



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO - UFPE

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - CCJ

FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE - FDR

Camila Maria Leal Guimarães

Concessão da medida cautelar suspendendo em parte a eficácia do decreto 9246/2017 em sede da ADI 5874/DF: concessão de indulto além dos limites?

Recife

2019

Concessão da medida cautelar suspendendo em parte a eficácia do decreto 9246/2017 em sede da ADI 5874/DF: concessão de indulto além dos limites?

**Monografia realizada por Camila Maria Leal
Guimarães como requisito para a nota da
disciplina de TCC 3.**

Orientadora: Eleonora Luna

10º período – Manhã

Recife

2019

Resumo

O presente trabalho de conclusão de curso se propõe a analisar a decisão de concessão da medida cautelar que suspendeu a eficácia do decreto presidencial nº 9246/17, que trata da concessão de indulto e comutação de penas sob a égide do período natalino do ano de 2017, expedido pelo Presidente da República Michel Temer em 22/12/2017; a decisão foi prolatada pela Ministra Cármen Lúcia, em sede da ADI nº 5874/DF, cuja impetrante foi a Procuradora-Geral da República Raquel Dodge.

Será estudado o conteúdo controverso do decreto presidencial, a ADI nº 5874/DF, em especial a medida cautelar concedida pela Ministra Cármen Lúcia, e também os posicionamentos doutrinário e jurisprudencial atinentes ao caso, além disso, será trazida a baila elucidação acerca do instituto do indulto no Brasil e no mundo historicamente.

O objetivo da análise é identificar os argumentos apresentados na petição inicial bem como na decisão de concessão da medida cautelar supracitada e, dentro desse contexto, estudar o instituto do indulto, analisando criticamente seu regramento.

Sumário

Introdução	1
Capítulo 1. O decreto presidencial nº 9246/2017 e os pontos controvertidos pela ADI 5874/17.....	4
Capítulo 2. A medida cautelar de suspensão da eficácia do indulto...	13
Capítulo 3. O instituto do indulto: raízes históricas.....	19
Capítulo 4. Aplicação do indulto no Brasil.....	22
Considerações finais.....	29
Referências bibliográficas.....	41

Introdução

O instituto do indulto é normalmente utilizado no Brasil nas vésperas do natal, a cada ano. Seu objetivo, conforme ensinam diversos doutrinadores, é evitar o excesso na aplicação da pena, seja por questões de saúde de determinados presos, tais como deficientes, acometidos por doenças graves ou para aqueles com mais de 60 anos. Também é largamente utilizado para beneficiar grávidas e mães de menores. Esse é o chamado indulto humanitário. Também há, tradicionalmente, a concessão de indulto quando o preso já cumpriu parte de sua pena (a maioria dos decretos anteriores a 2017 estabeleceram essa fração em 1/3), progrediu de regime e/ou está trabalhando ou estudando, não tendo cometido falta grave durante o cumprimento de pena, ou pelo menos nos doze meses anteriores à decretação do indulto. Estes são alguns dos requisitos e/ou hipóteses historicamente considerados nos decretos de indultos.

Em 21 de dezembro de 2017, o decreto editado pelo Presidente Michel Temer concedeu indulto para pessoas que tenham cumprido 1/5 e, em casos de crimes contra o patrimônio, até mesmo 1/6 de sua pena, se não reincidentes. O indulto atingiu, inclusive, quem cumpria penas restritivas de direitos e quem foi condenado à pena de multa. O texto do decreto prevê a aplicação imediata do benefício, mesmo que pendente recurso da acusação, ou seja, sem o trânsito em julgado da sentença. Outro artigo do decreto que gerou controvérsia jurídica foi o artigo 11, inciso III, o qual permite que pessoas que respondem processo por crime hediondo recebam indulto por crimes aos quais já foram condenadas.

A norma foi impugnada através de Ação Direta de Inconstitucionalidade, impetrada pela Procuradoria-Geral da República (Ministério Público Federal), na qual foi pedida a concessão de medida cautelar que suspendesse a produção de efeitos do decreto, com base no *fumus boni juris* dos argumentos apresentados e no *periculum in mora* pelo risco de inevitáveis extinções indevidas de punibilidade, sem possibilidade de retroação ao *status quo ante*.

A Ministra Cármen Lúcia, em plantão judiciário do STF, concedeu a liminar que suspendeu a eficácia do decreto e nenhum preso em 2017 foi beneficiado pelo indulto.

Após o retorno das atividades normais do STF, o relator do processo, Min. Luís Roberto Barroso, proferiu nova decisão mantendo a suspensão do decreto e

alterando algumas hipóteses de incidência, apenas permitindo que fosse aplicado indulto em relação a processos com condenação não superior a 8 anos, transitados em julgado e cuja pena tenha sido cumprida em pelo menos 1/3. Um dos argumentos utilizados por Barroso e já defendidos por Raquel Dodge (Procuradora-Geral da República), é a indevida expansão de hipóteses a permitirem o indulto do decreto *sub examen* em relação aos demais anteriormente proferidos ao longo de 30 anos de existência da atual ordem jurídica brasileira.¹ Disparidade que alarga sobremaneira as hipóteses de incidência do benefício, o qual deveria ser utilizado como uma exceção e de maneira criteriosa, sob pena de reduzir a quase nada todo o arcabouço normativo penal do país, bem como a atuação do poder judiciário.

Crimes como corrupção, concussão, lavagem de dinheiro, crimes contra o sistema financeiro nacional (os chamados “crimes de colarinho branco”), os quais também estão abrangidos pelo decreto 9246/17, foram atingidos pela suspensão do benefício.

Hoje, o decreto continua suspenso em parte e o processo ainda corre perante o STF.

Passa-se, pois, à análise desta decisão sob os pontos de vista normativo, doutrinário, jurisprudencial e social.

A decisão foi tomada em um momento político conturbado do país, em que as instituições públicas perderam grande parte do respeito e da confiança da população.

O alto índice de violência assusta a todos, a ponto de o Estado do Rio de Janeiro ter ficado sob intervenção Federal em 2018.²

A operação Lava Jato, cujo alvo mais importante são autoridades e ex-autoridades do Estado envolvidos em crimes contra a administração pública *latu*

1 SUPERMO TRIBUNAL FEDERAL. **MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE**

5.874 DISTRITO FEDERAL. DF, 12 de março de 2018. p 19-21;51-52.

2 ALVES, Raoni. **Fim da intervenção federal no RJ: 'Cumprimos a missão', diz general**. Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <https://www.google.com/amp/s/g1.globo.com/google/amp/rj/rio-de-janeiro/noticia/2018/12/27/cerimonia-encerra-intervencao-federal-na-seguranca-do-rj.ghml>. Acesso em: 26/03/2019.

sensu, completou no dia 17 de março de 2019 cinco anos, com 155 pessoas já condenadas, conforme pesquisa da agência Brasil.³

Em um momento como esse, princípios como moralidade administrativa, transparência, ética estão na ordem do dia.

No presente trabalho será abordada a ADI proposta contra o decreto de indulto 9246/17, analisando os argumentos defendidos pela PGR. Considerações doutrinárias sobre o tema também serão trazidas à baila. Da mesma forma, pronunciamentos anteriores das Cortes nacionais sobre o tema também serão apresentados.

A análise deste caso concreto dará também oportunidade de refletir sobre o instituto do indulto no Brasil. Como se dá sua normatividade e como ela interfere na sua aplicação. De que modo esta normatividade é interpretada pelas Cortes brasileiras, posto que o instituto é normatizado pela Constituição, a qual não estabelece requisitos, *modus operandi*, nem ao menos define o que é indulto e para que serve. O CP apenas o classifica como causa extintiva de punibilidade, sem maiores esclarecimentos. A LEP apenas informa como o indulto interfere no processo de execução, com normas procedimentais. Mais uma vez, sem explicar o instituto ou regulamentá-lo. A doutrina conceitua o indulto, mas não vincula o Chefe de Estado. Esse cenário gera insegurança jurídica quanto às balizas que são adotadas a cada ano em matéria de indulto e comutação de penas. Esse estado de coisas pode gerar enormes discrepâncias, como nesta situação hipotética: dois presos são beneficiados com indulto ao mesmo tempo, sendo que um deles foi condenado a 5 anos de prisão e cumpriu metade da pena e o outro foi condenado a 20 anos, pois praticou um crime mais grave, e cumpriu apenas 1/5 de sua pena.

³ **Lava Jato completa 5 anos com 155 pessoas condenadas.** 2019. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2019-03/lava-jato-completa-cinco-anos-com-155-pessoas-condenadas?amp>. Acesso em: 28/04/2019.

Capítulo 1. O decreto presidencial nº 9246/2017 e os pontos controvertidos pela ADI 5874/17

O decreto nº 9246/2017, expedido com base no art. 84, caput, inciso XII, da Constituição, concede indulto e comutação de penas aos condenados que cumprem pena e aos submetidos a medidas de segurança, tendo em consideração a época de festividades natalinas. O decreto em questão traz artigos considerados inconstitucionais pelo MPF, quais sejam⁴:

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,

4 PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA. **Petição inicial da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5874 de 2017.** p 04. DF, 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=14250818&tipo=TP&descricao=ADI%2F5874>. Acesso em: 25/01/19.

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.

Em 27 de dezembro de 2017, com base nos artigos 102, I, a e p, 103, VI, e 129, IV da Constituição Federal de 1988, no art. 46, parágrafo único, I da Lei Complementar 75/93 (Lei Orgânica do Ministério Público da União), e na Lei 9.868/99, a Procuradoria-Geral da República (PGR) interpôs Ação Direta de Inconstitucionalidade impugnando o decreto nº 9246/2017.

A PGR expôs na petição inicial da ADI os argumentos pelos quais impugna o decreto presidencial, os quais serão objeto de elucidação pelo presente trabalho.

A Constituição brasileira, em seu artigo 84, dispõe sobre a prerrogativa do Presidente da República de editar decretos sobre indultos, nos seguintes termos: “XII - conceder indulto e comutar penas, **com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei;**” (grifo nosso)

A Constituição não estabelece concretude para a edição da norma, levando à conclusão de ser a positivação do indulto uma norma programática, ou seja, que não teria eficácia plena e imediata, necessitando de regulamentação/especificação por lei, sob pena de desvio de finalidade do instituto,⁵principalmente considerando-se tratar de um instituto em matéria de execução penal, o qual deve ser rigorosamente definido, posto que lida com direitos fundamentais como liberdade de locomoção, individualização da pena, segurança e paz social, devendo, pois, ser observado o princípio da taxatividade penal.⁶

5 Sobre as normas de eficácia limitada/programáticas, vide lição de Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco: “A sua vocação de ordenação depende, para ser satisfeita nos seus efeitos básicos, da interpolação do legislador infraconstitucional. [...] Nessa categoria de normas se listam as de princípio institutivo, referentes às que contém um apanhado geral, um início de estruturação de institutos e instituições, entidades e órgãos. [...] Aparecem, muitas vezes, acompanhadas de conceitos indeterminados ou parcialmente indeterminados”. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. Saraiva: São Paulo, 2011. página 81.

6 Sobre taxatividade penal, vide esclarecedor ensinamento de E. Raul Zaffaroni, Alejandro Alagia, Nilo Batista e Alejandro Slokar: “mas sim cabe do legislador que ele esgote os recursos técnicos para dar a maior exatidão possível à sua obra. Daí não basta que a criminalização primária se formalize em uma lei, mas sim que ela seja feita de uma maneira taxativa e com a maior precisão técnica possível, conforme ao princípio da máxima taxatividade legal. Esse princípio corre riscos a cada dia mais graves, como resultado da *descodificação* da legislação penal. [...] Quando os limites legais não se estabelecem dessa forma, quando o legislador prescinde do verbo típico ou **quando ele comina uma escala penal de amplitude inusitada, tal como quando remete a conceitos vagos ou valorativos de duvidosa precisão, o direito penal tem duas opções: a) declarar a inconstitucionalidade da lei; b) aplicar o princípio da máxima taxatividade interpretativa**”. [grifo nosso] ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: primeiro volume-Teoria Geral do Direito Penal**. Rio de Janeiro:Revân, 4ª edição, maio de 2011, 2ª impressão, abril de 2015. P 207

Considerando o ato de indultar como um ato administrativo⁷, posto que exortado pelo chefe do poder executivo nacional, pode-se deduzir que aquele, tal qual ocorre com todos os atos administrativos, possui limitações. Não existe ato administrativo plenamente discricionário, nem acima de controle. Todos eles se sujeitam a controles interno (exercido dentro da mesma esfera de poder) e externo (exercido por outros poderes, como, por exemplo, o judiciário).

As “medidas de contenção” dos poderes administrativos são, pois, o ordenamento jurídico, incluindo as regras de competência, os princípios de moralidade, legalidade, proporcionalidade, entre outros, a análise do motivo e do objeto do ato segundo a sua finalidade legal, etc.

O controle jurisdicional dos atos administrativos é amplo, incluindo os elementos discricionários, pois estes também precisam estar de acordo com a finalidade do ato e os princípios jurídicos.

Sobre o tema veja-se o que ensina a autora Maria Silvia de Pietro⁸:

O Poder Judiciário pode examinar os atos da Administração Pública, de qualquer natureza,

sejam gerais ou individuais, unilaterais ou bilaterais, vinculados ou discricionários, mas sempre

sob o aspecto da legalidade e, agora, pela Constituição, também sob o aspecto

da moralidade (arts. 5º

, inciso LXXIII, e 37).

[...] Não há invasão do mérito quando o Judiciário aprecia os motivos, ou seja, os fatos que

precedem a elaboração do ato; a ausência ou falsidade do motivo caracteriza ilegalidade,

suscetível de invalidação pelo Poder Judiciário.

Assim, infere-se o entendimento de que decreto presidencial de indulto também deve atender a alguns requisitos, e desta feita, a PGR alega que houve

7 PORTAL DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Decreto**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/a-camara/estruturaadm/gestao-na-camara-dos-deputados/responsabilidade-social-e-ambiental/acessibilidade/dicionario-de-libras/d/decreto>. Acesso em: 26/03/2019.

8 Di PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30.ed. Rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017. P 762.

arbitrariedade no uso da prerrogativa constitucional que foi atribuída ao Presidente da República.

A Procuradora-Geral⁹ também alega que o referido comando normativo ultraja o princípio da separação de poderes, argumentando que as decisões em sede de processo e execução penal são competência do Poder Judiciário e a competência para editar normas de caráter geral e abstrato é do Poder Legislativo, sendo a competência do(a) Presidente(a) para editar decretos sobre indulto uma exceção, função atípica e considerando que o decreto 9246/17 estabelece extinção de punibilidade¹⁰ de forma genérica e amplíssima, estaria anulando o efeito de decisões judiciais (inclusive transitadas em julgado) e de leis sobre matéria penal, processual penal e de execução penal expedidas conforme as regras constitucionais e legais.

Analisando o posicionamento da PGR e utilizando o argumento da interpretação sistemática, a efetivação da norma sobre expedição de indulto não poderia confrontar-se com outras normas constitucionais sobre matéria processual penal nem com leis específicas em matéria penal que regulam estes dispositivos constitucionais.¹¹

9 PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA. **Petição inicial da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5874 de 2017.** p 12-15. DF, 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=14250818&tipo=TP&descricao=ADI%2F5874>. Acesso em: 25/01/19.

10 Diferente do que sustenta a PGR na petição inicial da ADI 5874, ensina o autor Adeildo Nunes que o benefício do indulto “não pode gerar causa de extinção de punibilidade, porque esta só pode existir antes do trânsito em julgado da sentença. De forma equivocada, o atual Código Penal inseriu o indulto como causa de extinção da punibilidade, quando ele é motivo para a extinção da execução da pena, duas situações jurídicas absolutamente distintas.” NUNES, Adeildo, **Da execução penal**. 3 ed. Ver. e atual – Rio de Janeiro: Forense, 2013. p 236

11 Segundo lição de Carlos Maximiliano sobre interpretação de normas, “demais, se às vezes à primeira vista se acha translúcido um dispositivo, é pura impressão pessoal, contingente, sem base sólida. Basta recordar que o texto da regra geral quase nunca deixa de pressentir a existência de exceções; logo o *alcance* de um artigo de lei se avalia confrontando-se com outros, isto é, com *aplicar* o processo sistemático se interpretação.” Ele cita em seu livro *Hermenêutica e aplicação do direito* passagens do Código Civil chileno, as quais o autor entende como explicações excelentes sobre o tema, como esta: “Art. 22. O contexto da lei servirá para ilustrar o sentido de cada uma das suas partes, de maneira que haja entre todas elas a devida correspondência e harmonia. As passagens obscuras de uma lei podem ser ilustradas por meio de outras leis, particularmente se versam sobre o mesmo assunto.” Tratando do direito penal, o autor fala que “prevalece hoje, em toda linha, a exposição sistemática, sobretudo quanto ao Direito Civil, Comercial e Criminal. O jurista serve-se do conjunto das disposições no sentido de construir, com os materiais esparsos em centenas de artigos, um todo orgânico, metódico. [...] Do exposto já se conclui que não se deve correr o risco de avançar demais, pelo menos inconscientemente, graças ao uso, e também ao abuso, de expressões impróprias. Porque se proibiram as ilações, a interpretação *extensiva*; logo exigiram a *restritiva*. Com evitar um erro, incide-se em outro, embora oposto. Se um extremo prejudica, o contrário arrasta a deslizes talvez mais danosos para a coletividade. A exegese deve ser criteriosa, discreta, prudente.” MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro, Forense, 2006. P 31, 38 e 264

Além disso, o conteúdo do decreto seria muito amplo, ferindo a “força normativa da Constituição”¹², ou seja, a finalidade para a qual o instituto do indulto teria sido criado (humanitária, dirigido a presos que não possuem condições de cumprir a pena integral por questões de grande relevância, como a de saúde)¹³

Na petição inicial, a Procuradora também questiona o ferimento aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, diante do fato de que o Presidente editou um comando em que se indultam pessoas que cumpriram apenas 1/5 da pena, fração esta muito mais ampla do que as previstas nos indultos anteriores há décadas. Lembrando que a própria Lei de Execução Penal prevê, para crimes não-hediondos e condenados não reincidentes, fração bem próxima à estabelecida pelo Presidente, qual seja, 1/6, apenas para que o condenado tenha direito à progressão de regime¹⁴; enquanto o decreto ora referido extingue o cumprimento de pena com fração praticamente igual, donde pode-se inferir uma grande disparidade.

Ademais, Raquel Dodge¹⁵ aponta afronta ao princípio da vedação à proteção insuficiente dos bens jurídicos tutelados, o qual estaria presente na Constituição. A prevenção à criminalidade é um dos objetivos da pena e pressuposto para o fim último do Direito Penal: a pacificação social. A impunidade corrói o objetivo da prevenção, já que revela a insuficiência do Estado para punir quem pratica crimes. A partir do momento que um decreto extingue a pena com o cumprimento de 1/5 ou até mesmo 1/6 de cumprimento, inclusive em relação a penas restritivas de direitos, está-se diante de um perdão generalista e desmotivado. O direito fundamental à segurança, cláusula pétrea do artigo 5º da Constituição, constitui obrigação do

12 Konrad Hesse ensina que “existem três vertentes que fundamentam a vontade de Constituição. Primeiramente, é preciso acreditar que a Constituição não seja passível de retificações e interpretações indevidas, o que abre caminho para governos autoritários e contra os interesses da sociedade. É também necessário que se compreenda que ela precisa estar sempre em processo de legitimação pelos fatos resultantes de um contexto histórico. Por último, é determinante a vontade humana para a vigência da Constituição, lutando pela sua consolidação.” BORGES, Clarissa Pereira. **A Força Normativa da Constituição: pensamento de Konrad Hesse**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 29 jan. 2016. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.55122&seo=1>>. Acesso em: 14 jun. 2018.

13 O autor Adeildo Nunes ensina que “o indulto é conferido com base no tempo de cumprimento de pena do condenado ou com caráter humanitário. Geralmente, os decretos estipulam o perdão pleno aos doentes graves e aos deficientes físicos. A jurisprudência dos nossos tribunais tem admitido o indulto humanitário, mesmo nos crimes hediondos ou a eles equiparados, mormente nos casos de doenças gravíssimas. Aliás, o próprio decreto de indulto já consagra essa possibilidade.” NUNES, Adeildo. **Comentários à lei de execução penal**. 1 ed Rio de Janeiro: Forense, 2016, p 360

14 Vide art. 112 da lei 7210 de 1984

15 PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA. **Petição inicial da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5874 de 2017**. p. 15-21. DF, 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/porta/geral/verPdfPaginado.asp?id=14250818&tipo=TP&descricao=ADI%2F5874>. Acesso em: 25/01/19.

Estado. E esse direito não está sendo garantido quando a deficiência do sistema penitenciário justifica a soltura de milhares de pessoas que põem em risco a vida, a integridade física e o patrimônio dos cidadãos. Pôr em liberdade alguém que não esteja em condições de ressocialização, mas sim de voltar à vida criminosa, faz com que esse egresso não tenha medo nem respeito às instituições, mantenha um instinto criminoso e não vislumbre outra forma de viver senão cometendo novos crimes.

O Brasil precisa melhorar o sistema carcerário, a infraestrutura e as condições nos presídios e ampliar os estabelecimentos prisionais, investir em programas de reinserção social dos presos, como os de capacitação profissional, inserção no mercado de trabalho, estudo/ensino, acompanhamento e, se indicado, tratamento psicológico e psiquiátrico, esportivos.¹⁶ Esses programas devem ter início dentro do cárcere e continuarem ao término do cumprimento de pena. Os egressos precisam ser encaminhados e acompanhados pelo Estado, de modo a inibir a reincidência.

Uma iniciativa que se tornou exemplo nacional foi a do Pará, onde os condenados passaram a trabalhar na reforma de escolas e a participar de um grupo chamado Papo di Rocha, onde recebiam acompanhamento psicológico e treinamento pedagógico e passaram a palestrar sobre as consequências nefastas da vida criminosa para os jovens das escolas públicas.¹⁷

¹⁶ “Mesmo que as ações educativas e produtivas estejam previstas na Lei de Execução Penal, o número de presos assistidos é pequeno. Apenas 20% trabalham e 13% estudam. A reinserção social se resume às saídas temporárias, concedidas aos presos com bom comportamento, e às visitas de familiares e religiosos. Quando entram nas penitenciárias, os condenados passam a fazer parte de um submundo com regras próprias, dominado por facções, independentemente da gravidade da ação cometida. Violência institucional e superlotação de celas são duas formas comuns de violação dos direitos da população carcerária. No Brasil, 622 mil presos se amontoam em apenas 371 mil vagas — um déficit de 250 mil lugares. O mecanismo das saídas temporárias, conhecido popularmente como saído, encontra resistência na sociedade. Num país onde são registrados anualmente 60 mil homicídios e mais de 45 mil mulheres são estupradas, a insegurança faz parte do dia a dia. Segundo o Anuário Brasileiro de Segurança Pública, 76% da população tem medo de ser assassinada. O sentimento é intensificado quando se anuncia um saído, normalmente em datas como o Natal e a Páscoa. Apesar do número de evasões ser pequeno, se comparado ao de presos beneficiados, não existe nenhum tipo de monitoramento sobre como os presos se comportam ao gozar esse direito. Por isso, o senador Davi Alcolumbre (DEM-AP) quer tornar mais rígidas as regras para as saídas temporárias. O PLS 120/2016 institui para os saídos o uso de tornozeleiras eletrônicas pelos presos condenados por crimes violentos, de grave ameaça à pessoa ou hediondos.” BÖHM, Thais. **Desconfiança e preconceito da sociedade dificultam ressocialização de presos.** 2017. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/especiais/especial-cidadania/desconfianca-e-preconceito-da-sociedade-dificultam-ressocializacao-de-presos>. Acesso em: 26/03/19.

¹⁷ FERNANDES, Waleiska. **Projeto de reinserção de presos no Pará é exemplo nacional.** 2013. Disponível em: www.cnj.jus.br/noticias/cnj/59953-projeto-de-reinsercao-de-presos-e-exemplo-no-para.html. Acesso em: 27/03/19.

Soltar o preso e reinserir o preso na sociedade são ações bastante diferentes. O Estado não deve se omitir do seu dever de promover a segurança e a paz social simplesmente “livrando-se” do seu excedente carcerário através do indulto e a partir daí se desresponsabilizar pelos egressos. Pelo contrário, o Estado deve ser cada vez mais presente e ter o período da execução penal como oportunidade de promover a recuperação dos criminosos, pois é neste período que ele pode atuar mais diretamente com os condenados, através das ações já citadas, entre outras que possam vir a serem adotadas. A promoção da paz social possui várias vertentes: as ações de prevenção à criminalidade, a punição aos criminosos (repressão ao crime) e a reintegração dos presos. Com o Estado ausente durante o período de combate ao crime e após a libertação dos condenados, resta a impunidade, a insegurança e a propensão à criminalidade.

Nesse contexto, pode-se também incluir o argumento de ultraje ao princípio da individualização da pena¹⁸, ante a clara contradição entre este princípio e a aplicação de uma extinção de pena inespecífica e em ampla medida, tal como a prolatada pelo Presidente da República, anulando cada uma das penas concretas estipuladas de modo específico para cada condenado de acordo com critérios individuais tais como as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, as causas de aumento ou diminuição, e toda a dosimetria da pena.

Em relação ao inciso III, do artigo 11 do decreto (“O indulto natalino e a comutação de pena de que trata este Decreto são cabíveis, ainda que: [...] 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 [(BRASIL,2017)]”) entende-se que o Presidente informa que as pessoas condenadas a um crime e que respondem processo por crime hediondo, podem ser beneficiadas com o indulto pelo crime a qual já foram condenadas, pois este crime não é hediondo. O artigo não diz que o crime hediondo será indultado.

O art. 3º mencionado no art. 11 trata da proibição da concessão de indulto aos condenados por crimes hediondos, de tortura e tráfico ilícito de entorpecentes

18 Fernando Capez ensina que a Constituição estabelece o princípio de individualização da pena com o propósito de colimar “maior rigor para casos de maior gravidade” e “moderação para infrações menos graves”, de modo que “a pena [...] deve guardar proporção com o mal infligido ao corpo social. Deve ser proporcional à extensão do dano, **não se admitindo penas idênticas para crimes de lesividades distintas**” [grifo nosso] (CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. Vol. 1. 13 ed. São Paulo: Saraiva: 2009, p 20-21). Tal não aconteceria através do decreto presidencial 9246/17, devido à extinção genérica de punibilidade.

entre outros, aliás, como já previsto na Constituição.
Vide:

Art. 3º **O indulto natalino ou a comutação de pena não será concedido às pessoas condenadas por crime:**I - **de tortura ou terrorismo**; II - tipificado nos art. 33, caput e §1º, art. 34, art. 36 e art. 37 da Lei nº 11.343, de 2006, exceto na hipótese prevista no art. 1º, caput, inciso IV, deste Decreto; III - **considerado hediondo ou a este equiparado, ainda que praticado sem grave ameaça ou violência a pessoa**, nos termos da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990; (BRASIL, 2017)

O posicionamento da PGR segue abaixo:

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)

O que torna problemática a impugnação é o fato de que a Constituição não vinculou a proibição do indulto **à pessoa** condenada por crimes hediondos, **mas sim ao crime**. Vide:

Art. 5º [...] XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem; (BRASIL, 1988)

Compreende-se que o que é proibido é indultar **a pena** de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes ou de qualquer outro crime hediondo, mas caso a pessoa tenha sido condenada por vários crimes, em relação ao cumprimento de pena dos outros crimes ela poderá receber o benefício.

Capítulo 2. A medida cautelar de suspensão da eficácia do indulto

Em 28 de dezembro de 2017, a Ministra e então Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministra Carmen Lúcia¹⁹, proferiu decisão concedendo a medida cautelar de suspensão da eficácia do decreto presidencial 9246/17. Caso a Suprema Corte não estivesse em recesso, a pauta seria analisada pelo seu relator, Ministro Roberto Barroso e submetida à decisão do Plenário do STF.

No entanto, de acordo com a lei 9.868/99 em seu art. 10 combinado com o artigo 13, inciso VIII do Regimento Interno do STF, em período de recesso do Tribunal e em casos urgentes, o (a) Presidente da Corte decidirá monocraticamente os pedidos de medida cautelar.

E assim fez Carmen Lúcia. A Ministra discorre, no ponto 10 da fundamentação, sobre a finalidade do indulto e cita que este é uma benevolência aos presos que cumpriram parte de suas penas e estão arrependidos ou em condição de saúde que justifique sua saída da prisão por motivo humanitário. Carmen Lúcia ainda argumenta que a exclusão do apenado do sistema penitenciário apenas deve ser feita caso não prejudique a segurança pública e jurídica dos cidadãos, mesmo que aquela seja feita por questões humanitárias.²⁰

A Ministra chega a citar que o indulto, tal como presente no decreto 9246/17, é uma descriminalização maquiada, através da qual afastar-se-ia “o processo penal e a pena definida judicialmente”.²¹

Continuando sua argumentação, no ponto 13 da peça processual, Carmen Lúcia diz que o indulto deve ser concedido aos que foram condenados a condições excessivamente gravosas, posto que esta seria a finalidade do instituto (corrigir excessos do judiciário em decisões com punição desproporcional, compreende-se).²²

Deste modo, como todo e qualquer ato administrativo, o decreto concessivo de indulto deve ser correspondente à finalidade jurídica do instituto, sob pena de estar eivado de vício de nulidade²³. O indulto não deve servir, por exemplo, como meio de se conquistar outros objetivos, como o desencarceramento em massa (diante da superpopulação nos presídios) e a extinção de punibilidade para crimes

19 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5874/17**. 2017. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5336271>. Acesso em 23/01/2018. p 1.

20 IBIDEM. p 9.

21 IDEM.

22 IBIDEM. p 10.

23 IDEM.

contra o patrimônio público (diante da descoberta de inúmeros esquemas de corrupção envolvendo políticos nos últimos anos).

A PGR, na petição inicial, impugna o art. 10 do decreto n. 9246 por estabelecer esse a extinção de punibilidade para os condenados a penas de multa e/ou quaisquer outras penas pecuniárias **aplicadas isolada ou cumulativamente com outras espécies de penas, independentemente do pagamento daquelas**.²⁴

Nesse ínterim, argumentou a Ministra Carmen Lúcia que o pagamento de multa não enseja excesso de punição ou significa ato de benignidade ²⁵ (como quem não possui boas condições de saúde, por exemplo) os quais seriam motivos plausíveis a justificar uma concessão de indulto.

Além disso, a pena de multa é utilizada para punir aqueles que cometeram crimes contra a administração pública.

Ora, conceder indulto para esses crimes é oferecer benesse a maus administradores públicos, os quais foram eleitos democraticamente mas não honraram os deveres do cargo. Portanto, a concessão do mencionado benefício provoca impunidade e estimula a prática de tais crimes. Esse entendimento é esboçado na decisão concessiva da medida cautelar, conforme *vide*²⁶:

Também o princípio da proporcionalidade consubstanciado na proibição de proteção deficiente parece afrontado pelos dispositivos impugnados na presente ação direta de inconstitucionalidade, porque dão concretude à situação de impunidade, em especial aos denominados 'crimes de colarinho branco', desguarnecendo o erário e a sociedade de providências legais voltadas a coibir a atuação deletéria de sujeitos descompromissados com valores éticos e com o interesse público. garantidores pela integridade do sistema jurídico.

Ademais, segundo Carmen Lúcia, o STF já firmou jurisprudência no sentido de que o pagamento da pena de multa é indispensável à concessão de quaisquer benefícios relativos à condenação. Por fim, asseverou a Ministra que indulto de pena pecuniária representa a “relativização da jurisdição e agravo à sociedade,

24 PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA. **Petição inicial da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5874 de 2017.** p 04. DF, 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=14250818&tipo=TP&descricao=ADI%2F5874>. Acesso em: 25/01/19.

25 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5874/17.** 2017. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5336271>. Acesso em 23/01/2018. p 14.

26 IBIDEM. p 12-13.

afastando-se da natureza do indulto, de sua condição de bem feito para melhorar a convivência social segundo o direito.”²⁷

O jurista Rodrigo Duque Estrada²⁸ afirma que a não concessão de indulto pelo inadimplemento de pena de multa é uma prisão por dívida transversa. Primeiramente, a pena de multa inadimplida se torna uma dívida, mas ela é uma espécie de pena, punição de um crime, instituto de Direito Penal, e não uma contenda cível. A prisão (reclusão/detenção) também é espécie de pena, que, em relação a alguns tipos penais, já substitui a pena privativa de liberdade. Ora, como o fato de um condenado a pena de multa não ser indultado é uma prisão por dívida transversa, se o criminoso já foi beneficiado pela substituição da pena privativa de liberdade pela pena de multa? Ou mesmo se as duas espécies foram cumuladas, nada impede o indulto em relação à pena privativa de liberdade.

Usando do mesmo raciocínio do citado autor, o indulto seria uma permissão transversa ao Presidente da República para legislar em matéria penal *lato sensu*, sem necessidade de aprovação do Poder Legislativo; o indulto seria a extinção transversa do Direito Penal e o indulto seria a legitimação transversa da impunidade.

Ainda na explanação de motivos constante da decisão concessiva da medida cautelar, o STF corroborou com o entendimento do Ministério Público Federal (MPF) no que tange a não concessão de indulto para processos suspensos pelo sursis. Carmen Lúcia assim expôs seu entendimento²⁹:

Verifico que a inexistência de juízo de mérito e/ou formação de culpa pelo Poder Judiciário é incompatível com a antecipada extinção da punibilidade. De se destacar que eventual descumprimento das condicionantes pelo beneficiário do sursis processual, com a consequente retomada do processo, poderá culminar em demonstração de circunstâncias que impediriam sequer se cogitasse de sua previsão.

27 IBIDEM. p 15.

28 ESTRADA, Rodrigo Duque. Execução penal: teoria crítica. 4ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p 538.

29IBIDEM.. p 15.

De acordo com o artigo 89 da lei 9.099/95³⁰, a qual estabelece o benefício de suspensão condicional do processo (*sursis*), o mesmo poderá ser concedido pelo período de 2 a 4 anos e, em caso de descumprimento das condições às quais ficou submetido, ele será revogado. Além disso, a lei também estabelece que em caso de **cumprimento das condições exigidas e desde que tenha reparado o dano que causou, após o decurso do prazo fixado para a suspensão, caso o réu não esteja respondendo a outro processo por crime ou contravenção, haverá a extinção da punibilidade.**

Ou seja, a lei 9.099/95 **condiciona** a extinção da punibilidade nos casos de *sursis* ao cumprimento de uma série de requisitos, além do decurso do prazo fixado pelo Juiz(a).

A Exc.^a. Min. Carmen Lúcia também afirmou em sua decisão que o decreto presidencial 9246/17 está eivado de vício de finalidade³¹.

O MPF, na petição inicial da ADI 5874/17, alegou que o indulto possui finalidade humanitária, é instrumento de política criminal e serve a corrigir injustiças. Afirmou ainda que apesar de certos tipos penais não estarem expressamente excluídos de sua órbita de incidência como os crimes hediondos há crimes que, considerando a finalidade do instituto, também não podem ser abrangidos por essa forma de extinção de pena, tais como os tipos de corrupção, lavagem de dinheiro, organização criminosa etc. Raquel Dodge explica que há limites materiais à concessão de indulto³².

Explica Maria Sylvia de Pietro³³ que o excesso de poder ocorre quando o agente público excede os limites de sua competência e que, juntamente com o desvio de poder, que é desvio de finalidade, constitui o abuso de poder. O desvio de poder é, em sentido amplo, o ato administrativo praticado contrariamente à finalidade explícita ou implícita presente na lei.

30 BRASIL. **Lei 9.099 de 1995 (Lei dos Juizados Especiais)**. DF, 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm. Acesso em: 25/01/2019.

31 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5874/17**. 2017. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5336271>. Acesso em 23/01/2018. p 9-12.

32 PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA. **Petição inicial da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5874 de 2017**. p 16. DF, 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=14250818&tipo=TP&descricao=ADI%2F5874>. Acesso em: 25/01/19

33 PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. 31 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p 284.

Considerando a finalidade implícita presente na Constituição e na Lei de Execução Penal (humanitária e visando corrigir erros judiciais, segundo parte da doutrina) e as interpretações histórica, pela vontade do legislador e sistemática, poder-se-ia dizer que o decreto de indulto não deve estabelecer condições amplas e brandas para o gozo do benefício, já que o devido processo legal e as normas referentes à extinção de punibilidade, dosimetria da pena, regimes de cumprimento de pena, contribuição premiada com a Justiça, as normas constitucionais que vedam as penas cruéis e o tratamento desumano ou degradante fazem presumir que o condenado recebeu a pena justa e terá o cumprimento justo e legal da pena.

Na decisão da medida cautelar, ora estudada, afirma-se que o decreto 9246/17 infringe o artigo 62, §1º, inciso I, alínea B, pois o Poder Executivo não pode legislar sobre matéria penal.

Pois bem, veja-se o teor do artigo tal como prescreve a Constituição³⁴:

§ 1º É vedada a edição de **medidas provisórias** sobre matéria: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

I - relativa a: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

a) nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

b) **direito penal, processual penal** e processual civil; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001) [GRIFO NOSSO]

Analisando o artigo, entende-se que o decreto não o infringe. O que a Constituição proíbe é a edição de medidas provisórias sobre matéria penal. O decreto 9246/17 não é uma medida provisória. Decreto é outra espécie de ato normativo administrativo³⁵. E a Constituição não definiu qual a modalidade de ato normativo que deveria ser utilizada para conceder indulto, o que faz supor que este poderia ser concedido mediante decreto.³⁶

Apesar de não ser função do Poder Executivo estabelecer normas de Direito Penal, constituindo a prolação de indulto função atípica do Poder Executivo.

34 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. DF, 1988.

35 MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional, 12 ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2017. – (Série IDP). p 984-989.

PESTANA, Marcio. **Direito Administrativo Brasileiro**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p 264-265.

36 “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: [...] XII - conceder indulto e comutar penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei;” BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. DF, 1988.

Porém, o Ministro do STF Luís Roberto Barroso, o qual prolatou decisão concedendo nova medida cautelar de suspensão do decreto 9246/17, esboçou tese de que, se não é possível modificar regramento penal nem processual penal através de medida provisória, quiçá a partir de decreto, ato normativo que não é objeto de deliberação posterior pelo Congresso Nacional. O Ministro argumenta:

Vedação até mesmo do emprego de Medida Provisória em matéria penal.

64. Observe-se que nem mesmo por meio de medida provisória, que é ato com força de lei, pode o Presidente da República modificar a política legislativa em matéria penal e processual penal (art. 62, § 1º, I, b, da Constituição). Trata-se de matéria em que o Presidente da República não pode exercer sua competência legislativa atípica, ainda que o ato seja submetido, nos termos do art. 62 da Constituição, ao controle posterior do Congresso Nacional. Essa limitação constitucional de competência legislativa para edição de medida provisória, em que há posterior controle legislativo do mérito do ato do Presidente da República, torna clara a impossibilidade de se tratar de questões de direito penal e processual penal por meio de decreto presidencial, que sequer terá o seu mérito deliberado pelo Congresso Nacional. Ao Presidente da República não foi atribuída a competência para formulação ou reformulação da política criminal. É do Congresso Nacional a competência para aprovação de ato normativo adequado para o estabelecimento ou modificação de políticas públicas criminais.

Capítulo 3. O instituto do indulto: raízes históricas

Já há registros do uso do benefício no Império Romano. Como era comum a dizimação dos soldados rebeldes, para não perder toda a tropa, passou-se a matar o décimo soldado de cada grupo de dez.³⁷

Historicamente, o indulto (no início apenas com nomenclatura de perdão) foi considerado como ato de piedade do Senhor para com determinados súditos.³⁸

Na Inglaterra³⁹, por exemplo, o rei utilizava o instituto como forma de solidificar o seu poder, visto que, na época, existiam outros “poderes concorrentes” como o clero, os condes e os senhores feudais. Assim, o monarca aparecia como um bom soberano que propiciou a redenção ao seu povo. O indulto também era uma forma de minimizar os efeitos de penas cruéis, as quais eram de praxe na época.

Na França⁴⁰, os reis absolutistas perdoavam condenados através das *lettres d'abolition générale*, ou cartas de remissão, através das quais se pedia clamência a um indivíduo isoladamente ou a um grupo.

Desde a Antiguidade, existem registros da utilização do indulto como forma de privilégio dado a nobres e a quem pudesse pagar pelo perdão.⁴¹

Em meio a uma época de colonização mundial, algumas metrópoles empregaram o indulto para atrair trabalhadores às colônias e explorar gratuitamente sua mão de obra. Foi o que fizeram Inglaterra e Portugal, por exemplo. Criminosos tinham seus crimes indultados em troca do trabalho nas colônias.⁴²

37 Rodrigo de Oliveira. **O indulto presidencial: origens, evolução e perspectivas. Revista Brasileira de Ciências Criminais.** vol 117, 2015. p 3. Disponível em: https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&url=http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RBCCrim_n.117.15.PDF&ved=2ahUKEwimnK_mi63gAhWCslkKHePSAxEQFjACegQICRAB&usg=AOvVaw1OmF6ieV0-mogcxUVg9xhO. Acesso em: 08/02/2018.

38 IDEM.

39 BLAKSTONE, William; 1979 *apud* RIBEIRO, Rodrigo de Oliveira. **O indulto presidencial: origens, evolução e perspectivas. Revista Brasileira de Ciências Criminais.** vol 117, 2015. p 3. Disponível em: https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&url=http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RBCCrim_n.117.15.PDF&ved=2ahUKEwimnK_mi63gAhWCslkKHePSAxEQFjACegQICRAB&usg=AOvVaw1OmF6ieV0-mogcxUVg9xhO. Acesso em: 08/02/2018.

40 IDEM.

41 RIBEIRO, Rodrigo de Oliveira. **O indulto presidencial: origens, evolução e perspectivas. Revista Brasileira de Ciências Criminais.** vol 117, 2015. p 3. Disponível em: https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&url=http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RBCCrim_n.117.15.PDF&ved=2ahUKEwimnK_mi63gAhWCslkKHePSAxEQFjACegQICRAB&usg=AOvVaw1OmF6ieV0-mogcxUVg9xhO. Acesso em: 08/02/2018.

42 IDEM.

Em momento histórico mais recente, tem-se a previsão do instituto no direito americano. No artigo n. 74 da obra *O Federalista*, Alexander Hamilton conta que o perdão deve estar concentrado nas mãos do Presidente da nação, pois em épocas de rebeliões populares é uma forma de conter os ânimos da população, estabilizando a situação política do país.⁴³

Hoje, o indulto está presente nas Cartas Políticas de todas as nações, exceto na China. Na maioria dos países, apenas o Presidente da República tem a discricionariedade de conceder o indulto; e, em países monarquistas, o Rei.⁴⁴

Na Bulgária e na Alemanha, esse poder pode ser delegado ao Ministro da Justiça ou ao Chanceler. Nestes e também na Polônia, România e Coreia do Sul, o chefe do Executivo não exerce autonomamente essa prerrogativa, submetendo-se a decisão de indultar à análise e aprovação de um órgão colegiado.⁴⁵

Uruguai, Suíça e Turquia (em determinados casos) atribuem o poder de indultar ao Poder Legislativo.⁴⁶

Porém, o indulto coletivo já não subsiste em alguns países.⁴⁷ Veja-se o que comentou o Min. Luis Roberto Barroso sobre o tema⁴⁸:

37. Em países como Alemanha, Estados Unidos, Inglaterra, Portugal, Espanha, Itália e França, o chefe de Estado somente detém competência para conceder o perdão em caráter individual [4]. O indulto coletivo é reservado à deliberação dos parlamentos, o que garante maior controle da legitimidade democrática na extinção da punibilidade com efeitos genéricos. É interessante observar que alguns desses países passaram por reformas constitucionais justamente para transferir ao Parlamento, com exclusividade, a competência para a concessão de indultos coletivos. Na Itália, a alteração ocorreu com a edição da Legge Costituzionale 6, de 1992.

43 HAMILTON, Alexander; 1984 *apud* RIBEIRO, Rodrigo de Oliveira *op. cit.* p. 3.

44 RIBEIRO, Rodrigo de Oliveira. *op. cit.* p. 3.

45 IBIDEM. p. 4.

46 IBIDEM.

47 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Min. Luis Roberto Barroso. **Medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5874/17**. 12 de março de 2017. p. 21. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5336271>. Acesso em 23/01/2018.

48 IBIDEM. p. 18.

Na França, a mudança veio em 2007, sob a justificativa de que “a tradição de conceder tais graças não pode significar um mecanismo de regulamentação da política carcerária”[5] [6].

38. Outro movimento que se identifica no cenário internacional diz respeito à restrição dos atos de concessão de perdão, a fim de evitar a impunidade em casos de corrupção. Em outubro de 2017, a Transparência Internacional divulgou estudo a respeito do tema – Judicial Clemency and Corruption [7] –, que analisa os riscos associados à corrupção e as medidas adotadas por países para mitigá-los. De acordo com o estudo, “a impunidade para a corrupção diminui o custo de atos futuros de corrupção” e, para evitá-los, países têm adotado medidas voltadas, por exemplo, a aumentar a transparência dos atos de concessão de perdão, ou impedir que o perdão abranja crimes associados à corrupção.

