo moralizada e justa, o ato será inválido por divergir da orientação legal.

(...)

No desvio de poder, ao contrário do que habitualmente se afirma e do que nós mesmos vínhamos sustentado, nem sempre há um ‘móvel’, isto é, uma intenção inadequada. Com efeito, o agente pode, equivocadamente, supor que uma dada competência era prestante, de direito, para a busca de um dado resultado e por isto haver praticado o ato almejando alcançá-lo pela via utilizada. Neste caso não haverá intenção viciada.

ADI 5874 / DF

*É certo, entretanto, que o frequente, o comum, é que exista vício de intenção, o qual poderá ou não corresponder ao desejo de satisfazer um apetite pessoal. Contudo, o ato será sempre viciado por não manter relação adequada com a finalidade em vista da qual poderia ser praticado. O que vicia, portanto, não é o defeito de intenção, quando existente – ainda que através disto se possa, muitas vezes, perceber o vício –, mas o desacordo objetivo entre a finalidade do ato e a finalidade da competência” (DE MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. Malheiros Editores: São Paulo, 2011. Fls. 406-408).*

31. O indulto tem a finalidade constitucional de assegurar àquele que tenha cumprido parte de sua pena e esteja em condições de reingressar na sociedade que tenha essa oportunidade, garantindo-se justiça no caso concreto.

Nulo o ato administrativo praticado com desvio de finalidade, compete ao Poder Judiciário – e, no caso de indulto pela providência do Presidente da República, a este Supremo Tribunal Federal, na forma pleiteada pelo Ministério Público Federal - exercer o controle de constitucionalidade do documento normativo, geral e abstrato no qual se contenha a sua previsão, como o objeto da presente ação.

32. Na espécie, o controle é de constitucionalidade por ser o instituto constitucional e a sua finalidade definida na ordem jurídica fundamental.

O exame de validade dos atos administrativos pelo Poder Judiciário é frequente e necessário para resguardo do sistema jurídico. Este Supremo Tribunal Federal foi chamado, em outra oportunidade, para analisar os limites e a constitucionalidade do decreto de indulto:

“EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DECRETO FEDERAL. INDULTO. LIMITES. CONDENADOS PELOS CRIMES PREVISTOS NO INCISO XLIII DO ARTIGO 5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. IMPOSSIBILIDADE.

ADI 5874 / DF

INTERPRETAÇÃO CONFORME. REFERENDO DE MEDIDA LIMINAR DEFERIDA. 1. A concessão de indulto aos condenados a penas privativas de liberdade insere-se no exercício do poder discricionário do Presidente da República, limitado à vedação prevista no inciso XLIII do artigo 5º da Carta da República. A outorga do benefício, precedido das cautelas devidas, não pode ser obstado por hipotética alegação de ameaça à segurança social, que tem como parâmetro simplesmente o montante da pena aplicada. 2. Revela-se inconstitucional a possibilidade de que o indulto seja concedido aos condenados por crimes hediondos, de tortura, terrorismo ou tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, independentemente do lapso temporal da condenação. Interpretação conforme a Constituição dada ao § 2º do artigo 7º do Decreto 4495/02 para fixar os limites de sua aplicação, assegurando-se legitimidade à indulgência principis. Referendada a cautelar deferida pelo Ministro Vice-Presidente no período de férias forenses” (ADI 2795, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 20.6.2003).

Em caso específico de desvio de finalidade houve a análise judicial de validade de ato administrativo no qual a Presidência da República, competente para a prática de determinado ato, adotou-o para finalidade diversa daquela prevista em lei.

Ao decidir a medida liminar no mandado de segurança n. 34.070, no qual se alegava exatamente desvio de finalidade de ato administrativo da Presidência da República, observou o Ministro Gilmar Mendes:

“Apesar de ser atribuição do Presidente da República a nomeação de Ministro de Estado (art. 84, inciso I, da CF), o ato que visa o preenchimento de tal cargo deve passar pelo crivo dos princípios constitucionais... A propósito, parece especialmente ilustrativa a lição de Manuel Atienza e Juan Ruiz Manero, na obra ‘Ilícitos Atípicos’. Dizem os autores, a propósito dessa categoria: ‘ os ilícitos atípicos são ações que, prima facie, estão permitidas por uma regra, mas que, uma vez consideradas todas as circunstâncias, devem considerar-se proibidas’. (ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruy – Ilícitos

