



Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal
Brasília - D.F.

Memorando n. 10/2018-PCO.
Protocolo n. 49.0000.2018.001288-7.

Brasília, 21 de maio de 2018.

De: Procuradoria Constitucional
Para: Presidência Nacional da OAB
Assunto: Sugestão de ingresso deste Conselho Federal como “amicus curiae” na ADI 5874.

Senhor Presidente,

Cumprimentando-o cordialmente, encaminho parecer aprovado por unanimidade pela Comissão, sugerindo o ingresso como amicus curiae na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5874, que discute a constitucionalidade do Decreto n. 9.246/2017, do Presidente da República, que concede indulto natalino e comutação de penas, em meio a outras providências.

Coloco-me à disposição.

Colho o ensejo para renovar os protestos de elevada estima e distinta consideração.

Atenciosamente,

Marcus Vinicius Furtado Coêlho
Presidente da Comissão Nacional de Estudos Constitucionais

**COMISSÃO DE ESTUDOS CONSTITUCIONAIS DO CONSELHO FEDERAL DA ORDEM
DOS ADVOGADOS DO BRASIL (CFOAB/CNECO)**

Processo n°. 49.0000.2018.001288-7

Órgão Julgador: Comissão Nacional de Estudos Constitucionais

Origem: Cláudio Lamachia, Presidente Nacional da OAB

Assunto: Solicita análise de Constitucionalidade e manifestação acerca do Decreto n°. 9.246/2017, do Presidente da República, que concede indulto natalino e comutação de penas, em meio a outras providências, tendo em vista o processamento da ADI n°. 5.874/DF, sob a relatoria do Ministro Roberto Barroso

Relator: Membro da CFOAB/CNECO A. NABOR A. BULHÕES

Em data de 22/12/2017, o Diário Oficial da União publicou o Decreto n°. 9.246, de 21 de dezembro de 2017, mediante o qual **"O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no exercício da competência privativa que lhe confere o art. 84, caput, inciso XII, da Constituição, e considerando a tradição, por ocasião das festividades comemorativas do Natal",** concedeu "indulto às pessoas condenadas ou submetidas a medida de segurança e comutar penas de pessoas condenadas" (v. inteiro teor do Decreto de Indulto em anexo).

Seis dias após a publicação do referido decreto de indulto, em data de 28/12/2017, a Procuradoria-Geral da República ajuizou ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal (**ADI n°. 5.874/DF**), com pedido de medida cautelar, em face do art. 1º, I; do § 1º, I, do art. 2º; e dos arts. 8º, 10 e 11, todos do referido decreto, que se encontram assim redigidos:

"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”.

Para a Autora da ADI, em síntese, o decreto de indulto em comento, no que pertine àquelas normas impugnadas, seria inconstitucional por alegadas violações aos “*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 ao insuficiente, porque promove punição desproporcional ao crime praticado, enseja percepção de impunidade e de insegurança jurídica e desfaz a igualdade na distribuição da justiça*”.

Mais especificamente, para a PGR, o decreto impugnado estaria a afrontar a política criminal, favorecendo a impunidade ao dispensar “*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, lavagem de dinheiro e outros correlatos*”, sendo certo, ainda segundo o *Parquet*, que o texto constitucional não admite possa o indulto ser utilizado “*como meio de abrandar ou anular o dever de reparar o dano causado pelo crime ou de exonerar-se das penas patrimoniais sentenciados pelo Juízo*”, não podendo, ademais, o referido instituto servir para atingir penas alternativas, mas apenas penas corporais relativas à prisão, porquanto, em tese, aquelas não despertariam clamores humanitários.

Autuada a ação e distribuídos os autos à relatoria do eminente Ministro **ROBERTO BARROSO**, no período de recesso forense, a eminente Ministra **CÁRMEN LÚCIA**, Presidente do Supremo Tribunal Federal, em regime de plantão, na mesma data, concedeu a medida cautelar requestada pela PGR, sob a invocação dos arts. 13, VIII, do RISTF e 10, da Lei n°. 9.868/99, mediante decisão contendo a ementa e a conclusão a seguir transcritas:

“MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DECRETO PRESIDENCIAL N. 9246/2017. DESVIO DE FINALIDADE, DESCRIMINALIZAÇÃO E VEDAÇÃO À PROTEÇÃO DEFICIENTE DO BEM JURÍDICO TUTELADO PELO DIREITO. AGRAVO À JURISDIÇÃO. PLAUSIBILIDADE JURÍDICA DOS ARGUMENTOS. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA.

(...)

27. Os argumentos expendidos na petição inicial, aos quais se acopla o aparente desvio de finalidade e o fundamento relevante de relativização da jurisdição penal que poderia advir das inovações impugnadas nesta ação direta de inconstitucionalidade, impõem a suspensão dos 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. 9.246/2017, controvertidos na espécie, como medida de preservação da jurisdição buscada na presente ação de controle abstrato de constitucionalidade, e considerada, ainda, a manifesta dificuldade na reversão dos efeitos decorrentes das medidas questionadas, se for o caso.

Diversamente, novo exame desta medida cautelar pelo órgão competente deste Supremo Tribunal, segundo a descrição daquela autoridade, não traria dificuldade à continuidade da produção dos efeitos da norma impugnada, se vier a ser esta a conclusão judicial, sendo certo que a suspensão dos efeitos do indulto nas situações previstas nos dispositivos questionados não importará em dano irreparável aos indivíduos por ele beneficiados, pois em cumprimento de pena advinda de regular processo judicial condenatório.

28. Pelo exposto, pela qualificada urgência e neste juízo provisório, próprio das medidas cautelares, **defiro 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.”

Na sequência, após a Presidência da República haver prestado informações, por intermédio da Advocacia-Geral da União, conforme se colhe da *Mensagem n.º 21*, datada de 08/01/2018, o eminente Ministro **ROBERTO BARROSO**, Relator natural do feito, findo o recesso, ratificou a medida cautelar deferida pela Presidência do Tribunal e deferiu o ingresso nos autos dos *amici curiae* que mencionou, em decisão do seguinte teor:

“6. Ainda em exame sumário, para fins de medida cautelar, MANTENHO a decisão da Presidência do Supremo Tribunal Federal, por vislumbrar à primeira vista:

(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.

7. Adianto, desde logo, que também levarei à discussão a redução do prazo mínimo de cumprimento da pena para 1/5 (um quinto), tendo em vista que o benefício do livramento condicional, *fixado por lei*, exige o cumprimento de ao menos 1/3 (um terço) da pena. E que este foi o patamar utilizado na concessão do indulto desde 1988 até 2015, salvo situações especiais e as de caráter humanitário.

8. Tendo em vista os critérios de representatividade dos postulantes, pertinência temática e abrangência, defiro, nos termos do art. 7º, § 2º da Lei nº 9.868/99, a manifestação dos seguintes interessados, na qualidade de *amici curiae*: Defensorias Públicas da União, do Estado do Rio de Janeiro, do Estado de Minas Gerais e a dos Estados reunidos sob a denominação de Grupo de Atuação da Estratégia da Defensoria Pública nos Tribunais Superiores. Tendo em vista o número de *amici curiae*, afigura-se de todo recomendável que se organizem previamente para a razoável distribuição do tempo disponível. Indefiro o ingresso da Associação dos Advogados e Estagiários do Rio de Janeiro. Nada obstante, receberei e levarei em conta a manifestação escrita que porventura deseje submeter.

9. Registro que a Presidente, em sua decisão cautelar, aplicou o rito do art. 10 da Lei 9.868/99. Para a instrução do processo falta apenas a manifestação da Procuradoria-Geral da República, cujo prazo é de 3 (três) dias, a contar da volta do recesso. Observo que a Procuradora-Geral da República é a autora da ação, já tendo apresentado suas razões em densa e bem lançada peça inicial, e que, em rigor legal, sua nova manifestação não é indispensável (art. 10, § 1º), embora sempre bemvinda.

10. Diante do exposto, **tendo em vista a urgência da matéria e a tensão que a suspensão do indulto gera sobre**

o sistema penitenciário, sobretudo para os que poderiam ser beneficiados se não fossem as inovações impugnadas, peço desde logo a inclusão do feito em pauta para referendo da cautelar e, em havendo concordância do Plenário, para julgamento do mérito.”