Capítulo 4. Aplicação do indulto no Brasil

O indulto está previsto em todas as Constituições da República.⁴⁹

A de 1891 atribuiu ao Presidente da República o poder de indultar apenas crimes de competência da Justiça Federal, e com exceções: os crimes de responsabilidade. Estes só poderiam ser objeto de indulto por decisão do Congresso Nacional. No caso de crimes a serem julgados pela Justiça Comum, apenas o Governador do Estado poderia indultar as penas.⁵⁰

A Constituição de 1934 estabeleceu que o Presidente da República perdoaria crimes mediante proposta dos órgãos competentes (“Art 56 - Compete privativamente ao Presidente da República [...] § 3º) perdoar e comutar, mediante proposta dos órgãos competentes, penas criminais;”)⁵¹

A Magna Carta de 1937, tal qual a Constituição do Império, outorgou ao Presidente a competência autônoma de indultar.⁵²

A Constituição de 1946 manteve o poder de indultar nas mãos do Presidente da República, porém, o texto trouxe uma condição: “com audiência dos órgãos instituídos em lei”, limitando a autonomia do Presidente.⁵³ Ao Congresso Nacional foi deferido o poder de conceder anistia.⁵⁴

As Cartas Políticas que se seguiram, a de 1967 e a de 1969, reproduziram o conteúdo citado presente na Carta de 1946.⁵⁵

A Constituição de 1988⁵⁶ mantém a competência de conceder indulto ao Presidente da República, agora, porém, sem obrigatoriedade da audiência dos órgãos instituídos por lei; conferindo, pois, total autonomia ao Presidente da República na concessão de indulto.⁵⁷

49 IBIDEM. p 5.

50 Trecho do voto proferido pelo então Ministro do STF Celso Antônio Bandeira de Melo no HC 82.296/AM em 03 de dezembro de 2002 *apud* RIBEIRO, Rodrigo de Oliveira *op. cit.* p. 6.

51 IDEM.

52 IDEM.

53 Vide: “Art 87 - Compete privativamente ao Presidente da República: [...] XIX - conceder indulto e comutar penas, com audiência dos órgãos instituídos em lei.” BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1946.

54 MELO, Celso Antônio Bandeira de, 2002 *apud* RIBEIRO, Rodrigo de Oliveira *op. cit.* p 6.

55 RIBEIRO, Rodrigo de Oliveira. **O indulto presidencial: origens, evolução e perspectivas**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol 117, 2015. p 6. Disponível em: https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&url=http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RBCCrim_n.117.15.PDF&ved=2ahUKEwimnK_mi63gAhWCslkKHePSAxEQFjACegQICRAB&usg=AOvVaw1OmF6ieV0-mogcxUVg9xhO. Acesso em: 08/02/2018.

56“Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: [...] XII - conceder indulto e comutar penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei;” [grifo nosso]

57

Segundo a pesquisa de Rodrigo de Oliveira Ribeiro⁵⁸, publicada na Revista Brasileira de Ciências Criminais, os decretos de indulto da nossa República historicamente excluía os crimes graves, violentos, na mesma medida em que amenizavam penas demais severas.

O citado autor afirma que a partir de 1992 os decretos presidenciais passaram a abranger mais hipóteses a permitir a concessão do indulto.⁵⁹

Os crimes de roubo e roubo qualificado, por exemplo, não foram contemplados pelos decretos presidenciais de 1988, 1989 e 1990. A partir de então passaram a integrar o rol, porém, com ressalvas.⁶⁰

Em 1990, com a edição da lei 8.072, passaram a existir vedações legais à concessão de indulto: os crimes hediondos.⁶¹

A partir de 1993, então, os decretos presidenciais ampliaram o limite temporal para a concessão do indulto: até 1992, só seriam beneficiados os condenados a uma pena de até 4 anos. O decreto presidencial de 1993 alterou esse prazo para até 6 anos; e assim se manteve nos decretos seguintes até 2007, com exceção do ano 2000 em que o então Presidente retroagiu o limite temporal para 4 anos.⁶²

Desde 2007, a concessão de indulto passou a abranger penas de até 8 anos. Coincidentemente, nesse mesmo ano, faltavam 117.061 vagas nos presídios brasileiros, considerando as lotações máximas estabelecidas para estes; um déficit de 13.629 vagas a mais do que em 2006.⁶³

A partir de 2009, os decretos de indulto passaram a abranger também os condenados a penas restritivas de direito.⁶⁴

Rodrigo de Oliveira Ribeiro⁶⁵ entende que a ampliação do rol de crimes passíveis de indulto se deve principalmente a tentativa de usar o instituto como válvula de escape do sistema penitenciário. O autor comenta que devido à grande quantidade de presos no Brasil, superlotando as cadeias, o indulto tem sido usado como paliativo do problema.

58 RIBEIRO, Rodrigo de Oliveira. *op. cit.* p. 7.

59 IDEM.

60 IBIDEM. p 8.

61 IDEM.

62 IDEM.

63 IDEM.

64 TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO. **INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 5051763-44.2016.4.04.0000/TRF.** RS, 2017.

65 IBIDEM. p 7.

Na conclusão de seu artigo científico, o autor ora comentado percebe um paradoxo quanto aos benefícios da concessão ampla do indulto. Se por um lado a falta de infraestrutura das prisões brasileiras e a realidade violenta dos presos lá dentro, originando tratamento desumano e degradante, estariam a legitimar a libertação antecipada de condenados, por outro lado, o cancelamento dos efeitos do devido processo legal e da aplicação do Direito Penal por meio do indulto leva a um descrédito na autoridade e eficácia da pena, dos Órgãos Judiciais⁶⁶ (e da própria polícia, a qual leva, muitas vezes, só para investigar um crime, o mesmo tempo em que o preso acabou cumprindo pena) estimulando a reincidência, devido à sensação de impunidade.

Poder-se-ia acrescentar ao pensamento do autor, a conclusão de que o Estado tenta substituir o cumprimento de sua função (que é garantir o bom funcionamento do sistema prisional, com a manutenção dos presídios e casas de detenção em bom estado e dando aos presos condições de recuperação) por uma forma mais fácil, porém, ineficaz, de falsa resolução dos problemas do encarceramento: a libertação em massa.

Além disso, o decreto 9246/17 extingue penas que não ensejam privação de liberdade e portanto não necessitam de nenhuma clemência do Poder Público. As penas restritivas de direitos e a pena de multa já são em si benesses concedidas pelo Estado, pois são substitutivos de penas privativas de liberdade (caso preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal). E, portanto, já contribuem para evitar a superlotação prisional.

Fazendo uma comparação entre os decretos de indulto das últimas décadas, a Procuradoria-Geral da República chegou a esta tabela, que elucida bem a ampliação temporal que os decretos presidenciais estabeleceram para conceder indulto ao longo dos anos e a abrangência do decreto 9246/17 em relação aos anteriores⁶⁷:

Decreto de indulto	Fração da pena a ser cumprida para obter	Pena máxima aplicada na sentença inferior a
--------------------	--	---

⁶⁶ IBIDEM. p 9.

⁶⁷ PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA. **Petição inicial da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5874 de 2017.** p 06. DF, 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=14250818&tipo=TP&descricao=ADI%2F5874>. Acesso em: 25/01/19.

	indulto	
3.226/1999	1/3 da pena aplicada	6 anos
3.667/2000	1/3 da pena aplicada	4 anos
4.011/2001	1/3 da pena aplicada	6 anos
4.495/2002	1/3 da pena aplicada	6 anos
4.904/2003	1/3 da pena aplicada	6 anos
5.295/2004	1/3 da pena aplicada	6 anos
5.620/2005	1/3 da pena aplicada	6 anos
5.993/2006	1/3 da pena aplicada	6 anos
6.294/2007	1/3 da pena aplicada	8 anos
6.706/2008	1/3 da pena aplicada	8 anos
7.046/2009	1/3 da pena aplicada	8 anos
7.420/2010	1/3 da pena aplicada	12 anos
7.648/2011	1/3 da pena aplicada	12 anos
7.873/2012	1/3 da pena aplicada	12 anos
8.172/2013	1/3 da pena aplicada	12 anos
8.380/2014	1/3 da pena aplicada	12 anos
8.615/2015	1/3 da pena aplicada	12 anos
8.940/2016	¼ da pena aplicada	Igual ou inferior a 12 anos
9.246/2017	1/5 da pena aplicada	Sem limite

Como pode ser observado, em todos os decretos mencionados há uma limitação de condenados que teriam o benefício do indulto, conforme a quantidade de pena que lhes foi aplicada. O decreto presidencial de 2017 é o único que não estipula esse limite (em relação aos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça) permitindo que condenados a crimes graves possam ter o cumprimento de pena extinto com apenas 1/5 de seu cumprimento (se não reincidentes).

Em 2017, no julgamento de um agravo regimental, o STF negou provimento ao recurso pois considerou que o condenado à pena de multa não pode ser beneficiado com o indulto sem que tenha pago a penalidade, caso não comprove impossibilidade do pagamento. *Vide*⁶⁸:

1.O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da EP ° 11-AgR, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, firmou orientação no sentido de que o condenado tem o dever jurídico – e não a faculdade – de pagar integralmente o valor da multa.[...]

3.A automática concessão do indulto a condenado que tenha condições econômicas, sem sacrifício dos recursos indispensáveis ao sustento próprio ou de sua família, constituiria injustificável descumprimento de ordem

68 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Agravo regimental no indulto ou comutação na execução penal** 14 Distrito Federal. DF, 2017. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28INDULTO%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/yauhzrwl>. Acesso em: 19/02/2019.

judicial e indesejável tratamento privilegiado em relação aos sentenciados que pagaram a sanção no prazo legal.

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região, no agravo em execução nº 5005663-40.2017.4.04.7002/PR, declarou inconstitucional o artigo 1º, inciso 14 do decreto nº 8615/2015, assinado pela então Presidente da República Dilma Rousseff. Veja-se o artigo *in verbis*:

Art. 1º Concede-se o indulto coletivo às pessoas, nacionais e estrangeiras: (...)

XIV - condenadas a pena privativa de liberdade, desde que substituída por restritiva de direitos, na forma do art. 44 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, ou ainda beneficiadas com a suspensão condicional da pena, que, de qualquer forma, tenham cumprido, até 25 de dezembro de 2015, um quarto da pena, se não reincidentes, ou um terço, se reincidentes.

Anteriormente, o TRF 4º Região tinha o entendimento de que os beneficiados com substituição de penas privativas de liberdade por penas restritivas de direitos poderiam ser beneficiados com indulto diante da discricionariedade estabelecida pela Constituição para a concessão de indulto; acreditava-se que o Poder Judiciário não podia questionar a amplitude da medida.⁶⁹

No entanto, desde 2017, no julgamento do agravo em execução nº 5005663-40.2017.4.04.7002/PR, **o Tribunal mudou seu entendimento** afirmando que o artigo 1º, inciso 14 do decreto nº 8615/15 afrontou os artigos 2º,.5º,.XLVI,.62, §1º, b da CF e o princípio da proteção insuficiente. Veja-se trecho do acórdão⁷⁰:

O exercício de toda e qualquer competência,
por parte de quaisquer autoridades, por mais elevadas que
sejam, tem de ser orientado pelos princípios constitucionais,
deles não podendo desbordar, sob pena de invalidade. 2.

69 MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Nº 29.723/CS. DF, 2017. Disponível em: https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&url=http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp%3Fid%3D313351390%26tipoApp%3D.pdf&ved=2ahUKEwiJrt_Ez8jgAhXulrkGHTeACHgQFjABegQIBBAB&usg=AOvVaw2S2098wldO9PRE8tCX0Chh. Acesso em: 19/02/2019.
70 IDEM.

Compete privativamente ao Presidente da República conceder indulto, prerrogativa discricionária, mas não arbitrária, cujo exercício só se justifica em caráter excepcional, sobretudo quando presentes razões humanitárias. 3. Os crimes estão sujeitos às penas cominadas pelo Poder Legislativo e aplicadas pelo Poder Judiciário de modo individualizado, com atenção às circunstâncias específicas relacionadas a cada crime e ao seu agente. [...] Ao conceder indulto inclusive aos apenados que recém tenham cumprido 1/4 das penas restritivas de direitos a que condenados, dispensando o cumprimento dos 3/4 que ainda tinham a cumprir, o Presidente da República viola o princípio da separação dos poderes e o princípio da individualização das penas, de que cuidam os artigos 2º e 5º, XLVI, da CF.

O relator do processo, Ministro Leandro Paulsen,⁷¹ analisou a evolução do uso do indulto no Brasil em seu voto, conforme trecho que segue:

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

71 TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO. INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 5051763-44.2016.4.04.0000/TRF. RS, 2017.

sistematicamente concedida na época das comemorações da data cristã.

Considerações finais

A espécie de decreto apto a conceder indultos é o decreto regulamentar, ou seja, aquele cuja função é dar fiel execução à lei correspondente, que, *in casu*, é a Lei de Execução Penal. Pois bem, a LEP não discrimina requisitos ou limites para a concessão do indulto, apenas estabelece, no artigo 112 que:

A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, **quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento**, respeitadas as normas que vedam a progressão.

§ 1º **A decisão será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor.** (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 2003)

§ 2º **Idêntico procedimento será adotado na concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas, respeitados os prazos previstos nas normas vigentes.** [Grifo nosso]

Portanto, fazendo a análise dos artigos impugnados pela Procuradoria-Geral da República, percebe-se que tais artigos não divergem do disposto no artigo 112: o menor prazo de cumprimento de pena exigido para a concessão do indulto foi de 1/6, não foi contrariado o dispositivo da Lei que trata do requisito do bom comportamento carcerário nem da audiência dos órgãos competentes.

O decreto 9246/17 também não contraria os dispositivos da lei 9.099/95 que tratam do *sursis* processual. A lei não proíbe a concessão nesse caso. De fato, conforme citou o MPF na petição inicial da ADI 5874/17, o *sursis* processual pode

ser revogado caso o beneficiado venha a ser processado por outro crime ou contravenção, caso não repare o dano cometido ou caso não cumpra qualquer condição que lhe foi imposta para a concessão do benefício; entretanto, não há norma expressa proibitiva para que alguém com o processo suspenso possa ser indultado.

Quanto ao argumento da Procuradora de que o decreto também seria inconstitucional por indultar penas de multa e quaisquer outras de natureza pecuniária, já que isso representa renúncia de receita fiscal⁷², recai nos pontos de análise já suscitados de que não há proibição à concessão de indulto nesses casos. Há, apesar disso, uma incompatibilidade com princípios constitucionais, de acordo com uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico, tais como os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, princípio da proteção deficiente dos bens jurídicos, individualização da pena, moralidade administrativa, patrimônio público, separação de poderes. O ultraje a esses princípios foi suscitado pela PGR como fundamento principal da inconstitucionalidade do decreto 9246/17; portanto,

72 Tese defendida na petição inicial da ADI 5874. Impugna o artigo 10 do decreto 9246/17: “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.”

Segue a argumentação da Procuradora-Geral: “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 receita”

Raquel Dodge citou a jurisprudência do STF a qual fez referência, vide:

“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 convolada 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)”

PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA. **Petição inicial da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5874 de 2017.** DF, 2017. p 32. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=14250818&tipo=TP&descricao=ADI%2F5874>. Acesso em: 25/01/19

relevante elucidar brevemente sobre tais princípios, alguns expressos como normas constitucionais, e outros implícitos em artigos da Constituição.

O princípio da proporcionalidade é princípio implícito da Constituição, ligado ao artigo art. 5.º, XLVI, o qual explicita o princípio da individualização das penas. O princípio apresenta duas principais concepções: a de limitação ao poder punitivo do Estado e a de vedação à proteção insuficiente dos bens jurídicos tutelados pela Constituição.⁷³

Na primeira concepção, o legislador é levado a pautar sua criação normativa pela ideia de que cada crime deve ter pena proporcional à gravidade do ato, considerando as circunstâncias em que foi praticado e em que o agente se encontrava. Da mesma forma deve proceder o juiz ao sentenciar a pena concreta ao condenado.⁷⁴

Na segunda concepção, enxerga-se a obrigação do Estado de proteger os direitos fundamentais dos cidadãos. Essa função é praticada tanto na órbita da prevenção quanto na órbita da repressão às ações que violam direitos constitucionalmente garantidos.⁷⁵

Nessa segunda acepção do princípio, enquadra-se a tese de que o Estado deve punir os criminosos de modo a inibir a reincidência e evitar a vingança privada. Direitos fundamentais como a vida, a integridade física, a dignidade sexual, entre outros, não podem ser vilipendiados sem que, proporcionalmente, haja punição aos malfeitores. E uma das maneiras de garantir a realização dos direitos fundamentais é executando a pena concreta estabelecida pelo poder judiciário.

Quanto à vingança privada, tem-se que, a partir do contrato social firmado pelos seres humanos, em que suas liberdades individuais são limitadas em prol do bem-estar coletivo, o Estado-Juiz tomou para si a função de julgar e punir com justiça os que desrespeitarem o contrato social.⁷⁶ E com a Idade Moderna, houve a superação do Direito Inquisitório pelo Sistema acusatório de processo penal, pelo devido processo legal, com direito a ampla defesa e contraditório, entre outras

73 SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Guilherme; MITIDIERO, Daniel . **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018., p 227.

74 IDEM.

75 IBIDEM. p 228.

76 FILOMENO, José Geraldo Brito. **Teoria geral do Estado e da Constituição**– 10.ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016. p 39.

garantias ao réu. Punir ilícitos é um poder-dever do Estado a fim de obter a pacificação social.⁷⁷

Porém, se o Estado se mostra ineficiente em sua tarefa de garantir a paz social, os cidadãos se sentem no direito de fazer justiça com as próprias mãos, e esta, no mais das vezes, ocorre sem nenhuma garantia e com extrema violência. O Direito tem o fito de evitar o Estado de Natureza, onde há a luta de todos contra todos. A falta de confiança nas autoridades não só estimula o cometimento de crimes, como também encoraja os que se sentem injustiçados e desprotegidos e criarem seus próprios códigos de conduta.

O princípio da vedação à proteção insuficiente faz perceber que o ordenamento jurídico parece se preocupar sobremaneira com os direitos dos réus, mas não reflete tal importância aos direitos das vítimas (tanto as já feitas como as potenciais) e sua proteção.⁷⁸

Complementando a colocação já feita ao princípio da individualização da pena, este reflete um direito do réu de ser julgado conforme o ato e as circunstâncias em que cometeu um crime e também uma obrigação do Estado em estabelecer penas individuais, de acordo com a culpabilidade de cada agente. Este fim é vilipendiado quando o chefe do Poder Executivo, por meio de um decreto, estipula coletivamente a mesma fração de cumprimento de pena a ensejar extinção

77 “Observa-se, assim, que o Direito Penal surgiu quando, diante de um determinado fato, o agrupamento social reagiu não de forma irracional, por mera vingança, mas, ao contrário, por intermédio de uma modalidade institucionalizada de reação buscando o retorno à tranquilidade social. Não se deve, portanto, confundir pena com mera vingança. Talvez a primeira grande inovação em matéria penal surgida na Antiguidade tenha sido a lei do talião, encontrada no Código de Hammurabi, na Babilônia, no Código de Manu indiano, na Lei das XII Tábuas romana, na legislação mosaica, entre outros. A lei do talião, que previa o famoso “olho por olho, dente por dente”, estabeleceu, pela primeira vez, a ideia de proporcionalidade entre crime e pena, limitando, desta maneira, a vingança privada.” [CARLOS, Artur de Brito Gueiros Souza; JAPIASSÚ, Eduardo Adriano. **Curso de direito penal: parte geral**. – 2. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Rio de Janeiro: Forense, 2015.]

78 O jurista Paulo Antonio dos Santos comentou em artigo publicado por ele sobre a importância do princípio da vedação à proteção insuficiente: “De qualquer maneira, malgrado o respeito merecido por tudo o que já se construiu na ciência penal, principalmente no que diz respeito à contenção do odioso arbítrio estatal, que tantos males já causou ao longo dos séculos, fica uma incômoda impressão de que boa parte da doutrina penalista costuma se esquecer da vítima. E quando se lembra (vide os movimentos maximalistas precitados), temos correntes extremistas (e igualmente indesejáveis). [...] Procura-se trazer para a consciência jurídica o fato de que a vítima também merece resguardo em sua dignidade, pois também é titular de bens jurídicos que carecem de tutela. Afinal, quando se está diante de um crime de furto, por exemplo, não se pode esquecer que o direito de propriedade é um direito fundamental expressamente consagrado na Constituição. E de outro tanto, não se deixa de lembrar que o direito penal só se legitima quando necessário para resguardar os bens mais vitais das agressões mais violentas, que não puderam ser evitadas pelos demais ramos do ordenamento jurídico. Porém, quando a atuação do direito penal se mostrar imprescindível, não pode o poder público se omitir no dever de tutela aos direitos fundamentais.”. [SANTOS, Paulo Antonio dos. **O princípio da proteção insuficiente em matéria penal**. 2018, p. 1. Disponível em: <https://jus.com.br/amp/artigos/63916/2>. Acesso em: 28/02/2019.]

de execução penal. Inclusive, não necessitando de exame criminológico nem de análise das Comissões de Classificação⁷⁹ sobre a periculosidade de cada agente e sua condição psicológica para que o decreto seja cumprido. Perfazendo o preso os critérios presentes no decreto, fica o Juízo da execução obrigado a libertá-lo. Critérios esses majoritariamente objetivos.

O princípio da moralidade administrativa é previsto no art. 37 da CF como pauta de atuação da Administração Pública, da qual o Presidente da República é chefe (no âmbito federal). Devido à isenção no pagamento de pena pecuniária que representa, muitas das vezes, condenação a crimes que lesaram o erário, entende-se o argumento da Procuradoria-Geral da República de que o decreto sob estudo é inconstitucional também por infringir o princípio da moralidade administrativa.⁸⁰

O princípio da conservação do patrimônio público está previsto no artigo 23 da CF como competência comum entre União, Estados, Distrito Federal e municípios. O Presidente da República é o chefe do Poder Executivo da União e, portanto, tem obrigação de zelar pelo patrimônio público. Considerando que a extinção de penas pecuniárias, as quais foram estabelecidas também como penas de crimes contra o patrimônio público, representa ofensa ao princípio da conservação do patrimônio público, o decreto 9246/17 contraria o artigo 23 da Constituição. Posto que, o decreto permite que quaisquer tipos de crimes possam ser objeto do benefício, entre os quais se incluem os de peculato, desvio de verbas públicas, lavagem de dinheiro entre outros. Todos estes representam improbidade administrativa e/ou desvio do patrimônio público para fins ilícitos.

O princípio da separação dos poderes está explícito no artigo 60, §4º da Constituição Federal. Demonstra a divisão de competências que existe entre os entes estatais e o controle mútuo que cada poder exerce sobre o outro.

79 Ensina Adeildo Nunes que a existência das Comissões de Classificação se deve à concretização do princípio da individualização da pena. Essas Comissões traçam o perfil social do preso.[NUNES, Adeildo. **Da execução penal**. 3 ed. rev. Rio de Janeiro, Forense: 2013. p 86]. Sua atuação também era exigida para emitir parecer sobre a progressão de pena, mas desde de 2003 este requisito foi substituído pelo de bom comportamento carcerário. Já o exame criminológico analisa a periculosidade do agente, sua condição psicológica e psiquiátrica. [NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. *apud* NUNES, Adeildo *op. cit.* p 86. A LEP diz que o exame é realizado quando da condenação a regime fechado ou semiaberto para “obtenção dos elementos necessários a uma adequada classificação e com vistas à individualização da execução.” [art. 8º da Lei 7.210/84.]

80 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. DF, 1988.