ADI 5874 / DF

Atípicos. 2a. Edi. Madrid: Editorial Trotta, 2006, p.12). E por que devem ser consideradas proibidas? Porque, a despeito de sua aparência de legalidade, porque, a despeito de estarem, à primeira vista, em conformidade com uma regra, destoam da razão que a justifica, escapam ao princípio e ao interesse que lhe é adjacente. Trata-se simplesmente de garantir coerência valorativa ou justificativa ao sistema jurídico e de apartar, com clareza, discricionariedade de arbitrariedade. ... Especificamente nos casos de desvio de finalidade, o que se tem é a adoção de uma regra que aparenta estar em conformidade com uma certa regra que confere poder à autoridade (regra de competências, mas que, ao fim, conduz a resultados absolutamente incompatíveis com o escopo constitucional desse mandamento e, por isso, é tida como ilícita.” (Mandado de Segurança n. 34.070 – Relator Ministro Gilmar Mendes. DJE 102 de 19.5.2016).

Pertinente também, no caso, lembrar a lição de Victor Nunes Leal, segundo o qual *“se a Administração não atende ao fim legal, a que está obrigada, entende-se que abusou de seu poder. ... O fim legal é, sem dúvida, um limite ao poder discricionário. Portanto, se a ação administrativa desatende a essa finalidade, deve-se concluir que extralimitou de sua zona livre, violando uma prescrição jurídica expressa ou implícita, o que a transpõe, por definição para a zona vinculada”* (LEAL, Victor Nunes – *Problemas de direito público*. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 285).

33. Comprova-se a plausibilidade das alegações da Autora da presente ação no sentido de que os dispositivos impugnados (inc. I do art. 1º; inc. I do § 1º do art. 2º, inc. III do art. 8º, art. 10 e inc. II do art. 11 do Decreto n. 9.246, de 21.12.2017) não se coadunam com a finalidade constitucionalmente estatuída a permitir o indulto, pois, como explicitado na peça inicial do processo, esvazia-se a jurisdição penal, nega-se o prosseguimento e a finalização de ações penais em curso, privilegiam-se situações de benefícios sobre outras antes concedidas a diluir o processo penal, nega-se, enfim, a natureza humanitária do indulto, convertendo-o em benemerência sem causa e, portanto, sem fundamento jurídico válido.

ADI 5874 / DF

VIII – Direito comparado

34. O artigo II, seção 2, cláusula 1, da Constituição dos Estados Unidos da América estabelece que o Presidente *“shall have power to grant reprieves and pardons for offences against the United States, except in cases of impeachment.”*

A doutrina norte americana, em consonância com o que até aqui foi exposto, também questiona a extensão dos poderes de perdão conferidos ao Presidente da República, excluindo de sua esfera de competência a proteção contra delitos políticos, para que a pessoa corrupta não seja protegida pela autoridade presidencial. Narram-se situações em que a Constituição mesma veda a possibilidade de perdão, o que se dá, por exemplo, quando a ofensa não é contra os Estados Unidos.

Neste sentido:

“The Extent of the Power

The extent of the presidential power must be considered: Which offenses fall within its scope? The scope of the power, it is submitted, is broad enough to allow the executive to shield himself from the checking power of the other branches.

First, impeachments are specifically excluded from the scope of the power. As Chief Justice Story, commenting on the Constitution, concluded: ‘If the power of pardon extended to impeachments, ..the latter might be wholly ineffective, as a protection against political offenses. The Party accused might be acting under the authority of the President, or be one of his corrupt favorites’. One court has held that the exception in cases of impeachment strengthens the argument that the framers meant to include everything else.

Secondly, the Constitution also limits the President’s pardon power to offenses against the United States. This clause precludes the President from pardoning offenses against the individual states and from intervening in civil suits. The former limitation is based upon the American federal system; the latter upon accepted historical limitation. As noted earlier, if a suit was for the king’s branch of a law

ADI 5874 / DF

only and not to the particular damage of any third party, the king could pardon or dispense; if the suit was not only for the king's benefit but for the profit or safety of a third person, the king could not release the party. Even if a pardon were granted, it could not relieve an individual from prosecution by the affected party, or in the case of the death of a man, from revengeful kinsmen. This issue often arose in the United States in property confiscation cases decided after the Civil War.