Numa prova de que, como ressaltou o eminente Ministro **MARCO AURÉLIO** no julgamento da **ADPF n.º. 347/DF**, as gravíssimas questões relacionadas ao sistema prisional não constituem tema “*campeão de audiência*”, decorridos 70 (setenta) dias da publicação do decreto de indulto, 64 (sessenta e quatro) dias da suspensão dos seus efeitos pela Presidência do Tribunal e 40 (quarenta) dias de sua ratificação pelo Relator, sem que o feito fosse incluído “*em pauta para referendo da cautelar*”, o eminente Ministro **ROBERTO BARROSO**, em 12/03/2018, proferiu nova decisão monocrática em que reitera “*a medida cautelar, com explicitação das situações por ela colhidas, e **fixação de critérios para aplicação da parte não suspensa do Decreto n.º 9.246/2017***” -- daí **exsurgindo um novo decreto de indulto, já agora expedido por Ministro do Supremo Tribunal Federal.**

Nessa nova decisão, o eminente Ministro Relator, em sua perspectiva, diminui o espectro das pretensas inconstitucionalidades arguidas pela PGR, inicialmente estimadas plausíveis na decisão com que em 01/02/2018 havia ratificado a medida cautelar concedida pela Presidência, e reescreve o decreto de indulto para estabelecer certas condições objetivas para fruição do ato de clemência presidencial com relação a algumas hipóteses de sua incidência que foram cautelarmente suspensas, como se colhe de sua conclusão:

“129. Diante de todo o exposto ao longo da presente decisão, reitero a medida cautelar, com explicitação das situações por ela colhidas, e fixação de critérios para aplicação da parte não suspensa do Decreto n.º 9.246/2017. A cautelar é confirmada, portanto, para os seguintes fins:

(i) suspender do âmbito de incidência do Decreto n.º 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 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.

130. Observe-se uma vez mais, em desfecho, que, no tocante à exclusão do âmbito de incidência do indulto dos crimes relacionados à corrupção, bem como da dispensa do pagamento da pena de multa, a solução aqui adotada restabelece o texto original da minuta de decreto, tal como

aprovado pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. No que diz respeito à exigência de cumprimento do prazo mínimo de 1/3 (um terço) da pena e do limite máximo da condenação em 8 (oito) anos para obtenção do benefício, a decisão retoma o padrão de indulto praticado na maior parte dos trinta anos de vigência da Constituição de 1988.¹

131. Reitero o pedido de pauta para apreciação da presente medida cautelar”.

Veja-se que o Relator, nessa decisão monocrática acima parcialmente transcrita, redefiniu as condições objetivas para a concessão do indulto e comutação de pena a que aludem os arts. 1º, I, e 2º, § 1º, I, do Decreto nº. 9.246/17, para evitar a declaração de inconstitucionalidade que *“conduziria a uma incongruência que não pode ser desconsiderada, além de contribuir para o aumento da pressão dos presídios”*², e afastou a arguição de inconstitucionalidade com relação aos incisos II e IV do art. 8º do referido decreto, que estabelecem que o indulto é aplicável à pessoa que esteja cumprindo a pena em regime aberto ou que esteja em livramento condicional, bem como afastou a arguição de inconstitucionalidade com relação aos incisos I, III e IV, do art. 11 do decreto de indulto em comento, que estabelecem serem cabíveis o indulto e a comutação de penas ainda que a sentença tenha transitado em julgado para a acusação ou 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, ou no caso em que a guia de recolhimento não tenha sido expedida.

A despeito da redução do espectro de arguições de inconstitucionalidade na última decisão monocrática proferida

¹ Em rigor, na maior parte do período, o tempo máximo de condenação para desfrute do benefício do indulto oscilou entre 4 e 6 anos.

² Nesse ponto, concluiu: *“Diante dessas considerações, nas hipóteses previstas no inciso I do art. 1º do Decreto nº 9.246/2017, entendo que o indulto deve depender 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”*.

pelo eminente Relator da ADI em referência, como se viu, o certo é que a iniciativa da Procuradoria-Geral da República como um todo e a manutenção da suspensão parcial de relevantíssimos pontos do decreto de indulto *sub examine* pelo eminente Relator, mediante a consideração de que nessa parte haveria inconstitucionalidade no ato presidencial de clemência, não guardam conformação constitucional com o instituto do indulto, como se colhe do art. 84, XII, da Constituição e da firme e histórica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a inteligência dessa norma constitucional consubstanciadora de uma competência privativa e discricionária do Presidente da República.

Conforme se colhe da magnífica reconstituição histórica do instituto do indulto em todas as nossas Constituições, levada a cabo no julgamento do **HC nº. 82.296/AM**, sendo Relator o eminente Ministro **CELSO DE MELLO**, a Constituição Federal de 1988 conservou a tradição brasileira estabelecendo a competência privativa do Presidente da República para "*conceder indulto e comutar penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei*" (art. 84, XII) e reservando ao Congresso Nacional a concessão de anistia (art. 48, VIII). A propósito, desde logo se anote que esse é o modelo de *indulgentia principis* (indulto e comutação de penas) predominante na maioria dos países democráticos do mundo, só se verificando a existência de pouquíssimas exceções consubstanciadoras de atribuição dessa competência privativa e discricionária ao Poder Legislativo.

O certo é que, no Brasil, o legislador constituinte atribuiu essa competência privativa e discricionária ao Chefe do Poder Executivo que, ao exercê-la, o faz "*segundo critérios de conveniência e oportunidade, a ser empreendida sob a ótica da prevenção criminal*", pois "*no exercício de um juízo que informa tipicamente atos de governo*", como vem decidindo reiteradamente a Suprema Corte. E o exercício dessa competência em casos como o ora examinado, sem que se vislumbre a ocorrência de violação da Constituição, deve ser

respeitado pelos demais Poderes, *máxime* pelo Poder Judiciário, cuja intervenção nesse domínio só se justifica muito excepcionalmente em casos de violação da Constituição ou de alguma lei específica que se relacione ao ato e por isso justifique a sua revisão -- o que, como se verá adiante, não ocorreu com a expedição do Decreto n°. 9.246/17.

Afinal, não há Estado de Direito (e nem constitucionalismo!) onde não houver separação dos poderes: é o que reza o art. 16 da *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* de 1789, *verbis*: "*Toda sociedade na qual não está assegurada a garantia dos direitos, nem determinada a separação de poderes, não tem constituição*".

O art. 2º da Constituição de 1988 elenca a divisão orgânico-funcional das funções estatais e adota o clássico modelo tripartite desenvolvido por **MONTESQUIEU** em seu clássico "*Do Espírito das Leis*". Apesar de existirem remotas menções a tal modelo ainda na antiguidade clássica, é com **MONTESQUIEU** que surge a noção de separação de Poderes como uma divisão operacional com vistas à liberdade e segurança individual³; a efetivação do bem comum está no cerne de sua proposta. **Esse modelo sustenta a engenharia constitucional brasileira e constitui cláusula pétrea, a teor do art. 60, § 4º, III, da Carta Magna.**

Como se sabe, a proposta fundamental de **MONTESQUIEU** é estabelecer um sistema de controle recíproco entre os poderes instituídos, o "*modelo de freios e contrapesos*" que atua a partir de limitações nas quais cada um dos Poderes -- Executivo, Legislativo e Judiciário -- exerce um papel de contenção dos excessos cometidos pelos outros.

Nas palavras do **BARÃO DE MONTESQUIEU**: "*Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das*

³ **FERREIRA FILHO**, Manoel Gonçalves. *Lições de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2017, pág. 167.

coisas, o poder detenha o poder"⁴. É interessante notar que é justamente nesse contexto que se insere a noção de indulto, um instituto atribuído pelo constituinte ao Chefe do Poder Executivo com a finalidade de limitar e comutar o exercício do poder estatal de punição. Outro não é o entendimento do notável **CARLOS MAXIMILIANO** a respeito do tema. Com efeito, ao comentar o art. 87, XIX da Constituição de 1946, observava **MAXIMILIANO**: "***Além dos poderes administrativos, tem o Presidente o de perdoar e comutar penas, como contrapêso à ação do Judiciário***"⁵

Pois bem. Estando o decreto de indulto e comutação de penas questionado em absoluta conformidade com a Constituição e a legislação federal pertinente, não pode o Poder Judiciário se substituir ao Chefe do Poder Executivo para rever os critérios subjetivos e objetivos adotados para a concessão de indulto ou de comutação de penas aos casos por ele especificados no exercício de sua competência privativa e discricionária. Fazer-se o contrário, como ocorre no caso concreto ora examinado, é que significa a violação do *dogma da separação dos poderes* (assim como o equilíbrio daí derivado) com usurpação de competência privativa do Chefe do Poder Executivo (arts. 2º e 84, XII, da Constituição).

Nesse particular aspecto, merecem especial atenção as ponderosas informações prestadas pelo Presidente da República nos autos da **ADI nº. 5.874/DF**, fundadas nas judiciosas manifestações da *Advocacia-Geral da União (Informações nº. 00002/2018/CONSUNIÃO/CGU/AGU)* e da *Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil (Nota SAJ nº. 29/2018/SASOC/SAJ/CC-PR)*, bem como as substanciosas manifestações dos *amici curiae*, mediante as quais se demonstrou a inocorrência de qualquer violação à Constituição e à lei federal com a edição do decreto

⁴ **FERREIRA FILHO**, Manoel Gonçalves. *Lições de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2017, pág. 186.

⁵ **MAXIMILIANO**, Carlos. *Comentários à Constituição de 1946*. Rio de Janeiro. Livraria Freitas Bastos, 1954, pág. 252.

de indulto questionado, advertindo-se, ademais, para a gravíssima incongruência que a suspensão ainda que parcial do ato presidencial consubstancia (*periculum in mora inverso*) com a manutenção de um quadro prisional reconhecidamente calamitoso e crescentemente criminógeno e com a conseqüente negativa de asseguração de direitos e garantias mínimos a uma massa significativa de presidiários que cometeram crimes sem grave ameaça ou violência contra a pessoa, conforme dados oficiais do levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN atualizado - junho de 2016. Brasília: Ministério da Justiça, Departamento Penitenciário Nacional, 2017, p. 07⁶.

Realmente, a leitura do Decreto n°. 9.246/17 revela de forma inequívoca que o Presidente da República, na qualidade de mandatário maior da nação, exerceu a sua competência constitucional privativa e discricionária nos termos estabelecidos pela Carta Magna (art. 84, XII), **observando estritamente os únicos limites objetivos estabelecidos no texto constitucional para a concessão do ato de clemência** (art. 5°, XLIII, da Constituição⁷) e na correlata lei que implementou a restrição determinada pelo preceito constitucional (art. 2°, I,

⁶ V. itens 76 e 77 da manifestação da Advocacia-Geral da União/Consultoria-Geral da União consubstanciada nas **Informações n°. 00002/2008/CONSUNIÃO/CGU/AGU**, remetidas ao STF a título de informações nos autos da ADI n°. 5.874/DF, com destaque para o item 77: "77. Também restou demonstrado o *periculum in mora* na manifestação da Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil (Nota SAJ n°. 29/2018/SASOC/SAJ/CC-PR), oportunidade em que asseverou: [...] 74. A manutenção da suspensão dos dispositivos impugnados apenas prejudica 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 de Lei de Execução Penal."

⁷ "Art. 5° Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) 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; (...)".

da Lei nº. 8.072/90⁸), conforme se lê nos arts. 3º e 4º do decreto de indulto de que se cuida.

A propósito, o próprio col. Supremo Tribunal Federal, no julgamento Plenário da **ADI nº. 2.795/MC/DF**, sendo Relator o eminente Ministro **MAURÍCIO CORRÊA**, reconheceu e declarou que **"A concessão de indulto aos condenados a penas privativas de liberdade insere-se no exercício do poder discricionário do Presidente da República, limitado a vedação prevista no inciso XLIII do artigo 5º da Carta da República"**, sendo certo que **"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 plena aplicada"**.

No aresto unânime então proferido, votaram com o Relator o eminente Ministro **MARCO AURÉLIO**, Presidente, e os eminentes Ministros **SEPÚLVEDA PERTENCE, CELSO DE MELLO, CARLOS VELLOSO, NELSON JOBIM, ELLEN GRACIE** e **GILMAR MENDES**.

O voto condutor desse paradigmático aresto, ao que parece o único proferido em sede de ação direta de inconstitucionalidade assestada em face de um decreto de indulto, bem explicitou a natureza do instituto do indulto e da comutação de penas e os únicos limites a ele impostos para sua edição pelo Presidente da República, como se colhe a seguir:

"Tenho por irretocável a decisão objeto deste referendo. Com efeito, afiguram-se desarrazoadas as alegações de que a concessão de indulto a presos que cumpriram mais de 15 (quinze) anos de pena ou que estejam em regime semi-aberto representa ameaça à segurança pública. Como se sabe, o tradicional indulto natalino traduz-se em cumprimento à competência constitucional reservada ao Presidente da República (CF, artigo 84, XII), que encontra limite apenas na vedação do artigo 5º, XLIII,

⁸ **"Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: I - anistia, graça e indulto; (...)"**.

da Carta Federal, razão pela qual não pode o ato ser considerado contrário à garantia social de segurança.

O indulto, modalidade de *graça*, como elementar, insere-se no exercício do poder discricionário de clemência que detém o Chefe do Poder Executivo, a evidenciar 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. Inaceitável pretender, dessa forma, que haja colisão entre o *caput* do artigo 6º [do decreto de indulto] e o inciso XII do artigo 84 da Constituição. A hipotética e subjetiva alegação de ameaça à segurança da sociedade não pode fundamentar limitação inexistente ao parâmetro constitucional que, como dito, restringe-se, por parte do Chefe do Poder Executivo, aos crimes hediondos, de tortura, tráfico de drogas e terrorismo”.

Essa firme orientação do Supremo Tribunal Federal sempre prevaleceu na jurisprudência da Corte desde o regime constitucional anterior a 1988, como se verifica do aresto unânime proferido pela 2ª Turma do Tribunal no **RHC n.º. 65.056** (DJ de 15/05/1987), sendo Relator o eminente Ministro **DJACI FALCÃO**, em cuja ementa se consignou:

“Se o Presidente da República, no decreto que concedeu indulto, enumerou exaustivamente as hipóteses excluídas do benefício, **não cabe ao juiz incumbido de aplicá-lo aos casos concretos acrescentar outras hipóteses de exclusão, sob pena de se substituir a quem detém os poderes de clemência, sem dispor de delegação para tanto (Constituição, art. 81, XXII e paragrafo)**. Condenado excluído do indulto de 1986 só por estar cumprindo pena por crime militar, hipótese não excluída pelo art. 2.º do Decreto 93.886, de 30.12.86. Provimento do recurso, para que a autoridade apontada como coatora aprecie o requerimento de indulto.”

Não foi por outra razão que, ao prover monocraticamente o **Recurso Extraordinário n.º. 648.457/RS**, a eminente Ministra **CÁRMEN LÚCIA**, em linha diametralmente oposta à contida na medida cautelar que concedeu na ADI de que se cuida, aplicou ao caso por ela examinado arestos proferidos pelo Plenário e pelas Turmas da Suprema Corte no **HC n.º. 90.364**, Rel. o eminente Ministro **RICARDO LEWANDOWSKI**, no **HC n.º. 84.829/PR**, Rel. o eminente Ministro **MARCO AURÉLIO**, e no **RHC n.º. 84.572/RJ**,

Rel. o eminente Ministro **SEPÚLVEDA PERTENCE**, em que o Tribunal assentou que "**o decreto presidencial que concede o indulto configura ato de governo, caracterizado pela ampla discricionariedade**" e "**se situa no grande âmbito da política criminal**".

Na referida decisão monocrática, partindo do aresto proferido na **ADI-MC n.º. 2.795/DF**, acima referido e transcrito, a eminente Ministra **CÁRMEN LÚCIA** enfatizou que a firme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconhece o amplo caráter discricionário do decreto com que o Chefe do Poder Executivo concede indulto e comutação de penas e invoca os arestos proferidos nos precedentes colacionados no parágrafo anterior como suporte para a demonstração desse fato:

"Nas palavras do Ministro Maurício Corrêa, Relator da ADI-MC 2795/DF, sufragadas pelo Plenário desta Corte:

'O indulto, modalidade de graça, como elementar, insere-se no poder discricionário de clemência que detém o Chefe do Poder Executivo, a evidenciar 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'.

Tenho, portanto, que a concessão de indulto configura típico ato governo, que se caracteriza, como assentei em sede acadêmica, pela 'ampla discricionariedade, inobstante seja empreendido para a consecução de fins constitucionalmente pré-ordenados e sujeitar-se ao controle de legalidade pelo Judiciário'.

A amparar esse entendimento existem algumas decisões desta Corte, a exemplo daquela proferida no HC 84.829/PR, Relator o Ministro Marco Aurélio:

'Observe-se a natureza, em si, do indulto. É ato do Presidente da República - praticado a partir do disposto no inciso XII do artigo 84 da Constituição Federal - que se situa no grande âmbito da política criminal. Surge a discricionariedade'.

