

**MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
5.874 DISTRITO FEDERAL**

RELATOR : **MIN. ROBERTO BARROSO**
REQTE.(S) : PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA
INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA
ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
ADV.(A/S) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL
AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE
JANEIRO
ADV.(A/S) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO
DE JANEIRO
AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS
GERAIS
ADV.(A/S) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE
MINAS GERAIS
AM. CURIAE. : GAETS - GRUPO DE ATUAÇÃO DA ESTRATÉGICA
DA DEFENSORIA PÚBLICA NOS TRIBUNAIS
SUPERIORES
ADV.(A/S) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO
PAULO

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL. AÇÃO
DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE.
DECRETO DE INDULTO.

1. Ação direta de inconstitucionalidade que
questiona o indulto natalino e a comutação
de penas concedidos por ato do Presidente
da República.

2. Impugnação específica dos dispositivos
que permitem a concessão de indulto (i)
mediante o cumprimento de um quinto da
pena nos crimes praticados sem grave
ameaça ou violência; (ii) mediante o
cumprimento de um sexto da pena, diante

ADI 5874 MC / DF

da situação especial das pessoas que especifica; *(iii)* a condenados que já receberam outros benefícios no curso da execução penal; *(iv)* para a pena de multa; e *(v)* a presos que não foram julgados em definitivo.

3. Discussão acerca do sistema punitivo brasileiro, bem como sobre a natureza e a finalidade do indulto. Constatação de que a minuta original proposta pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP) vedava expressamente a concessão de indulto *(i)* a condenados por crimes de corrupção e correlatos e *(ii)* da pena de multa. Tais vedações, contudo, foram excluídas do decreto, em contrariedade à recomendação expressa dos órgãos técnicos e jurídicos que participaram do procedimento de elaboração do decreto e à revelia do sentimento social.

4. O decreto de indulto não pode esvaziar a política criminal estabelecida pelo legislador, tornando os requisitos para a extinção da punibilidade consideravelmente mais brandos do que aqueles exigidos para o cumprimento adequado da pena. Violação à separação dos Poderes. Perdão da multa que também desatende os fins constitucionais a serem protegidos pela política criminal. Cumprimento deficiente dos deveres de proteção do Estado a diversos valores e bens jurídicos

ADI 5874 MC / DF

constitucionais que dependem da efetividade mínima do sistema penal.

5. Excesso de leniência que é particularmente grave no que diz respeito aos crimes de corrupção e correlatos. Necessária exclusão desses crimes do âmbito de incidência do indulto.

6. Reiteração da medida cautelar concedida, com explicitação das situações por ela colhidas, e fixação de critérios para aplicação da parte não suspensa do Decreto nº 9.246/2017.

7. Cautelar confirmada para os seguintes fins:

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

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

(iii) suspender, por inconstitucional, o art. 10 do Decreto nº 9.246/2017, que trata do indulto da multa, ressalvadas as hipóteses de extrema carência material do apenado ou

ADI 5874 MC / DF

de multa inferior ao mínimo fixado para a inscrição de débitos em Dívida Ativa da União;

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

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

8. Aplicabilidade imediata do decreto de indulto às demais situações, observados os parâmetros aqui estabelecidos, notadamente o cumprimento de 1/3 (um terço) da condenação, desde que a pena máxima não tenha excedido 8 (oito) anos, nos casos previstos no art. 1º, I, do Decreto nº 9.246/2017.

I. INTRODUÇÃO

1. A presente ação direta de inconstitucionalidade envolve a discussão sobre as limitações constitucionais à concessão de indulto em caráter geral pelo Presidente da República. Após a concessão de medida cautelar pela Ministra Presidente, que suspendeu os efeitos de todos os

ADI 5874 MC / DF

dispositivos impugnados, proferi, na qualidade de relator, decisão de ratificação daquela decisão, em que antecipei os principais fundamentos constitucionais para a análise do caso e pedi dia para julgamento. Minha ideia era, colegiadamente, extirpar do decreto aquilo que contrariava a Constituição, fazendo os recortes necessários para sua aplicação na parte em que poderia legitimamente subsistir.

2. Sucede que, em razão do congestionamento da pauta do Plenário, a matéria não pôde ser incluída para discussão ainda no mês de março. No entanto, desde que ratifiquei a decisão cautelar, foram protocoladas manifestações e realizadas audiências nas quais se alertou para os impactos que a decisão tem provocado sobre o sistema penitenciário. O argumento trazido a este tribunal é o de que a suspensão completa dos dispositivos impugnados, na forma como a medida cautelar se encontra, impede a concessão de indulto de maneira mais abrangente do que o necessário para a proteção dos valores constitucionais afetados pelo decreto. Nessa linha, a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, já admitida no feito na condição de *amicus curiae*, recentemente postulou a adoção de soluções alternativas, que permitam a concessão do benefício em algumas hipóteses, de forma a se diminuir a pressão dentro do sistema penitenciário.

3. A situação das penitenciárias brasileiras, de fato, não pode passar ao largo da análise do presente caso. Todo e qualquer impacto produzido por decisões judiciais sobre o sistema penitenciário deve ser considerado com particular cuidado pelo julgador. Assim sendo, diante do atraso na submissão da cautelar ao plenário – por compreensíveis razões, como registrei acima –, convenci-me da necessidade de antecipar a decisão que desejava previamente submeter ao plenário. O presente pronunciamento mantém os efeitos da medida cautelar anteriormente concedida, mas especifica hipóteses que não se encontram colhidas pela suspensão cautelar do Decreto nº 9.246/2017 e nas quais, portanto, o indulto poderá ser concedido.

ADI 5874 MC / DF

4. A decisão que se segue encontra-se dividida em três partes. A primeira parte contém a apresentação da hipótese submetida à apreciação desta Corte, com reflexões a respeito do sistema punitivo brasileiro, do instituto do indulto e da evolução dos decretos sobre a matéria. A segunda parte se volta à discussão do problema, com a exposição dos fundamentos jurídicos que subsidiam a solução do caso. A terceira e última parte destina-se à análise dos pedidos cautelares formulados na ação direta de inconstitucionalidade.

PARTE I

APRESENTAÇÃO DO PROBLEMA

I. A HIPÓTESE

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

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

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

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

I - gestante;

II - com idade igual ou superior a setenta anos;

III - que tenha filho de até quatorze anos de idade ou de

ADI 5874 MC / DF

qualquer idade, se pessoa com doença crônica grave ou com deficiência, que necessite de seus cuidados;

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

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

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

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

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

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

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

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

ADI 5874 MC / DF

“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.”

ADI 5874 MC / DF

6. A requerente sustenta que o decreto que concede indulto natalino e comutação de penas (i) a condenados que cumpriram frações muito pouco significativas da pena, que variam entre um sexto e um quinto do total, (ii) a condenados que já foram beneficiados pela legislação criminal e não se encontram em situação de encarceramento, (iii) à pena de multa e (iv) a casos que sequer foram julgados em definitivo, afronta os princípios constitucionais da separação dos Poderes, da individualização da pena e da proibição à proteção insuficiente, além da vedação constitucional ao Poder Executivo para legislar sobre direito penal. Alega que a competência do Presidente da República para conceder indulto deve adequar-se às finalidades constitucionais de prevenção, repressão e proteção de bens jurídicos relevantes, não lhe sendo legítimo editar norma descriminalizante.

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

8. Em suas informações, a Presidência da República afirmou que a concessão de indulto representa ato discricionário, não cabendo ao Poder Judiciário reavaliar o juízo de conveniência e oportunidade do Chefe do Poder Executivo, notadamente por se tratar de norma benéfica aos condenados. Sustentou, também, que o caso não representa afronta ao princípio da separação dos Poderes, mas exercício de controle recíproco, na forma do art. 84, XII, da Constituição. Além disso, segundo a

ADI 5874 MC / DF

Advocacia-Geral da União, o indulto não violaria o princípio da individualização da pena, já que não revogou as sanções abstratamente previstas para os diferentes tipos penais ou reformou as aplicadas em casos concretos. Quanto ao princípio da proporcionalidade, alegou que o abrandamento dos requisitos para a concessão de indulto “*vai ao encontro da decisão cautelar proferida no bojo da ADPF 347, oportunidade em que foi expressamente reconhecido pelo Pretório Excelso o ‘estado de coisas inconstitucionais’ do sistema penitenciário brasileiro*”, razão pela qual a manutenção da decisão cautelar configuraria *periculum in mora* inverso. Por fim, ressaltou que “*a política criminal de concessão de indulto se fundamenta em estudos técnicos prévios realizados pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, com o objetivo de reinserir no contexto social presos que preencham determinadas condições subjetivas/objetivas*”.

9. Postularam ingresso no feito, na qualidade de *amicus curiae*, as Defensorias Públicas da União, do Estado do Rio de Janeiro, do Estado de Minas Gerais, a de diversos Estados reunidos sob a denominação de Grupo de Atuação da Estratégia da Defensoria Pública nos Tribunais Superiores, a Associação dos Advogados e Estagiários do Rio de Janeiro, a Associação dos Magistrados Brasileiros, o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, o Instituto de Garantias Penais, a Conectas Direitos Humanos e a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público.

10. Ao fim do recesso, proferi decisão em que ratifiquei, na íntegra, os termos da medida cautelar deferida pela Ministra Presidente e antecipei, de maneira sintética, os argumentos relevantes para o deslinde da controvérsia, além de apreciar os pedidos de intervenção como *amicus curiae*.

11. É o relatório.

II. O SISTEMA PUNITIVO BRASILEIRO

ADI 5874 MC / DF

12. Desde já, antecipo minha compreensão de que o decreto de indulto não pode ser incoerente com os princípios constitucionais nem com a política criminal desenhada pelo legislador. A prerrogativa do Presidente da República de perdoar penas não é, e nem poderia ser, um poder ilimitado. Especialmente quando exercida de maneira genérica e não para casos individuais. A discricionariedade do ato, portanto, não o torna imune ao controle de constitucionalidade.

13. Antes de analisar cada um dos dispositivos impugnados, considero relevante situar a questão em uma discussão mais ampla a respeito do instituto do indulto e da sua inserção no sistema punitivo brasileiro. A intenção é avaliar em que casos o perdão da pena guarda sintonia com os fins visados pelo constituinte. Apenas uma compreensão sistêmica da realidade jurídica e dos efeitos concretos gerados pela aplicação das normas possibilitará um debate público qualificado sobre o tema.

1. A concepção e a aplicação das sanções penais

14. O sistema de concepção e aplicação das sanções penais estrutura-se, no Brasil, em três fases: (i) *legislativa*, em que são eleitas as condutas que merecerão a tutela do direito penal e previstas abstratamente as respectivas sanções; (ii) *judicial*, em que o Estado-juiz fixa concretamente, observando os patamares máximo e mínimo impostos pelo legislador, a sanção descrita no tipo incriminador; e (iii) *executória*, em que a pena estabelecida é efetivamente aplicada ao condenado.