*Time is a third limitation on the power. Because the power to pardon is given only for 'offenses against the United States,' the crime must precede the pardon; it may not be anticipated. Otherwise the power that allows presidential clemency for the consequence of a violation would be a power to dispense with the observance of the law. But, as the Court said in *Ex parte Garland*^{2,65} the pardoning power 'may be exercised at any time after [the commission of the offense], either before legal proceedings are taken, or during their pendency, or after conviction and judgment'." (Duker, William F. *The president's power to pardon: a constitutional history*. William & Mary Law Review, vol. 18, issue 3, number 3. Fl. 525-526).*

Mesmo sem limitação expressa no texto constitucional daquele País, a doutrina defende a impossibilidade de o Presidente perdoar a si próprio:

"The cases of Presidents Nixon and Bush, and most recently of President Bill Clinton, have raised the specter of such self-pardons.

(...)

*The purported power of a President to pardon himself would be constitutionally anomalous and unprecedented in the constitutional structure. Such a power simply does not fit with the rest of the structure of the government established by the Constitution. It clashes with other established provisions in the Constitution that prevent self-judging and self-dealing. It does not fit with the bounds of presidential prosecutorial and political power. One might prefer the simplicity of the narrow, *expressio unius* reading of the pardon power, allowing self-pardons, but upon further investigation it is shallow and unconvincing.*

ADI 5874 / DF

(...)

*It is important to examine the legality of self-pardons now, while the act is still a hypothetical one. An attempted self-pardon would likely undermine the public's confidence in the presidency and the Constitution. A potential meltdown of such magnitude would be no time to begin legalistic discussion; the political facts of the moment would distort our considered legal judgment. Looking at the question from a cooler vantage point, the intent of the Framers, the words and themes of the Constitution they created, and the wisdom of the judges that have interpreted it all point to the same conclusion: Presidents cannot pardon themselves.” (Kalt, Brian C. *Pardon me?: the constitutional case against presidential self-pardons*. The Yale Law Journal, vol. 106: 779. Fls. 781, 802 e 809).*

Assim, também numa breve incursão na comparação de sistemas brasileiro e norte-americano, há consenso doutrinário em não ser absoluta nem ilimitada a competência para a concessão de indulto, mesmo não estando, expressamente, as restrições àquele desempenho.

IX – Dos dispositivos impugnados

35. Ao analisar os decretos de indulto editados entre 1999 e 2017, a Procuradoria-Geral da República indicou que as normas impugnadas – havidas no presente decreto de indulto e ausentes de outros documentos que cuidaram do mesmo tema talvez pela impossibilidade constitucional antes constatada - não estabeleceram limites em relação ao máximo da pena fixada na sentença para concessão de indulto.

36. O mesmo desvio de finalidade do decreto é percebido no art. 10 do ato agora examinado, no qual se estabelece:

“Art. 10. O indulto ou a comutação de pena alcançam a pena de multa aplicada cumulativamente, ainda que haja inadimplência ou inscrição de débitos na Dívida Ativa da União, observados os valores estabelecidos em ato do Ministro de Estado da Fazenda.

Parágrafo único. O indulto será concedido independentemente

ADI 5874 / DF

do pagamento:

I - do valor multa, aplicada de forma isolada ou cumulativamente; ou

II - do valor de condenação pecuniária de qualquer natureza.”

Como reiterado antes, o indulto tem por finalidade realizar benignidade, contemplando aquele que, condenado e tendo cumprido parte da pena a ele definida judicialmente, está em condições de receber a benesse como ato humanitário e de justiça (acometimento de doença, necessidade de reaver sua socialidade pelo implemento do erro purgado pela execução da pena, dentre outros casos).

37. Quanto à multa, pena pecuniária ou valor aplicado por outra causa, não provoca situação de desumanidade ou digno de benesse, por ser atuação judicial que beneficia a sociedade sem agravar em demasia ou excessivo agravo aquele que a tenha merecido por decisão judicial que a tanto tenha chegado em razão dos ilícitos julgados.