A discricionariedade do ato presidencial é tão ampla que o STF, no RHC 84.572/RJ, sendo redator para o acórdão o Ministro Sepúlveda Pertence, admitiu, sem

reservas, que fossem excluídos do indulto aqueles que cometeram crimes hediondos, mesmo antes da Lei 8.072/90, nos seguintes termos:

'Tenho como certo, no entanto, com todas as vênias, que, na espécie, a exclusão do recorrente do indulto presidencial que reivindica não constitui aplicação retroativa da lei penal: é mero exercício do poder presidencial de graça, que implica o de excluir do benefício os condenados por quaisquer tipos penais, seja qual for a lei vigente no tempo de sua comissão'.

O assunto, interessantemente, já foi enfrentado em 1976, pelo já citado Nilo Batista, o qual, à época, ponderava o seguinte:

'Entendeu o legislador, todavia, que não deveria renunciar o Estado à execução das penas aplicadas por crimes contra a segurança nacional ou de tráfico de drogas. Transparece, na restrição, o caráter político que acompanha o direito da graça desde suas mais primitivas manifestações. São delitos cujas penas, a juízo do poder executivo, merecem ser integralmente executadas. Ainda quando se discorde dos critérios eleitos pelo legislador, força é convir que a ele era lícito estatuir classes de delitos cujas penas não fossem abrangidas pelo indulto e/ou comutação, e que tal restrição não significa disparidade de tratamento legal'.

Claro está, portanto, tratar-se de instrumento de política criminal de que dispõe o Chefe do Executivo, configurando o seu emprego típica sanção premial, na consagrada terminologia de Hans Kelsen.

E, em assim sendo, constitui decisão sujeita a critérios de conveniência e oportunidade, a ser empreendida sob a ótica da prevenção criminal, com amparo nos subsídios da Criminologia e demais ciências sociais.

Foi, portanto, no exercício de um juízo que informa tipicamente os atos de governo, que o Presidente da República houve por bem excluir do rol dos indultados aqueles apenados pela prática de crimes hediondos, sem que tenha, assim, cometido qualquer ilegalidade ou ofensa à Constituição" (grifos nossos)."

Com exceção às decisões com que ratificou *in totum* e, ao depois, parcialmente a medida cautelar concedida pela eminente Ministra CÁRMEN LÚCIA na ADI n°. 5.874/DF, tendo por objeto a arguição de inconstitucionalidade do decreto de indulto e de comutação de penas *sub examine* (Decreto n°.

9.246/17), o eminente Ministro **ROBERTO BARROSO** sempre reconheceu e destacou o caráter amplamente discricionário do poder de clemência outorgado pela Carta Magna ao Presidente da República, nos termos do art. 84, XII, ao julgar *habeas corpus*, recursos extraordinários e execuções penais relacionados aos condenados na **AP n.º. 470/MG** (caso "Mensalão").

Assim, no julgamento da **Questão de Ordem na Execução Penal n.º. 2/DF**, de que foi Relator, tendo por objeto a aplicação do Decreto de indulto n.º. 8.615/2015, o eminente Ministro **ROBERTO BARROSO** reconheceu e proclamou no voto condutor do aresto então proferido:

"31. O indulto configura uma espécie de clemência, sendo destinado a um grupo de sentenciados, levando em conta a duração das penas aplicadas. Concedido por decreto presidencial, ele requer o preenchimento de requisitos subjetivos (e.g., réu primário, bom comportamento carcerário) e objetivos (como o cumprimento de parte da pena, a exclusão de determinados tipos de crimes)⁹. A orientação pacífica do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que a concessão do indulto está inserida no exercício do poder discricionário do Presidente da República (ADI 2.795-MC, Rel. Min. Mauricio Corrêa). Vejam-se, nessa linha, o HC 90.364, Rel. Min. Ricardo Lewandowski; e o HC 84.829/PR, Rel. Min. Ministro Marco Aurélio.

32. Pois bem: no exercício desse poder discricionário conferido pelo art. 84, inciso XII, da CF/88, a Presidenta da República editou, no dia 23.12.2015, o Decreto n.º 8.615/2015 em que '*concede indulto natalino e comutação de penas e dá outras providências*'. Para o exercício desse poder discricionário, o Presidente da República conta com o auxílio do Conselho Nacional de Política Criminal (órgão colegiado integrante da estrutura do Ministério da Justiça, na forma do Decreto n.º 6.061/2007), que tem como uma de suas atribuições propor diretrizes da política criminal e penitenciária do país. Esse órgão é responsável por encaminhar, anualmente, proposta de Decreto Presidencial de Indulto Natalino ao Ministro da Justiça para posterior envio à Presidência da República."

⁹ V. Guilherme de Souza Nucci, *Código Penal Comentado*, 2014, p. 601.

Esse mesmo entendimento foi externado pelo eminente Ministro **ROBERTO BARROSO** nas **Execuções Penais n.ºs. 1/DF e 11/DF**, no que foi acompanhado à unanimidade pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal.

Pelo que se expôs até aqui, não há dúvida possível: a orientação pacífica do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que (i) **a concessão do indulto está inserida no exercício do amplo poder discricionário do Presidente da República, limitado apenas à vedação prevista no inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal (e, conseqüentemente, no art. 2º, I, da Lei n.º. 8.072/90, que implementou a limitação constitucional)**, razão por que não pode o ato ser considerado contrário à garantia social de segurança e (ii) **consubstancia instrumento de política criminal colocado à disposição do Estado, através do Chefe do Poder Executivo, para a reinserção e ressocialização dos condenados que a ele façam jus, segundo juízo de conveniência e oportunidade do mandatário maior da nação.**

Ora, a leitura do decreto presidencial de indulto de 2017 foi editado com estrita obediência à natureza e à finalidade do instituto, sem se poder cogitar de violação dos princípios da legalidade, razoabilidade e isonomia, conforme se colhe das informações prestadas pelo Presidente da República nos autos da **ADI n.º. 5.874/DF**, consubstanciadas em manifestações da Advocacia-Geral da União/Consultoria-Geral da União (**Informações n.º. 00002/2018/CONSUNIÃO/CGU/AGU**) e da Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil (**Nota SAJ n.º. 29/2018/SASOC/SAJ/CC-PR**):

"(...) no que concerne à alegação de afronta ao princípio da 'vedação da proteção insuficiente', resta claro que não houve nenhum desrespeito aos bens jurídicos tutelados pela norma penal. Tal como demonstrado pela Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil (Nota SAJ n.º. 29/2018/SASOC/SAJ/CC-PR), **a medida ora questionada se mostra legítima e proporcional, ao se levar em conta as justificativas apresentadas para a edição do ato normativo em tela:**

[...]

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 e 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 enrijecida da ideia 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 fator de melhoria do próprio ambiente prisional ao canalizar expectativas não atendidas pelo sistema dedicado à execução penal".**

De feito. Longe de violar qualquer norma constitucional ou infraconstitucional ou qualquer princípio, o decreto presidencial em comento consubstancia medida que se insere no âmbito da recomendação contida em vários Tratados e Convenções internacionais de Direitos Humanos e em decisões da Suprema Corte sobre a necessidade de, se não resolver, pelo menos mitigar o gravíssimo quadro prisional brasileiro, reconhecido internacionalmente como um dos piores do mundo e declarado pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro como "estado de coisas inconstitucional" diante da impossibilidade de fazer observar direitos fundamentais mínimos da imensa população carcerária brasileira.

Nesse sentido, não é demais dizer que, sem fugir à natureza genérica do decreto de indulto coletivo, o Presidente da República está cumprindo o seu dever de contribuir para a racionalização do sistema e para a mitigação de um quadro verdadeiramente inaceitável de violação de direitos e garantias fundamentais. Por isso mesmo, surpreende e choca verificar que essa imprescindível e elogiável iniciativa do Chefe do Poder Executivo, pautada na lei, na Constituição e nos melhores princípios que devem nortear a sua interpretação e aplicação, esteja a merecer da Procuradoria-Geral da República e no âmbito do Supremo Tribunal Federal restrições em nome e por conta de princípios de todo inaplicáveis à espécie.

Após haver reconhecido e declarado, ao julgar a Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF, "o estado de coisas inconstitucional" reinante no sistema penitenciário nacional e de instar todos os segmentos dos três Poderes da República a envidar esforços para combater "a lógica perversa do hiperencarceramento e reforçar o caráter subsidiário da prisão", revela-se verdadeiramente inaceitável verificar que o Chefe do Poder Executivo esteja a ser censurado por haver cumprido a sua parte nesse esforço para minimizar os efeitos da violação massiva de direitos

fundamentais dos presos, mediante decreto de indulto que não afronta nem princípios, nem a lei e nem a Constituição.

E mais: a despeito do que decidido na referida ADPF nº 347/DF, de que foi Relator o eminente Ministro **MARCO AURÉLIO** e que contou com expressivos e vigorosos votos dos eminentes Ministros integrantes do Plenário da Suprema Corte, entre eles **CÁRMEN LÚCIA** e **LUÍS ROBERTO BARROSO**, a maioria do Tribunal parece não ter levado a sério o quadro de compromissos assumidos no notável aresto então proferido, pois, pouco tempo após essa decisão, desvinculada do compromisso de combater "a lógica perversa do hiperencarceramento e reforçar o caráter subsidiário da prisão", proferiu uma das mais preocupantes decisões dos últimos tempos ao fazer tábula rasa da expressa garantia da presunção de inocência, estabelecida no art. 5º, LVII, da CF, no julgamento do HC nº 126.292/SP, e autorizar a prisão de milhares de pessoas condenadas sem trânsito em julgado em um sistema que reconheceu e declarou ser incapaz de respeitar os mais elementares direitos fundamentais.

Não é demais lembrar, a essa altura, o teor da ementa que encimou o notável aresto de julgamento da ADPF nº 347-MC/DF, da relatoria do eminente Ministro **MARCO AURÉLIO**:

"CUSTODIADO - INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL - SISTEMA PENITENCIÁRIO - ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL - ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil.

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".

FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL - VERBAS - CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional.

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA - OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão”.

No voto condutor desse aresto unânime, sob os títulos **“A situação vexaminosa do sistema penitenciário brasileiro”** e **“A violação de diversos direitos fundamentais e o aumento da criminalidade”**, assim o eminente Relator fez o libelo do sistema penitenciário nacional:

“A situação vexaminosa do sistema penitenciário brasileiro

O autor aponta violações sistemáticas de direitos fundamentais dos presos decorrentes do quadro revelado no sistema carcerário brasileiro. O Ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo, comparou as prisões brasileiras às ‘masmorras medievais’. A analogia não poderia ser melhor.

Dados da Comissão Parlamentar de Inquérito da Câmara dos Deputados (2007-2009), do Conselho Nacional de Justiça - CNJ e da Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - Clínica UERJ Direitos, cuja representação ao autor deu origem a este processo, confirmam o cenário descrito pelo requerente.

Segundo as investigações realizadas, a população carcerária, maioria de pobres e negros, alcançava, em maio de 2014, 711.463 presos, incluídos 147.397 em regime domiciliar, para 357.219 vagas disponíveis. Sem levar em conta o número de presos em domicílio, o déficit é de 206.307, subindo para 354.244, se computado. A deficiência de vagas poderia ser muito pior se não fossem os 373.991 mandados de prisão sem cumprimento.

Considerando o número total, até mesmo com as prisões domiciliares, o Brasil possui a terceira maior população carcerária do mundo, depois dos Estados Unidos e da China. Tendo presentes apenas os presos em presídios e delegacias, o Brasil fica em quarto lugar, após a Rússia.

A maior parte desses detentos está sujeita às seguintes condições: superlotação dos presídios, torturas, homicídios, violência sexual, celas imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida imprestável, falta de água potável, de produtos higiênicos básicos, de acesso à assistência judiciária, à educação, à saúde e ao trabalho, bem como amplo domínio dos cárceres por organizações criminosas, insuficiência do controle quanto ao cumprimento das penas, discriminação social, racial, de gênero e de orientação sexual.

Com o déficit prisional ultrapassando a casa das 206 mil vagas, salta aos olhos o problema da superlotação, que pode ser a origem de todos os males. No Relatório Final da Comissão Parlamentar de Inquérito da Câmara dos Deputados, formalizado em 2009, concluiu-se que 'a superlotação é talvez a mãe de todos os demais problemas do sistema carcerário. Celas superlotadas ocasionam insalubridade, doenças, motins, rebeliões, mortes, degradação da pessoa humana. A CPI encontrou homens amontoados como lixo humano em celas cheias, se revezando para dormir, ou dormindo em cima do vaso sanitário'.

Consta, na representação da Clínica UERJ Direitos, que, nos presídios e delegacias, por todo o país, as celas são abarrotadas de presos, que convivem espremidos, dormem sem camas ou colchões, em redes suspensas no teto, 'dentro' das paredes, em pé, em banheiros, corredores, pátios, barracos ou contêineres. Muitas vezes, precisam se revezar para dormir.

Os presídios e delegacias não oferecem, além de espaço, condições salubres mínimas. Segundo relatórios do Conselho Nacional de Justiça - CNJ, os presídios não possuem instalações adequadas à existência humana. Estruturas hidráulicas, sanitárias e elétricas precárias e celas imundas, sem iluminação e ventilação representam perigo constante e risco à saúde, ante a exposição a agentes causadores de infecções diversas. As áreas de banho e sol dividem o espaço com esgotos abertos, nos quais escorrem urina e fezes. Os presos não têm acesso a

água, para banho e hidratação, ou a alimentação de mínima qualidade, que, muitas vezes, chega a eles azeda ou estragada. Em alguns casos, comem com as mãos ou em sacos plásticos. Também não recebem material de higiene básica, como papel higiênico, escova de dentes ou, para as mulheres, absorvente íntimo. A Clínica UERJ Direitos informa que, em cadeia pública feminina em São Paulo, as detentas utilizam miolos de pão para a contenção do fluxo menstrual.

Além da falta de acesso a trabalho, educação ou qualquer outra forma de ocupação do tempo, os presos convivem com as barbáries promovidas entre si. São constantes os massacres, homicídios, violências sexuais, decapitação, estripação e esquartejamento. Sofrem com a tortura policial, espancamentos, estrangulamentos, choques elétricos, tiros com bala de borracha.

Quanto aos grupos vulneráveis, há relatos de travestis sendo forçados à prostituição. Esses casos revelam a ausência de critério de divisão de presos por celas, o que alcança também os relativos a idade, gravidade do delito e natureza temporária ou definitiva da penalidade.

O sistema como um todo surge com número insuficiente de agentes penitenciários, que ainda são mal remunerados, não recebem treinamento adequado, nem contam com equipamentos necessários ao desempenho das próprias atribuições.

O quadro não é exclusivo desse ou daquele presídio. A situação mostra-se similar em todas as unidades da Federação, devendo ser reconhecida a inequívoca falência do sistema prisional brasileiro.

A violação de diversos direitos fundamentais e o aumento da criminalidade

Diante de tais relatos, a conclusão deve ser única: no sistema prisional brasileiro, ocorre violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no tocante à dignidade, higidez física e integridade psíquica. A superlotação carcerária e a precariedade das instalações das delegacias e presídios, mais do que inobservância, pelo Estado, da ordem jurídica correspondente, configuram tratamento degradante, ultrajante e indigno a pessoas que se encontram sob custódia. As penas privativas de liberdade aplicadas em nossos presídios convertem-se em penas cruéis e

desumanas. Os presos tornam-se 'lixo digno do pior tratamento possível', sendo-lhes negado todo e qualquer direito à existência minimamente segura e salubre. Daí o acerto do Ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo, na comparação com as 'masmorras medievais'.

Nesse contexto, diversos dispositivos, contendo normas nucleares do programa objetivo de direitos fundamentais da Constituição Federal, são ofendidos: o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III); a proibição de tortura e tratamento desumano ou degradante de seres humanos (artigo 5º, inciso III); a vedação da aplicação de penas cruéis (artigo 5º, inciso XLVII, alínea "e"); o dever estatal de viabilizar o cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e sexo do apenado (artigo 5º, inciso XLVIII); a segurança dos presos à integridade física e moral (artigo 5º, inciso XLIX); e os direitos à saúde, educação, alimentação, trabalho, previdência e assistência social (artigo 6º) e à assistência judiciária (artigo 5º, inciso LXXIV).

Outras normas são afrontadas, igualmente reconhecedoras dos direitos dos presos: o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes e a Convenção Americana de Direitos Humanos.

Também a legislação interna é transgredida: a Lei nº 7.210, de 1984, a chamada 'Lei de Execução Penal', na qual são assegurados diversos desses direitos, inclusive o alusivo a cela individual salubre e com área mínima de seis metros quadrados, e a Lei Complementar nº 79/94, por meio da qual foi criado o Fundo Penitenciário Nacional - FUNPEN, cujos recursos estão sendo contingenciados pela União, impedindo a formulação de novas políticas públicas ou a melhoria das existentes e contribuindo para o agravamento do quadro.

Importa destacar que a forte violação dos direitos fundamentais dos presos repercute além das respectivas situações subjetivas, produzindo mais violência contra a própria sociedade. Segundo as palavras da professora Ana Paula de Barcellos, 'o tratamento desumano conferido aos presos não é um problema apenas dos presos: a sociedade livre recebe os reflexos dessa política sob a forma de mais violência' (BARCELLOS, Ana Paula de. Violência urbana, condições das prisões e

dignidade humana. Revista de Direito Administrativo nº 254, 2010 [Biblioteca Digital Fórum de Direito Público]).

Os cárceres brasileiros não servem à ressocialização dos presos. É incontestável que implicam o aumento da criminalidade, transformando pequenos delinquentes em 'monstros do crime'. A prova da ineficiência do sistema como política de segurança pública está nas altas taxas de reincidência. E o que é pior: o reincidente passa a cometer crimes ainda mais graves. Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça - CNJ, essa taxa fica em torno de 70% e alcança, na maioria, presos provisórios que passaram, ante o contato com outros mais perigosos, a integrar alguma das facções criminosas.

A situação é, em síntese, assustadora: dentro dos presídios, violações sistemáticas de direitos humanos; fora deles, aumento da criminalidade e da insegurança social”.

É muito importante destacar que esses dados alarmantes são de 2014. Decorridos três anos desde o julgamento da ADPF nº 347/DF, o quadro infernal descrito no aresto da Suprema Corte piorou consideravelmente e tende a se agravar ainda mais com os efeitos da decisão com que o STF autorizou a prisão após a condenação em segunda instância e, portanto, com vulneração da garantia da presunção de inocência, e com a suspensão dos efeitos do Decreto de Indulto de que se cuida, como bem demonstram os relatos e os números alarmantes apresentados nos autos da ADI nº 5.874/DF, ora em exame, nas informações prestadas pelo Presidente da República e nas excelentes manifestações produzidas pelos *amici curiae* admitidos nos autos (Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais, Defensoria Pública da União e Instituto de Garantias Penais).

Sendo esse o quadro, também não se poderia deixar de registrar o capítulo em que, sob o título “A responsabilidade do Poder Público”, o eminente Ministro Relator da ADPF nº347/DF bem divisa a responsabilidade dos três Poderes da República “pelo estágio ao qual chegamos”. É conferir:

"A responsabilidade do Poder Público

A responsabilidade pelo estágio ao qual chegamos, como aduziu o requerente, não pode ser atribuída a um único e exclusivo Poder, mas aos três - Legislativo, Executivo e Judiciário -, e não só os da União, como também os dos estados e do Distrito Federal. Há, na realidade, problemas tanto de formulação e implementação de políticas públicas, quanto de interpretação e aplicação da lei penal. Falta coordenação institucional. O quadro inconstitucional de violação generalizada e contínua dos direitos fundamentais dos presos é diariamente agravado em razão de ações e omissões, falhas estruturais, de todos os poderes públicos da União, dos estados e do Distrito Federal, sobressaindo a sistemática inércia e incapacidade das autoridades públicas em superá-lo.

Apesar de muitos dos direitos violados serem assegurados na Lei nº 7.210/84 - Lei de Execução Penal - e na Lei Complementar nº 79/94 - Lei do Fundo Penitenciário Nacional -, assiste-se à omissão reiterada e persistente das autoridades públicas no cumprimento das obrigações estabelecidas em favor dos presos. Verifica-se situação de fracasso das políticas legislativas, administrativas e orçamentárias. Há defeito generalizado e estrutural de políticas públicas e nada é feito pelos Poderes Executivo e Legislativo para transformar o quadro.

A inércia configura-se não apenas quando ausente a legislação, mas também se inexistente qualquer tentativa de modificação da situação, uma vez identificada a insuficiência da proteção conferida pela execução das normas vigentes. Esse é o cenário legislativo dos direitos dos presos - as leis, versando-os, simplesmente 'não pegaram', não se concretizaram em proteção efetiva daqueles que deveriam ser beneficiados, e nada se tenta para alterar isso. É possível citar, por exemplo, o fato de, mesmo instalada a mencionada Comissão Parlamentar de Inquérito na Câmara dos Deputados, constatadas as inconstitucionalidades decorrentes de sistema carcerário e notificadas diversas autoridades a respeito, não foram envidados esforços e propostas para modificá-lo.

A ausência de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias eficazes representa falha

estrutural a gerar tanto a violação sistemática dos direitos, quanto a perpetuação e o agravamento da situação. A inércia, como dito, não é de uma única autoridade pública - do Legislativo ou do Executivo de uma particular unidade federativa -, e sim do funcionamento deficiente do Estado como um todo. Os poderes, órgãos e entidades federais e estaduais, em conjunto, vêm se mantendo incapazes e manifestando verdadeira falta de vontade em buscar superar ou reduzir o quadro objetivo de inconstitucionalidade. Faltam sensibilidade legislativa e motivação política do Executivo.

É possível apontar a responsabilidade do Judiciário no que 41% desses presos, aproximadamente, estão sob custódia provisória. Pesquisas demonstram que, julgados, a maioria alcança a absolvição ou a condenação a penas alternativas, surgindo, assim, o equívoco da chamada 'cultura do encarceramento'.

Verifica-se a manutenção de elevado número de presos para além do tempo de pena fixado, evidenciada a inadequada assistência judiciária. Não é por menos que os mutirões carcerários do Conselho Nacional de Justiça - CNJ tiveram como resultado a libertação, desde 2008, de dezenas de milhares de presos que já haviam cumprido pena. Os reclusos, muitas vezes, não possuem sequer informações sobre os processos criminais. É certo que o Judiciário e a Defensoria Pública contam com número insuficiente de Varas de Execuções Penais, implicando o encarceramento acima do que determinado judicialmente. A violação aos direitos fundamentais processuais dos presos agrava ainda mais o problema da superlotação carcerária.

A responsabilidade do Poder Público é sistêmica, revelado amplo espectro de deficiência nas ações estatais. Tem-se a denominada 'falha estatal estrutural'. As leis existentes, porque não observadas, deixam de conduzir à proteção aos direitos fundamentais dos presos. Executivo e Legislativo, titulares do condomínio legislativo sobre as matérias relacionadas, não se comunicam. **As políticas públicas em vigor mostram-se incapazes de reverter o quadro de inconstitucionalidades. O Judiciário, ao implementar número excessivo de prisões provisórias, coloca em prática a 'cultura do encarceramento', que, repita-se, agravou a superlotação carcerária e não diminuiu a insegurança social nas cidades e zonas rurais.**

Em síntese, assiste-se ao mau funcionamento estrutural e histórico do Estado - União, estados e Distrito Federal, considerados os três Poderes - como fator da violação de direitos fundamentais dos presos e da própria insegurança da sociedade. Ante tal quadro, a solução, ou conjunto de soluções, para ganhar efetividade, deve possuir alcance orgânico de mesma extensão, ou seja, deve envolver a atuação coordenada e mutuamente complementar do Legislativo, do Executivo e do Judiciário, dos diferentes níveis federativos, e não apenas de um único órgão ou entidade.

Trata-se do que a doutrina vem designando de "litígio estrutural", no qual são necessárias outras políticas públicas ou correção daquelas que não alcançam os objetivos desejados, alocação de recursos orçamentários, ajustes nos arranjos institucionais e nas próprias instituições, novas interpretações e aplicações das leis penais, enfim, um amplo conjunto de mudanças estruturais, envolvida uma pluralidade de autoridades públicas.

A vontade política de um único órgão ou poder não servirá para resolver o quadro de inconstitucionalidades. A eliminação ou a redução dos problemas dependem da coordenação de medidas de diferentes naturezas e oriundas da União, dos estados e do Distrito Federal: intervenções legislativas, executivas, orçamentárias e interpretativas (Judiciário). A solução requer ações orquestradas, a passagem do concerto (com C) institucional para o conserto (com S) do quadro inconstitucional".

Concessa *maxima venia*, não parece razoável imaginar que, diante de tal quadro reconhecido e proclamado pela Suprema Corte brasileira no tocante à falência total do sistema penitenciário nacional que se transformou em "masmorra medieval" e em perigosíssimo ambiente criminógeno, se possa qualificar o decreto de indulto *sub examine* como inconstitucional, por desvio de finalidade, por violação do princípio da separação de Poderes e por afronta ao princípio da vedação da proteção insuficiente.

O que fez o Presidente da República, no caso sob exame, foi exercer a sua competência constitucional inscrita no art. 84, XII, da CF e contribuir para se combater "a lógica do

hiperencarceramento”, tendo em conta o “caráter subsidiário da prisão”, exatamente como recomendado pelo eminente Ministro **LUÍS ROBERTO BARROSO** no julgamento do RE 580.252/MS, com repercussão geral, sendo Relator o eminente Ministro **ALEXANDRE DE MORAES**.

Em seu excelente voto, aduziu o Ministro **BARROSO** que, entre outros graves problemas do sistema carcerário brasileiro, encontra-se a lógica do hiperencarceramento, que precisa ser rompida, nos seguintes termos:

“Em segundo lugar, é preciso romper com a lógica do hiperencarceramento que está por trás dos índices de crescimento exponencial da população prisional brasileira. O imaginário coletivo é permeado pela ideia de que colocar pessoas atrás das grades é a única resposta legítima para lidar com a criminalidade, independentemente do tipo e da gravidade do crime praticado. Porém, como demonstram os dados, trata-se de uma lógica falha. O encarceramento em massa não tem contribuído para os objetivos das políticas de segurança pública e para a prevenção do crime - ao contrário, tem favorecido o aumento da prática delitiva. Ele tampouco tem permitido a ressocialização dos presos, possuindo, em verdade, um efeito estigmatizante e degenerativo sobre a população carcerária. Apesar disso, a política tem gerado altos custos para os cofres públicos e para a sociedade.

Não ignoro que toda sociedade democrática precisa de uma dose inevitável e proporcional de repressão penal e punição, como pressuposto da vida civilizada e da proteção dos direitos humanos de todos. A despeito disso, é imperativo encontrar um ponto de equilíbrio. O direito penal deve ser moderado e sério: sem excesso de tipificações, que geralmente importam em criminalização da pobreza, e sem exacerbação de penas, que apenas superlotam presídios degradados. Como exige a Constituição, a privação de liberdade deve ser medida de ultima ratio, aplicada apenas quando a gravidade da ofensa e a importância do bem jurídico tutelado tornarem todas as demais medidas nitidamente inadequadas”.

E para que se possa combater a lógica do hiperencarceramento e reforçar o caráter subsidiário da prisão, sustentou o eminente Ministro **BARROSO** que o Direito pode

oferecer algumas respostas, entre outras, tais como: ampliação das penas alternativas à prisão e as hipóteses de cabimento de prisão domiciliar monitorada; **revisar a política de encarceramento em crimes sem violência ou grave ameaça contra a pessoa**; revisar a política de drogas, com critérios legais para se diferenciar usuário de pequeno e grande traficante; realizar debate público sobre a descriminalização do consumo e do comércio de drogas; exigir a elaboração de estudo de impacto político-criminal pelo Poder Legislativo previamente à aprovação de qualquer reforma na seara criminal; incentivar políticas de prevenção do crime; e **realizar campanhas institucionais de conscientização da população a respeito das condições dos presídios brasileiros e de seu impacto negativo sobre o aumento da violência e a segurança pública.**

E mais: nesse mesmo contexto, ponderou que, "independentemente das medidas a serem adotadas, para que uma ampla reforma seja possível, é preciso primeiro, que cada um dos poderes e instituições envolvidos reconheça a gravidade da situação e suas responsabilidades em seu enfrentamento, abandonado a inércia que caracterizou a política penitenciária por tantas décadas. É fundamental, ainda, que as instituições relacionadas ao sistema prisional assumam, cada uma, a sua parcela de culpa e empreendam um esforço conjunto e cooperativo no sentido de garantir aos presos os direitos mais básicos que lhe são assegurados pela Constituição".

Pois bem. Ao expedir o decreto de indulto sob análise, em dezembro de 2017, o Presidente da República cumpriu o seu dever de contribuir para a quebra da lógica do hiperencarceramento, nesse estágio gravíssimo de convulsão do sistema penitenciário brasileiro, decorrente principalmente de sua assombrosa superlotação. Fê-lo, como se pode ver do teor do decreto, sem qualquer desvio de finalidade, sem violação ao princípio da razoabilidade ou da isonomia e sem violação ao princípio da separação dos Poderes.

O ato presidencial em tela estabeleceu regras gerais, impessoais e proporcionais, com critérios mais rígidos para os condenados por crimes graves ou praticados em reincidência, e critérios mais brandos para os condenados por crimes sem grave ameaça ou violência contra a pessoa, preocupando-se, de forma destacada, com a população carcerária feminina -- nada tendo estabelecido que viole as competências e as prerrogativas dos Poderes Legislativo e Judiciário.

No âmbito das insurgências contra o referido decreto, verifica-se claramente uma tentativa de vinculação de sua edição com os movimentos de combate à corrupção e à impunidade, principalmente à denominada Operação Lava Jato. A rigor, pelo que se colhe da inicial da ADI 5.874/DF e da decisão com que a Presidência do STF concedeu a medida cautelar suspensiva do decreto de indulto sob análise, esses movimentos e essa operação terminaram por influenciar a iniciativa da PGR e a decisão cautelar acima referida. Mas, certamente, não pode ter sido o móvel para a expedição do decreto de indulto.

Com efeito, como é sabido, o referido decreto só alcança fatos pretéritos, sendo certo que a denominada Operação Lava Jato sequer apresenta condenações que possam ser abrangidas pelos efeitos do decreto de indulto de 2017. As suas regras valem apenas para os condenados que, até 25/12/2017, já tenham cumprido seus requisitos, circunstância que impede a aplicação do indulto a investigados ou processados não condenados, como minuciosamente demonstrado na **Nota SAJ n° 29/2018/SASOC/SAJ/CC-PR**, que instruiu as informações pelo Presidente da República dos autos da **ADI n° 5.874/DF**.

Por igual, a pretensão de exclusão de crime de corrupção e correlatos do âmbito do decreto de indulto, muitos deles caracterizadores de infrações de média potencialidade ofensiva e todos eles desprovidos de grave ameaça ou violência contra a pessoa, não tem a menor razão de ser, seja por tratar-se de opção discricionária do Presidente da República, como se demonstrou anteriormente, seja à luz do direito posto (a

natureza desses crimes com as características acima especificadas foi estabelecida pelo legislador), seja por afrontar o princípio da igualdade com relação a condenados por crimes de idêntica potencialidade ofensiva.

Sendo esse o contexto, não há negar, a pretensão da PGR em ver excluídos esses crimes do âmbito do decreto de indulto não só violaria a prerrogativa constitucional privativa do Presidente da República de especificar os crimes a serem abrangidos pela clemência presidencial, mas só se justificaria para prestigiar um direito penal que prima pelo punitivismo exacerbado, *máxime* no âmbito de uma operação que já se notabilizou por tentar instituir, no país, um sistema paralelo de supressão de direitos e garantias constitucionais.

Há mais, contudo. Também não se justificaria tal exclusão em nome de princípios de todo inaplicáveis à espécie, como o *princípio da vedação de proteção insuficiente*, que, no caso, só poderia servir de pretexto para subtrair-se do Presidente da República uma competência constitucional explícita que lhe foi outorgada pelo Poder Constituinte originário e que se encontra definida e muito bem definida pelo eminente Ministro **ROBERTO BARROSO**, entre outros, no julgamento da **Execução Penal nº. 2/DF**, em que reconheceu e destacou que “*A orientação pacífica do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que a concessão do indulto está inserida no exercício do poder discricionário do Presidente da República*”.

Aliás, a rigor, só se poderia conceber a aplicação de um tal princípio (*princípio da vedação de proteção insuficiente*) em casos como os dos presos do sistema penitenciário brasileiro, definido pela Suprema Corte como “*estado de coisas inconstitucional*”, em razão da completa e total supressão de seus direitos fundamentais em face da inércia do Poder Público em sua manifestação tripartite: Executivo, Legislativo e Judiciário, conforme também identificado no notável aresto de julgamento da **ADPF nº. 347/DF**.

Também por isso não parece razoável usurpar-se a competência privativa do Presidente da República para indultar condenados pela prática de "*crimes relacionados à corrupção*" (crimes contra a administração pública), seja porque o indulto deixaria de prevenir o cometimento de novos crimes, seja porque a sua inclusão no perdão presidencial seria desprovida de legitimidade democrática (dada a evidente ausência de correspondência entre o ato presidencial e a vontade da sociedade), seja porque o perdão nesses casos tornaria claramente insuficiente a proteção da moralidade e da probidade administrativa.

Fato é que, a prevalecer esse subjetivismo exacerbado, veiculado através de princípio de todo inaplicável à espécie, ter-se-á, mais do que usurpado competência constitucional do Presidente da República, violado o *princípio da separação dos poderes* e revogado o art. 84, XII, da Constituição Federal. Esta constatação encontra dados objetivos na decisão com que o eminente Ministro **ROBERTO BARROSO**, em 12/03/2018, manteve a suspensão parcial do decreto presidencial quanto à fração e aos limites de penas e, desde logo, reescrevendo-o, condicionou o cumprimento de parte dele aos requisitos objetivos que entendeu de estabelecer, ele próprio, eminente Ministro do Supremo Tribunal Federal.

No tocante ao fato de o *Conselho Nacional de Política Criminal* haver sugerido a não inclusão dos "*crimes relacionados à corrupção*" (crimes contra a administração pública) no rol dos abrangidos pelo decreto de indulto, isso em nada deslegitima o ato privativo do Presidente da República, pelo menos por duas ordens de razões: a uma, o texto constitucional (art. 84, XII) é expresso em dizer que "*Compete privativamente ao Presidente da República conceder indulto e comutar penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos por lei*" -- daí não se inferindo que, ao não acolher a sugestão do *Conselho Nacional de Política Criminal*, houvesse

incidido em inconstitucionalidade ou em ilegalidade. A duas, porque, conforme se colhe dos autos da **ADI nº. 5.874/DF**, aquele Conselho apresentou a sugestão com base nas gestões dos Procuradores da *Força-Tarefa da Lavajato em Curitiba/PR*, nada tendo aduzido, do ponto de vista estritamente jurídico, que impedisse ou desaconselhasse a inclusão de tais crimes no âmbito do perdão presidencial.

Já no que diz respeito à fração de 1/5 (um quinto) de cumprimento de penas e o não estabelecimento de limite máximo de seu cumprimento, nos termos do decreto de indulto, nada que aí se estabeleceu encontra óbice legal ou constitucional, como demonstraram cumpridamente o Presidente da República, em suas informações, e os *amici curiae*, em suas fundadas e documentadas manifestações. É que, conforme reconheceu o eminente Ministro **ROBERTO BARROSO**, em sua decisão de 12/03/2018, a análise histórica dos decretos de indulto natalino nas três últimas décadas revela uma tendência de abrandamento nos requisitos para a concessão do perdão presidencial:

"41. O indulto foi previsto em todas as constituições do país, desde o Império. Na Constituição de 1988, o art. 84, XII, prevê a competência do Presidente da República para 'conceder indulto e comutar penas, com a audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei'. Na legislação infraconstitucional, o art. 107, II, do Código Penal prevê o indulto como causa de extinção da punibilidade. Desde 1988, todos os anos foram expedidos decretos de concessão do benefício. Como a sua publicação costuma ocorrer em data próxima ao Natal, convencionou-se a referência ao indulto natalino.

42. Ao longo desses quase trinta anos, a análise dos decretos de indulto natalino revela uma tendência de abrandamento nos requisitos para a concessão do perdão presidencial. Até o início da década de 1990, os decretos previam uma longa lista de crimes excluídos do benefício. Aos poucos, essa lista foi progressivamente reduzida, passando-se a admitir a concessão do perdão inclusive para crimes com emprego de violência e grave ameaça, com relação aos quais se costuma exigir um tempo de cumprimento de pena maior. Também com relação à pena máxima aplicada, verificase a tendência de se admitir o indulto para penas cada vez mais altas. No início da década de 1990, o limite máximo da

pena era de 4 anos, depois passou a 6 anos, então 8 anos, depois 12 anos, até o ano de 2017, em que não se previu nenhum limite de pena.

(...)

45. Assim, no direito brasileiro, diferentemente de outros países, o indulto coletivo não foi extinto. Pelo contrário: o uso desse instituto foi ampliado ao longo do tempo, sob a justificativa de compor a política criminal e penitenciária. Não há, contudo, dados oficiais nacionais a respeito do número de indultos concedidos ao longo dos últimos anos. Devido à preocupação em apurar o impacto desta decisão sobre o sistema carcerário, foram colhidos os dados dos Estados da Federação que possuíam registros a respeito do número de indultados nos últimos anos. De acordo com informações dos Tribunais de Justiça dos Estados do Espírito Santo, Piauí, Santa Catarina, Paraná e Rio Grande do Sul, entre os anos de 2013 e 2017, foram concedidos 27.681 indultos nesses cinco estados, o que corresponde a uma média de 5.536 benefícios por ano, 1.107 por estado a cada ano”.

E é compreensível que, diante do quadro descrito no aresto de julgamento da ADPF nº 347/DF e de vários outros precedentes da Suprema Corte sobre a necessidade de se romper a lógica do hiperencarceramento que, apesar de consubstanciar tema que não é “campeão de audiência”, na expressão do eminente Ministro **MARCO AURÉLIO**, alarma e assusta, não só pelo caráter criminógeno que a promiscuidade carcerária gera, mas por razões humanitárias, sendo certo que essa enorme massa carcerária de um dos sistemas penitenciários mais perversos do mundo encontra-se desprovida dos mais mínimos direitos fundamentais. Por isso mesmo, o quadro evolutivo na flexibilização de alguns critérios, respeitadas as restrições constitucionais e legais (arts. 5º, XLIII, da CF e 2º, I, da Lei nº 8.072/90), procura traduzir a necessidade de estabelecer uma política carcerária de emergência que evite a explosão do sistema.

Compartilho, pois, de todas as considerações feitas nas informações prestadas pelo Presidente da República e pelos *amici curiae* nos autos da ADI nº 5.874/DF, no sentido de que o decreto de indulto presidencial de 2017 guarda conformidade com a Constituição Federal e com as leis do país,

devendo ser prestigiado como importante e necessário instrumento de rompimento do que se denominou de a "lógica do hiperencarceramento", com todas as suas nefastas e reconhecidas consequências.

Não vejo, pois, inconstitucionalidade na inclusão dos crimes relacionados à corrupção no perdão presidencial, nem a sua concessão nos casos de penas de multa e de penas restritivas de direito, nem aos casos de condenação com execução provisória pendente de recurso da acusação, nem a sua concessão tendo como marcos objetivos um quinto de cumprimento de penas, não havendo razão para se estimar, no caso concreto do decreto, qualquer aberração no não estabelecimento do limite máximo de pena a ser cumprida.

Destaco, ainda, que compartilho das conclusões mediante as quais o eminente Ministro **ROBERTO BARROSO** afastou, na decisão de 12 de março de 2018, algumas das inconstitucionalidades arguidas pela PGR, como anteriormente anotei e destaquei no corpo deste voto.

Por último, devo registrar que um único ponto do decreto de indulto pode se revelar insubsistente, dada a natureza do indulto. Trata-se do relativo à sua incidência no caso de suspensão condicional do processo, hipótese em que não há condenação. Ora, por definição, como destacado por **NILO BATISTA**¹⁰, em estudo sobre a natureza do indulto, este "verdadeiramente significa, como lembra **JESCHECK**, uma renúncia ao direito de execução da pena (*"einen Verzicht auf das Strafvolls-treckngrscht"*); **ANTOLISEI** menciona *"l'abbandono, da parte dello Stato, del potere-devere di infliggere al reo la pena comminata dalla legge"*. Embora em perspectiva puramente processual, **MAURACH** não se afasta dessa linha, referindo-se a "impedimento de ejecución".

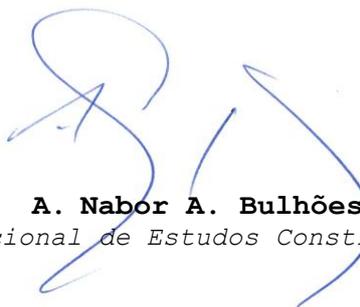
¹⁰ BATISTA, Nilo. *Um pensamento sobre indulto*. Revista de Direito Penal. 19/20, 1975. Pp. 35-38/Revista de Direito Penal.

Acrescenta aquele eminente penalista que, “no Brasil, é essa opinião abalisada de **ANIBAL BRUNO**, para quem o indulto ‘impede tão-só a execução da pena a quem tenham sido condenados os que dele se beneficiam’. O efeito do indulto é a extinção da punibilidade no aspecto particular da execução da pena”.

Ora, como na suspensão condicional do processo não se pode falar em pena e em condenação, falta pressuposto para a aplicação de perdão presidencial mediante indulto, como se colhe da natureza constitucional do instituto. De consequência, neste único ponto, entendo que não pode subsistir, por falta de pressuposto básico do instituto, o Decreto nº 9.246/2017.

É como voto.

Brasília, 21 de maio de 2018.



A. Nabor A. Bulhões

(Membro da Comissão Nacional de Estudos Constitucionais - CFOAB/CNECO)