15. Nos Estados de Direito contemporâneos, penas cruéis e infamantes foram substituídas por sanções proporcionais, aplicadas com obediência ao devido processo legal e à ampla defesa. A imposição da pena, atualmente, em nada se assemelha à infligência de castigos perversos, baseada em procedimentos arbitrários, que caracterizava o sistema penal vigorante nos Estados absolutistas.

ADI 5874 MC / DF

16. Entre nós, as penas previstas são moderadas, como a privação de liberdade temporalmente limitada, a multa, a prestação de serviços à comunidade e a restrição de direitos (CF, art. 5º, XLVI). Não são admitidas penas cruéis, como as de morte, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados ou de banimento (CF, art. 5º XLVII).

17. Uma vez fixada concretamente a pena, após a condenação do acusado em processo submetido à observância das garantias fundamentais, inicia-se a fase executória. Caso se trate de decisão condenatória a pena privativa de liberdade, a execução penal será realizada no sistema penitenciário.

2. O sistema de execução penal

18. Concretizando o princípio constitucional da individualização da pena (CF, art. 5º, XLVI), a legislação previu um sistema progressivo de cumprimento da pena privativa de liberdade (art. 33, § 2º, do Código Penal e art. 112 da Lei de Execução Penal)[1]. De acordo com esse mecanismo, as penas devem ser executadas de forma escalonada, partindo de um regime rigoroso, passando por estatutos mais suaves, até a concessão da liberdade, de modo a promover a ressocialização paulatina do condenado.

19. O Código Penal (art. 33) e a Lei de Execução Penal (art. 110 e ss.) disciplinam três regimes diversos de cumprimento de penas privativas de liberdade: o *fechado*, o *semiaberto* e o *aberto*. Para cada um desses regimes, a legislação definiu estabelecimentos penais próprios, sabido que “*a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado*” (inciso XLVIII do art. 5º da Constituição).

20. Em atenção ao objetivo de ressocialização do condenado, além da progressão de regime, a legislação prevê uma série de benefícios – como a

ADI 5874 MC / DF

remição de pena por trabalho ou estudo, as autorizações de saída e o livramento condicional – a serem concedidos de acordo com fatores como a gravidade do crime cometido, o histórico criminal do apenado e, especialmente, seu comportamento carcerário.

21. Dada a adoção desse sistema, condenados primários e com bom comportamento podem, de modo geral, progredir de um regime mais rigoroso para outro menos severo após o cumprimento de um sexto da pena. Em termos práticos, alguém que tenha sido condenado a uma pena de 6 anos, em regime semiaberto, depois de completado 1 ano de reprimenda já segue para o regime aberto, a ser cumprido na “Casa de Albergado” (art. 33, § 1º, *c*, do Código Penal). Caso a respectiva unidade federativa não conte com esse tipo de estabelecimento prisional – o que é a regra –, o apenado será autorizado a cumprir o restante da reprimenda em sua própria residência, em prisão domiciliar, tendo em vista que a jurisprudência não admite o cumprimento da pena em instituição mais severa do que aquela definida em lei (Súmula Vinculante nº 56).

22. Esse, portanto, um primeiro exemplo de temperamento do sistema: embora aplicada uma pena razoavelmente severa (6 anos de reclusão), basta o cumprimento de 1 ano para que o condenado possa retornar à sua residência, transmitindo à sociedade um sentimento de impunidade e até mesmo uma certa descrença nas instituições públicas. Há, com isso, uma sensação difusa de que as instituições não funcionam e que o crime, ao menos em algumas de suas manifestações, termina por compensar.

23. Outra opção política que desperta certa perplexidade social decorre do art. 83 do Código Penal. Após o cumprimento de 1/3 da reprimenda, o juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado, que significa uma espécie de liberdade antecipada mediante determinadas condições. No exemplo anterior, do indivíduo condenado à pena de 6 anos de reclusão, após 1 ano de prisão domiciliar, se ele

ADI 5874 MC / DF

preencher os requisitos legais já estará liberado para voltar ao convívio social.

24. Mas não é tudo. Após o cumprimento de parcela pouco relevante da sanção penal, os condenados por delitos não violentos – como são os chamados crimes de “colarinho branco” – tradicionalmente já estarão habilitados a receber do Presidente da República a extinção da punibilidade pelo indulto. Tudo isso sem contar que o tempo de trabalho e o tempo de estudo durante o cárcere – válidas e importantes medidas de reinserção social – significam tempo de efetivo cumprimento de pena e são computados para o cálculo dos benefícios da execução penal.

25. Essa sistemática – somada a outras circunstâncias brasileiras, como as limitações orçamentárias e a existência de centenas de milhares de mandados de prisão à espera de cumprimento – faz com que o sistema de execução penal entre nós seja menos severo do que o de outros países. Menos do que uma opção filosófica ou uma postura de leniência, esse programa repressivo constitui uma escolha política feita pelas instâncias representativas da sociedade e materializada na lei.

26. Paralelamente a esse cenário condescendente, são explícitas as condições grotescas das prisões brasileiras. Somos a terceira maior população carcerária do mundo. São mais de 720 mil presos, a maioria em circunstâncias degradantes e violadoras da dignidade humana. É lugar comum dizer-se que no Brasil prende-se muito, mas prende-se mal. E não é difícil demonstrar o ponto: as grandes aflições da sociedade em relação ao sistema punitivo são a violência e a corrupção. Porém, mais da metade das pessoas presas são acusadas ou condenadas por crimes não violentos. O número de presos por crimes contra a Administração Pública, por sua vez, corresponde a apenas 0,25% do total.

27. Pode soar contraditório, em um primeiro olhar, que tenhamos um dos sistemas penitenciários mais lotados do mundo e, ao mesmo

ADI 5874 MC / DF

tempo, um sistema de execução penal que oferece tantos temperamentos no cumprimento da pena. Mas não. Basta lembrar que 40% dos presos no Brasil são provisórios, grande parte deles presos em flagrante por tráfico de drogas. Quem lota os presídios são os 60% de presos analfabetos ou que não completaram o ensino fundamental e não possuem mínimas condições de exigir o gozo dos benefícios legais. *O problema reside onde a aplicação da lei não chega.* Mas o sistema de execução penal, em si, foi pensado e estruturado de forma moderada. E, para os que possuem condições – sociais, educacionais e financeiras de custear orientação jurídica adequada –, o cumprimento da pena pode até se revelar pouco efetivo diante da condenação imposta.

3. Leniência com a criminalidade do “colarinho branco”: o exemplo da AP nº 470.

28. O exemplo da Ação Penal nº 470, atualmente sob minha relatoria, ajuda a compreender de que maneira, na prática, as regras cumulativas de concessão de benefícios no curso da execução da pena podem significar um tratamento bastante brando a condenados por crimes do colarinho branco no país. Trata-se do caso conhecido como “Mensalão”, em que o Supremo Tribunal Federal condenou diversos políticos, intermediários e empresários pela prática de crimes como corrupção ativa e passiva, peculato, lavagem de dinheiro e evasão de divisas.

29. Embora algumas das penas, diante da gravidade dos crimes, tenham sido fixadas em patamares elevados, o efetivo tempo de encarceramento foi substancialmente menor. Com exceção de Marcos Valério – sentenciado a mais de 37 anos de prisão –, nenhum dos demais condenados se encontra, ainda, cumprindo pena em regime fechado, isto é, recluso em uma penitenciária. A maioria dos condenados já foi perdoada pelo decreto de indulto presidencial. Todos os demais já progrediram para regimes mais benéficos ou estão em livramento condicional, como se pode verificar em tabela anexa ao presente voto.

ADI 5874 MC / DF

30. Tome-se como exemplo o caso do ex-Deputado José Genoíno, condenado a 4 anos e 8 meses, além de 180 dias-multa, pela prática dos crimes de corrupção ativa e formação de quadrilha. Após permanecer por 9 meses em uma colônia penal, passou a cumprir a pena em seu domicílio. Pouco menos de um ano após o início do cumprimento da pena, já estava perdoado por decreto presidencial.

31. Do total de 23 réus condenados no caso do “Mensalão”, 13 já foram beneficiados pelo indulto presidencial. Apesar de muitas das condenações não terem sido fixadas em patamar baixo, a maior parte dessas execuções, que se iniciaram entre 2013 e 2014, receberam algum tipo de benefício no curso do cumprimento e, até o ano de 2017, já haviam sido extintas por força do perdão presidencial.

32. Muito mais do que uma crítica ao papel que os benefícios da execução penal exercem na ressocialização dos detentos, essas reflexões se destinam a expor à sociedade, de modo transparente, aspectos do sistema e suas agruras. Como é notório, há intensa demanda na sociedade por um endurecimento do direito penal, particularmente no que diz respeito a crimes contra a Administração Pública. O direito penal, em uma sociedade como a brasileira, por motivos diversos, deve ser moderado. Porém, deve ser sério na sua interpretação, aplicação e execução de penas.

33. O excesso de leniência em casos que envolvem corrupção privou o direito penal no Brasil de uma de suas principais funções, que é a de prevenção geral. O baixo risco de punição, sobretudo da criminalidade de colarinho branco, funcionou como um incentivo à prática generalizada desses delitos. É à luz dessas premissas que analiso o instituto do indulto, a fim de avaliar seus impactos no sistema punitivo brasileiro.

III. O INDULTO

ADI 5874 MC / DF

1. Origem, natureza e evolução do indulto. O direito comparado.

34. O indulto consiste essencialmente no perdão da pena. Suas origens remontam às primeiras organizações jurídicas e à ideia de que cabe ao líder de uma sociedade – o imperador, príncipe, sacerdote ou, em tempos modernos, o Presidente da República – cuidar de seu povo. Desde o Código de Hamurabi se desenvolve a noção de potestade da autoridade e, associada a ela, a prerrogativa do líder de proteger seus súditos [2]. Na história da Igreja Católica, registro de indulgência se encontra na passagem em que Pôncio Pilatos, respaldado pela multidão, perdoa Barrabás, mas ao mesmo tempo condena Jesus Cristo. Até mesmo no período da Inquisição canônico-medieval, em que os tipos mais cruéis de tortura eram admitidos, réus já sentenciados podiam gozar de indulto, que os dispensava total ou parcialmente de sua pena [3].

35. No percurso histórico mais remoto, portanto, o indulto representava um ato de bondade e clemência do soberano, a quem era conferida a prerrogativa de perdoar penas como forma de aliviar os excessos do direito penal e demonstrar cuidado com seu povo. Trata-se de uma das formas mais antigas de se obter a liberdade.