Este Supremo Tribunal firmou jurisprudência no sentido de que, para que o condenado possa obter benefício carcerário, incluído a progressão de regime por exemplo, faz-se imprescindível o adimplemento da pena de multa, salvo motivo justificado, o que demonstra a inadequação de se prever indulto para tais situações:

”Ementa: Execução Penal. Agravo Regimental. Inadimplemento deliberado da pena de multa. Progressão de regime. Impossibilidade. 1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal firmou orientação no sentido de que o inadimplemento deliberado da pena de multa cumulativamente aplicada ao sentenciado impede a progressão no regime prisional. Precedente: EP 12-AgR, Rel. Min. Luís Roberto Barroso. 2. Tal regra somente é excepcionada pela comprovação da absoluta impossibilidade econômica do apenado em pagar a multa, ainda que parceladamente. 3. Agravo regimental desprovido” (EP 16 ProgReg-AgR/DF, Relator o Ministro Roberto Barroso, Plenário, DJ 19.5.2015).

ADI 5874 / DF

Indulto de pena pecuniária significa relativização da jurisdição e agravo à sociedade, afastando-se da natureza do indulto, de sua condição de bem praticado para melhorar a convivência social segundo o direito.

Assim, as circunstâncias que conduziram à edição do decreto em análise demonstram desvio de finalidade.

Especialmente quanto ao inc. III do art. 8º do Decreto n. 9.246/2017, que trata da possibilidade de indulto ou comutação de pena em favor de pessoa que “*tenha sido beneficiada com a suspensão condicional do processo*”, a inexistência de juízo de mérito e/ou formação de culpa pelo Poder Judiciário é incompatível com a antecipada extinção da punibilidade.

Eventual descumprimento das condicionantes pelo beneficiário do *sursis* processual, com a conseqüente retomada do processo, poderá culminar em demonstração de circunstâncias que impediriam sequer se cogitasse de sua previsão.

Alberto Silva Franco e Rui Stoco asseveram que “*o indulto tem o efeito de extinguir ou reduzir as penas a uma certa coletividade condenada, uma vez atendidas as condições estabelecidas no decreto concessivo*” (FRANCO, Alberto Silva, STOCO, Rui. Código Penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. P. 514), para dizer que esse benefício pressupõe a aplicação de uma pena.

Nesse sentido, Basileu Garcia observa ser “*favorável [à concessão do indulto] inclusive nos casos em que a prisão já atingiu os seus fins e a pena já se tornou desnecessária*” (GARCIA, Basileu. Instituições de Direito Penal. Vol. I, Tomo II. São Paulo: Max Limonad, 1956).

38. Ao analisar os decretos de indulto editados entre 1999 e 2017, a Procuradoria-Geral da República indicou que as normas impugnadas não estabeleceram limites em relação ao *quantum* condenatório máximo

ADI 5874 / DF

fixado na sentença para fins de concessão do indulto, tendo ainda, incluído entre as hipóteses de sua aplicação as penas alternativas, entre outros benefícios, que caracterizariam favorecimento de política criminal.

39. Pelo art. 8º pode se beneficiar do indulto e da comutação de penas pessoa que:

“I - teve a pena privativa de liberdade substituída por restritiva de direitos;

II - esteja cumprindo a pena em regime aberto;

III - tenha sido beneficiada com a suspensão condicional do processo; ou

IV - esteja em livramento condicional”.

40. Quanto ao inc. III do art. 8º do Decreto n. 9.246/2017, que trata da possibilidade de indulto ou comutação de pena em favor de pessoa que *“tenha sido beneficiada com a suspensão condicional do processo”*, tem-se que a inexistência de juízo de mérito e/ou formação de culpa pelo Poder Judiciário é incompatível com a antecipada extinção da punibilidade.

Ademais, deve ser mencionado que eventual descumprimento das condicionantes pelo beneficiário do *sursis* processual e a consequente retomada do processo poderão culminar em demonstração de circunstâncias impeditivas da concessão do indulto.

41. O art. 1º, I e o art. 2º, § 1º, I do Decreto nº 9.246/2017 preveem: *a)* a concessão do indulto com o cumprimento de um quinto da pena, se não reincidentes, e um terço da pena, se reincidentes, nos crimes praticados sem grave ameaça ou violência a pessoa, independente da quantidade de pena aplicada e *b)* nessas mesmas hipóteses, a redução do tempo de cumprimento de pena em um sexto, se não reincidente, e um quarto, se reincidente, para presos que estejam nas condições que especifica.

