



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

N.º /2017 – /PGR
Sistema Único nº

Excelentíssima Senhora Ministra Presidente do Supremo Tribunal Federal,

[Ação direta de inconstitucionalidade. Decreto n. 9.246, de 21 de dezembro de 2017. art. 1º, inciso I, que indulta pessoas nacionais e estrangeiras que, até 25 de dezembro de 2017, tenham cumprido um quinto da pena, se não reincidentes, e um terço da pena, se reincidentes, nos crimes praticados sem grave ameaça ou violência a pessoa (ainda passível de redução conforme o §1º-I do art. 2º e artigos 8º, 10, e 11 que indultam pessoas já agraciadas com benefícios legais e judiciais, mesmo contra expressa previsão constitucional.

Usurpação da função legislativa e esvaziamento da função judicial. Violação à tripartição de Poderes. Violação à garantia constitucional da vedação à proteção deficiente dos bens jurídicos. Proibição, mesmo potencial, de concessão de indulto para casos de tortura, crimes hediondos e equiparados]

A **PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA**, com fundamento nos arts. 102, I, *a* e *p*, 103, VI, e 129, IV da Constituição da República de 1988, no art. 46, parágrafo único, I da Lei Complementar 75, de 20 de maio de 1993 (Lei Orgânica do Ministério Público da União), e na Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999, propõe

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE,

com pedido de medida cautelar, contra o 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 com afronta à Constituição.

Esta petição está acompanhada de cópia do ato impugnado (consoante exigência procedimental do art. 3º, parágrafo único da Lei 9.868/1999).

**PREMISSA NECESSÁRIA: O DECRETO PRESIDENCIAL COMO ATO SUJEITO À FISCALIZAÇÃO
ABSTRATA DE CONSTITUCIONALIDADE**

O Decreto n. 9.246, de 21 de dezembro de 2017 é ato normativo dotado de generalidade (na medida em que não tem destinatários específicos), abstração (pois prevê situações de sua incidência) e autonomia (na medida em que sua concretização não depende de lei ou de outro ato normativo).

A junção destes três elementos, na linha da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, torna o Decreto n. 9246 apto ao controle concentrado de constitucionalidade, pois é o que ocorre com todo ato normativo dotado de generalidade, de abstração e de autonomia (cf. ADI 3.691, Plenário, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ.: 09.05.2008; ADI 2.321, Plenário, Rel. Min. Celso de Mello, DJ.: 10.06.2005; ADI 1.372, Plenário, Rel. Min. Celso de Mello, DJ.: 03.04.2009, ADI 5020, Relatora p/ Acórdão: Min. ROSA WEBER, DJ 30.10.2014).

Com efeito, há um precedente específico na ADI 2795-MC, que limitou os efeitos do decreto de indulto natalino expedido no fim do ano de 2002.

Em sendo o conteúdo jurídico-normativo do Decreto essencialmente primário, são desnecessárias mais considerações a respeito do tema.

AS NORMAS IMPUGNADAS

As normas impugnadas 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:

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;

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 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.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS DESTA AÇÃO

1. INDULTO PARA QUEM CUMPRIU 1/5 DA PENA

O artigo 1º, inciso I do Decreto n. 9.246, de 21 de dezembro de 2017, que concede indulto natalino 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.

É da natureza da ação direta de inconstitucionalidade que outros atores processuais possam agregar novas fundamentos, ou que o Supremo Tribunal Federal os adote, pois na fiscalização abstrata da constitucionalidade de atos normativos vigora o princípio da *causa petendi* aberta.¹

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.

Todavia, discricionariedade não é arbitrariedade, pois esta não tem amparo constitucional, enquanto aquela deve ser usada nos limites da Constituição. Há pouco espaço para o indulto em um regime constitucional que aplica e executa penas justas, proporcionais e determinadas, definidas na sentença pelo Poder Judiciário, rigorosamente nos limites legais, segundo o devido processo legal, que assegura ao condenado recursos, ampla defesa e contraditório. Nestes limites, não é dado ao Presidente da República extinguir penas indiscriminadamente, como se seu poder não tivesse limites: e o limite do seu poder, no caso de 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 desconfiança 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.

¹ Como anota GILMAR MENDES, nas "... ações que visam à defesa do texto constitucional. O julgador não está limitado aos fundamentos jurídicos indicados pelas partes. *Causa petendi* aberta." (Rcl 14872, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, DJe 29-06-2016). No mesmo sentido, vejam-se, ainda: (RE 431715 AgR, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 19/04/2005, RE 357576, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Primeira Turma, julgado em 17/12/2002.

Portanto, o indulto deve ser um ato discricionário fundamentado e não um ato arbitrário.

A norma impugnada aparta-se da Constituição ao extrapolar o objetivo do indulto, que é puramente humanitário, para eximir da punição quem deveria cumprir ao menos a pena mínima cominada ao crime, na lei penal, e, assim, assumir plenas funções penais, próprias do Poder Judiciário.

Ao longo da última década, porém, o indulto tem sido ampliado para atingir condenados que cumpriram uma parcela ínfima de sua sentença condenatória, até a edição deste Decreto n. 9246/17, que chega a 1/5 da pena aplicada na sentença:

| Decreto de indulto | Fração da pena a ser cumprida para obter indulto | Norma autorizadora | Pena máxima aplicada na sentença para obter indulto, inferior a |
|--------------------|--|--------------------|---|
| 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 |
| 8.615/2015 | 1/3 da pena aplicada | Art. 1º-I e II | 12 anos |
| 8.940/2016 | ¼ 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 |

O caráter humanitário do indulto, que permite exonerar da prisão os doentes

terminais, os muito velhos ou mulheres gestantes, define sua natureza jurídica.

A interpretação histórica do instituto² está delineada de forma concisa e bastante elucidativa na manifestação da Conselheira ÁGUEDA APARECIDA SILVA SOUTO, representante do MPF no Conselho Penitenciário de Minas Gerais³, neste trecho:

“Uma das mais antigas formas de extinção da punibilidade é a indulgência do príncipe⁴, que tem como um de seus institutos – ao lado da graça e da anistia – o indulto.

Origina do antigo costume romano de se libertar um condenado, escolhido pelo povo, na época da Páscoa, tendo como um de seus beneficiários mais ilustres, Barrabás.

Por séculos, a *indulgentia principis* foi amplamente utilizada por monarcas absolutistas, especialmente **para evitar o cumprimento integral de penas corporais e desumanas**, caracterizadas pela **desproporcionalidade e indeterminação**, aplicadas mediante um sistema processual inquisitivo, em que **não eram asseguradas mínimas garantias ao acusado**. Anota-se, ainda, que o surgimento e desenvolvimento deste instituto se deu em época que não se cogitava da **separação de poderes**. Neste cenário de barbáries e arbitrariedades, é incontestado o valor da benesse. O costume atravessou eras e o referido instituto recebeu assento na Constituição Federal de 1988. Não se pode olvidar, todavia, que vivemos realidade social diversa. O Iluminismo, as revoluções populares e as guerras proporcionaram a idealização da separação de poderes e a teorização do Estado Democrático de Direito e seus princípios, como o do **devido processo legal, o sistema acusatório e a pena determinada. Vive-se um tempo de penas justas, proporcionais e determinadas**.

² Com referências esparsas ainda mais remotas ao Egito (cf. DORADO MONTERO, P., El Derecho Protector de los Criminales, T. II, Libre G. Victoriano Suárez. Madrid, 1945. pp. 339 y 340.) e à Grécia Antiga, por meio da lei do esquecimento. Neste sentido, veja-se: SAN MARTÍN, Jerónimo García. El Control jurisdiccional del indulto particular. Las Palmas de Gran Canaria, 2006 .

³ Comarca: Belo Horizonte, Autos n.. 00024.11.095044-1).

⁴ GRECO, Rogério. Curso direito penal: parte geral, V. I. 4ª ed. Niterói – RJ: Editora Impetus, 2004. P. 781.