A Ministra Cármen Lúcia⁸¹ cita, no texto da decisão da medida cautelar *sub examen*, a competência do judiciário para conduzir o processo penal e o esvaziamento deste mesmo processo a partir da concessão ilimitada de indulto, inclusive tornando inócuos os benefícios penais definidos em lei como, por exemplo, a progressão de pena, o livramento condicional, a delação premiada; pois que estes seriam suprimidos pela extinção da execução penal promovida pelo indulto e perderiam o mote, o estímulo de ser utilizados como é o caso da colaboração premiada.

A Constituição⁸² estabelece, no art. 22, a competência da União para **legislar** sobre direito penal e processual penal, o que significa que estas matérias devem ser reguladas por meio de **lei federal**.

Como é sabido, o indulto é causa de extinção de punibilidade de acordo com o Código Penal brasileiro. Assim, ele é instituto penal e processual penal. Sendo estas duas matérias de normatização através de lei da União, sabe-se que a atuação do Presidente da República, quando concede indulto, é atividade atípica, excepcional de seu cargo. Sendo, inclusive, considerado crime de responsabilidade do Presidente da República atos por ele praticados que atentem contra o cumprimento das leis e das decisões judiciais.⁸³

A Lei de Execução Penal⁸⁴ estabelece, no artigo 1º, que o objetivo da execução penal é **efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal** (emitidas, portanto, pelo poder judiciário). O artigo também informa que a execução penal visa proporcionar condições para a **harmônica** reintegração social do condenado. Pois bem, a execução penal promove a decisão do processo penal e segue a legislação penal. Todo o sistema foi previsto a fim de promover a adequada punição e posterior reintegração do condenado à sociedade. Transformar em letra morta todo esse sistema significa colocar a sociedade em risco. Sem proporcionar os meios de reinserção social do preso e sem promover a segurança aos cidadãos.

A LEP⁸⁵ ainda diz que os Juízes e Tribunais de Justiça detêm a jurisdição penal e devem exercê-la em conformidade com a própria LEP e com o Código de Processo Penal. Observa-se então a competência do poder judiciário para determinar a forma, o tempo, o local e os benefícios da execução penal.

Por isto, o Ministério Público, na petição inicial da ADI 5874/17, discorre que o exercício do poder de indultar deve ser realizado com cautela, estritamente consoante com os fins constitucionais e de modo a não sucatear a atuação do poder judiciário bem como do poder legislativo, o qual editou as leis penais e de processo e execução penais.⁸⁶

81 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5874/17**. 2017. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5336271>. Acesso em 23/01/2018. p 5 e 12.

82 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. DF, 1988.

83 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. DF, 1988. Art. 85, VII.

84 BRASIL. **Lei 7.210 de 1984**. DF. Art. 1º.

85 IBIDEM. Art. 2º.

86 PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA. **Petição inicial da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5874 de 2017**. p 04. DF, 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=14250818&tipo=TP&descricao=ADI%2F5874>. Acesso em: 25/01/19.

Ora, alguns doutrinadores dizem que o indulto é de livre formulação pelo Presidente da República, pois a Constituição não o limitou, porém, existem muitos institutos trazidos pela Constituição sem que ela os delimite e nem por isso eles são ilimitados ou as autoridades passam a ter poder absoluto sobre tais matérias por causa disso. Exemplo disso são os direitos à liberdade, livre expressão e propriedade. A liberdade tem o próprio Direito como limitador, pois se ela fosse ilimitada, os instintos humanos poderiam conduzir a vida em sociedade e ninguém mais poderia ser contido ao espancar outrem, estuprar, furtar, por exemplo, já que todos teriam a “liberdade” de fazer o que quisessem. A livre expressão, caso fosse direito absoluto, anularia os próprios conceitos de injúria, difamação, assédio moral ou desacato, por exemplo. Já que seria permitido falar o que quisesse, da forma que quisesse, sem necessidade de respeitar os outros. Quanto ao direito à propriedade, este é tão relativo que o próprio Estado tem o direito de tomar para si propriedades dos cidadãos, a exemplo das regras da desapropriação.

A Constituição de 1988, apesar de analítica, está repleta de conceitos jurídicos indeterminados e normas programáticas.

Pois bem, quando uma norma geral não define um instituto jurídico, faz-se necessária uma norma específica que o regule. Não existindo essa norma, cabem aos tribunais e, em especial ao Supremo Tribunal Federal, tratando-se de matéria constitucional, dar a interpretação correta e estabelecer os limites de incidência das normas e seus institutos. Ainda, na falta de entendimento sumulado sobre o assunto, adotam-se os entendimentos expendidos pela doutrina abalizada, a fim de definir os institutos de conceito aberto. Isso acontece na jurisprudência sobre indulto. Na falta de definição constitucional e legal do instituto (o regramento que se tem é de ordem procedimental e classificatória⁸⁷), os princípios constitucionais são o norte e a doutrina passa a ser importante fonte teórica sobre o assunto. E os julgados envolvendo a matéria de indulto são feitos utilizando-se também desta fonte

87 Os artigos da Lei de execução penal estabelecem, resumidamente: quem pode requerer o indulto, o papel do Conselho Penitenciário de expedir parecer, como deve proceder o juiz da execução quando o decreto de indulto for expedido (artigos 70, 81 – B, 188, 189, 192 e 193 da LEP). O artigo 112 caput c.c §2º é o que traz as diretrizes mais relevantes, dando limites à concessão de indulto, como segue: “Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão. [...] § 2º **Idêntico procedimento será adotado na concessão de** livramento condicional, **indulto** e comutação de penas, respeitadas os prazos previstos nas normas vigentes.” [grifo nosso] BRASIL. **Lei 7.210 (Lei da Execução Penal)**. DF, 1984.

O Código Penal classifica o indulto como causa extintiva de punibilidade no art. 107, II. BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal)**. DF, 1940.

secundária do direito (a doutrina). Exemplo disso são as decisões do STF quanto à ADI 5874/17. *Vide*:

2. O indulto no direito brasileiro.

40. No Brasil, a indulgência soberana, em sentido amplo, designa a renúncia do Estado ao direito de punir, que pode se manifestar de três formas: anistia, graça ou indulto. A anistia consiste em ato legislativo, de competência do Congresso Nacional, que exclui, com efeitos retroativos, a punibilidade de fatos criminosos, extinguindo todos os efeitos da condenação. A graça e o indulto, por sua vez, são atos de natureza administrativa de competência do Presidente da República, que podem tanto perdoar quanto comutar penas. A diferença entre eles é que a graça possui caráter individual e o indulto, caráter geral. Em ambos, o perdão atinge a execução da pena, mas mantém intactos os demais efeitos da condenação, para fins de antecedentes, reincidência ou de reparação civil. Além disso, o indulto pode ser total, caso em que equivale ao perdão da pena, ou parcial, também chamado de comutação, hipótese em que a pena é diminuída ou substituída por outra mais branda.⁸⁸

Exemplificando uma vez mais:

II. D

A POSSIBILIDADE DE INDULTO DA PENA DE MULTA

6. Conforme assentei no julgamento de Questão de Ordem

na EP nº 1/DF (caso José Genoíno), o indulto, ao contrário da graça (ou indulto individual), configura uma espécie de “clemência destinada a um grupo de sentenciados, tendo em vista a duração das penas aplicadas, podendo

exigir requisitos subjetivos (tais como a primariedade, comportamento carcerário,

antecedentes) e objetivos (v.g. cumprimento de certo montante da pena, exclusão

de certos tipos de crimes)”. O indulto pode ser, ainda, “total, quando extingue

todas as condenações do beneficiário, ou parcial, quando apenas diminui ou substitui a pena por outra mais branda. Neste último caso, não se extingue a punibilidade, chamando-se comutação...” (Guilherme de Souza Nucci, Código

⁸⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Min. Luis Roberto Barroso. **Medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5874/17**. 12 de março de 2017. p 19. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5336271>. Acesso em 23/01/2018.

Na Constituição ou na LEP não está disposto que o indulto é o perdão total da pena e a comutação é o indulto parcial. Estes são entendimentos da doutrina (com base nas interpretações sistemática, gramatical e nos princípios constitucionais implícitos).

Para trazer à colação tese jurídica sobre indulto, segue a exposição do jurista Adeildo Nunes⁹⁰:

O indulto é um instituto exclusivo de execução penal. Tratando-se de um perdão, resta bastante claro que ele só pode existir para quem já foi considerado culpado. Ao contrário do que estabelece o Código Penal (art. 107, II), o benefício não pode gerar causa de extinção da punibilidade, porque esta só pode existir antes do trânsito em julgado da sentença. De forma equivocada, o atual Código Penal inseriu o indulto como causa de extinção de punibilidade, quando ele é motivo para a extinção da execução da pena, duas situações jurídicas absolutamente distintas.

Indulto, por sua vez, é o perdão total ou parcial estipulado pelo Presidente da República mediante Decreto, beneficiando pessoas condenadas pela Justiça, individualmente concedido pelo Juiz de Execução Penal, no âmbito do devido processo legal. [...]

O instituto do indulto pode ser coletivo ou individual, é dizer, pode contemplar todos os condenados brasileiros ou isoladamente um único delinquente. Tudo dependerá de decisão política do Presidente da República. O que se sabe é que o indulto individual foi muito utilizado na fase do Brasil-Colônia e durante o regime Monárquico [...] quando o Imperador utilizava o instituto como forma de “privilegiar” as classes mais favorecidas.

Outrossim, o Poder Judiciário, nos casos concretos levados à sua apreciação, máxime ao Supremo Tribunal Federal, tem a obrigação de analisar quais valores devem prevalecer e, por conseguinte, quais normas jurídicas devem ser mantidas, em detrimento de outras incompatíveis com aquelas, no todo ou em parte.

A Constituição é um grande conjunto de normas em que valores e interesses, por vezes conflitantes, se pretendem harmônicos. Isto é resultado de um processo construtivo que leva em consideração, ao menos supostamente, os anseios e necessidades dos diversos setores de um país.

89 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Agravo regimental no indulto ou comutação na execução penal 14 Distrito Federal**. DF, 2017. p 3.

90 NUNES, Adeildo, **Da execução penal**. 3 ed. Ver. e atual – Rio de Janeiro: Forense, 2013. p 236

Assim, diante de uma lei ou ato normativo, precisa ser feita a ponderação de normas constitucionais, analisando os princípios/valores em questão, bem como as consequências práticas daquela norma impugnada e, assim, decidir se a norma deve se manter no ordenamento jurídico. E dessa forma deve proceder o Supremo Tribunal Federal na decisão de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade em que o ato normativo questionado se fundamenta em certo artigo constitucional, mas, por outro lado, contraria outros dispositivos da mesma Constituição, e, portanto, de igual força normativa/hierárquica.

Exemplo desta atuação da Corte Constitucional brasileira é a ADI 5874/17, e a decisão *sub examen* de suspensão de efeitos do decreto 9246/17, onde verificou-se um conflito normativo entre o artigo 84, XII e os artigos 2º, 5º, caput, e incs. XLVI e LIV. Nessa situação específica, os artigos 2º e 5º são princípio e direitos fundamentais da República Federativa do Brasil, respectivamente, representando normas de suma importância dentro do ordenamento jurídico brasileiro; o que traz grande peso em um conflito com outras normas⁹¹. Ademais, o artigo 84, XII da

91 Mister se faz apresentar a lição do douto jurista Guilherme de Souza Nucci sobre conflito entre normas constitucionais com enfoque no âmbito penal. Vide: “ Quanto à harmonia das normas constitucionais, no cenário dos direitos e garantias humanas fundamentais, cremos em sua plena viabilidade. Não deve haver direito ou garantia fundamental prevalente, em caráter absoluto, quando confrontado com outro direito ou garantia fundamental. Não fosse assim, haver-se-ia de eleger um critério, que, no fundo, jamais iria atender os autênticos reclamos da sociedade. Todos têm direito à segurança (art. 5.º, *caput*, CF); todos têm direito de ser considerados inocentes, até sentença condenatória definitiva (art. 5.º, LVII, CF). Como garantir a segurança, em situação de risco à ordem pública, se o estado de inocência fosse absolutamente considerado? Afinal, inocentes não podem ser levados ao cárcere. Porém, na harmonização dos preceitos constitucionais, inexistente hegemonia de um sobre o outro. Considera-se a prisão cautelar uma exceção, concebendo-se a liberdade como regra. Disso advém a eventual decretação da prisão preventiva, que não implica em considerar o acusado culpado, mas de resguardar a segurança pública por atitudes provocadas por sua própria conduta.

Prevalecesse a segurança e poder-se-ia exigir a prisão de todos quantos fossem acusados de crimes graves, pois, em tese, estaria a sociedade ameaçada. Prevalecesse a presunção de inocência e não haveria sentido para sustentar qualquer restrição de direito antes da decisão final. Entretanto, parece-nos válido admitir que os direitos e garantias fundamentais possam prevalecer sobre outra norma constitucional *axiologicamente* inferior, por não se constituir *cláusula pétrea*, logo, não fazer parte da estrutura básica do Estado Democrático de Direito. Na lição de LUÍS ROBERTO BARROSO, ‘a grande premissa sobre a qual se alicerça o raciocínio desenvolvido é a de que inexistente hierarquia normativa entre as normas constitucionais, sem qualquer distinção entre normais materiais ou formais ou entre normas-princípio e normas-regra. Isso porque, em direito, hierarquia traduz a ideia de que uma norma colhe o seu fundamento de validade em outra, que lhe é superior. (...) Não obstante isso, é inegável o destaque de algumas normas, quer por expressa eleição do constituinte, quer pela lógica do sistema. No direito constitucional positivo brasileiro, foram expressamente prestigiadas as normas que cuidam das matérias integrantes do núcleo imodificável da Constituição, que reúne as chamadas *cláusulas pétreas*. Consoante o elenco do § 4.º, do art. 60, não podem ser afetadas por emendas que tendam a abolir os valores que abrigam, as normas que cuidam: a) da forma federativa do Estado; b) do voto direto, secreto, universal e periódico; c) da separação dos Poderes; d) dos direitos e garantias individuais. Estes últimos fazem parte do princípio democrático. Porque assim é, deve-se reconhecer a existência, no Texto Constitucional, de uma hierarquia *axiológica*, resultado da ordenação dos valores constitucionais, a ser utilizada sempre que se constatarem tensões que envolvam duas regras entre si, uma regra e um princípio ou dois princípios’ “. NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 4 ed. rev. atual. e ampl. Rio de

Constituição não constitui cláusula pétrea, o que significa que pode sofrer limitação e regulamentação legal⁹².

Considerando isto, a fim de inibir a impunidade e o consequente estímulo à prática de crimes, poder-se-ia adotar a reformulação da Lei de Execução Penal a fim de estabelecer critérios e limitações à concessão de indulto.

Assim, os decretos presidenciais outorgadores de indultos não teriam uma margem de discricionariedade tão ampla, já que, tais decretos são de natureza regulamentar e, portanto, devem seguir as diretrizes legais. A Constituição de 1988 previu apenas duas hipóteses de decretos autônomos, ou seja, que não dependem de lei anterior que discipline a matéria, podendo, portanto, legislar autonomamente sobre os temas definidos pela Constituição⁹³. E esses temas estão dispostos no art. 84, VI, alíneas a e b da Carta Magna, *vide*:

VI - dispor, mediante decreto, sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

Da leitura do artigo depreende-se que conceder indulto não integra o rol de matérias afetas à regulamentação por decretos autônomos do Presidente da República. Desta feita, a legislação deveria ser alterada a fim de determinar maior rigor na concessão do indulto e, dessa forma, o Presidente teria que adequar seus decretos ao que determina a lei⁹⁴. É necessária a determinação legal dos critérios e limites para a concessão de um benefício que representa a extinção de punibilidade de crimes, em concretização aos diversos princípios constitucionais

Janeiro: 2015. c.c. BARROSO, Luis Roberto *apud* NUCCI, 2015.

92 Veja-se o que dizem Gilmar Mendes e Paulo Gonet Branco sobre regulação legal das normas constitucionais: “As normas constitucionais, situadas no topo da pirâmide jurídica, constituem o fundamento de validade de todas as outras normas inferiores e, até certo ponto, determinam ou orientam o conteúdo material destas. **Esse traço das normas constitucionais, porém, deve ser compreendido nos termos devidos. Não é correto supor que as normas constitucionais determinam integralmente todo o conteúdo possível das normas infraconstitucionais. Elas regulam apenas em parte a deliberação legislativa que lhes confere desenvolvimento. O legislador, no entanto, na tarefa de concretizar o que está disposto na norma constitucional, não perde a liberdade de conformação, a autonomia de determinação.** Mas essa liberdade não é plena, não pode prescindir dos limites decorrentes das normas constitucionais. Daí o oportuno ensinamento de Canotilho, quando alerta que “é preciso não confundir a ideia do direito constitucional como direito paramétrico, positivo e negativo, dos outros ramos do direito, com a ideia do direito legal como simples derivação e execução das normas constitucionais” [MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional, 12 ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2017. – (Série IDP), p 66.

93 PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di .Direito administrativo – 31. ed. rev. atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018. p 282-283.

94 IBIDEM.

citados na Petição Inicial da ADI objeto do presente trabalho, tais como razoabilidade, proporcionalidade, vedação à proteção insuficiente, separação de poderes. Consequentemente haveria o impedimento à criação de decretos de indulto arbitrários.

Considerando que a Constituição não explicita limites à concessão de indulto e que ao longo dos anos a abrangência do instituto só aumentou, - e em grande escala - podemos pensar que daqui a alguns anos um decreto de indulto poderá extinguir a pena sem que tenha sido cumprido ao menos 1/6 da pena concreta, que é o prazo mínimo para se conceder a progressão de pena, a qual é instituto de Direito Penal previsto na Constituição, corolário do Estado democrático de Direito e do sistema acusatório de processo penal com a finalidade de ressocialização do preso. Conclui-se, pois, que a progressão de pena se transformará em letra morta, norma sem eficácia.

Pode-se chegar até mesmo ao ponto de extinguir a pena antes mesmo da fase de execução penal, como previsto nos Estados Unidos, Canadá e Suécia.⁹⁵

Ressocializar não significa não punir. Significa que deve ser aplicada uma pena proporcional ao crime cometido e que surta o efeito de inibir o cometimento de novos crimes; que o cumprimento de pena deve ser feito de modo a propiciar que ao seu término o condenado consiga conviver pacificamente em sociedade e possa se reintegrar ao mercado de trabalho a fim de ter uma vida digna.

Não é libertando a torto e a direito ou até mesmo nem punindo (caso do indulto a penas alternativas) que haverá a ressocialização do malfeitor. O que haverá, neste caso, é a impunidade, a visão social de que os órgãos públicos são ineficazes e fracos, o estímulo à vida criminosa por ineficácia do Estado em conduzir o indivíduo transgressor a outra realidade de vida e/ou tratar os que sofrem de transtornos, o fortalecimento dos Estados paralelos, organizações criminosas e barbáries. Estamos avançando na implementação do sistema de rotatividade nas prisões, apenas isso.

95 RIBEIRO, Rodrigo de Oliveira. **O indulto presidencial: origens, evolução e perspectivas. Revista Brasileira de Ciências Criminais.** vol 117, 2015. p 4. Disponível em: https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&url=http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RBCCrim_n.117.15.PDF&ved=2ahUKEwimnK_mi63gAhWCslkKHePSAxEQFjACegQICRAB&usg=AOvVaw1OmF6ieV0-mogcxUVg9xhO. Acesso em: 08/02/2018.

Referências bibliográficas

BORGES, Clarissa Pereira. **A Força Normativa da Constituição: pensamento de Konrad Hesse**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 29 jan. 2016. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.55122&seo=1>>. Acesso em: 14 jun. 2018.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. Saraiva: São Paulo, 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. DF, 1988

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1946.

BRASIL. **Lei 7.210**. DF, 1984.

BRASIL. **Lei 9.099 de 1995 (Lei dos Juizados Especiais)**. DF, 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm. Acesso em: 25/01/2019.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. Vol. 1. 13 ed. São Paulo: Saraiva: 2009.

CARLOS, Artur de Brito Gueiros Souza; JAPIASSÚ, Eduardo Adriano. **Curso de direito penal: parte geral**. – 2. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Rio de Janeiro: Forense, 2015.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Teoria geral do Estado e da Constituição**– 10.^a ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro, Forense, 2006.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12 ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2017. – (Série IDP)

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Nº 29.723/CS**. DF, 2017. Disponível em: https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&url=http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp%3Fid%3D313351390%26tipoApp%3D.pdf&ved=2ahUKEwiJrt_Ez8jgAhXulrkGHTeACHgQFjABegQIBBAB&usg=AOvVaw2S2098wldO9PRE8tCX0Chh. Acesso em: 19/02/2019

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 4 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: 2015. c.c. BARROSO, Luis Roberto *apud* NUCCI, 2015.

NUNES, Adeildo, **Da execução penal**. 3 ed. Ver. e atual – Rio de Janeiro: Forense, 2013.

NUNES, Adeildo. **Comentários à lei de execução penal**. 1 ed Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PESTANA, Marcio. **Direito Administrativo Brasileiro**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2014

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di .**Direito administrativo** – 31. ed. rev. atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA. **Petição inicial da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5874 de 2017**. p 06. DF, 2017. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?](http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=14250818&tipo=TP&descricao=ADI%2F5874)

[id=14250818&tipo=TP&descricao=ADI%2F5874](http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=14250818&tipo=TP&descricao=ADI%2F5874). Acesso em: 25/01/19.

RIBEIRO, Rodrigo de Oliveira. **O indulto presidencial: origens, evolução e perspectivas**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol 117, 2015. p 6. Disponível em:

[https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&url=http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/](https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&url=http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RBCCrim_n.117.15.PDF&ved=2ahUKEwimnK_mi63gAhWCslkKHePSAxEQFjACegQICRAB&usg=AOvVaw1OmF6ieV0-mogcxUVg9xhO)

[RBCCrim_n.117.15.PDF&ved=2ahUKEwimnK_mi63gAhWCslkKHePSAxEQFjACegQICRAB&usg=AOvVaw1OmF6ieV0-mogcxUVg9xhO](https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&url=http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RBCCrim_n.117.15.PDF&ved=2ahUKEwimnK_mi63gAhWCslkKHePSAxEQFjACegQICRAB&usg=AOvVaw1OmF6ieV0-mogcxUVg9xhO). Acesso em: 08/02/2018.

RICHTER, André. **“Lava Jato completa 4 anos neste sábado; Veja números da operação”**, 2018. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2018-03/lava-jato-completa-4-anos-neste-sabado-veja-numeros-da-operacao?amp>. Acesso em: 05/05/2018.

SANTOS, Paulo Antonio dos. **O princípio da proteção insuficiente em matéria penal**. 2018, p 1. Disponível em: <https://jus.com.br/amp/artigos/63916/2>. Acesso em: 28/02/2019.]

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Guilherme; MITIDIERO, Daniel . **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **EP 14 INDCOM-AGR / DF**. 2017. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28INDULTO%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/yauhzrwl>. Acesso em: 19/02/2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5874/17**. 2017. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5336271>. Acesso em 23/01/2018.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO. **INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 5051763-44.2016.4.04.0000/TRF**. RS, 2017.

ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: primeiro volume-Teoria Geral do Direito Penal**. Rio de Janeiro:Revane, 4ª edição, maio de 2011, 2ª impressão, abril de 2015.