Ocorre que no sistema progressivo estabelecido pelo direito brasileiro é preciso o cumprimento mínimo de 1/3 da pena para que o

ADI 5874 / DF

preso retorne ao convívio social, ainda assim se comprovado o atendimento de requisitos subjetivos. Ademais, a regra aplica-se a toda pena, independente da sua quantidade.

A previsão é francamente desproporcional às regras do sistema penal vigentes no país.

42. O art. 11 do Decreto nº 9.246/2017 estabelece que o indulto natalino e a comutação de penas são cabíveis ainda que *a)* a sentença tenha transitado em julgado para a acusação; *b)* haja recurso da acusação após a apreciação do caso em segunda instância; *c)* a pessoa condenada responda a outro processo criminal sem decisão condenatória em segunda instância, mesmo que tal processo trate dos crimes especificados no art. 3º; *d)* a guia de recolhimento não tenha sido expedida.

Nos termos do dispositivo apenas inc. II atenta contra o sistema punitivo de forma desproporcional, pois não há julgamento definitivo e o acusado, devido à existência de recurso da acusação, ainda pode ter sua pena aumentada pelo Poder Judiciário, inviabilizando o indulto.

Os demais incisos harmonizam-se com a política criminal adotada no País, resguardando-se os princípios da *non reformatio in pejus*, da presunção de não culpabilidade e do trânsito em julgado, respectivamente, não havendo que se cogitar de inconstitucionalidade.

X - Conclusão

43. As normas do decreto de indulto analisado demonstram desproporcionalidade da medida adotada, conduzindo à insuficiência da proteção jurídica do bem jurídico tutelado e o desvio de finalidade, em afronta à competência dos demais Poderes da República, impondo-se a declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos impugnados.

ADI 5874 / DF

44. Pelo exposto, voto no sentido de julgar parcialmente procedente a presente Ação Direta para declarar e inconstitucionalidade do inc. I do art. 1º; do inc. I do § 1º do art. 2º, do inc. III do art. 8º, do art. 10 e do inc. II do art. 11 do Decreto n. 9.246, de 21.12.2017.

09/05/2019

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.874 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Eu peço vênia ao Relator e aos que o acompanharam para acompanhar a divergência e julgar improcedente a ação.

09/05/2019

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.874 DISTRITO FEDERAL

DEBATE

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Ministro **Gilmar Mendes**, penso que, com o resultado da votação dos Colegas, a questão de ordem que havia sido provocada por Vossa Excelência ficou prejudicada.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Ficou prejudicada mesmo pela edição de um novo decreto?

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Pelo julgamento do mérito.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Ah, julgamos o mérito.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Concluimos o julgamento de mérito, então não há mais que se falar em cautelar.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Perfeito. Nesse sentido, sim.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Estava pronto para julgamento.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

É só porque, como havia votos proferidos...

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Foi restabelecido na íntegra o decreto de indulto.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Então, vou proclamar que, por maioria, não foi referendada a cautelar nem julgada procedente a ação, vencidos os Ministros **Roberto Barroso**, Relator, **Edson Fachin**, **Luiz Fux** e **Cármem Lúcia**.

Questão de ordem prejudicada em razão do julgamento de mérito.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, Vossa Excelência me permite um aparte?

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

ADI 5874 / DF

Pois não.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Tem os efeitos *ex tunc* - caiu, volta tudo, inclusive para aquele período.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Pois é essa questão que eu acho que nós precisaríamos esclarecer para que não venham embargos de declaração.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Não, não. Eu disse que "não referendam a cautelar; julgam improcedente".