O que aqui se sustentará é que a aplicação da sanção penal por um juiz constitucional, mediante a rigorosa observância de diversas garantias fundamentais, mostra-se, em regra, incompatível com a prerrogativa conferida ao Chefe do Poder Executivo de extinguir sanções penais. **Não por outro motivo, o saudoso Hungria preleciona que “consentir ao Poder Executivo a retificação ou a inutilização de decisões do Poder Judiciário, proferidas na sua esfera soberana, é atacar a justiça penal nos seus próprios fundamentos”⁵.**

Todavia, em que pese a estranheza do instituto, não se pode ignorar sua previsão constitucional. Por isso, mister dispensar ao indulto uma interpretação constitucionalmente adequada, de modo a compatibilizá-lo com a ordem constitucional e seus princípios.

Esta tarefa (de tentativa de compatibilização) passa, inevitavelmente, pela fixação dos limites dentro dos quais é legítima a atuação presidencial. Classificar o ato de indulto, dessarte, mostra-se útil.

Na precisa lição de José Frederico Marques, “o indulto é providência de ordem administrativa, deixada a relativo poder discricionário do Presidente da República, para extinguir ou comutar penas”⁶.

Percebe-se, dessa feita, que o Chefe do Poder Executivo está a exercer atividade administrativa quando concede indulto. E em se tratando de atividade desta natureza, cabe à autoridade competente tão-somente dar concretude ao comando geral e abstrato previamente existente.

In casu, cumpre ao Presidente da República regulamentar, por meio de decreto, dispositivo da Constituição, já que o constituinte se limitou a prever em abstrato a existência do indulto, sem estabelecer requisitos, como mesmo não poderia fazer, diante da impossibilidade fática de se prever a riqueza do cotidiano. Foi conferido ao Presidente da República a tarefa de concretizar a aplicação do indulto mediante

⁵ DE CARVALHO FILHO, ALOYSIO E HUNGRIA, NÉLSON, Comentários ao Código de Processo Penal, vol. IV; Forense: Rio de Janeiro, 1944.

⁶ FREDERICO MARQUES, JOSÉ, *Tratado de Direito Penal*, Ed. Millenium, 1999, vol. III, p. 538-539.

condições razoáveis; nada mais. **Não é dado a ele extinguir penas indiscriminadamente, como se a ele pertencessem.**”

As balizas acima traçadas deixam bem evidentes que o Presidente da República, Chefe do Poder Executivo, que não tem competência constitucional para legislar sobre matéria penal, e não pode extrapolar os limites da finalidade do instituto e da razoabilidade dos parâmetros a serem considerados no respectivo ato normativo, sob pena de incorrer em vício de inconstitucionalidade, como é o caso do Decreto ora questionado, que extrapolou os limites da política criminal a que se destina para favorecer, claramente, a impunidade, dispensando do cumprimento da sentença judicial justamente os condenados por crimes que apresentam um alto grau de dano social, com consequências morais e sociais inestimáveis, como é o caso dos crimes de corrupção, de lavagem de dinheiro e outros correlatos.

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.

Na realidade, o que se extrai do Decreto n. 9.246/17 – qualificado alhures como “indulto mais generoso,” em uma escala ascendente de generosidade que marca os Decretos de indulto nas duas últimas décadas – é que 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.

Essas investigações desbarataram organizações criminosas que assaltaram os cofres públicos, desviaram valores da ordem de bilhões de reais e demandaram investimentos tecnológicos e de recursos humanos de grande vulto por parte do Estado brasileiro para se alcançar os resultados obtidos. Após a punição dos infratores – corruptos e corruptores – por sentença criminal, o Decreto desfaz a pena e extingue a punibilidade, **com a dispensa do cumprimento de 80% (oitenta por cento) do seu cumprimento; do ressarcimento dos significativos danos causados ao patrimônio público e à sociedade e do pagamento das multas estabelecidas nas condenações.**

O Decreto 9.246/17 – especialmente os dispositivos do art. 1º-I; do §1º, I do art. 2º

e dos artigos 8º, 10 e 11 – vulnera, a um só tempo, as normas dos artigos 2º, 5º-*caput* e incisos XLVI, XLII, LIV e 62, parágrafo 1º, letra b da Constituição Federal que são princípios fundamentais do estado democrático de direito e que consagram a separação dos poderes, a individualização da pena, a vedação de legislação em matéria penal pelo Poder Executivo e a vedação da proteção insuficiente, tornando-se causa de impunidade. Também viola o princípio da igualdade, por beneficiar muito especialmente determinado grupo de condenados, notadamente aqueles que praticaram crimes contra o patrimônio público, sem qualquer razão humanitária que o justifique.

O exercício de toda e qualquer competência ou prerrogativa por autoridade, no âmbito da República, deve se orientar pela Constituição, outrossim, sem o que será um ato despido de fundamentação válida e, portanto, arbitrário e inválido.

O indulto é uma prerrogativa do Presidente da República que extingue a punibilidade exercida pelo Poder Judiciário no caso concreto. Como causa de extinção da punibilidade, o indulto é uma exceção à incidência da lei penal para todos, pois distingue, dentre os condenados, os que serão exonerados de cumprir a pena que lhes foi aplicada. Por tal razão, o ato deve ser fundamentado, ser proporcional e situar-se nos limites da Constituição.

A concessão do indulto deve ser excepcional. Quando fundado em razões humanitárias, relativas a fatores ou condições específicas da pena ou do apenado, não pode constituir um fator de impunidade e de discriminação, favorecendo apenas determinado nicho de criminosos, como os que cumpriram apenas vinte por cento ou menos da pena que lhes foi imposta.

A Constituição não permite que seja utilizado como meio de abrandar ou anular o dever de reparar o dano causado pelo crime ou de exonerar-se das penas patrimoniais sentenciadas pelo juiz, como um *favor* a apenados. O indulto só pode atingir penas corporais, relativas a prisão. Não as penas alternativas, porque estas não ensejam clamores humanitários.

É igualmente inconstitucional fazer o indulto paralisar processos e recursos em andamento, ou conceder indulto para casos de tortura, de terrorismo e de crimes hediondos, por expressa vedação constitucional.

1. A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

O artigo 5º, inciso XLVI da Constituição da República estabeleceu a individualização da pena como direito fundamental do indivíduo perante o Estado. Previu, em rol não taxativo, os tipos de pena e, no inciso seguinte, vedou as sanções consideradas atentatórias ao estado democrático de direito.

Assim, segundo a Constituição, as penas aplicadas ao criminoso resultam de um processo judicial analítico e valorativo desempenhado pelo Estado-juiz, submetido ao contraditório e à ampla defesa, e devem ser proporcionais e individualizadas segundo os procedimentos próprios do devido processo legal, com a garantia de contraditório e de amplo direito de defesa. Em países que aplicam a pena sem observância do devido processo legal, penas arbitrárias, infamantes e cruéis justificam maior latitude para o indulto, como modo de restabelecer a proporção e a justiça da pena aplicada no caso concreto.

Todavia, as democracias modernas como a do Brasil não admitem penas infamantes ou que afrontam direitos fundamentais.

Por tal razão, o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa, a individualização da pena, as penas cominadas (mínimas e máximas) são fatores que limitam a discricionariedade do Chefe do Poder Executivo em perdoar ou diminuir as punições criminais, já que estas são aplicadas pelo Estado-juiz sob a estrita observância do devido processo legal. O indulto é sempre um instrumento humanitário para corrigir decisões iníquas.

No Brasil, as penas aplicadas pelo Poder Judiciário são proporcionais ao crime cometido e à culpabilidade do infrator e têm como fundamento de validade os fatos e provas do caso concreto. São calculadas de modo individualizado nos limites da lei, são certas e inevitáveis para não permitir a impunidade, notadamente quando essa impunidade pode ser motivada por razões que privilegiem determinado tipo de condenado.