36. Sob diferentes justificativas, o poder do chefe de Estado de abdicar do poder punitivo estatal sobreviveu aos séculos e até hoje se encontra previsto na maior parte das constituições das democracias desenvolvidas do mundo. Mas não de forma ilimitada. Não com efeitos gerais. Também não mais baseado no poder absoluto do monarca, nem em inspiração divina. A *ratio* continua a ser a de uma atitude de clemência, mas a ser utilizada em casos específicos e individuais, dentro da moldura constitucional da separação dos Poderes. Especialmente quando se tem em conta que, no Estado de Direito, as penas previstas são razoáveis e somente podem ser impostas mediante observância do devido processo legal.

ADI 5874 MC / DF

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. 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.

39. O estudo do instituto na história e no direito comparado, portanto, revela que o indulto foi originalmente concebido como um ato de clemência do soberano. Entretanto, diante da evolução das garantias constitucionais penais e processuais penais, com a previsão de penas adequadas impostas por meio de devido processo legal, as principais democracias desenvolvidas do mundo aboliram a competência do chefe do Poder Executivo para expedir decretos de indulto coletivo, reservando essa competência ao Poder Legislativo.

ADI 5874 MC / DF

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.

41. O indulto foi previsto em todas as constituições do país, desde o Império [8]. Na Constituição de 1988, o art. 84, XII, prevê a competência do Presidente da República para “*conceder indulto e comutar penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei*”. Na legislação infraconstitucional, o art. 107, II, do Código Penal prevê o indulto como causa de extinção da punibilidade [9]. Desde 1988, todos os anos foram expedidos decretos de concessão do benefício. Como a sua publicação costuma ocorrer em data próxima ao Natal, convencionou-se a referência ao *indulto natalino*.

42. Ao longo desses quase trinta anos, a análise dos decretos de indulto natalino revela uma tendência de abrandamento nos requisitos para a concessão do perdão presidencial. Até o início da década de 1990, os decretos previam uma longa lista de crimes excluídos do benefício. Aos poucos, essa lista foi progressivamente reduzida, passando-se a

ADI 5874 MC / DF

admitir a concessão do perdão inclusive para crimes com emprego de violência e grave ameaça, com relação aos quais se costuma exigir um tempo de cumprimento de pena maior. Também com relação à pena máxima aplicada, verifica-se a tendência de se admitir o indulto para penas cada vez mais altas. No início da década de 1990, o limite máximo da pena era de 4 anos, depois passou a 6 anos, então 8 anos, depois 12 anos, até o ano de 2017, em que não se previu nenhum limite de pena.

43. Confira-se, a esse respeito, a evolução dos decretos de indulto natalino editados desde 1987, com destaque para o tempo de pena mínima exigida como regra geral para o indulto, o tempo máximo de condenação e o Presidente que o editou:

DECRETO	DATA	REGRA GERAL - PENNA MÍNIMA	TEMPO MÁXIMO DE CONDENAÇÃO	PRESIDENTE
nº 95.290	24 de novembro de 1987	1/3	4 anos	José Sarney
nº 97.164	7 de dezembro de 1988	1/3	4 anos	José Sarney
nº 98.389	13 de dezembro de 1989	1/3	4 anos	José Sarney
nº 99.915	24 d dezembro de 1990	1/3	4 anos	Fernando Collor
nº 245	28 de outubro de 1991	1/3	4 anos	Fernando Collor
nº 668	16 de outubro de 1992	1/3	4 anos	Itamar Franco
nº 953	8 de outubro de 1993	1/3	6 anos	Itamar Franco
nº 1.242	15 de setembro de 1994	1/3	6 anos	Itamar Franco
nº 1.645	26 de setembro de 1995	1/3	6 anos	FHC
nº 2.002	9 de setembro de 1996	1/3	6 anos	FHC
nº 2.365	5 e novembro de 1997	1/3	6 anos	FHC
nº 2.838	6 de novembro de 1998	1/3	6 anos	FHC
nº 3.226	29 de outubro de 1999	1/3	6 anos	FHC
nº 3.667	21 de novembro de 2000	1/3	4 anos	FHC
nº 4.011	13 de novembro de 2001	1/3	6 anos	FHC
nº 4.495	4 de dezembro de 2002	1/3	6 anos	FHC
nº 4.904	1 de dezembro de 2003	1/3	6 anos	Lula
nº 5.295	2 de dezembro de 2004	1/3	6 anos	Lula
nº 5.620	15 de dezembro de 2005	1/3	6 anos	Lula
nº 5.993	19 de dezembro de 2006	1/3	6 anos	Lula
nº 6.294	11 de dezembro de 2007	1/3	8 anos	Lula
nº 6.706	22 de dezembro de 2008	1/3	8 anos	Lula
nº 7.046	22 de dezembro de 2009	1/3	8 anos	Lula
nº 7.420	31 de dezembro de 2010	1/3	12 anos	Lula
nº 7.648	21 de dezembro de 2011	1/3	12 anos	Dilma Rousseff
nº 7.873	26 de dezembro de 2012	1/3	12 anos	Dilma Rousseff

ADI 5874 MC / DF

nº 8.172	24 de dezembro de 2013	1/3	12 anos	Dilma Rousseff
nº 8.380	24 de dezembro de 2014	1/3	12 anos	Dilma Rousseff
nº 8.615	24 de dezembro de 2015	1/3	12 anos	Dilma Rousseff
nº 8.940	22 de dezembro de 2016	1/4	12 anos	Michel Temer
nº 9.246	21 de dezembro de 2017	Variável	Não há	Michel Temer

44. Esse progressivo alargamento do indulto ao longo dos anos foi tradicionalmente associado à necessidade de enfrentamento do problema do hiperencarceramento no país. O indulto tem sido considerado, no Brasil, não apenas um ato de clemência do chefe do Poder Executivo, mas também um instrumento da política criminal brasileira. No julgamento da ADI nº 2.795-MC, inclusive, o Min. Maurício Corrêa definiu o indulto como *“instrumento de política criminal colocado à disposição do Estado para a reinserção e ressocialização dos condenados que a ele façam jus, segundo a conveniência e oportunidade das autoridades competentes”*. Como assinalado, esta conveniência e oportunidade não de observar os limites estabelecidos na Constituição.

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

46. Deixo em aberto, para discussão em outra oportunidade, a própria constitucionalidade desse formato de indulto coletivo, sem intervenção do Congresso, que me parece extremamente problemática.

ADI 5874 MC / DF

3. O procedimento de elaboração do decreto de indulto. Antecedentes da edição do Decreto nº 9.246/2017.

47. O procedimento de elaboração do decreto de indulto tem início no Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP), órgão subordinado ao Ministério da Justiça, com competência para propor diretrizes relacionadas à administração da Justiça Criminal e à execução das penas [10]. O Conselho possui composição plural, integrado por 13 membros designados pelo Ministério da Justiça “*dentre professores e profissionais da área do Direito Penal, Processual Penal, Penitenciário e ciências correlatas, bem como por representantes da comunidade e dos Ministérios da área social*” (art. 63 da Lei de Execução Penal) e tradicionalmente elabora a primeira minuta do decreto de concessão de indulto.

48. Com ao menos seis meses de antecedência, o CNPCCP designa uma comissão para tratar do assunto. Ela expede ofícios aos órgãos responsáveis pela execução penal e a entidades representativas da sociedade civil, a fim de colher sugestões [11]. Na sequência, são ainda convocadas audiências públicas para a oitiva de interessados, com ampla participação social [12]. Após a análise do material colhido, a comissão elabora a primeira minuta, que é submetida ao Plenário do CNPCCP. Após a aprovação pelo colegiado, o processo, acompanhado por exposição de motivos, é encaminhado ao Gabinete do Ministro da Justiça e Segurança Pública, sendo então submetido à análise de outros órgãos técnicos, a exemplo da Consultoria Jurídica (CONJUR), que podem alterá-la. Após a análise do Ministério da Justiça e Segurança Pública, a minuta segue para a Presidência da República.

49. Na minuta encaminhada pelo CNPCCP em 2017, algumas disposições merecem destaque. *Em primeiro lugar*, a proposta vedava a concessão de indulto e de comutação de penas para os crimes de peculato, concussão, corrupção passiva, corrupção ativa, tráfico de

ADI 5874 MC / DF

influência, lavagem de dinheiro, associação criminosa, contra o sistema financeiro nacional, previstos na Lei de Licitações e na Lei de Organizações Criminosas [13]. No ano de 2016, o CNPCP já havia sugerido a exclusão de crimes associados à corrupção, o que foi acolhido. De acordo com a exposição de motivos, essa vedação visava a atender o interesse público no fortalecimento do combate à corrupção e evitar prejuízos de diversas ordens ao Estado e à sociedade. A justificativa apresentada chamou atenção, ainda, para o fato de que diversos condenados na Ação Penal nº 470 receberam indulto após pouco tempo de cumprimento da pena. Nos termos apresentados pelo CNPCP:

“Sob os mesmos fundamentos já elencados, a proposta inova listando dentre suas hipóteses impeditivas de indulto, parcela significativa de delitos cometidos contra a administração pública e correlatos, como os que atentam contra o sistema financeiro nacional, os previstos na Lei de Licitações e de lavagem de capitais.

No atual momento, cuja preocupação maior da sociedade é de ver fortalecida a luta contra a corrupção, resulta plausível que o indulto para as pessoas condenadas por esses crimes não se amoldaria ao interesse público em ver efetivadas as sanções impostas pela prática dessas gravíssimas condutas ilícitas, havendo risco de se verem indultadas pessoas recentemente condenadas por atos de malversação de dinheiro público, trazendo prejuízos para o Estado e para a sociedade, em vários graus de extensão. A guisa de exemplo é trazido à colação que todos, se não a maioria dos apenados, nos autos da ação penal nº 470 foram ou estão sendo indultados.

Por fim, e na esteira dos argumentos já expostos, a proposta também inova ao estampar o artigo 3º contendo a vedação à concessão de indulto e comutação àquelas pessoas sentenciadas, que integrem as chamadas facções criminosas, reconhecidas judicialmente como tais, no momento do julgamento do pedido de indulto ou comutação.” (negrito

ADI 5874 MC / DF

acrescentado)

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

51. Essas duas sugestões, elaboradas pelo CNPCP e validadas pela CONJUR, não constaram da versão final do decreto editado pelo Presidente da República em 2017. O art. 3º do Decreto nº 9.246/2017 contém uma lista de crimes em relação aos quais não se concede o indulto, mas, na redação do dispositivo, foram reproduzidos apenas seis dos oito incisos que constavam da proposta do órgão colegiado. As duas previsões excluídas diziam respeito justamente à vedação do indulto aos crimes relacionados ao combate à corrupção. Ademais, o art. 10 do decreto impugnado permite expressamente o indulto da multa, em sentido diametralmente oposto ao que foi sugerido.

52. É nesse contexto que se coloca a questão constitucional. Os fatos antecedentes à edição do decreto impugnado, assim como a discussão mais ampla a respeito do sistema punitivo brasileiro, devem iluminar a análise sobre os limites do exercício do poder do Presidente da República de conceder indultos coletivos.

53. Não se ignora que esta Corte tradicionalmente adota postura de deferência com relação aos decretos de indulto natalino, reconhecendo-o como ato discricionário associado à política criminal. Eu mesmo, na qualidade de relator, deferi pedidos de indulto formulados por réus da Ação Penal nº 470. Naquela ocasião, não deixei de tecer considerações críticas a respeito da leniência do sistema, mas fiz incidir as regras previstas nos decretos de indulto. Apliquei a eles as regras que sempre valeram para todos, firme na convicção de que a jurisprudência não pode variar de acordo com o réu.

ADI 5874 MC / DF

54. Entendo, contudo, que o presente caso conduz o Tribunal a um ponto de inflexão. Penso que esta seja a oportunidade de propor uma reflexão mais profunda a respeito do instituto e do seu progressivo alargamento no direito brasileiro. Até porque a questão é posta em sede de controle concentrado de constitucionalidade, de maneira que não se corre aqui o risco de alterar a jurisprudência no julgamento de um réu específico.

55. À luz do cenário atual, é de se questionar qual a *ratio* do instituto e quais os seus limites constitucionais. Em um Estado Democrático de Direito não se admitem penas cruéis; ao contrário, elas são aplicadas com a observância do devido processo legal e da ampla defesa e executadas em um regime progressivo. Mesmo que se admita a utilização do instituto como um instrumento de combate ao hiperencarceramento, entendo que esse instrumento (i) não pode conflitar com a política criminal adotada no país; (ii) deve ser manejado de forma racional, com base em um plano estratégico baseado em dados que revelem a eficiência do instituto com relação à finalidade pretendida; e (iii) não pode implicar proteção insuficiente de bens jurídicos protegidos constitucionalmente.

56. Diante desse quadro, como passo a expor, não se apresentaram justificativas, compatíveis com a Constituição e o ordenamento em vigor, que legitimassem a inclusão no âmbito de incidência do indulto os crimes relacionados à corrupção. Tampouco se demonstrou como o perdão da multa (quanto mais sem limite de valor) favoreceria a situação dos presídios, uma das justificativas para a edição do decreto. Como bem pontuou a Ministra Presidente na sua decisão cautelar, o “*indulto não é nem pode ser instrumento de impunidade*”.

PARTE II

DISCUSSÃO DO PROBLEMA

I. O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

ADI 5874 MC / DF

1. A reserva legal em matéria penal e processual penal

57. A Constituição acolhe, como postulado do Estado de Direito, o princípio da reserva legal ou da estrita legalidade em matéria penal, segundo o qual não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal (art. 5º, XXXIX). Como decorrência desse princípio, é vedada a aplicação de pena não estatuída em lei formalmente aprovada pelo Poder Legislativo federal (art. 22, I). Lei, por sua vez, que tem de ser clara e precisa, não pode ser aplicada por analogia ou retroagir em detrimento do réu (art. 5º, XXXIX). É competência do Congresso Nacional, ainda, a formulação da política criminal de individualização e execução das penas, notadamente daquelas que envolvam privação ou restrição de liberdade (arts. 5º, XLVI, e 48, *caput*).

58. Nessa linha, não é possível modificar, sob a roupagem de indulto e por ato normativo secundário, como é o decreto, a política criminal traçada pelo legislador.

2. Papeis do Legislativo e do Judiciário

59. No exercício dessas competências, o legislador regulou minuciosamente o sistema de aplicação das penas. A lei *(i)* detalha os patamares mínimo e máximo aplicáveis a cada delito; *(ii)* estabelece os critérios para a dosimetria da pena (art. 59 do Código Penal); *(iii)* trata da fixação do regime de cumprimento da pena privativa de liberdade (art. 33 do Código Penal); e *(iv)* estabelece os critérios norteadores da suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal) e do livramento condicional (art. 83 do Código Penal). A lei processual penal, por sua vez, estabelece os ritos formais que legitimam a imposição das penas. Finalmente, a Lei de Execução Penal prevê os requisitos e os procedimentos necessários para *(i)* a progressão de regimes de privação de liberdade; *(ii)* a remição da pena por trabalho ou estudo, *(iii)* as

ADI 5874 MC / DF

autorizações de saída; e *(iv)* o livramento condicional, dentre outros benefícios voltados à promoção da reintegração dos apenados à sociedade.

60. Nesse sistema progressivo, o livramento condicional consiste em instituto especificamente destinado à concessão de liberdade antecipada, condicional e precária ao apenado. Na sua redação original, o Código de Processo Penal, no art. 710, I, exigia o cumprimento de mais da metade da pena, ou mais de três quartos, em caso de reincidência, para a concessão do livramento. Com a reforma da Parte Geral do Código Penal, em 1984, o tempo mínimo de cumprimento da pena para gozo desse benefício passou a ser de: *(i)* mais de um terço da pena se o condenado não for reincidente em crime doloso e tiver bons antecedentes (art. 83, I, do Código Penal); *(ii)* mais da metade se o condenado for reincidente em crime doloso (art. 83, II, do Código Penal); ou *(iii)* mais de dois terços da pena, nos casos de condenação por crime hediondo e equiparados, se o apenado não for reincidente específico em crimes dessa natureza (art. 83, V, do Código Penal).

61. Significa dizer que, na mais benevolente das hipóteses, o legislador exigiu o cumprimento mínimo de 1/3 da pena privativa de liberdade para que o sentenciado possa ser posto, ainda assim de forma condicional, em liberdade. Essa é uma decisão nuclear da política criminal arquitetada pelo legislador, que não pode ser subvertida, direta ou indiretamente. A não ser que se esteja diante de hipóteses excepcionais e devidamente justificadas por finalidades humanitárias, o indulto concedido de forma genérica e abstrata com base em critérios mais brandos do que o previsto pelo legislador acaba por se sobrepor à disciplina legislativa.

62. Uma vez estruturada a política criminal pelo Congresso Nacional, o papel do Poder Judiciário é executá-la em casos concretos. Cabe ao Estado-Juiz definir a pena de cada réu segundo os critérios

ADI 5874 MC / DF

previstos na legislação penal, assim como acompanhar a sua execução e, no curso dela, avaliar o preenchimento dos requisitos para a progressão de regime, assim como para a concessão do livramento condicional.

63. Diante dessa estrutura detalhadamente disciplinada, a competência presidencial para a concessão de indulto (art. 84, XII, da Constituição) deve ser interpretada de modo sistemático e em harmonia com a política criminal estabelecida pelo Congresso Nacional. Do contrário, haverá usurpação de competência legislativa e violação do princípio da separação dos Poderes. Nas palavras da Ministra Cármen Lúcia, *“maquiando a descriminalização sob a forma de indulto, o que se estaria a praticar seria o afastamento do processo penal e da pena definida judicialmente”*.

3. 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.

ADI 5874 MC / DF

65. A competência para a concessão de indulto prevista no art. 84, XII, CF integra o esquema de separação de poderes brasileiro como um instrumento de controle recíproco. Trata-se, pois, de competência atípica do Presidente da República que, portanto, não pode estar em desacordo com a política formulada por quem detém a competência típica, que é o Poder Legislativo.

66. Em outras palavras, o decreto presidencial pode estabelecer novas regras para a concessão do indulto. Todavia, é vedado ao Presidente da República, por meio desse ato, contrariar a política criminal estabelecida pelo legislador ordinário, sob pena de violação da separação dos Poderes e usurpação de competência legislativa do Congresso Nacional. Obviamente, nada impede que, nos termos do art. 61, *caput*, da Constituição, o Presidente da República inicie projeto de lei visando a modificação dessa política, inclusive, solicitando urgência para sua apreciação, consoante o disposto no art. 63, § 1º, da Constituição. O que não lhe é permitido, porém, é subverter tal política por meio de ato de baixa densidade normativa e democrática, como é o decreto.

67. Justamente por essa razão, a tradição brasileira, observada rigorosamente ao menos desde a promulgação da Constituição de 1988 e até 2015, foi a de exigir, para a concessão do indulto coletivo, salvo em situações excepcionais e justificadas por razões humanitárias, o cumprimento de ao menos 1/3 da pena privativa de liberdade, em consonância com o tempo mínimo exigido para a concessão do livramento condicional.

68. Em rigor, considerando a existência cumulativa de benefícios como o livramento condicional e a progressão de regime – para a qual a lei também exige, no mínimo, o cumprimento de 1/3 da pena –, registro, a título de *obiter dictum*, que, a meu ver, o indulto sequer deveria ser concedido antes do cumprimento de, ao menos, metade da pena fixada pelo Poder Judiciário.

ADI 5874 MC / DF

69. Em síntese conclusiva deste tópico, entendo que o costume de edição anual de indultos natalinos, em caráter geral e abstrato, sem convincente e excepcional justificativa humanitária, vem consolidando, de modo inconstitucional, a redução de até 80% das penas cominadas pelo Poder Legislativo e dimensionadas individualmente pelo Poder Judiciário. Consta-se, na prática, uma derrogação da legislação penal e uma usurpação da função jurisdicional.

II. EFETIVIDADE MÍNIMA DO SISTEMA PENAL E DEVERES DE PROTEÇÃO DO ESTADO.

1. As funções do direito penal e os bens jurídicos que se destina a proteger

70. O Direito Penal destina-se à tutela de valores protegidos pela Constituição. O desempenho dessa função requer do Poder Público a prática de uma série de atos que garantam a existência de um sistema punitivo apto a viabilizar a aplicação de punições às lesões a tais bens jurídicos, de forma proporcional à sua relevância. Sem surpresa, uma política criminal excessivamente branda é pouco efetiva. Isso porque, nesse cenário, a sanção penal torna-se incapaz de cumprir suas principais funções.

71. A função *preventiva geral*, representada pela ideia de que o temor da punição inibe a prática de delitos, acaba inobservada se a pena é quase inócua e a vantagem obtida é relevante. A mensagem que o sistema transmite nessa hipótese é a de que o crime compensa. A função *preventiva específica*, por sua vez, é fulminada se, após o cumprimento de parcela mínima da pena, o criminoso é solto, uma vez que terá incentivos para voltar a delinquir. A função *retributiva*, de caráter essencialmente punitivo, também é frustrada, já que o criminoso deixa de pagar pelo crime que cometeu se cumpre em fração mínima a pena fixada pelo

ADI 5874 MC / DF

Estado-juiz. A função *ressocializadora* da pena, ligada à reabilitação do indivíduo para participar de atividades políticas e financeiras de forma honesta, é esvaziada se deixam de ser observadas as etapas progressivas de reintegração na sociedade. Por fim, a função *restaurativa*, associada à reparação do dano causado pelo crime, deixa de ser atendida especialmente em razão da previsão de que o perdão alcança a penalidade pecuniária e não demanda a indenização dos prejuízos gerados.

2. Obrigações negativas e positivas do Estado

72. O Estado liberal clássico estruturou-se sobre a separação dos Poderes e o respeito aos direitos individuais. Na sua versão inicial, antiabsolutista, o constitucionalismo vislumbrava o Estado como o adversário, e os direitos fundamentais se limitavam a traçar uma esfera de proteção do indivíduo em face do Poder Público. Os deveres do Estado para com o cidadão se concretizavam mediante simples abstenções, obrigações negativas de não interferir em uma área demarcada pela Constituição. Este modelo foi progressivamente sendo superado pelo reconhecimento de obrigações positivas por parte do Estado. Estas obrigações se materializam quer em prestações correspondentes aos chamados direitos sociais – educação, saúde, previdência – quer em deveres de atuação para a proteção dos direitos individuais clássicos, mediante a edição de atos legislativos, atos administrativos, a estruturação de órgãos como a polícia, o Judiciário, os registros imobiliários etc.

73. Dentre os deveres jurídicos que demandam prestações positivas do poder público, destaca-se a criação e a aplicação de normas jurídicas que atribuam sanções penais a condutas que violem bens jurídicos protegidos. Nesse aspecto, a Constituição chega a determinar ao legislador que puna criminalmente certas práticas especialmente gravosas – os chamados mandatos constitucionais de criminalização –, tais como o

ADI 5874 MC / DF

racismo, tortura, ações de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado democrático e a exploração sexual de menores (art. 5º, XLII, XLIII, XLIV, e art. 227, § 4º). Todo este novo cenário leva ao que se tem denominado de *deveres de proteção*.

3. Deveres de proteção e mandamento da proporcionalidade

74. Para assegurar que a atuação estatal na garantia de valores constitucionais se dê em justa medida, o mandamento da proporcionalidade comporta, além de uma vertente de *proibição do excesso*, que paralisa a eficácia de restrições irrazoáveis a direitos fundamentais, uma dimensão de *vedação à proteção insuficiente*. De acordo com essa ideia, as normas jurídicas que deixem de estabelecer patamares adequados de proteção a valores resguardados pela Constituição são inválidas. Em tais casos, o poder público descumpre o dever de adotar as ações necessárias à defesa de valores de estatura constitucional, justificando-se, portanto, a atuação corretiva do Supremo Tribunal Federal.

75. Assim, uma política criminal excessivamente leniente é incapaz de proteger bens jurídicos constitucionais de grande relevância, como a vida, a integridade física das pessoas, o patrimônio e a probidade administrativa. Por essa razão, um decreto do Presidente da República que veicular política pública capaz de frustrar a efetividade mínima do sistema penal será inexoravelmente contrário à Constituição, por violar o princípio da proporcionalidade, em sua dimensão de vedação à proteção insuficiente.

III. MORALIDADE ADMINISTRATIVA, DESVIO DE FINALIDADE E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA

76. Uma ordem constitucional democrática não se coaduna com a existência de atos administrativos puramente discricionários, insuscetíveis de qualquer espécie de controle por parte do Poder

ADI 5874 MC / DF

Judiciário. Com a superação do passado de arbitrariedade estatal, passou-se a reconhecer que os atos administrativos podem ser vinculados ao ordenamento jurídico em diferentes graus, que variam em função da densidade das normas jurídicas que regulam seu conteúdo. Mesmo os atos administrativos submetidos a baixo grau de vinculação não podem ser praticados com absoluta discricionariedade, porque estarão atrelados, ao menos, à observância dos princípios constitucionais. Do contrário, abre-se margem ao autoritarismo que foi radicalmente combatido pela ordem constitucional de 1988. Seguindo essa lógica, ainda que a competência para a concessão do indulto tenha sido atribuída ao Presidente da República, seu exercício será materializado em um ato administrativo, cuja compatibilidade com a Constituição o Supremo Tribunal Federal pode – e deve – examinar.

1. O princípio da moralidade

77. O princípio da moralidade administrativa, previsto no art. 37, caput, da Constituição, exige a observância de preceitos éticos na atuação da Administração Pública, sob pena de nulidade de seus atos.

78. Uma vez desatendido o patamar ético que *impõe* a ordem jurídica, o ato administrativo se torna passível de anulação. Esta é uma avaliação que pode ser realizada de maneira objetiva, independentemente da investigação a respeito das intenções do agente. Em outras palavras, os efeitos de um ato do Poder Público, independentemente da intenção subjetiva, não podem violar valores éticos e patamares mínimos de integridade e responsabilização exigidos pela sociedade.

79. No presente caso, embora editado em linguagem impessoal e universal, o decreto de indulto impugnado possui o condão de beneficiar investigados e condenados por envolvimento em esquemas de corrupção recém ocorridos, quando não ainda em curso. E isso, por si só, configura afronta ao princípio da moralidade administrativa. Independentemente

ADI 5874 MC / DF

do número de atingidos imediatos, a medida fixa um patamar de leniência que, reproduzido em anos seguintes, traria total impunidade. Na linha do que demonstrou a Procuradoria-Geral da República, “*a Lava Jato está colocada em risco, assim como todo o sistema de responsabilização criminal*” (fls. 33).

2. O desvio de finalidade

80. O desvio de finalidade ocorre quando, em que pese praticado por autoridade competente, o ato administrativo deixa de guardar relação com o interesse público que lhe serve de fundamento. Ele está ligado ao desvirtuamento do poder-dever atribuído a determinado agente público que, embora aja dentro dos limites da sua atribuição institucional, atinge finalidade não desejada pela ordem constitucional. Aqui, também, a caracterização do desvio independe do elemento subjetivo, isto é, da intenção declarada de atingir finalidade que não é prestigiada pela ordem constitucional. Basta que, na prática, o ato não guarde relação com a finalidade reconhecida pelo ordenamento.

81. Com relação aos condenados por crimes relativos a práticas de corrupção, não há dúvida de que o indulto não se justifica à luz das suas próprias finalidades, que, como se viu, relacionam-se (i) à ressocialização daquele que cumpriu parte da reprimenda imposta e (ii) ao combate ao hiperencarceramento. *Em primeiro lugar*, a concessão do indulto após o cumprimento de fração tão pouco significativa da pena enfraquece a função preventiva da reprimenda penal, propiciando à sociedade em geral e ao infrator a sensação de que o crime compensa. *Em segundo lugar*, além de os condenados por crimes de corrupção e correlatos não representarem parcela significativa da população carcerária, eles tampouco correspondem ao grupo que sofre as piores agruras do sistema. Assim, a concessão de indulto a condenados por esses crimes tem efeito insignificante para reduzir a superlotação dos presídios.

ADI 5874 MC / DF

82. Antes de encerrar o tópico, cabe fazer um breve registro lateral. Se a justificativa atribuída ao indulto é a necessidade de enfrentar a questão do hiperencarceramento, o foco deveria se voltar a pessoas presas por delitos previstos na Lei de Drogas. A política pública de drogas atual destrói a vida de jovens primários, torna-os mais perigosos ao jogá-los no cárcere e nos braços das facções, custa caro à sociedade e não produz qualquer impacto sobre o tráfico.

3. A ausência de legitimidade democrática

83. Por fim, cumpre avaliar a legitimidade democrática do ato impugnado. Nos regimes democráticos, é corrente a afirmação de que a legitimidade dos mandatários decorre da *investidura*, já que eles assumem os cargos após a seleção pelo processo eleitoral. Trata-se, no entanto, de concepção insuficiente, porque não permite aferir se os detentores de mandato eletivo, após terem recebido a aprovação das urnas, afastam-se da vontade manifestada pelos representantes ou baseiam suas decisões em interesses ilegítimos. Por essa razão, torna-se necessário detectar (i) a *legitimidade corrente*, que diz respeito à correspondência entre os atos praticados pelo representante e a vontade manifestada pelos representados, e (ii) a *legitimidade finalística*, que diz respeito à validade constitucional dos fins perseguidos pela atuação pública.

84. É inegável a existência de forte consenso na sociedade brasileira quanto à necessidade de enfrentamento sério da corrupção. Como bem salientado pela Procuradoria-Geral da República, “*praticado um delito, notadamente delitos graves como aqueles punidos em processos que tramitaram no escopo da chamada “Operação Lava Jato”, a sociedade tem a legítima pretensão de aplicação da lei penal, com a devida responsabilização dos condenados pela prática de tais crimes*”.

85. Essa realidade – perceptível para quem quer que tenha olhos de ver – está materializada no parecer do órgão colegiado encarregado de

ADI 5874 MC / DF

avaliar a política penitenciária no país, composto por representantes de diversos segmentos sociais, que consignou expressamente que a “preocupação maior da sociedade é de ver fortalecida a luta contra a corrupção, [portanto] resulta plausível que o indulto para as pessoas condenadas por esses crimes não se amoldaria ao interesse público em ver efetivadas as sanções impostas pela prática dessas gravíssimas condutas ilícitas”.

86. Carece de legitimidade corrente um ato do poder público que estabelece regras que favorecem a concessão de indulto para criminosos do colarinho branco. Isso porque, ao invés de corresponder à vontade manifestada pelos cidadãos, o decreto reforça a cultura ancestral de leniência e impunidade que, a duras penas, a sociedade brasileira tenta superar. Em manifesta falta de sintonia com o *sentimento social* – e, portanto, sem substrato de legitimidade democrática – o decreto faz claramente o contrário: dá um passe livre para corruptos em geral. Assim, a falta de legitimidade democrática é tão ou mais visível que o igualmente evidente desvio de finalidade.

PARTE III

SOLUÇÃO DO PROBLEMA

I. INCONSTITUCIONALIDADE DA INCLUSÃO DE CRIMES RELACIONADOS AO COMBATE À CORRUPÇÃO NO ÂMBITO DE INCIDÊNCIA DO INDULTO.

87. Ao prever, contrariamente ao parecer do CNPCP, a possibilidade de concessão de indulto aos crimes relacionados à prática de corrupção, o Presidente da República exorbitou de sua competência constitucional. Nos itens anteriores, expus um conjunto consistente de razões que conduzem a essa conclusão. Passo a retomá-las brevemente.

88. Em *primeiro lugar*, a concessão de indulto para crimes relacionados à corrupção, ainda mais com base em critérios tão brandos, (i) deixa de prevenir o cometimento de novos crimes, pelo próprio

ADI 5874 MC / DF

apenado ou por terceiros, permitindo a impressão de que a prática desse tipo de crime compensa; (ii) não penaliza de forma proporcional o mal produzido pelo criminoso, seja pelo período de pena que efetivamente é cumprido, seja pelo perdão da multa; (iii) não contribui para a reinserção social do delinquente, pois não gera estímulos para que ele retome suas atividades de maneira proba; e (iv) não cria incentivos à reparação do dano, na medida em que o indulto independe da condenação pecuniária. Como pontuei antes, o sistema punitivo pode e deve ser moderado. Mas tem que ser sério.

89. Em *segundo lugar*, a inclusão dos referidos crimes no perdão presidencial é desprovida de legitimidade democrática. A medida não tem *legitimidade corrente*, dada a evidente ausência de correspondência entre o ato presidencial e a vontade da sociedade. Além disso, o ato é carente de *legitimidade finalística*, já que a concessão de perdão presidencial a condenados por atos de corrupção, além de possuir efeito insignificante no problema da superlotação dos estabelecimentos prisionais, beneficia justamente a parcela da população brasileira que somente em tempos recentes passou, finalmente, a ser atingida pelo direito penal.

90. Em *terceiro lugar*, o perdão dos crimes contra a Administração Pública torna claramente insuficiente a proteção da moralidade e da probidade administrativa (art. 37 da Constituição). Com efeito, esses valores fundamentais se mostram evidentemente desprotegidos se os responsáveis pelo desvio de bilhões de reais de estatais e órgãos públicos, independentemente do tempo de prisão a que foram condenados, forem perdoados após o cumprimento de apenas 1/5 da pena.

91. Desse modo, para o atingimento do objetivo de proteger eficientemente os bens jurídicos tutelados, devem ser excluídos da possibilidade de perdão os crimes cometidos associados ao combate à corrupção, notadamente aqueles que constavam da minuta que foi

ADI 5874 MC / DF

encaminhada pelo CNPCP. São eles: (i) o peculato; (ii) a concussão; (iii) a corrupção passiva; (iv) a corrupção ativa; (v) o tráfico de influência; (vi) os crimes praticados contra o sistema financeiro nacional; (vii) os crimes previstos na Lei de Licitações; (viii) os crimes de lavagem de dinheiro e de ocultação de bens; e (ix) os crimes previstos na Lei de Organizações Criminosas.

II. INCONSTITUCIONALIDADE DA INCLUSÃO DA MULTA NO ÂMBITO DE INCIDÊNCIA DO INDULTO E DO ABRANDAMENTO DO TRATAMENTO CONFERIDO A CONDENAÇÕES PECUNIÁRIAS.

92. O art. 10 do decreto impugnado prevê: (i) que o indulto (ou comutação) da pena privativa de liberdade atinge, de forma automática e indiscriminada, a multa cumulativamente imposta, ainda que o apenado seja inadimplente ou o débito esteja inscrito em dívida ativa; e (ii) que o inadimplemento da multa ou da condenação pecuniária não impede a concessão do indulto da pena privativa de liberdade.

93. Também esse dispositivo representa um exercício abusivo da competência constitucional para a concessão de indulto. Para chegar a essa conclusão, considere-se, inicialmente, o resgate da função de especial relevo que o Supremo Tribunal Federal tem deferido à multa no sistema brasileiro de persecução penal, notadamente no que se refere aos crimes econômicos.

94. Nas circunstâncias brasileiras, deve-se evitar a expansão desmedida do alcance do direito penal, mas é preciso buscar a sua efetividade. Em matéria de criminalidade econômica, a pena de multa desempenha papel proeminente. Mais do que a pena de prisão – que, nas condições atuais, é relativamente breve e não é capaz de promover a ressocialização –, cabe à multa, em conjunto com a reparação do dano, o papel retributivo e preventivo geral da pena, desestimulando, no próprio infrator ou em infratores potenciais, a prática da conduta estigmatizada

ADI 5874 MC / DF

pela legislação penal.

95. Com base nessas premissas, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da EP nº 12-AgR, sob a minha relatoria, chegou às seguintes conclusões: (i) a pena de multa não perdeu o seu caráter de sanção penal; (ii) em matéria de criminalidade econômica, a multa desempenha um papel proeminente de prevenção específica, prevenção geral e retribuição; e (iii) como consequência, ela deve ser fixada com seriedade, proporcionalidade e, sobretudo, deve ser efetivamente paga. A efetividade da cobrança da multa, aliás, é uma orientação firmada no art. 118, §1º, da Lei de Execução Penal [14], de acordo com o qual o não pagamento da multa por aquele que tem condições de pagar sujeita o condenado à transferência para regime mais severo de cumprimento da pena restritiva de liberdade.

96. De igual modo, a condenação do apenado à reparação dos danos causados pelo crime cometido recebe especial destaque em nosso sistema jurídico, notadamente a partir da redação dada pela Lei nº 11.719/2008 ao art. 387, IV, do Código de Processo Penal [15], que passou a impor ao juiz criminal o dever de fixar, já na sentença condenatória, o valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração penal, considerando os prejuízos suportados pelo ofendido. Além disso, o legislador criou um estímulo ao adimplemento da condenação pecuniária, especificamente nos crimes contra a Administração Pública, ao estipular que a progressão de regime é condicionada à reparação do dano causado, ou à devolução do produto do ilícito praticado, com os acréscimos legais, nos termos do §4º do art. 33 do Código Penal [16].

97. Nessas condições, penso que o dispositivo impugnado é inconstitucional por quatro fundamentos. *Em primeiro lugar*, a regra inviabiliza a função preventiva geral da pena de multa. A situação é ainda mais clara no que se refere à dispensa da quitação da condenação pecuniária para a fruição do indulto. A questão pode ser vista de uma

ADI 5874 MC / DF

perspectiva de custo-benefício: se, após desviar milhões de reais de dinheiro público, a pessoa cumprirá apenas 20% da pena sem sequer ser obrigada a devolver os valores desviados, quais são os incentivos para que não cometa o crime? Como bem observado na petição inicial “*sem as repercussões patrimoniais, considerado o beneplácito estendido às penas pecuniárias, (...) o condenado não tem o mais ínfimo desestímulo de cometer novos crimes, e não teria mais nenhum interesse em colaborar com a justiça, seja pela confissão, seja pela colaboração premiada*” (fls.30).

98. *Em segundo lugar*, novamente aqui se identifica um déficit de legitimidade democrática, na medida em que a norma, contrariando o forte consenso existente na sociedade brasileira quanto à necessidade de enfrentamento sério da corrupção, fragiliza os mecanismos de reparação dos prejuízos econômicos gerados pela criminalidade do colarinho branco. Vale destacar que também nesse ponto a norma contrariou a orientação do CNPCP, que propunha expressamente que os efeitos da condenação e a pena de multa aplicada não fossem alcançados pelo indulto e pela comutação.

99. *Em terceiro lugar*, a norma desnatura o instituto do indulto, seja visto como ferramenta humanitária, seja como mecanismo de política criminal. O perdão de multas e condenações pecuniárias não beneficia a grande massa carcerária de condenados por tráfico ou pequenos delitos. Tem, pelo contrário, destinatários certos: pessoas que se locupletaram do dinheiro público, que representam percentual mínimo dos presos brasileiros e que possuem perfeitas condições de saldar sua dívida (também financeira) com a sociedade.

100. *Em quarto lugar*, a concessão do indulto aos condenados que, possuindo condições para fazê-lo, deixam de pagar a multa e a condenação pecuniária estabelecidas na sentença, contrariam a política criminal legislativa e a jurisprudência desta Corte, porquanto sequer a progressão de regime – benefício evidentemente menos generoso que o

ADI 5874 MC / DF

indulto – é admitida sem o adimplemento dessas obrigações.

101. Sendo assim, a concessão do indulto da multa deve ser admitida apenas em hipóteses excepcionalíssimas, devidamente comprovadas perante o juízo da execução penal. São elas: (i) extrema carência material do apenado (que sequer tenha tido condições de firmar compromisso de parcelamento do débito, na forma da legislação de regência); ou (ii) valor da multa inferior ao mínimo fixado em ato do Ministro da Fazenda para a inscrição de débitos em Dívida Ativa da União (atualmente disposto inciso I do art. 1º da Portaria nº 75, de 22.03.2012, do Ministro da Fazenda). Ademais, o inadimplemento injustificado da multa ou de eventual condenação pecuniária fixada na sentença condenatória pode, e deve, ser considerado pelo juízo da execução penal para aferir o merecimento (elemento subjetivo) do sentenciado que se candidate ao indulto.

102. Atento a esses vetores interpretativos, o Supremo Tribunal Federal, ao examinar decreto de indulto com conteúdo semelhante ao que se apresenta nestes autos, adotou orientação igualmente restritiva. Refiro-me à EPs nºs 11, 14 e 24-AgR, todas de minha relatoria. Na última delas, cujo acórdão ainda se encontra pendente de publicação, consignou-se, já na ementa, que *“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 judicial e indesejável tratamento privilegiado em relação aos sentenciados que pagaram a sanção no prazo legal”*.

103. Assim, salvo nos casos excepcionais aos quais expressamente me referi, são inconstitucionais tanto o perdão da pena de multa quanto a fruição desse benefício sem o pagamento da multa e de eventual condenação pecuniária.

III. INCONSTITUCIONALIDADE DA FIXAÇÃO DE PRAZO PARA INDULTO

ADI 5874 MC / DF

INFERIOR AO DO LIVRAMENTO CONDICIONAL E INDEPENDENTEMENTE DO
QUANTUM DE PENA

104. A Procuradoria-Geral da República impugna o art. 1º, I e o art. 2º, § 1º, I do Decreto nº 9.246/2017, que preveem (i) a concessão do indulto mediante o cumprimento de um quinto da pena, se não reincidentes, e um terço da pena, se reincidentes, nos crimes praticados sem grave ameaça ou violência a pessoa, independentemente do *quantum* de pena aplicado e (ii) nessas mesmas hipóteses, a redução do tempo de cumprimento de pena em um sexto, se não reincidente, e um quarto, se reincidente, para presos que estejam nas condições que especifica, a exemplo de gestantes e pessoas que estejam frequentando cursos de ensino reconhecidos pelo Ministério da Educação.

105. Conforme expus nos itens anteriores, entendo que o indulto coletivo não pode ser utilizado como forma de derrogar a política criminal estabelecida pelo legislador. Logo, se dentro do sistema progressivo estabelecido na legislação é preciso o cumprimento de 1/3 de pena para que o preso retorne ao convívio social, ainda assim mediante o atendimento dos requisitos exigidos para o livramento condicional, entendo que o ato executivo que perdoa a pena apenas mediante o cumprimento de 1/5 de sua duração viola o princípio da separação dos Poderes e o princípio da vedação à proteção insuficiente.

106. Ainda mais tendo em vista que a regra do art. 1º, I, do Decreto nº 9.246/2017 se aplica indistintamente a qualquer crime cometido sem grave ameaça ou violência à pessoa, de forma a abranger os crimes relacionados à corrupção. O dispositivo foi redigido de maneira tão ampla que, na prática, importa em derrogação das normas legais e da pena aplicada pelo Poder Judiciário por via transversa.

107. Além disso, a regra se aplica a toda e qualquer pena, independentemente do seu *quantum*. Nesse ponto, em particular, a

ADI 5874 MC / DF

ausência de limite com relação à severidade da pena esgarça o indulto de maneira absolutamente desproporcional, violando de forma grave a vedação à proteção insuficiente. A previsão abre margem para que, na prática, pessoas condenadas a penas graves – como 30 anos por lavagem de dinheiro e peculato – tenham 80% da punição perdoada de forma automática pelo decreto presidencial. Trata-se de um nível de leniência absolutamente incompatível com os deveres de proteção que são exigidos em um Estado Democrático de Direito.

108. A hipótese do art. 2º, § 1º, I, do Decreto nº 9.246/2017, por sua vez, não se subsume integralmente ao raciocínio desenvolvido com relação ao art. 1º, I, mas também configura hipótese de proteção insuficiente. O dispositivo promove uma redução do *quantum* de pena para os casos previstos no art. 1º, I nas situações que especifica – *e.g.* gestantes; pessoas com idade igual ou superior a setenta anos; pessoas que estejam frequentando cursos de ensino; indígenas, entre outros. O benefício a pessoas em situações especiais, a depender do caso, pode até encontrar justificativa na defesa de direitos fundamentais. Não obstante, a norma em questão promove um abrandamento que se *soma* ao perdão de 80% da pena, esvaziando quase que de maneira absoluta a pena cominada. Por isso, ainda que se possa cogitar de benefícios a depender da condição do preso, entendo que, na hipótese dos autos, resta configurada a inconstitucionalidade por desatendimento aos deveres de proteção do Estado.

109. A declaração de inconstitucionalidade do art. 1º, I, e do art. 2º, § 1º, I, do Decreto nº 9.246/2017, todavia, conduziria a uma incongruência que não pode ser desconsiderada, além de contribuir para o aumento da pressão nos presídios. A retirada do ordenamento, ou, neste momento, a suspensão cautelar desses dispositivos, impede que presos não reincidentes que cometeram crimes sem violência ou grave ameaça sejam indultados, em todo e qualquer caso. Ao mesmo tempo em que os presos por crimes cometidos *com* grave ameaça ou violência *podem* ser

ADI 5874 MC / DF

perdoados, nos termos do art. 1º, II do Decreto nº 9.246/2017, dispositivo que não é impugnado nesta ação. Além disso, tendo em vista que parcela expressiva da população carcerária é composta por presos que cometeram crimes não violentos, impedir o indulto para essas hipóteses contribui para o aumento da pressão no sistema penitenciário, na medida em que presos que normalmente receberiam o perdão natalino deixam de ser beneficiados.

110. A inconstitucionalidade em questão, contudo, não está relacionada à impossibilidade de se conceder o perdão presidencial nos casos de crimes cometidos sem violência ou grave ameaça. A nulidade decorre do elastecimento excessivo dos critérios para a concessão do indulto, que levam ao esvaziamento dos deveres de proteção do Estado, assim como das funções dos Poderes Legislativo e Judiciário na persecução criminal. A exigência do cumprimento de apenas 1/5 da pena, independentemente do seu *quantum*, são critérios demasiadamente brandos.

111. Diante desse cenário, entendo que a solução adequada para o presente caso envolve a fixação de parâmetros para a concessão do indulto em casos de crimes cometidos sem violência ou grave ameaça. É preciso encontrar uma interpretação adequada para o dispositivo que permita a concessão do indulto para esses casos, de forma a preservar-lhe alguma efetividade.

112. As balizas para a fixação dessa interpretação são extraídas tanto da experiência brasileira na concessão do indulto natalino, quanto de critérios utilizados pelo legislador na concepção do sistema punitivo. Como pontuei anteriormente, desde o início da ordem constitucional de 1988, o Presidente da República tradicionalmente expede decretos de indulto todos os anos, e o Poder Judiciário normalmente adota postura de deferência em relação a esses atos. Para fixar os parâmetros razoáveis do perdão presidencial, portanto, considero adequado olhar para a própria

ADI 5874 MC / DF

experiência brasileira.

113. Com relação ao tempo de pena que deve ter sido cumprido para a obtenção do indulto, via de regra (digo, excepcionadas hipóteses de especial caráter humanitário) tradicionalmente se exigiu o cumprimento de 1/3 da pena. Há, ainda, uma justificativa normativa que corrobora esse parâmetro: 1/3 também é a fração que se exige para a concessão do livramento condicional. O legislador entendeu adequado esse critério para o início da reinserção social do sujeito, lógica que me parece adequada também para o indulto.

114. Com relação ao *quantum* máximo de pena, verifica-se um progressivo alargamento ao longo dos últimos 30 anos: de 1987 a 1992, a pena máxima que permitia ao sentenciado beneficiar-se do indulto era de 4 (quatro) anos; de 1993 a 1999, passou para 6 (seis) anos; em 2000, voltou a ser de 4 (quatro) anos; de 2001 a 2006, foram restabelecidos os 6 (seis) anos; de 2007 a a 2009, passou para 8 (oito) anos; de 2010 a 2016, houve a elevação para 12 (doze) anos. O decreto aqui impugnado aboliu qualquer limite!!! Vale dizer: não importa a gravidade do delito ou a extensão da pena, o sentenciado pode ser indultado se cumprir 20% da condenação. Este grau de leniência não é compatível com o sistema constitucional e com o sistema legal.

115. Aqui, creio adequado voltar os olhos para as balizas fixadas na política criminal. Nos termos do art. 33, § 2º, *a*, do Código Penal, os condenados a penas iguais ou superiores a 8 anos devem começar a cumpri-la em regime fechado. O legislador, portanto, reputou que a pena a partir de 8 anos é uma pena grave, tanto assim que o indivíduo deve ser excluído do convívio social e, por isso, é adequado impedir que, acima disso, sua punibilidade seja extinta.

116. Diante dessas considerações, nas hipóteses previstas no inciso I do art. 1º do Decreto nº 9.246/2017, entendo que o indulto deve depender

ADI 5874 MC / DF

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

IV. INCONSTITUCIONALIDADE DA CONCESSÃO DE INDULTO PARA CONDENADOS QUE CUMPREM PENA RESTRITIVA DE DIREITOS OU BENEFICIADOS PELO *SURDIS* PROCESSUAL.

117. O art. 8º do Decreto nº 9.246/2017 estabelece que o indulto é aplicável à pessoa (i) que teve a pena privativa de liberdade substituída pela restritiva de direitos; (ii) que esteja cumprindo a pena em regime aberto; (iii) que tenha sido beneficiada com a suspensão condicional do processo; ou (iv) que esteja em livramento condicional. Trata-se de casos em que o cumprimento da pena ocorre de forma mais branda ou, no caso do *sursis processual*, em que o sujeito sequer chegou a ser apenado.

118. A Procuradoria-Geral da República apresentou impugnação a todas as hipóteses abrangidas pelo dispositivo, mas me parece que elas não comportam a mesma solução. Os casos em que o condenado se encontra em regime aberto (inciso III) ou está em livramento condicional (inciso IV) se inserem dentro da lógica de progressão do sistema rumo à ressocialização. Nestes casos, os condenados já cumpriram os requisitos exigidos pela legislação para receberem os benefícios da legislação processual penal. Eles já se encontram mais próximos do retorno ao convívio social, de maneira que seria ilógico impedir-lhes a concessão do perdão presidencial. No caso do livramento condicional, por exemplo, o sujeito já cumpriu 1/3 da pena e atende às condições exigidas por lei. Impedir que esse indivíduo seja indultado e, ao mesmo tempo, admitir que um sujeito preso em regime fechado seja liberado de sua pena iria contra a própria lógica da política criminal. Entendo, portanto, que não há inconstitucionalidade com relação a tais normas.

119. Situação diferente, contudo, diz respeito aos casos de

ADI 5874 MC / DF

cumprimento de pena restritiva de direitos e de suspensão condicional do processo. No que se refere à pena restritiva de direitos, o perdão da pena não se justifica à luz das finalidades próprias do instituto do indulto. *A uma*, porque a reinserção social já foi satisfatoriamente estimulada por outros meios, menos gravosos do que a prisão. *A duas*, porque o indulto não se justifica como medida da política criminal, já que o sujeito não se encontra encarcerado. Não há, aqui, efeitos benéficos de caráter humanitário – pois o indultado não sofre as agruras do cárcere – nem econômico-social – porquanto a medida não reduz a superlotação dos presídios.

120. O único efeito prático é a liberação de todos os efeitos da condenação, sem que, em contrapartida, se observem ganhos normalmente atribuídos ao indulto. Refiro-me, particularmente, ao atendimento das funções da pena. Penas restritivas de direitos, como a prestação de serviços à comunidade ou o pagamento de prestações pecuniárias destinadas a projetos de interesse social, a um só tempo *(i)* reparam danos causados pelo delito; *(ii)* reabilitam o apenado, ao incutir-lhe maior senso de responsabilidade; *(iii)* e contribuem, assim, para que o apenado não reincida na atividade criminosa. O indulto de tais sanções, além de eliminar todos esses efeitos, transforma-as em verdadeiros embustes, transmitindo à sociedade um sentimento de desproteção e desestimulando a obediência da lei.

121. Ainda menos justificável é a concessão do indulto nos casos de *sursis* processual, em que sequer existe uma pena para ser perdoada. Conforme a jurisprudência consolidada desta Corte, o período de prova referente ao *sursis* não é computado, para fins de concessão de indulto, como efetivo cumprimento da sanção penal, por uma razão lógica: se a pena está suspensa, não é possível que, ao mesmo tempo, esteja sendo cumprida (HC 128846, Rel.^a Min.^a Cármen Lúcia, Segunda Turma, j. 24.11.2005; HC 129209, Rel. Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, j. 11.12.2015). Com ainda maior razão, não é possível considerar como

ADI 5874 MC / DF

cumprimento de pena o período de suspensão condicional do processo: neste caso, a pena não está meramente suspensa, ela simplesmente não existe, pois não foi fixada concretamente. Como oportunamente observado pela Procuradoria-Geral da República na petição inicial, “*não há processo, não há condenação, mas há perdão*” (fls. 31). Não há como se perdoar alguém que sequer foi condenado; não pode cumprir o requisito de cumprimento de um período mínimo de pena privativa de liberdade quem sequer chegou a começar a cumprir a sanção.

122. Diante de tais considerações entendo que apenas os incisos I e III do art. 8º do Decreto nº 9.246/2017 padecem de inconstitucionalidade por desvirtuamento dos fins do indulto, usurpação da função jurisdicional de individualização da pena e esvaziamento do processo penal.

V. INCONSTITUCIONALIDADE DA CONCESSÃO DE INDULTO PARA RÉUS QUE PODEM TER A CONDENAÇÃO AGRAVADA

123. O art. 11 do Decreto nº 9.246/2017, por sua vez, estabelece que o indulto natalino e a comutação de penas são cabíveis ainda que (i) a sentença tenha transitado em julgado para a acusação; (ii) haja recurso da acusação após a apreciação do caso em segunda instância; (iii) a pessoa condenada responda a outro processo criminal sem decisão condenatória em segunda instância, mesmo que tal processo trate dos crimes especificados no art. 3º; ou (iv) a guia de recolhimento não tenha sido expedida. De acordo com a Procuradoria-Geral da República, o dispositivo “*transforma o processo penal em algo menor no ordenamento jurídico pátrio, pois abrange situações ainda pendentes de recursos, sem trânsito em julgado ou mesmo sem início da execução da pena*”.

124. Entendo, contudo, que as hipóteses previstas nesse dispositivo não se subsumem todas ao mesmo raciocínio. O inciso I se refere aos casos em que a sentença transitou em julgado para a acusação. De fato, o

ADI 5874 MC / DF

juízo de julgamento ainda não é definitivo, pois há recurso pendente. Mas esse recurso é da defesa, de forma que a pena só pode ser diminuída, recapitulada, ou o réu absolvido. A sua situação jurídica não pode ser agravada. Então, considerando-se a hipótese de réu que tenha cumprido o *quantum* de pena exigido pelo decreto e ainda tenha recurso pendente nos tribunais superiores, não há justificativa para que ele não seja beneficiado pelo indulto. Não há que se falar em inefetividade do processo penal, não havendo inconstitucionalidade.

125. O inciso II se refere à hipótese de haver recurso da acusação após a apreciação do caso em segunda instância. Nesse caso, sim, o indulto teria o condão de esvaziar o sistema punitivo. Afinal, o réu ainda pode ter a sua pena aumentada, não há julgamento definitivo. Dessa maneira, o *quantum* de pena cumprido pelo réu no momento em que o decreto de indulto é editado pode se revelar, ao final, insuficiente para o gozo do benefício. Nesse caso, portanto, conceder o indulto de maneira antecipada implica a usurpação da função jurisdicional de individualização da pena, pois concede o perdão antes que o Poder Judiciário tenha fixado definitivamente o montante da pena.

126. O inciso III, por sua vez, se refere aos casos em que a pessoa condenada responde a outro processo criminal sem decisão condenatória em segunda instância, mesmo que tal processo trate dos crimes especificados no art. 3º. Como regra geral, cada condenação deve ser tratada de maneira individual e isolada e, portanto, não se está diante da concessão de indulto a hipóteses vedadas por lei. Seria o caso, por exemplo, do sujeito que cumpre pena por roubo e, ao mesmo tempo, responde a um processo por tráfico, ainda não decidido de maneira definitiva. Caso ele tenha cumprido 1/3 de sua pena, poderá ser indultado pelo crime de roubo, o que não significa que o perdão tenha sido estendido ao crime de tráfico. O sujeito responderá por esse processo e, caso seja condenado, cumprirá a pena nos termos da legislação, que veda a concessão de indulto para essa hipótese específica, mas não para o caso

ADI 5874 MC / DF

de roubo. Entendo, portanto, que o dispositivo é consentâneo com a política criminal prevista na legislação, não havendo que se falar em inconstitucionalidade.

127. Por fim, o inciso IV permite a concessão de indulto em casos nos quais a guia de recolhimento ainda não tenha sido expedida. De acordo com os arts. 105 e ss. da Lei de Execução Penal, uma vez transitada em julgado a sentença, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução. Em regra, portanto, a execução da pena só tem início após a expedição da guia. Contudo, também o preso provisório faz jus aos benefícios próprios da execução penal. A jurisprudência do Supremo não reclama o trânsito em julgado da condenação nem para a concessão do indulto, nem para progressão do regime de execução, nem para o livramento condicional (Súmula 716; HC 76524, Rel. Min. Sepúlveda Pertence). Portanto, não há que se falar em inconstitucionalidade.

128. Em suma, com relação ao art. 11 do Decreto nº 9.246/2017, julgo parcialmente procedente o pedido, para declarar a inconstitucionalidade apenas do seu inciso II, por esvaziar o processo penal, violando o princípio da separação dos Poderes.

CONCLUSÃO

129. Diante de todo o exposto ao longo da presente decisão, reitero a medida cautelar, com explicitação das situações por ela colhidas, e fixação de critérios para aplicação da parte não suspensa do Decreto nº 9.246/2017. A cautelar é confirmada, portanto, para os seguintes fins:

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

ADI 5874 MC / DF

associação criminosa, nos termos originalmente propostos pelo CNPCP, tendo em vista que o elastecimento imotivado do indulto para abranger essas hipóteses viola de maneira objetiva o princípio da moralidade, bem como descumpre os deveres de proteção do Estado a valores e bens jurídicos constitucionais que dependem da efetividade mínima do sistema penal;

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

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

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

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

130. Observe-se uma vez mais, em desfecho, que, no tocante à

ADI 5874 MC / DF

exclusão do âmbito de incidência do indulto dos crimes relacionados à corrupção, bem como da dispensa do pagamento da pena de multa, a solução aqui adotada restabelece o texto original da minuta de decreto, tal como aprovado pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. No que diz respeito à exigência de cumprimento do prazo mínimo de 1/3 (um terço) da pena e do limite máximo da condenação em 8 (oito) anos para obtenção do benefício, a decisão retoma o padrão de indulto praticado na maior parte dos trinta anos de vigência da Constituição de 1988 [17].

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

132. Publique-se.

Brasília, 12 de março de 2018.

Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO

Relator

ADI 5874 MC / DF

[1] O STF já teve a oportunidade de reconhecer a constitucionalidade do regime progressivo, dada sua vinculação com a garantia da individualização da pena, declarando a inconstitucionalidade da imposição legal do cumprimento da pena em regime integralmente fechado (HC 82959, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 23.02.2006).

[2] L.W. King, *The Code of Hamurabi*. Yale Law School: The Avalon Project. Disponível em: <<http://avalon.law.yale.edu/ancient/hamframe.asp> > acesso em 23 de janeiro de 2018.

[3] João Bernardino Gonzaga, *A inquisição em seu mundo*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 12.

[4] De acordo com o art. 60 da Constituição alemã (*Grundgesetz*), o Presidente Federal exerce o direito de indulto individual em nome da Federação e pode delegar esses poderes a outras autoridades. Nos Estados Unidos, o indulto para crimes federais é concedido ao Presidente de acordo com o Artigo II, Seção 2 da Constituição dos Estados Unidos. Tanto na Inglaterra quanto na Espanha, os soberanos possuem a prerrogativa de conceder o indulto individual, sempre com a recomendação do governo, conforme previsto, respectivamente, na *Prerrogativa Real da Misericórdia* e no art. 62 da Constituição espanhola. Já em Portugal, a graça, sempre individual, é uma faculdade do Presidente da República, conforme o art. 134 da Constituição. Na Itália, a competência presidencial está prevista no art. 87 da Constituição e, na França, no art. 17 da Constituição.

[5] Relatório elaborado pelo Comitê de reflexão e proposição sobre a modernização e reequilíbrio das instituições da 5ª República. (*Rapport du Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Ve République*. JORF n°252 du 30 octobre 2007, p. 17699, texte n° 1).

[6] Na França, os decretos de indulto coletivo costumavam ser editados todo dia 14 de julho, por ocasião da celebração da queda da Bastilha, e chegavam a beneficiar entre 3.000 e 4.000 presos. Senado

ADI 5874 MC / DF

Francês. *Les Documents de Travail du Sénat. Série Législation Comparée. L'amnistie et la Grâce*, p. 6. Disponível em: <https://www.senat.fr/lc/lc177/lc177.pdf><https://www.senat.fr/lc/lc177/lc177.pdf>, acesso em 23/01/2018.

[7] Estudo disponível em <https://knowledgehub.transparency.org/helpdesk/judicial-clemency-and-corruption><https://knowledgehub.transparency.org/helpdesk/judicial-clemency-and-corruption>, acesso em 25.02.2018. Apesar de o título fazer referência ao *perdão judicial*, o estudo também analisa o benefício concedido pelo Poder Executivo.

[8] Constituição de 1824, art. 101, VIII e IX; Constituição de 1891, art. 48, §6º; Constituição de 1934, art. 56, §3º; Constituição de 1937, art. 74, 'n', na redação dada pela Lei Constitucional 9/1945; Constituição de 1946, art. 87, XIX; Constituição de 1967, art. 83, XX; Emenda Constitucional nº 1/1969, art. 81, XXII.

[9] "Art. 107 – Extingue-se a punibilidade: (...) II – pela anistia, graça ou indulto".

[10] As competências do Conselho foram definidas no art. 64 da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/1984), dentre as quais estão "*I - propor diretrizes da política criminal quanto à prevenção do delito, administração da Justiça Criminal e execução das penas e das medidas de segurança;*" e "*II - contribuir na elaboração de planos nacionais de desenvolvimento, sugerindo as metas e prioridades da política criminal e penitenciária;*".

[11] Em 2017, foram recebidas inúmeras sugestões encaminhadas pelos Tribunais Superiores, Tribunais Regionais Federais, Tribunais de Justiça dos Estados da Federação, do Colégio Nacional de Secretários de Administração Penitenciária, das Secretarias Estaduais de Segurança Pública, e dos órgãos federativos de representação dos agentes penitenciários federais e estaduais

[12] Em 2017, destaca-se a participação Ministério Público Federal e Estadual, das Defensorias Públicas Federal e Estadual, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, do IDDD – Instituto de

ADI 5874 MC / DF

Defesa do Direito de Defesa, do IBCCrim – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, do Colégio Nacional dos Conselhos Penitenciários Estaduais, e da Pastoral Carcerária.

[13] Tais vedações foram previstas no art. 2º, incisos VII e VIII, da minuta, que apresentaram a seguinte redação: “Art. 2º Nenhuma das hipóteses de indulto e comutação concedidas por este Decreto abrange as penas impostas por crimes: (...) VII – tipificados nos artigos 312, *caput* e §1º, 313, 316, 317, 332 e 333, do Código Penal; ou VIII – os crimes previstos nas Leis nº 7.492 de 1986, 8.666 de 1993, 9.613 de 1998, 12.850 de 2013 e no artigo 288, *caput* e parágrafo único, do Código Penal.”

[14] “Art. 118. A execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado:

I - praticar fato definido como crime doloso ou falta grave;

II - sofrer condenação, por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime (artigo 111).

§ 1º O condenado será transferido do regime aberto se, além das hipóteses referidas nos incisos anteriores, frustrar os fins da execução ou não pagar, podendo, a multa cumulativamente imposta.”

[15] “Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória: (...) IV - fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido;”

[16] “§ 4º O condenado por crime contra a administração pública terá a progressão de regime do cumprimento da pena condicionada à reparação do dano que causou, ou à devolução do produto do ilícito praticado, com os acréscimos legais.”

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