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Sim, aí vamos, sob o ângulo desta nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, analisar.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

O decreto é por ano, é por período.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Está em vigor integralmente. Só isso.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Presidente, me permite? O decreto de indulto é por período, é por ano. Então, esse decreto de 2019 pega um novo período. Inclusive, os decretos são cumulativos, a situação vai mudando.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - O pretérito teve a eficácia mantida.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Exatamente. Esse que hoje nós declaramos constitucional, as partes vão pedir a aplicação para o juiz e ele vai olhar o período. Ninguém vai ser prejudicado pela não aplicação. Só foi diferida no tempo, não pôde ser aplicada imediatamente. Só que o período era exatamente até a publicação daquele decreto. Alcança quem cumpria todos requisitos até dezembro de 2017, que foi a edição do decreto.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Isso é analisado período a período.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - É, período a período. Então não há nenhum problema.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Porque não foi

ADI 5874 / DF

integralmente suspenso. Então, já havia pedidos; os juízes os estavam examinando. E, quando o Ministro-Relator determinou que apenas alguns não fossem, o decreto continuou hígido.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Eles excluíram e, agora, voltam a analisar durante a execução da pena.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Eles voltam. É muito importante que fique assentado isso, porque aquelas pessoas que tiveram direito ao indulto que foi suspenso - e agora o Supremo confirma que aquele indulto conferido em 2008 teve plena validade - devem ser beneficiadas, nos termos originais daquele indulto. Não há como o decreto superveniente alterar a situação jurídica daqueles que foram beneficiados.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Isso significa dizer que aqueles absurdos todos vão poder ser reavivados.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Não há absurdo nenhum, *data venia*.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Absurdo na óptica de Vossa Excelência. Vossa Excelência respeite a maioria formada!

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - O Presidente da República é o juiz único disso.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Eu não imputei a ninguém. Eu que falei. Eu falei mesmo.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Ó Ministro Fux, paciência.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Eu não imputei a ninguém. Eu acho um absurdo. Cada um tem a sua opinião e a sua independência.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - O Tribunal está declarando constitucional o decreto. É isso que está se dizendo.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Então, aí qual é a consequência disso?

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - A aplicação do decreto, óbvio.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - A opinião de Vossa

ADI 5874 / DF

Excelência vale pouco nesse sentido.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Ministro Gilmar, aqui ninguém poda a palavra de ninguém, não.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR) - Presidente, como Relator - e a minha posição não prevaleceu -, o Supremo está decidindo que é legítimo o indulto coletivo que foi concedido com o cumprimento de um quinto da pena, independentemente de a pena ser de quatro ou trinta anos, inclusive, pelos crimes de peculato, corrupção, tráfico de influência, lavagem de dinheiro e organização criminosa. Essa é a decisão.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, reconheço que a “linha dura” é aguerrida, muito aguerrida.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Presidente, como o primeiro voto divergente e Redator para o acórdão, eu gostaria de dizer que o SUPREMO está reconhecendo a constitucionalidade de o Presidente da República - independentemente de quem seja ele - editar um indulto que existe desde o início da República e não ser substituído por um Ministro Relator do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, que fixe as condições. É isso que o SUPREMO está definindo.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Quem pode o mais - que é o conceder a graça, que é o perdão total - pode o menos. E, aliás, o juiz também pode conceder perdão.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Mas o Ministro Lewandowski levantou a questão das consequências.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Das consequências, é claro. Porque, se a pessoa foi beneficiada...

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Inclusive, em colaboração premiada, o Ministério Público tem feito acordos de não denúncia de crimes de peculato, de lavagem de dinheiro e de corrupção. Vários aqui de nós já homologaram acordos nesse sentido, feitos entre o Ministério Público e criminosos.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - De crimes igualmente graves.

ADI 5874 / DF

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Mas a consequência, então, é essa.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

As consequências são naturais, do controle abstrato.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - A consequência é a que o Ministro Alexandre colocou com muita precisão, ao meu ver. Esse ato do Presidente da República que lhe é conferido pela Constituição Federal é insindicável por parte do Judiciário. É isso que ficou definido.

Agora, nós não podemos ingressar no mérito se é bom, se é ruim, se foi um absurdo ou não. Essa é uma prerrogativa presidencial. E nós temos de nos curvar a essa prerrogativa.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Presidente, eu até me penitencio por ter levantado um pouco a voz à altura da que levaram para mim. Mas eu votei, exatamente, nesse sentido e respeito as opiniões em contrário.