O sistema jurídico constitucional criminal – fundamentado no artigo 5º, inciso XLVI da Constituição, no artigo 59 do Código Penal e no artigo 1º da Lei de Execuções Penais – é, ao mesmo tempo, dever do Estado de investigar, processar e executar a pena e, por outro lado, a garantia do indivíduo perante o Estado de que ser-lhe-á garantida a ampla defesa (aí se incluindo a defesa técnica gratuita para aqueles que dela necessitem), o contraditório, a individualização da pena e o seu cumprimento sob a perspectiva do não encarceramento de crimes de menor potencial ofensivo ou da aplicação, dentro de condições pessoais, de medidas alternativas à prisão.

No sistema vigente no Brasil, vigora o regime de penas alternativas à prisão, pois são muito mais abundantes e compatíveis com a maioria dos crimes, pois a maior parte deles têm penas mínimas tão baixas que a pena final aplicada pelo juiz será alternativa à de

prisão. Apenas quando não forem preenchidos os requisitos legais de natureza objetiva e subjetiva para conceder penas ou outras medidas alternativas ao encarceramento – que vão desde a transação penal até o próprio regime aberto -- , aplicados de acordo com a natureza e gravidade do crime, além do *quantum* de pena aplicado, é que ocorrerá o efetivo cumprimento em regime fechado, considerado o regime prisional mais severo de todos.

A pena, individualizada sob os critérios do artigo 59 do Código Penal, será estabelecida pelo juiz exclusivamente nos limites e forma previstos pelo Poder Legislativo; será concretamente dosada pelo Poder Judiciário e seu cumprimento ocorrerá de forma individualizada e de acordo com os meios disponibilizados pelo Poder Executivo, órgão a quem incumbe garantir a adequada execução da pena.

Ou seja, no processo de aplicação individualizada da pena e de sua execução está bem delimitada a atuação de cada um dos Poderes da República, de modo que não há espaço para aplicação extensiva, generosa ou ampliativa do indulto pelo Presidente da República que desvirtue a função penal exercida pelo Poder Judiciário. Caso isso ocorra, como no Decreto 9.246/17, exsurge um fator de desigualdade e desequilíbrio no sistema jurídico-penal, causador da impunidade. A rejeição à impunidade aflorou na sociedade brasileira, que clama por justiça, notadamente em relação aos crimes abrangidos pelo Decreto ora impugnado.

Embora o Poder Legislativo tenha estabelecido, ao longo destas últimas décadas, diversos mecanismos que buscam a punição sem a necessidade precípua do encarceramento do condenado, o Direito Penal ainda se pauta na premissa retributiva - princípio inerente ao conceito de pena e que não é afastado pelas teorias preventivas.

As penas alternativas também são retributivas e, ainda assim, são nítida evolução para mais justa individualização da pena criminal, afastando, quando desnecessária, a aplicação de pena corporal.

Ao conceder o indulto, o Presidente da República exerce uma função judicial atípica, extraordinária e excepcional que interfere nos efeitos de condenações judiciais, estabelecidas sob as regras constitucionais vigentes; portanto, seu ato deve estar vinculado à razões de ordem pública objetivamente considerada e claramente identificáveis sob os parâmetros constitucionais vigentes que têm, no artigo 5º da Constituição, o fundamento de validade do estado democrático de direito ao estabelecer que *todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza*.

Assim, deve esse benefício ser aplicado de forma moderada, sob pena de implicar inadmissível ofensa ao princípio da aplicação justa, motivada e individualizada da pena.

O fato é que o indulto é um modo de intervenção do Poder Executivo em

funções do Poder Judiciário, pois extingue a punibilidade do réu condenado antes do cumprimento integral da pena que lhe foi aplicada pelo juiz. No sistema constitucional de separação e de harmonia entre os Poderes, os critérios que o Poder Executivo utiliza para alterar a pena aplicada pelo Poder Judiciário deve ser compatível com a Constituição, sob pena de afrontá-la. O chefe do Poder Executivo não tem o poder ilimitado de conceder indulto. Na República, nenhum poder é ilimitado. Se o tivesse, aniquilaria as condenações criminais, subordinaria o Poder Judiciário, restabeleceria o arbítrio e extingiria os mais basilares princípios que constituem a República constitucional brasileira.

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.

2. SEPARAÇÃO DOS PODERES. PROIBIÇÃO DE LEGISLAR SOBRE MATÉRIA PENAL AO CHEFE DO PODER EXECUTIVO.

Como salientado no tópico anterior, o Decreto n. 9.246/2017 também afrontou o princípio constitucional da separação dos poderes e o sistema de freios e contrapesos previsto na Constituição de 1988.

O processo de individualização da pena tem a participação efetiva de cada um dos Poderes da República, pois baseia-se nos limites sancionatórios de cada tipo penal, estabelecido pelo legislador ordinário, passa pelo processo de adequação ao caso concreto à luz do artigo 59 do Código Penal e se concretiza, quando se tratar de pena privativa de liberdade, com o cumprimento em estabelecimento prisional administrado pelo Poder Executivo e que têm atribuições de progressão e ressocialização, na forma definida pela Lei de Execução Penal.

A tarefa de legislar, julgar e executar a lei está distribuída de forma harmônica e sistemática entre os três Poderes, que atuam de forma independente, sem interferências externas. A Constituição veda ao Poder Executivo que legisle sobre matéria penal (artigo 62,

§ 1º, inciso I, *b*).

A atuação de cada Poder não pode transbordar os limites estabelecidos na Constituição. Ao legislar sobre matéria de direito penal, o legislador deve observar o princípio da proporcionalidade, que se vincula ao devido processo legal estabelecido pelo artigo 5, LIV da Constituição, para que a norma seja adequada à finalidade de prevenção, repressão e proteção de bens jurídicos relevantes sob a tutela do Direito Penal sem que incorra, no entanto, em motivação arbitrária.

Assim, desde que respeitados os limites constitucionais da finalidade da norma penal, pautados nos critérios da proporcionalidade – uso dos meios legítimos para se alcançar o resultado necessário - a Constituição garante ao legislador autonomia para, ao legislar sobre o tema, estabelecer os crimes que possam vulnerar os bens jurídicos que protege de forma mais significativa, interesses legítimos da coletividade e para estabelecer as sanções para os respectivos tipos penais, sem a interferência dos demais poderes, o que representaria indevida invasão de competência.

O Poder Legislativo, ao qual é conferida a competência constitucional para editar normas de Direito Penal, também poderá editar normas que descriminalizem ou anistiem condutas penalmente puníveis, que podem sofrer o controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário, em um sistema de freios e contrapesos derivado da separação e harmonia dos poderes do Estado.

Ou seja, em matéria de previsão normativa, individualização e aplicação da lei penal, o ordenamento jurídico-constitucional pátrio estabelece as seguintes atribuições dos Poderes da República:

- Poder Legislativo: edita leis que criminalizam condutas que afrontam bens jurídicos relevantes para a sociedade e que são apenados sob critérios de proporcionalidade;

- Poder Judiciário: sob a égide do contraditório e da ampla defesa, analisa o caso concreto e, se caracterizadas autoria e materialidade, ausentes causas excludentes de ilicitude ou de culpabilidade, estabelece a pena adequada às circunstâncias do caso concreto;

- Poder Executivo: promove a execução das sanções penais aplicadas pelo Poder Judiciário; concretiza o princípio da individualização da pena ao assegurar os meios necessários para o cumprimento das penas, mediante a classificação e orientação dos apenados de acordo com seus antecedentes, sexo, idade e personalidade, na forma estabelecida pela Lei n. 7.210/84.

O sistema jurídico constitucional distribui as funções do Estado de acordo com as respectivas competências e atribuições e não possibilita, salvo em situações já previstas pelo

próprio ordenamento jurídico e que se regem pelos princípios constitucionais, que um Poder exerça função de outro, o que caracterizará indevida usurpação de competência e clara violação ao princípio da separação dos poderes.

Da mesma forma, são conferidos, no sistema de freios e contrapesos, interferências **pontuais, fundamentadas**, factual e juridicamente,

A interferência contida no Decreto 9246/17 nem de longe foi pontual. Por outro lado, as razões factuais são obscuras e improcedentes, devendo ser frisada *ad nauseam*, entre as várias perplexidades, a premissa do “desencarceramento” para o afastamento de penas restritivas de direito, de multa e pecuniárias.

Neste contexto, verifica-se que o Decreto n. 9246/97 afastou-se da sua finalidade de correção de injustiças pontuais para se caracterizar como verdadeira norma descriminalizante, editada por autoridade que não detém competência constitucional e a quem a própria Constituição Federal veda expressamente essa competência.

3. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE: PROIBIÇÃO DE EXCESSO E PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE DO BEM JURÍDICO TUTELADO PELA NORMA.

O indulto remonta ao período do absolutismo monárquico, em que não havia separação dos poderes ou mesmo o sistema de freios e contrapesos adotado na Constituição brasileira, a partir da teoria de Montesquieu. O direito penal era aplicado de forma arbitrária e violenta e, assim, o instituto representava um ato de clemência do monarca, que concentrava funções legislativas, judiciais e executivas.

Mesmos nestas circunstâncias de aplicação da lei penal, o indulto, na sua origem, tinha caráter excepcional e era aplicado em casos pontuais, quando a condenação se apresentava injusta. Também havia situações em que era utilizado para favorecer os “amigos do rei” ou para perseguir seus “inimigos”, que não eram beneficiados nas mesmas circunstâncias.

No entanto, nas democracias contemporâneas, este instituto deve ser aplicado sob critérios constitucionais específicos, para correção de injustiças pontuais em casos concretos; não há espaço constitucional para a sua substituição à norma penal descriminalizante, sob pena de invasão de competência do Poder Legislativo.

O campo de utilização do indulto em um Estado Democrático de Direito é bastante restrito, já que as penas já são aplicadas sob a orientação da individualização e

proporcionalidade, com base em decreto condenatório editado por órgão do Poder Judiciário no âmbito do devido processo legal.

O indulto, quando aplicado de forma genérica e abstrata, sobretudo para possibilitar a extinção da punibilidade de graves crimes praticados contra o patrimônio, sobretudo o patrimônio público, quando o condenado sequer cumpriu parte significativa da pena, não pagou a multa e não reparou o dano, viola o princípio constitucional da separação dos poderes, pela substituição do Poder Legislativo e do Poder Judiciário pelo Chefe do Poder Executivo, não obstante a expressa vedação constitucional do artigo 62 da Constituição.

A graça e o indulto extinguem os efeitos executórios da condenação, mas originariamente mantêm seus efeitos secundários, salvo se o decreto assim autorizar, que é justamente a hipótese ora discutida, pelo fato de o Decreto não ter estabelecido limites em relação ao *quantum* condenatório ou mesmo retirou das hipóteses de aplicação as penas alternativas que, em si, já caracterizam um benefício ao apenado, além de extinguir o cumprimento da pena de multa e flexibilizar reparação do dano.

No entanto, embora aplicado de forma utilitarista e para atingir determinados fins que podem não se conformar aos contornos constitucionais, o fato é que há limites materiais à utilização do instituto, e esses limites estão previstos na Constituição.

Primeiramente, o artigo 5º, inciso XLII da Constituição estabelece limite à concessão de graça ou anistia – e também indulto –, não admitindo que abranja os crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os crimes definidos como hediondos.

Ou seja, há certos tipos de crime que foram excluídos do indulto.

Mas há outros, sobretudo ao se considerar a finalidade do instituto, que é humanitária, de correção de política criminal e de injustiças pontuais e concretas, e não a de substituição do legislador na descriminalização de tipos penais que já não mais representam qualquer significação para a tutela de bem jurídico em determinado momento histórico da coletividade.

Aliás, sequer como legítimo fator descriminalizante é possível se qualificar o Decreto 9.246/17, pois atinge crimes, para fins de extinção da punibilidade dos seus executores, extremamente relevantes no atual contexto político e histórico da sociedade brasileira, **como é o caso dos crimes de corrupção, peculato, lavagem de dinheiro, crimes eleitorais, criação e participação em organização criminosa**, dentre outros.

O direito penal é considerado a *ultima ratio* pelo ordenamento jurídico constitucional e como fator de proteção dos direitos fundamentais e de bens coletivos. O não

atendimento às exigências constitucionais de tutela de bens jurídicos relevantes para a sociedade, como é o caso da moralidade administrativa, da higidez da conduta dos agentes públicos, do patrimônio público, é causa de violação da garantia que veda a tutela insuficiente por parte do Estado.

O jurista José Paulo Baltazar Júnior define esse princípio de proteção e de tutela de bens jurídicos socialmente relevantes nos seguintes termos:

“Os direitos fundamentais, ao lado da sua clássica função negativa, delimitar o arbítrio das intervenções estatais na liberdade, ou seja, na proibição de excesso, passaram a desempenhar também o papel de mandamentos de proteção ao legislador, na chamada proibição da insuficiência, que determina a existência de deveres de proteção jurídico-fundamentais, que enfatiza o aspecto da obrigação estatal, ou direitos de proteção jurídico fundamentais, expressão que dá ênfase ao direito do cidadão e não ao dever do Estado⁷”.

A proteção do Estado não pode ser deficiente. Não pode ser menor do que a necessária. A atuação do Estado atenderá à garantia constitucional da proporcionalidade e adequação quando preservar os direitos individuais fundamentais daqueles que estejam em conflito com a lei penal, mas também quando garantir a proteção dos direitos fundamentais da coletividade, traduzido na observância e aplicação das leis penais àqueles que violem bens de relevante interesse social, tutelado pelo direito, pois a segurança jurídica é um dos principais fatores a determinar a confiança do indivíduo perante o Estado e a estabilidade das relações sociais.

A importância do tema não escapou do exame desta Suprema Corte em reiterados julgados, merecendo destaque, contudo, o precursor do tema, o HC 104410, da Relatoria do Ministro GILMAR MENDES, que pontua os limites de atuação do legislador, de modo a não conformar situações de proteção deficiente dos bens jurídicos. A ideia, na excepcional situação da edição do Decreto 9246/17, é ainda mais evidente:

“HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DESMUNICIADA. (A)TIPICIDADE DA CONDUTA. CONTROLE DE

⁷ In HECK, Luís Afonso (organizador, tradutor e revisor). A Doutrina da Proibição de Insuficiência, Direitos fundamentais, teoria dos princípios e argumentação: escritos de e em homenagem a Robert Alexy. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed. 2015, p. 76-77.

CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAIS. MANDATOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO E MODELO EXIGENTE DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS EM MATÉRIA PENAL. CRIMES DE PERIGO ABSTRATO EM FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. LEGITIMIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE ARMA DESMUNICIADA. ORDEM DENEGADA.

1. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAIS.

1.1. Mandatos Constitucionais de Criminalização: A Constituição de 1988 contém um significativo elenco de normas que, em princípio, não outorgam direitos, mas que, antes, determinam a criminalização de condutas (CF, art. 5º, XLI, XLII, XLIII, XLIV; art. 7º, X; art. 227, § 4º). Em todas essas normas é possível identificar um mandato de criminalização expresso, tendo em vista os bens e valores envolvidos. Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (Übermassverbote), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (Untermassverbote). Os mandatos constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para o seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente.

1.2. Modelo exigente de controle de constitucionalidade das leis em matéria penal, baseado em níveis de intensidade: Podem ser distinguidos 3 (três) níveis ou graus de intensidade do controle de constitucionalidade de leis penais, consoante as diretrizes elaboradas pela doutrina e jurisprudência constitucional alemã: a) controle de evidência (Evidenzkontrolle); b) controle de sustentabilidade ou justificabilidade (Vertretbarkeitskontrolle); c) controle material de intensidade (intensivierten inhaltlichen Kontrolle). O Tribunal deve sempre levar em conta que a Constituição confere ao legislador amplas margens de ação para eleger os bens jurídicos penais e avaliar as medidas adequadas e necessárias para a efetiva proteção desses bens. Porém, 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...”.

(HC 104410, Relator: Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 06/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-062 DIVULG 26-03-2012 public 27-03-2012)

Sobre o chamado garantismo positivo, que veda a proteção jurídica deficiente por parte do Estado, destaca-se orientação doutrinária de LUCIANO FELDENS ao expor que, atualmente, o Estado perdeu parte de seu poderio para organizações privadas que realizam funções antes cumpridas pelo poder público, de notório interesse público e que não só os burgueses, mas também a pluralidade de pessoas e classes sociais dominam o poder político; logo elas passam a exigir do Estado proteção para seus direitos, diante dos crescentes temores do poderio privado; daí, ficou ultrapassada a visão dos direitos fundamentais como direitos contra o Estado. Em assim sendo, surgem: a) eficácia dos direitos fundamentais entre particulares; e b) a doutrina dos deveres de proteção, expressão da atribuição dos direitos fundamentais da função de imperativo de tutela⁸. Ele destaca⁹:

“A questão novamente passa por compreender a relação que se trava entre Estado e direitos fundamentais no marco do modelo atual. O princípio do Estado constitucional de Direito, na atualidade, não exige apenas a garantia da defesa de direitos e liberdades contra o Estado; **exige, também, a defesa dos mesmos contra quaisquer poderes sociais de fato**. Nessa linha, se poderá afirmar, com Baptista Machado, que a idéia de Estado (Constitucional) de Direito *se demite* de sua função quando se abstém de recorrer aos meios *preventivos e repressivos* que se mostrarem **indispensáveis à tutela da segurança, dos direitos e liberdades dos cidadãos**. A necessidade de uma intervenção eficaz do Estado na preservação dos direitos fundamentais e/ou interesses constitucionais é missão de **um Direito Penal valorativamente ajustado ao modelo de Estado constitucional nas vestes de um Estado Social e Democrático de Direito**, um modelo no qual há coisas sobre as quais o legislador *não pode* decidir e algumas outras sobre as quais *não pode deixar* de decidir. (...)

⁸“Direitos Fundamentais e Direito Penal”; Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 75.

⁹Ob. cit., pp. 71-72, sublinhados acrescidos.

Por essa razão, o denominado garantismo penal, se realmente se pretende uma projeção da teoria garantista ao Direito Penal, há de promover um *equilíbrio* entre as diversas funções hoje atribuídas aos direitos fundamentais: como *direitos de defesa e imperativos de tutela*. **Mesmo quando vertido ao ambiente jurídico-penal, o garantismo está no equilíbrio dessas funções.** Ingo Sarlet enfatiza, a propósito, que a '*sobrevivência do garantismo*' está atrelada a adequado manejo da noção de proporcionalidade na esfera jurídico-penal, a qual rejeita tanto 'um minimalismo unilateral e cego, que não faz jus a um sistema de garantias negativas e positivas', como uma 'intervenção máxima' que desatenda aos limites do necessário.”

Sob esta perspectiva, o indulto possui uma limitação material à sua aplicação justamente na chamada “dupla face” do garantismo constitucional que, se por um lado estabelece garantias fundamentais ao indivíduo frente ao Estado, por outro, também garante à sociedade a legítima expectativa de manutenção da ordem jurídica e aplicação e cumprimento das leis, aprovadas sob o rigor do devido processo legislativo. Ora, praticado um delito, notadamente delitos graves como aqueles punidos em processos que tramitaram no escopo da chamada “Operação Lava Jato”, a sociedade tem a legítima pretensão de aplicação da lei penal, com a devida responsabilização dos condenados pela prática de tais crimes.

O perdão amplo e irrestrito destes criminosos, devidamente julgados e condenados pelo Poder Judiciário e que apenas iniciaram o cumprimento das suas penas, afronta o ordenamento jurídico-constitucional vigente, sob a ótica da separação dos poderes – pois o Chefe do Poder executivo não tem a competência constitucional de extrapolar os limites finalísticos do instituto do indulto – e também sob a ótica da tutela de proteção deficiente de bem jurídico constitucionalmente protegido.

Por outras palavras, o indulto aqui impugnado, por ser excessivamente abrangente e desatento à ideia da pena individualizada que deve ser cumprida, afronta o princípio constitucional da proporcionalidade, por atribuir ao Estado um resultado deficiente naquilo que deve ser a reprimenda justa e eficaz da criminalidade.

O arbítrio do Chefe do Poder Executivo ao editar um decreto que constitui, em última análise, a impunidade de graves crimes, pois além de perdoar determinados delitos de

relevância social, também comuta penas de forma indiscriminada, constitui violação de diversas outras garantias constitucionais, como a dignidade da pessoa, a construção de uma sociedade justa e solidária, a promoção do bem de todos, o princípio da igualdade e o da eficácia da jurisdição.

Conclui-se, assim, que a utilização do instituto do indulto pelo chefe do Poder Executivo encontra limitação material constitucional naquelas situações de crimes hediondos ou qualificados como graves pelo ordenamento jurídico-constitucional e também, quanto aos demais delitos, quando não forem atendidos critérios finalísticos específicos do instituto, ou seja, aquelas situações concretas ou abstratas pautadas em relevantes razões humanitárias relacionadas à saúde, idade, especial situação do condenado, sem que constitua, como foi o caso do Decreto 9.246/17, **causa de ineficácia da aplicação da lei penal, de violação da igualdade de todos perante a lei e de impunidade.**

4. VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL EXPRESSA À CONCESSÃO DE INDULTO, DE ACORDO COM O ART. 5º-XLII DA CONSTITUIÇÃO

A Constituição estabelece um mandado de criminalização, dotado de clareza inquestionável, em uma dupla vertente. Confira-se:

*“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”.*

Além de determinar que tais condutas sejam tratadas como crimes, o constituinte deixou claro que elas afrontam a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e, por isso, têm maior repulsa e não são suscetíveis da indulgência presidencial.

O Supremo Tribunal Federal adotou este entendimento, aqui sustentado, neste precedente:

HABEAS CORPUS. VEDAÇÃO AO BENEFÍCIO DA COMUTAÇÃO DA PENA.

CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INOCORRÊNCIA. "HABEAS CORPUS" INDEFERIDO.

O disposto no art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, bem como o art. 2º, inciso I, da Lei nº 8.072/1990, vedam a concessão de graça ou anistia aos condenados pela prática dos crimes definidos como hediondos.

A questão do presente writ já foi largamente discutida por esta Corte, encontrando-se pacificado, em ambas as Turmas, o entendimento de que, sendo a comutação da pena espécie de indulto parcial, o Decreto Presidencial nº 3.226, de 29.10.1999, não se aplica ao condenado pela prática de crime hediondo. Precedentes. Ordem indeferida". (HC 86.615/RJ, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJU de 14.02.2006).

HABEAS CORPUS. COMUTAÇÃO. CRIME HEDIONDO. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA.

A natureza dos crimes não contemplados pelo decreto presidencial que concede o benefício de indulto e comutação de pena deve ser aferida à época da edição do respectivo ato normativo, pouco importando a data em que tais delitos foram praticados. Precedentes (RE 274.265, rel. min. Néri da Silveira, DJ de 19.10.2001, p. 49; e HC 74.429, rel. min. Sydney Sanches, DJ 21.03.1997, p. 8507).

Ademais, a comutação nada mais é do que uma espécie de indulto parcial (em que há apenas a redução da pena). Daí por que a vedação à concessão de indulto em favor daqueles que praticaram crime hediondo - prevista no art. 2º, I, da lei 8.072/1990 - abrange também a comutação. Ordem denegada.

(STF, HC 94679, Rel. Min. Joaquim Barbosa,)

Deste modo, o ato normativo que desconsidere esta restrição constitucional colide diretamente com este preceito, que integra o rol de direitos e garantias fundamentais, e que reforça o já citado dever de se assegurar a tutela efetiva de proteção aos bens jurídicos.

5. INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1º-I, DO §1º-I DO ART. 2º, E DO ARTS. 8º, 10 E 11 DO DECRETO 9.246/17.

Como pontuado acima, o Decreto n. 9246/17, especificamente no artigo 1-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.

O Decreto n. 9246/2017, que normatizou o indulto, tem vícios de edições anteriores, mas foi mais abrangente, a ponto de extinguir a pena de quem cumpriu apenas um quinto da sentença condenatória, não estabeleceu limites em relação ao *quantum* de pena aplicado, como ocorreu nos anteriores¹⁰, extinguiu as penas de multa, flexibilizou a reparação do dano e ainda permitiu a sua aplicação, pela generalidade da norma, aos réus que cumprem medidas penais alternativas à prisão.

Nos últimos anos, o Chefe do Poder Executivo tem utilizado o indulto de forma cada vez mais ampla, o que tem permitido o exame da matéria sob a ótica da Constituição.

O Decreto 9246/17 elasteceu a abrangência do indulto a ponto de garantir concreta impunidade por crimes graves, pelos quais os condenados foram devidamente processados e condenados de acordo com o devido processo legal. O indulto os libera do cumprimento de penas que tenham sido cumpridas no total de vinte por cento do *quantum* condenatório, sem qualquer outro tipo de salvaguarda, seja em relação ao limite da pena imposta, seja em relação ao pagamento de multa e do ressarcimento dos graves danos causados, seja em relação à substituição de penas alternativas e outras situações que serão abaixo expostas.

A concessão de indulto no Brasil, nos últimos 45 (quarenta e cinco) anos, foi objeto de alentado estudo pelo Desembargador Leandro Paulsen, cujo voto no incidente de arguição de inconstitucionalidade n. 5051763-44.2016.4.04.0000-TRF, na Oitava Turma do TRF-4ª Região, delimitou seu contexto histórico nestes trechos:

“9. Experiência prática brasileira ao longo dos últimos 45 anos. Estabelecidos os contornos constitucionais outorgados ao indulto, debruicei-me sobre os

¹⁰Para se ter uma ideia da maior abrangência do Decreto 9.246 em relação ao Decreto de indulto “natalino” editado em dezembro de 2016, por exemplo, este último perdoou, por exemplo, quem (a) fosse primário; (b) foi condenado por crimes praticados sem violência ou grave **ameaça a menos de 12 anos de prisão** e (c) cumpriu 25% da pena.

respectivos decretos expedidos pelo Poder Executivo ao longo dos últimos 45 anos de modo a determinar sua evolução ao longo do tempo.

*No período pré-constituição de 1988, por exemplo, o Decreto nº 67.704 editado em 04 de dezembro de 1970 limitava a benesse aos apenados cuja **condenação fosse inferior a 03 anos e 01 dia de reclusão e que houvessem cumprido, com boa conduta carcerária, pelo menos 1/3 da sanção.***

*Avançando no tempo, verificamos que a partir da Constituição de 1988 os limites do benefício passaram paulatinamente a ser ampliados. O Decreto 2.002/1996, por exemplo, dispunha como regra-geral a extinção de punibilidade de todo e qualquer detento não reincidente, condenado a uma **pena de até seis anos, que houvesse cumprido 1/3 da sanção**, independentemente do preenchimento de outros requisitos.*

A norma ainda prossegue arrolando hipóteses em que haveria redução da pena do condenado, desde que preenchidas determinadas circunstâncias de ordem pessoal (idade, sexo, saúde, etc.).

Não adentrarei na análise específica da constitucionalidade do referido dispositivo por desbordar do objeto da presente controvérsia, mas sua menção é válida para identificar que o ato do executivo extinguiu a punibilidade de condenados (sem qualquer peculiaridade dos casos concretos ou identificação de teratologia e desproporcionalidade) que tenham cumprido apenas 33,33% da pena concretizada com base na individualização da pena realizada pelos Poderes constitucionalmente competentes, notadamente Legislativo e Judiciário.

O feito do instituto se repetiu até o ano de 1999.

*O Decreto 3.667/00 representou um movimento excepcional no âmbito dos indultos anuais expedidos pelo Poder Executivo, porquanto recrudescceu o critério objetivo temporal geral **reduzindo-o para delitos cuja pena fosse inferior ao patamar de 04 anos.** A fração de cumprimento da pena exigida do condenado não reincidente, todavia, seguiu **mantida em apenas 1/3** e não houve ainda qualquer menção a circunstâncias concretas que justificassem a intervenção.*

*Já no ano seguinte houve o retorno ao **patamar geral de 06 anos, sem alteração na fração** necessária de cumprimento da pena para concessão do benefício, o que perdurou até o ano de 2003.*

Entre os anos de 2004 e 2006, os brandos e genéricos critérios para concessão

do indulto foram mantidos pelos decretos editados pela Presidência da República, mas expressamente afastavam a possibilidade de concessão do benefício para aquele que tivesse sua pena privativa de liberdade substituída por penas restritivas de direitos.

A partir do ano de 2007 a benesse anualmente concedida pelo Poder Executivo elasteceu o critério temporal da pena e passou a admitir, como regra-geral, que condenados por crimes cuja sanção não tenha ultrapassado o patamar de 8 anos fossem perdoados mediante o mesmo cumprimento do pífio parâmetro de 1/3 da pena.

Por fim, a partir de 2009, passou a ser admitido o indulto também para os indivíduos cuja pena privativa de liberdade houvesse sido comutada por restritivas de direitos, o que perdurou até 2015, no Decreto objeto do presente incidente de arguição de inconstitucionalidade.

A análise histórica da utilização do instituto do indulto também chama a atenção pelo fato de que jamais o Poder Executivo deixou de editar decreto anual extinguindo a punibilidade de forma ampla aos réus que se enquadravam nas situações hipotéticas descritas. O ato constitucional extraordinário, destinado a corrigir injustiças graves e excepcionais decorrentes de circunstâncias concretas muito específicas de determinados casos, passou a ser reiterado como se estivéssemos diante de instituto jurídico de manejo ordinário. O remédio constitucional de severa intervenção do Poder Executivo sobre os demais banalizou-se.

A ordinarização do instituto é demonstrada pela própria alcunha a ele atribuída pela doutrina de direito penal: "indulto de natal", porquanto benesse sistematicamente concedida na época das comemorações da data cristã. Identifica-se de forma clara que o figurino constitucional do indulto, instrumento excepcional para correção de pontuais e eventuais falhas no sistema de persecução criminal do Estado Democrático de Direito, vem sendo banalizado e utilizado como verdadeiro método de administração da população carcerária.

Pode-se dizer, com firmeza, que o legislador comina as penas, o julgador as aplica, mas que, na prática, as penas são divididas por três ou, como se verá do item adiante, por quatro por ato unilateral do executivo. As penas estabelecidas na legislação e dosadas nas sentenças são objeto de um corte substancial e

profundíssimo: sua maior parte não é aplicada!

Tomemos como exemplo o crime de corrupção passiva, com pena de 2 a 12 anos, e multa. Na prática, a pena cominada vige, é aplicada, mas não é cumprida. É dispositivo sem norma. O efetivamente cumprido são penas 8 meses a 4 anos, na hipótese de o indulto colher quem tenha cumprido 1/3 da pena. E, na hipótese de ser suficiente o cumprimento de 1/4 da pena para o indulto, como se verá no item posterior, a pena cumprida será de 6 meses a 3 anos, absolutamente irrisória em face das penas cominadas e aplicadas, mormente sabendo-se que, via de regra, as penas aproximam-se do mínimo. Vejamos exemplo:

Tipo de corrupção passiva: art. 317 do CP

Cominação abstrata pelo Legislador: 2 a 12 anos de reclusão

Dosimetria pelo Juiz: entre 2 a 12 anos, e.g. 4 anos

Indulto com 1/3: perdoado após cumprir 1 ano e 4 meses

Indulto com 1/4: perdoado após cumprir 1 ano

Note-se que a concessão reiterada de indultos dessa magnitude, acaba por reduzir as penas a menos que o mínimo cominado pelo legislador.”

O Presidente da República vem utilizando o indulto de forma tão abrangente que retira a eficácia das normas de direito penal, editadas pelo Poder Legislativo e aplicadas pelo Poder Judiciário.

Além de invadir competência dos demais Poderes da República, na forma descrita acima, o Decreto 9246/17 revela que o Chefe do Poder Executivo não se desincumbiu do ônus de dar concretude ao processo de individualização da pena, devidamente 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.

Vejamos os dispositivos impugnados, de forma pontual:

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;

Esta norma poderia inserir-se na competência constitucional do Presidente da República. Das premissas dogmáticas anteriormente apresentadas, contudo, reponta 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.

MENEZES CORDEIRO adverte que o reconhecimento da atuação disfuncional de posições jurídicas implica a necessidade de se divisarem as condutas ou abstenções por ele admitidas e se sujeita à condição de “*produto do desrespeito da função dos valores que os acompanhem*”. Ainda segundo o autor, “*O abuso de direito reside na disfuncionalidade de comportamentos unissubjetivos por, embora consentâneos com normas jurídicas, não confluírem no sistema em que estas se integrem*” (CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. Da Boa Fé no Direito Civil, 5ª. Reimp., Coimbra, Almedina. 2013. pp. 879/882).

A disfuncionalidade que se aponta, na espécie, é geradora de inconstitucionalidade.

A competência para editar o Decreto de indulto não confere ao Presidente da República o poder de acabar indiscriminadamente com condenações penais.

Vejamos algumas situações geradas pelo Decreto 9246/17.

Um condenado a 8 (oito) anos e 1 (um) mês de reclusão, considerado o benefício da remissão (art. 126 da Lei de Execuções Penais) não ficaria sequer um ano preso.

Ou seja, em caso de uma condenação concretamente severa para o Poder Judiciário, eleita como de maior gravidade pelo Legislador, tando que fixadora de regime

fechado, com menos de um ano de cumprimento, pelo artigo 10 do Decreto n. 9246, o condenado se veria solto, sem o dever de pagar a reparação pecuniária.

Tendo em mente os casos de corrupção clamorosos diariamente vistos, com valores expressivos envolvidos, uma pena nestas circunstâncias não produz nenhum efeito dissuasório para o infrator. Pelo contrário, produz verdadeiro estímulo: o Decreto de indulto faz o crime compensar.

Na hipótese de crime punido com reclusão em regime semiaberto dificilmente haverá cumprimento de pena.

Note-se, ainda, que a benesse extrema é para os crimes sem violência ou grave ameaça, o que, por um lado, é compreensível, mas, por outro, enfatiza que as benesses se amoldam à perfeição para os crimes de “colarinho branco”.

Conforme o Relatório sobre unidades prisionais em São Paulo, BRASIL: PERFIS GERAIS, CONTEXTO FAMILIAR, CRIMES, CIRCUNSTÂNCIAS DO PROCESSO PENAL E CONDIÇÕES DE VIDA NA PRISÃO, produzido pela fundação Getúlio Vargas, os crimes que mais ensejam pena de reclusão são os cometidos com violência e com grave ameaça. Estes, apesar de bastante beneficiados também pelo Decreto, não chegam ao patamar de iniquidade verificado na concessão de indulto com 1/5 de pena.

Desta forma, mostra-se errônea prognose legislativa de desencarceramento, também a ser controlada pelo Tribunal¹¹. O Decreto é seletivo e traz como maior beneficiário o indivíduo que lesa o patrimônio público, a moral pública, a probidade administrativa, em razão do tamanho das penas aplicadas, quando pratica o crime sem violência ou grave ameaça.

Para além de se substituir ao Poder Legislativo e ao Poder Judiciário, e de desprezar a atividade judicial, o Decreto, no que toca ao art. 1º-I, é flagrantemente gerador de proteção legal deficiente.

¹¹“em verdade, há muito vem parte da dogmática apontando para a inevitabilidade da apreciação de dados da realidade no processo de interpretação e de aplicação da lei como elemento trivial a própria metodologia jurídica”. MENDES, Gilmar. Controle de Constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial. Revista Diálogo Jurídico, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 1., nº 3, 2001

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;

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;

A inconstitucionalidade do §1º-I do art. 2º é decorrência do natural arrastamento produzido pela inconstitucionalidade do art. 1º-I, ao qual ele remete¹². Em outras palavras, o

¹²Sobre o tema, com a aplicação da inconstitucionalidade por arrastamento, confirmam-se ainda:

ADI 4707, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 30/06/2017, processo eletrônico DJe-195 DIVULG 30-08-2017 public 31-08-2017), (ADI 4764, Relator(a): Min. CELSO DE

art. 2º-§ 1º-I, na hipótese de declaração de inconstitucionalidade no art. 1º-I perde seu fundamento de validade, razão pela qual também há de ser declarado inconstitucional.

Sem embargo desta constatação de ordem lógica, este dispositivo reforça o cenário de proteção deficiente que decorre do Decreto 9246/17. À margem de situações humanitárias previstas nos incisos do artigo, traz outras, como as do inciso V, em que se revela exacerbação de benefícios a condenados que, pelas mesmas hipóteses de fato, já têm direito a detração.

Aplicado o dispositivo, o condenado chegaria a cumprir apenas um sexto da pena (1/5, com redução de 1/6), isso se não operar a detração.

Na situação acima mencionada, dos 8 anos e um mês de condenação (que, frise-se, exigiria escolhas muito gravosas do legislador, ao prever tipo com esta pena e com o regime de cumprimento mais gravoso e do Judiciário que fixou tal pena), o Decreto impugnado permitiria o perdão ao condenado, atrelado à remissão, com menos de um ano.

A reforçar o argumento da proteção deficiente, ora deduzido, note-se, ainda, que para o condenado reincidente, ou seja, aquele para o qual a norma penal já vem se mostrando de baixa efetividade, a redução é ainda mais expressiva, chegando a um quarto sobre um terço. Ou seja, um condenado reincidente com uma pena de 9 anos de reclusão teria de cumprir apenas 2 anos e três meses de pena. Isto se não tivesse remissão. Com ela, mesmo um reincidente, nesta situação, não ficaria nem dois anos preso.

O Decreto 9246/17 também é 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 interesses em colaborar com a justiça, seja pela confissão, seja pela colaboração premiada.

MELLO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 04/05/2017, processo eletrônico DJe-178 DIVULG 14-08-2017 public 15-08-2017), (ADI 1358, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 04/02/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-040 DIVULG 02-03-2015 public 03-03-2015), (ADI 2158, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 15/09/2010, DJe-247 DIVULG 15-12-2010 public 16-12-2010 EMENT VOL-02452-01 PP-00010 RTJ VOL-00219-01 PP-00143 RT v. 100, n. 906, 2011, p. 410-426 RSJADV abr., 2011, p. 40-49).

Cumprir a lei e assegurar o cumprimento da lei dificilmente traria o mesmo benefício ao infrator. Novamente, o Decreto materializa o comportamento de que o crime compensa, o que é a tradução última do cenário de proteção deficiente de todos os bens jurídicos protegidos pela norma penal. Por isso, ao esvaziar a função judicial, promove proteção deficiente e viola a separação dos Poderes.

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.

As situações dos incisos artigo 8º são díspares, como será mostrado, mas todas trazem em comum a marca de já serem oriundas de um prévio benefício a um possível infrator. A referência a “possível” infrator reside na rotunda inconstitucionalidade de se indultar até mesmo as situações de suspensão condicional do processo. Não há processo, não há condenação, mas há perdão. Trata-se de uma vicissitude técnica, geradora de uma situação ilógica (perdão para quem nem é processado) e marcadamente deficiente no plano da proteção jurídica.

O indulto, em sua natureza jurídica, visa a mitigar o sofrimento decorrente da pena, por vezes, como compensação pelo exagero da reprimenda¹³. Todavia, em todas as hipóteses do art. 8º (fora a do inciso III, em que nem há condenação) já foram conferidos enormes favores legais, mostrando-se exacerbada a benesse de promover um novo benefício.

O único efeito prático, do ponto de vista da repressão geral e específica do indulto, nestas bases, é retirar todo e qualquer efeito dissuasório ou inibitório que advém ou se espera naturalmente da condenação criminal.

¹³ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal: parte geral, volume 1*. São Paulo: Saraiva, 2000, p.665.

Mais uma vez, o controle de prognoses é necessário e aqui ele se revela de baixa complexidade. O indulto, nestas hipóteses, não produz nenhum efeito na questão de lotação carcerária. O mote do desencarceramento, em relação a estas situações, é errôneo.

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 medida em que nem mesmo haveria pena.

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.

O dispositivo em questão segue a sina do art. 8º, mas com efeitos ainda mais graves, vez que promove renúncia de receita.

É de se lembrar que, na forma do art. 51 do Código Penal e reconhecida pela jurisprudência desta Suprema Corte, a pena de multa tem natureza fiscal. O indulto da multa penal tem caráter de renúncia de receita¹⁴.

Além do estímulo à impunidade e à perda de recursos em favor da União ou das vítimas, o dispositivo em nada modifica a situação prisional ou carcerária.

Trata-se da hipótese mais evidente de proteção deficiente. Nos casos mais graves, como os da Lava Jato, entre tantos outros, em que foram aplicadas penas corporais e de multa elevadas, justamente em razão dos gravíssimos crimes, as sanções financeiras seriam simplesmente perdoadas.

¹⁴ Ainda a título argumentativo, não há falar em competência do Juízo da Execução Penal para decidir a respeito da pena de multa convertida em dívida de valor. Destarte, independentemente da origem penal da sanção, a multa restou convalidada em obrigação de natureza fiscal e, por essa razão, a competência para passou a ser da autoridade fiscal, por força da Lei n. 9.268/96, que deu nova redação ao art. 51 do Código Penal. 6. Agravo regimental desprovido. (HC 115405 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 13/11/2012, processo eletrônico DJe-246 DIVULG 14-12-2012 public 17-12-2012)

A Lava Jato está colocada em risco, assim como todo o sistema de responsabilização criminal.

Note-se, ainda, o caráter genérico, extremamente vago, incompatível com a natureza interpretativa do indulto, que deve ser lido restritivamente, de prever o perdão ao “...valor de condenação pecuniária de qualquer natureza”.

Em um cenário de declarada crise orçamentária e de repulsa à corrupção sistêmica, o Decreto 9246/19 passa uma mensagem inversa e incongruente com a Constituição, que estabelece o dever de zelar pela moralidade administrativa, pelo patrimônio público e pelo interesse da coletividade.

Deste modo, ao criar esta evidente situação de proteção deficiente, com efetiva ausência de proteção aos bens jurídico-constitucionais protegidos pela norma penal; ao 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, o dispositivo é inconstitucional.

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.

Mais uma vez, verifica-se o total desamparo à proteção aos bens jurídicos protegidos pela norma penal, mas com um agravante desrespeito ao Poder Judiciário e com afronta à literal disposição da Constituição.

Este dispositivo 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. Nada interessa. Está tudo perdoado,

independentemente do que o Judiciário venha a dizer, mesmo que para aumentar a pena ou para mudar a capitulação jurídica!

Neste ponto, há a manifesta inconstitucionalidade de pretender aplicar o Decreto “*ainda que diga respeito aos crimes tratados no art. 3º.*”

O fato de responder a outro caso é só um outro agravante. O dispositivo impugnado rompe com a cláusula constitucional que veda concessão de indulto para crimes de tortura, de terrorismo e hediondos (art. 5º, XLII). Neste sentido, tanto em sede difusa quanto em abstrata, esta Suprema Corte já se pronunciou:

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.

(ADI 2795 MC, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 08/05/2003, DJ 20-06-2003 PP-00056 EMENT VOL-02115-22 PP-04558 JBC n. 49, 2004, p. 87-90)

Habeas corpus. 2. Tráfico e associação para o tráfico ilícito de entorpecentes (arts. 33 e 35 da Lei 11.343/2006). Condenação. Execução penal. 3. Sentenciada com deficiência visual. Pedido de concessão de indulto humanitário, com fundamento no art. 1º, inciso VII, alínea a, do Decreto Presidencial n.

6.706/2008. 4. O Supremo Tribunal Federal já declarou a inconstitucionalidade da concessão de indulto a condenado por tráfico de drogas, independentemente da quantidade da pena imposta [ADI n. 2.795 (MC), Rel. Min. Maurício Corrêa, Pleno, DJ 20.6.2003]. 5. Vedação constitucional (art. 5º, inciso XLIII, da CF) e legal (art. 8º, inciso I, do Decreto n. 6.706/2008) à concessão do benefício. 6. Ausência de constrangimento ilegal. Ordem denegada.

(HC 118213, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 06/05/2014, processo eletrônico DJe-149 DIVULG 01-08-2014 public 04-08-2014)

Novamente, tanto pela proteção deficiente, quanto pelo menoscabo ao Poder Judiciário, com ostensiva ruptura da tripartição de poderes, quanto pela violação expressa do art. 5º,-XLIII, o art. 11 do Decreto é inconstitucional e há de ser removido do ordenamento jurídico.

CONCLUSÃO

Todas estas considerações confluem para que se tenha como inconstitucionais os dispositivos questionados, devendo a Suprema Corte agir com a rapidez e o rigor necessários, para o fim de evitar o grave desequilíbrio entre os três poderes ensejado por eles.

Da mesma forma, o provimento judicial ora requerido levará à observância da Constituição e ao restabelecimento da jurisprudência desta Corte, de modo a preservar os bens jurídicos protegidos pelo direito penal, evitando-se o indesejável e ora experimentado estado de proteção deficiente.

PEDIDO CAUTELAR

Estão presentes os pressupostos para concessão de medida cautelar. O Decreto n. 9246, de 21.12.2017, foi publicado após o início do recesso do Poder Judiciário, de modo que não foi possível ajuizar esta ação direta antes.

O sinal do bom direito (*fumus boni iuris*) caracteriza-se por todos os argumentos expostos nesta petição e pelos precedentes do Plenário do Supremo Tribunal Federal.

Já o perigo na demora processual (*periculum in mora*) decorre tanto de esta norma ter vigência temporária quanto pelo fato de que, enquanto não for suspensa a eficácia dos artigos impugnados, há o risco de extinção da punibilidade de muitas condenações, de modo contrário à Constituição. Haverá, neste caso, esvaziamento maciço, sobretudo, mas não unicamente, ao fim do recesso forense, de uma série de decisões condenatórias, fazendo da lei penal uma norma sem eficácia e do Poder Judiciário algo menor, sem efetividade em suas decisões. Igualmente ruim neste cenário: a Constituição restará desprestigiada, a sociedade restará descrente em suas instituições e o infrator, o transgressor da norma penal, será o único beneficiado.

Não há *periculum in mora* inverso, haja vista a inexistência de limite temporal para edição de decretos presidenciais e, sobretudo, em razão de a ausência de produção de efeitos destas normas simplesmente não alterarem os quadros normativos e processuais existentes antes de sua edição.

Pede-se à eminente Presidente do Supremo Tribunal Federal, portanto, que conceda com a maior brevidade possível, em decisão monocrática e sem intimação dos interessados, medida cautelar para suspender a eficácia das normas impugnadas, em razão da urgência do caso, *ad referendum* do Plenário.

PEDIDO FINAL

Requer, afinal, que, vencidos os trâmites da ação direta, sejam solicitadas informações à Presidência da República e que se ouça a Advogada-Geral da União, nos termos do art. 103-§3º da Constituição.

Superada estas fases, requer prazo para manifestação da Procuradoria-Geral da República.

Requer, ao final, que se julgue procedente o pedido, para declarar a inconstitucionalidade do artigo 1º-I, do §1º-I do art. 2º, e dos artigos 8º, 10 e 11 do Decreto nº 9.246, de 21 de dezembro de 2017, que concedem indulto com afronta à Constituição.

Brasília (DF), 27 de dezembro de 2017.

Raquel Elias Ferreira Dodge
Procuradora-Geral da República