É a posição de cada um.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.874

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. ROBERTO BARROSO

REDATOR DO ACÓRDÃO : MIN. ALEXANDRE DE MORAES

REQTE.(S) : PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA

INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

ADV.(A/S) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ADV.(A/S) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
(00000/DF)

AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ADV.(A/S) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS

AM. CURIAE. : GAETS - GRUPO DE ATUAÇÃO DA ESTRATÉGICA DA

DEFENSORIA PÚBLICA NOS TRIBUNAIS SUPERIORES

ADV.(A/S) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS - AMB

ADV.(A/S) : ALBERTO PAVIE RIBEIRO (07077DF/DF) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS - IBCCRIM

ADV.(A/S) : MAURÍCIO STEGEMANN DIETER (40855/PR) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : INSTITUTO DE GARANTIAS PENAIAS - IGP

ADV.(A/S) : RODRIGO DE BITTENCOURT MUDROVITSCH (4708/AC, 26966/DF,
18407/A/MT, 56927/PR, 212740/RJ, 5536/RO, 396605/SP)

ADV.(A/S) : GUSTAVO TEIXEIRA GONET BRANCO (42990/DF)

ADV.(A/S) : FELIPE FERNANDES DE CARVALHO (00044869/DF)

AM. CURIAE. : CONECTAS DIREITOS HUMANOS

ADV.(A/S) : MARCOS ROBERTO FUCHS (101663/SP) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO
PÚBLICO - CONAMP

ADV.(A/S) : ARISTIDES JUNQUEIRA ALVARENGA (0012500/DF) E
OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA - MÁRCIO
THOMAZ BASTOS (IDDD)

ADV.(A/S) : DOMITILA KOHLER (207669/SP) E OUTRO(A/S)

Decisão: Após a leitura do relatório e a realização das sustentações orais, o julgamento foi suspenso. Falaram: pela requerente, a Dra. Raquel Elias Ferreira Dodge, Procuradora-Geral da República; pelo *amicus curie* Associação dos Magistrados Brasileiros - AMB, o Dr. Alberto Pavie Ribeiro; pelo *amicus curie* Defensoria Pública da União, o Dr. Gabriel Faria Oliveira, Defensor Público-Geral Federal; pelo *amicus curie* Defensoria Pública Geral do Estado do Rio De Janeiro, o Dr. Pedro Paulo Lourival Carriello, Defensor Público do Estado; pelo *amicus curie* Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais, a Dra. Alessa Pagan

Veiga, Defensora Pública do Estado; pelo *amicus curie* Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM, o Dr. Maurício Stegemann Dieter; pelo *amicus curiae* Instituto de Garantias Penais - IGP, o Dr. Marcelo Turbay Freiria; e, pelo *amicus curiae* Instituto de Defesa do Direito de Defesa - Márcio Thomaz Bastos - IDDD, o Dr. Fábio Tofic Simantob. Não participou, justificadamente, deste julgamento, a Ministra Rosa Weber. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 21.11.2018.

Decisão: Após o voto do Ministro Roberto Barroso, Relator, que julgava parcialmente procedente a ação direta, e do voto do Ministro Alexandre de Moraes, que a julgava improcedente, o julgamento foi suspenso. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 28.11.2018.

Decisão: Após os votos dos Ministros Roberto Barroso, Relator, e Edson Fachin, que referendavam a cautelar e julgavam parcialmente procedente a ação direta; e dos votos dos Ministros Alexandre de Moraes, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio, Gilmar Mendes e Celso de Mello, que não referendavam a cautelar e julgavam improcedente a ação, pediu vista dos autos o Ministro Luiz Fux. Em seguida, após o voto do Ministro Gilmar Mendes, propondo questão de ordem no sentido de revogar a cautelar anteriormente deferida, no que foi acompanhado pelos Ministros Alexandre de Moraes, Marco Aurélio e Celso de Mello; e dos votos dos Ministros Roberto Barroso, Relator, Edson Fachin, Rosa Weber, Luiz Fux e Cármen Lúcia, que rejeitavam a proposta, mantendo os termos da cautelar, pediu vista da questão de ordem o Ministro Dias Toffoli (Presidente). Plenário, 29.11.2018.

Decisão: O Tribunal, por maioria, não referendou a cautelar, revogando-a, e julgou improcedente a ação direta, nos termos do voto do Ministro Alexandre de Moraes, Redator para o acórdão, vencidos os Ministros Roberto Barroso (Relator), Edson Fachin, Luiz Fux e Cármen Lúcia. Em seguida, julgou prejudicada a questão de ordem. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 09.05.2019.

Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Procuradora-Geral da República, Dra. Raquel Elias Ferreira Dodge.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário