



Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4^a REGIÃO

**INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE N°
5034205-88.2018.4.04.0000/RS**

RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL LEANDRO PAULSEN

SUSCITANTE: 4^a SEÇÃO DO TRF DA 4^a REGIÃO

INTERESSADO: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

INTERESSADO: WALTER ANTONIO GONZALEZ ALVAREZ

ADVOGADO: FABRÍCIO VON MENGDEN CAMPEZATTO

RELATÓRIO

O Senhor Desembargador Leandro Paulsen: Trata-se de arguição de constitucionalidade suscitada em voto-vista por mim prolatado, em sessão ordinária da 8^a Turma deste Tribunal, nos autos do Agravo de Execução Penal nº 5003459-23.2017.4.04.7002, no qual o Ministério Público Federal insurge-se contra a decisão que deferiu o pedido de concessão de indulto a condenado pela figura privilegiada do delito de tráfico de entorpecentes.

O dispositivo questionado possui a seguinte redação:

Art. 1º Concede-se o indulto coletivo às pessoas, nacionais ou estrangeiras:

(...)

XIV - condenadas a pena privativa de liberdade sob o regime aberto ou substituída por pena restritiva de direitos, na forma do art. 44 do Código Penal, ou ainda beneficiadas com a suspensão condicional da pena, que tenham cumprido, em prisão provisória, até 25 de dezembro de 2013, um sexto da pena, se não reincidentes, ou um quinto, se reincidentes; (...)

Ao suscitar a questão de ordem nos autos do referido agravo de execução penal, acolhida por maioria, foi referido que o artigo 1º, inciso XIV do Decreto 8.172/13, que concede indulto a quem tenha cumprido apenas um sexto das penas restritivas de direitos a que submetido por condenação lastreada no tipo e nos critérios legais de dosimetria aplicáveis ao caso, atenta contra a separação dos Poderes Legislativo e Judiciário, contra o princípio da individualização da pena, contra a vedação constitucional de que Executivo legisle sobre direito penal e contra o princípio da vedação da proteção insuficiente, na medida em que gera impunidade.

O acórdão que suscitou a questão de ordem na 8^a Turma desta Corte restou assim ementado:

DIREITO PENAL. QUESTÃO DE ORDEM. INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1º, XIV, DO DECRETO 8.172/13. INDULTO NATALINO. PERDÃO PERIÓDICO E GENÉRICO A TANTOS QUANTOS TENHAM CUMPRIDO 1/6 DAS SUAS PENAS. VIOLAÇÃO À SEPARAÇÃO DOS PODERES, À INDIVIDUALIZAÇÃO DAS PENAS, À VEDAÇÃO AO EXECUTIVO PARA LEGISLAR SOBRE MATÉRIA PENAL E À VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE.

1. *O exercício de toda e qualquer competência ou prerrogativa, por parte de quaisquer autoridades, por mais elevadas que sejam, tem de ser orientada pelos princípios constitucionais, deles não podendo desbordar, sob pena de implicar práticas inválidas.*
2. *O indulto é prerrogativa do Presidente da República cujo exercício só se justifica em caráter excepcional, quando presentes razões humanitárias relacionadas, por exemplo, à idade ou às condições de saúde.*
2. *A concessão periódica e generalizada de indulto a tantos quantos tenham cumprido 1/6 das suas penas ofende diversas normas constitucionais, não encontrando suporte de validade.*
3. *Ao perdoar 5/6 das penas aplicadas pelo Poder Judiciário à luz das combinações legais feitas pelo Poder Legislativo, o Poder Executivo viola os princípios da separação dos poderes e da individualização das penas, de que cuidam os artigos 2º e 5º, XLVI, da CF.*
4. *Ao estabelecer normas de indulto de cunho geral e abstrato pela via de decreto, o chefe do Poder Executivo viola a norma constitucional que lhe proíbe legislar sobre Direito Penal: art. 62, §1º, b, da CF.*
5. *Retirando a eficácia da resposta penal ao reduzi-la a níveis desproporcionalmente brandos, o decreto de indulto viola o princípio constitucional da vedação da proteção insuficiente.*

Acolhido pela Turma, apresento este incidente de argüição de inconstitucionalidade do artigo 1º, inciso XIV, do Decreto nº 8.172/13 à consideração da Corte Especial, atendendo ao disposto no artigo 97 da Constituição Federal.

Destaco que, intimado, o Ministério Público Federal se manifestou pela inconstitucionalidade do referido dispositivo (evento 8).

É o relatório.

VOTO

O Senhor Desembargador Leandro Paulsen: 1. Controle de constitucionalidade de decreto. Cabimento. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal admite a via direta de

controle de constitucionalidade dos decretos expedidos pelo Executivo quando não ostentem natureza meramente regulamentar. Precedentes: ADI 2155 MC/PR, e ADI 708 DF. Destarte, tratando-se o caso concreto de controle incidental de constitucionalidade envolvendo decreto de indulto, cujo caráter geral e abstrato é indubitável, entendo que não há qualquer embaraço ao conhecimento da pretensão ministerial. O vício alegado e ora analisado é, efetivamente, de inconstitucionalidade, e não de ilegalidade.

2. O princípio da individualização da pena. CESARE BECCARIA, em sua clássica obra "Dos delitos e das penas" (1764), apresentou contundente crítica à crueldade da resposta dada à criminalidade pelo sistema penal vigente no âmbito do Estado absolutista. Segundo o autor, as penas não podiam ter como finalidade torturar e afligir um ser sensível, nem desfazer um crime praticado, mas obstar o culpado de tornar-se futuramente prejudicial à sociedade e afastar os seus patrícios do caminho do crime (...) uma pena para ser justa, precisa ter apenas o grau de rigor suficiente para afastar o homem da senda do crime. (BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das Penas. São Paulo: Hemus, 1974).

A constante e lenta superação daquele modelo arcaico de direito penal denunciado por BECCARIA fez com que diferentes teorias acerca da função da pena e do próprio direito penal fossem desenvolvidas (teoria da retribuição, teoria da prevenção, teoria da ressocialização) até que um amálgama dessas ideias passasse a ser encampado pelos contemporâneos Estados Democráticos de Direito. As penas infamantes restaram substituídas por sanções proporcionais e funcionalizadas aplicáveis mediante o devido processo legal garantidor de amplo direito de defesa ao acusado. A proteção aos bens jurídicos tutelados não se dá mais com sacrifício de direitos fundamentais; ao contrário, os afirma e respeita, tanto os dos acusados, como os das vítimas e os de todos os integrantes da sociedade.

É nesse contexto democrático e protetor dos direitos individuais que nossa Constituição Federal determina, em seu art. 5º, XLVI, a estrita observância ao princípio da individualização da pena. Trata-se de norma finalística a ser seguida pela legislação infraconstitucional e representa, em suma, a exigência de que a resposta às condutas ilícitas seja sempre proporcional e adequada ao caso concreto, mas, simultaneamente, que seja certa e inevitável de modo a não permitir o império da impunidade. A pena deve ser individualizada, nos limites da lei, e sua execução em estabelecimento prisional deve ser individualizada, quando menos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado. (PELUSO, Cesar. STF, HC 82.959)

No âmbito infraconstitucional o princípio ganha densidade e o caráter eclético da pena em nosso sistema fica evidenciado. O art. 59 do Código Penal brasileiro impõe que a pena seja dosada de forma necessária para reprevação e prevenção do crime. De outra banda, o art. 1º da Lei de Execuções Penais preocupa-se com a ressocialização do

condenado. Há, por um lado, proteção aos direitos individuais daquele que se veja na condição de acusado e, por outro, resguardo do direito da coletividade de ver punidas violações ao ordenamento.

O mesmo art. 5º, XLVI, da CF, além de proclamar expressamente o princípio da individualização da pena, estabelece de forma taxativa as modalidades punitivas admitidas em nosso sistema, notadamente: privação ou restrição da liberdade, perda de bens, multa, prestação social alternativa ou suspensão ou interdição de direitos. Há um rol exauriente de métodos sancionatórios não infamantes a serem utilizados de forma adequada, proporcional e individualizada, à vista do caso concreto, considerando-se o crime praticado e o infrator.

Percebe-se que muito já nos distanciamos do sistema penal do tirano, onde o réu era visto como inimigo a ser destruído. Embora ainda haja um longo caminho a ser trilhado para aprimoramento do sistema, o fato é que a discussão que ora travaremos acerca do indulto está inserida em tal contexto democrático e, por conseguinte, as premissas para sua compreensão são muito diversas daquelas existentes em tempos remotos. Partindo-se desse ponto, faz-se necessário avançar a análise identificando a conformação institucional estabelecida pela Constituição Federal para fins de dar concretude ao princípio da individualização da pena.

3. O arranjo constitucional das instituições para concretização do princípio da individualização da pena. A organização da vida em sociedade, a garantia de liberdades e a proclamação de direitos envolvem a afirmação de bens merecedores de proteção jurídica. É legítimo que se utilize a resposta penal em face de condutas capazes de violar significativamente bens jurídicos de elevada importância. Consoante lição de Oscar Emílio Sarrule:

As proibições penais somente se justificam quando se referem a condutas que afetem gravemente a direitos de terceiros; como consequência, não podem ser concebidas como respostas puramente éticas aos problemas que se apresentam senão como mecanismos de uso inevitável para que sejam assegurados os pactos que sustentam o ordenamento normativo, quando não existe outro modo de resolver o conflito. (SARRULE, Oscar Emílio. La crisis de legitimidad Del sistema jurídico penal(abolicionismo o justificación). Bueno Aires: Editorial Universidad, 1998.)

É sobre o Poder Legislativo, representante da sociedade, que recai o ônus constitucional de apreciar condutas em abstrato, definindo-as como de relevância penal e indicar os limites proporcionais da resposta estatal. Como preconiza o art. 5º, inciso XXXIX da Constituição, não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. Lei esta, diga-se, editada pelo Congresso Nacional de acordo com o procedimento dialógico estabelecido para a gênese de qualquer norma jurídica oriunda do parlamento. Essa é a primeira etapa do ciclo de atuação estatal no seio do direito penal, assim como é a primeira etapa na individualização das penas adequadas para cada caso concreto. Estamos diante da perspectiva abstrata do princípio

da individualização da pena, ou seja, sua faceta relacionada à legalidade, impessoalidade e generalidade no tratamento das condutas similares para que nossa sociedade supere definitivamente a barbárie do vetusto direito penal, mas, simultaneamente, assegure o direito da coletividade de ver resguardadas as leis do país.

O segundo vértice do princípio da individualização da pena foi atribuído pela Constituição Federal ao Poder Judiciário. A ele incumbe a tarefa de, mediante processo conduzido em contraditório e que assegure o amplo direito de defesa, identificar no caso concreto a eventual violação, por um indivíduo, da norma penal criada pelo Poder Legislativo e, ato contínuo, dosar a pena aplicável dentro das balizas abstratas fornecidas pela própria lei. O judiciário não analisa o acerto ou desacerto da criminalização desta ou daquela conduta, assim como, de regra, não avalia a qualidade ou quantidade da resposta penal estabelecida pelo Poder Legislativo, salvo quando violadores da garantias ou de direitos fundamentais. Trata-se de uma nova etapa na concretização do princípio da individualização da pena que não se sobrepõe àquela desempenhada pelo Congresso Nacional.

Ao condenar um indivíduo como incursão em preceito penal, o julgador partirá sempre da pena mínima estabelecida em abstrato pelo Poder Legislativo. Ao longo da dosimetria da pena, todo e qualquer acréscimo a ser realizado reclama fundamentação jurídica e descrição fática que o legitimem. Não há espaço para idiossincrasias, arbitrariedades ou imposição de penas decorrentes da vontade pessoal do julgador. Toda reprimenda reclama fundamentação clara, congruente com o caso, e, especialmente, ancorada na legislação penal editada pelo Congresso Nacional. Definida a condenação e passível de execução, reclama-se a atuação do terceiro poder do Estado, notadamente o Executivo.

O papel central do Poder Executivo na concretização do princípio da individualização da pena é assegurar a existência dos meios e métodos necessários para cumprimento das sanções, dosadas pelo Poder Judiciário a partir da legislação engendrada pelo Poder Legislativo, em atenção à pessoa do apenado. Em outras palavras, cabe aos Poderes Executivos federal e estadual a classificação e a orientação dos detentos segundo seus antecedentes, sexo, idade e personalidade para cumprimento das sanções nas casas prisionais, bem como lhes incumbe a construção de presídios, de casas de albergado, de colônias prisionais, a contratação de agentes penitenciários, a aquisição e manutenção de aparelhos como tornozeleiras eletrônicas etc. As varas judiciais de execuções penais presidem a execução das penas, sob a perspectiva jurídica, decidindo questões relacionadas, e.g., à progressão ou regressão de regimes e à preservação dos direitos dos presos. Mas são os órgãos do Executivo que dão concretude às decisões fazendo incidir adequadamente sobre o condenado as penas privativas de liberdade.

Para desempenho de tal mister, a Lei 7.210/84 instituiu os Departamentos Penitenciários nacional e locais, bem como o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Perceba-se que estamos diante de função administrativa congruente com a ontologia da própria nomenclatura de tal Poder, ou seja, "Executivo". Nessa última etapa da individualização da pena em um Estado Democrático de Direito não há qualquer realização de juízo de valor acerca das sanções, seja no que tange a sua perspectiva abstrata definida pelo Poder Legislativo, seja em relação a sua face concreta decorrente da atuação do Poder Judiciário. Tanto assim o é, que a Constituição Federal veda expressamente em seu art. 62, §1º, I, b que o Poder Executivo legisle acerca de direito penal:

Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

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

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

(...)

b) direito penal, processual penal e processual civil; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

Desde a Emenda Constitucional nº 32/01 inexiste espaço para que o Poder Executivo, usurpando as funções do Poder Legislativo, legisle sobre direito penal, restando-lhe afastada a via das medidas provisórias. A participação do executivo na individualização da pena consagra-se como último e relevante elo da engrenagem, sendo imprescindível para a aplicação efetiva das penas privativas de liberdade já adequadas ao caso concreto em sua etapa legislativa e judicial. Não lhe toca, entretanto, poder normativo para regrar de forma abstrata e geral condutas que sejam tipificadas como criminosas ou suas respectivas penas.

Podemos sintetizar o quadro constitucional envolvendo o princípio da individualização da pena da seguinte maneira: (a) ao Poder Legislativo incumbe a tarefa de editar leis criminalizando condutas que atentem contra os bens jurídicos mais caros à sociedade, penalizando-as de modo proporcional; (b) ao Poder Judiciário, mediante processo travado em contraditório e garantidor do direito à ampla defesa, cabe analisar fatos concreto, identificar se sua autoria efetivamente pertence ao acusado e, com base nos limites previamente estabelecidos pela legislação, dosar a pena adequada às circunstâncias do caso concreto; (c) ao Poder Executivo incumbe à tarefa de viabilizar e coordenar a execução das sanções penais que recaírem sobre indivíduos após a observância estrita da legalidade e do procedimento judicial em contraditório.

Vale invocar, nessa linha, a lição Rui Rosado de Aguiar Júnior, que assim define o princípio da individualização da pena: norte que inicia sua atuação na elaboração da lei (individualização legislativa), quando são escolhidos os fatos puníveis, as penas aplicáveis, seus limites e critérios de fixação. Tem continuidade na individualização feita na sentença, para o réu no caso concreto, corresponde à segunda fase (individualização judicial), e é perfectibilizado quando da individualização executória, durante o cumprimento da pena. Trata-se de um princípio que emana efeitos sobre as três esferas de poder, como é possível identificar de forma nítida. Somente quando houver verdadeira individualização da pena para o réu nas três etapas ora apontadas é que o princípio constitucional explícito em tela terá sido devidamente respeitado. (AGUIAR JÚNIOR, Rui Rosado. Aplicação da Pena. 5ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 11).

4. Individualização da pena e cárcere. Nossa direito penal contemporâneo, além de ter superado a imposição de sanções infamantes mediante consolidação do princípio da individualização da pena, apresenta uma série de medidas aptas a evitar o encarceramento do indivíduo que tenha cometido condutas tipificadas como ilícitas, mas que não sejam consideradas especialmente graves quando cotejadas com o restante das previsões do ordenamento penal. Isso porque a ciência criminal, em seu atual estágio, concluiu que o cerceamento da liberdade do indivíduo que não ostente elevado grau de periculosidade à sociedade pode acabar gerando mais malefícios do que benefícios, assim como não cumprirá os efeitos pretendidos pela pena, em especial o da ressocialização. É nesse contexto que se encontram os institutos da transação penal, da suspensão condicional do processo, da suspensão condicional da pena e, especialmente, da substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos. Como se vê, o Estado Democrático de Direito com sua dupla face "garantista" (proteção do indivíduo e da sociedade) já afasta do cárcere o agente que cometa delitos de menor potencial ofensivo.

Apenas quando não preenchidos os requisitos legais para transação penal ou suspensão condicional do processo, institutos aplicados em número muito significativo de demandas, é que teremos o início da movimentação da máquina judicial para averiguar se conduta e autoria delitivas descritas na denúncia do Ministério Público Federal são verídicas. Nessa hipótese, apurada a responsabilidade por determinada conduta ilícita, o réu receberá a pena adequada de acordo com estrita observância ao princípio constitucional da individualização, ou seja: (a) estará submetido exclusivamente à imposição de pena limitada aos patamares estabelecidos prévia e publicamente pelo Poder Legislativo, assim como vinculada à modalidade punitiva prevista na mesma norma; (b) terá sua situação concreta apreciada pelo poder judiciário para que sua pena reste adequada às peculiaridades específicas de seu agir ilícito; (c) jamais receberá pena que supere o mínimo dosado em abstrato pelo legislador sem que haja decisão judicial fundamentada acerca das razões para tanto, e; (d) cumprirá a sanção imposta de forma individualizada de acordo com os meios proporcionados (ou que deveriam ser

proporcionados) pelo Poder Executivo. Observada a tríplice faceta da individualização da pena, teremos a imposição da pena justa de acordo com o Estado de Direito Democrático.

Caso a resultante dessa operação seja a imposição de pena inferior a 04 anos de reclusão e estejam preenchidos os demais requisitos objetivos e subjetivos impostos pelo Código Penal, a privação da liberdade restará substituída por penas restritivas de direitos. Mais uma vez não haverá o temido encarceramento do acusado, punição que implica severa restrição do direito fundamental de ir e vir. A prestação de serviços à comunidade, prestação pecuniária, limitação de final de semana, etc., configuram medidas de caráter pedagógico e retributivo muito mais eficazes para essa espécie de criminalidade menor. Além de assegurarem os interesses sociais no cumprimento das leis afastando a impunidade, evitam a imposição de sofrimento demasiadamente desproporcional ao agente que tenha sido condenado.

As considerações até aqui apresentadas defluem em uma única conclusão: a vinculação do Direito Penal à restrição da liberdade não é a regra no nosso sistema, pelo contrário, ela não está presente na maioria das situações, o risco, sim, mas, efetivamente implicar a privação de liberdade, não. A existência desse risco faz com que diuturnamente nos debrucemos sobre os casos concretos de modo a fazer a dosimetria mais adequada possível a cada situação, por vezes fazendo ajustes de apenas alguns dias ou meses quando a medida venha a favorecer o réu. Tais ajustes, é claro, sempre balizados de forma estreita pela dosimetria abstrata realizada pelo Poder Legislativo, porquanto temos o mister constitucional de exercer aquilo que denominei de segundo vértice da concretização do princípio constitucional da individualização da pena.

Em nosso Estado de Direito Democrático o encerramento do ciclo de persecução criminal com a imposição de uma pena efetiva já é, de per si, tortuosa. O encarceramento do agente, dadas as inúmeras figuras legislativas voltadas a afastar a privação da liberdade, configura medida cada vez menos presente em nossa sociedade.

5. O sistema de freios e contrapesos na individualização da pena. Consoante trabalhado no tópico anterior, a Constituição Federal descreve a atuação institucional de cada um dos Poderes na tarefa de concretizar o princípio da individualização da pena. O desempenho de seus respectivos papéis pelos Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo, nos termos do art. 2º da legislação de vértice, deve ocorrer de forma independente e harmônica. O dispositivo cristaliza o antigo princípio da separação dos poderes tratado por MONTESQUIEU em sua obra "Do espírito das Leis":

Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer as leis, o de executar resoluções públicas, e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos. (MONTESQUIEU, Barão de. Do espírito das leis. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1962, v.1., p. 181)

A separação dos poderes, por certo, não é absoluta. Há mecanismos constitucionais pontuais de participação e de atuação de um Poder sobre o outro para assegurar o equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e o controle de arbítrios e desmandos.

Normalmente, o princípio da individualização da pena concretiza-se mediante atuação harmônica e independente de cada poder no desempenho de seu papel específico sem interferências externas. Intervenções, ressalto, são excepcionais e devem contar com sólida base constitucional para que não configurem usurpação ilegítima de competência.

Como se viu, o primeiro vértice do princípio da individualização da pena cabe com exclusividade ao Poder Legislativo, a quem incumbe a tarefa de eleger os bens jurídicos a ser tutelados pela norma penal, estabelecer a modalidade da reprimenda para eventual conduta ilícita, assim como determinar seu quantitativo mínimo e máximo. A Constituição Federal veda expressamente que o Poder Executivo legisle sobre matéria penal (62, §1º, I, b), o que assegura a independência do Congresso. Paralelamente, o Poder Judiciário somente poderá emitir juízo de valor acerca das escolhas legislativas quando essas desbordem dos limites constitucionais mediante criação de punições irrazoáveis ou discrepantes dos valores contidos no próprio texto maior.

Para que determinada norma editada pelo Legislativo respeite o princípio da proporcionalidade (derivação do princípio do devido processo legal insculpido no art. 5º LIV da CF), é preciso que ela ostente adequação teleológica (finalidade política ditada não por motivações arbitrárias do próprio administrador, legislador ou juiz, mas sim por valores éticos deduzidos na Constituição Federal); seja necessária (o meio não exceda os limites indispensáveis e menos lesivos possíveis à conservação do fim legítimo pretendido), e; apresente proporcionalidade em sentido estrito (o "mal" causado pela norma deve ser inferior ao "bem" por ela atingido). Sobre o tema valho-me do escólio de Miguel Reale Júnior:

*(...) O princípio da proporcionalidade deflui do conjunto dos princípios e direitos fundamentais explicitados na Constituição, a começar pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Com efeito, a pessoa humana não pode alcançar sua realização concreta se sujeita estiver ao arbítrio do legislador, o qual, a seu livre talante, escolhe como objeto de punição comportamentos inócuos ou meras desobediências a normas de caráter administrativo, pois "somente as infrações mais graves da ordem social devem ser eleitas pelo direito penal" e a "retribuição penal deve ser proporcional à escala ético-penal de proteção de bens jurídicos". (REALE JÚNIOR, Miguel. A **inconstitucionalidade** da lei dos remédios. RT, v.763/99. P. 415-431)*

O campo da discricionariedade política outorgada pela Constituição Federal ao legislador é amplo e, dentro deste espectro, é absolutamente vedada qualquer interferência externa, sob pena de violação do princípio da separação dos poderes e da própria individualização da pena. A Constituição traz como mecanismos de

intervenção excepcional o controle de constitucionalidade realizado pelo judiciário (difuso e abstrato) e pelo executivo através do voto jurídico. Eventuais intervenções por essas vias somente serão legítimas quando o legislador vá além daquele amplo espaço de conformidade que lhe é dado pela Constituição Federal. Sendo possível a identificação de que a decisão tomada é desarrazoada e desproporcional, ultrapassando margem racional de definição de meios legítimos para obtenção dos resultados necessários, resta autorizada a atuação dos órgãos judiciais de modo a corrigir a distorção criada.

Saliente-se que essa "intervenção" observará métodos muito específicos delineados na Constituição Federal, ou seja, dar-se-á: (a) por intermédio das ações diretas de constitucionalidade e inconstitucionalidade que tramitam exclusivamente perante o Supremo Tribunal Federal, ou; (b) tratando-se de controle difuso, mediante observância da reserva de plenário pelos Tribunais (art. 97 da CF). Somente quando observados tais requisitos bastante estreitos é que eventual abuso praticado pelo Poder Legislativo e sancionado pelo Poder Executivo poderá ser ceifado mediante intervenção do Poder Judiciário.

Paralelamente, ao Poder Legislativo é conferido o poder de editar normas descriminalizando ou anistiando determinadas condutas. Nesse caso, é o Poder Legislativo que, por motivos de política criminal, adota medida apta a afastar por completo a atuação do Poder Judiciário e do Poder Executivo na individualização da pena. Todos aqueles indivíduos que já haviam sido condenados, ou que estavam sofrendo persecução criminal com base em norma anteriormente editada pelo Poder Legislativo, deixam a condição de alvos legítimos da atuação estatal. Trata-se de mais um exemplo, constitucionalmente avalizado, em que a atuação de um Poder implica ingerência direta sobre a atuação dos demais. E, novamente, verifica-se o caráter excepcional na medida, porquanto há necessidade de edição de lei geral e abstrata votada pela maioria do Congresso Nacional mediante processo legislativo público e que enseja a participação da sociedade no acompanhamento da sua tramitação.

Por fim, a Constituição Federal complementa o sistema de freios e contrapesos, no âmbito da individualização da pena, outorgando ao Poder Executivo o instrumento do indulto (art. 84, XII). Trata-se de medida que vem sendo adotada pelo Poder Executivo por intermédio de decreto desde 1988 e tem como resultado final a extinção da punibilidade de pessoas que: (a) praticaram conduta típica descrita na norma penal editada pelo Poder Legislativo, e; (b) foram condenadas mediante processo em contraditório conduzido pelo Poder Judiciário, o qual já estabeleceu a sanção para o caso concreto.

É contra o mau uso desse instrumento excepcional de intervenção do Poder Executivo sobre a individualização da pena praticada pelo Legislativo e pelo Judiciário que o Ministério Público se insurge, razão pela qual os tópicos subsequentes destinam-se ao estudo de suas especificidades.

6. Indulto. Origens e significação do instituto. O indulto teve origem no período do absolutismo monárquico europeu, marcado por um direito penal violento e arbitrário, e pode ser traduzido como o perdão outorgado pelo rei àquele que foi acusado ou condenado pela prática de um crime. Efeito direto do indulto, ato de clemência do soberano detentor de poderes divinos, era desde então a exclusão da pena do agente, sua minoração ou mesmo comutação por medida mais branda.

Tal ato fundava-se na própria sobreposição dos poderes titularizados pelo monarca, o qual cumulava funções legislativas, judiciais e executivas. Os magistrados, cujo dever era a aplicação irrestrita da lei do Estado absolutista, exerciam sua função em nome do rei, razão pela qual nada mais natural que, em última instância, aquele que delegou o poder pudesse revisar as decisões tomadas por outrem em seu lugar. Nesse sentido WALTER ROBLES ROSALES:

*En lo penal Las Partidas consideraban el indulto como condonación o remisión de la pena que el delincuente merecía en algún caso. Durante el absolutismo monárquico del medioevo, el perdón o remisión fue una prerrogativa real que se ejercía con amplitud extendiéndose desde los delitos cometidos antes o después de la condonación, borrando la culpa, reduciéndola o la comutaba. Esto era posible debido a la confusión y mezcla de poderes concentrados en una sola persona, con facultades legislativas, judiciales y ejecutivas. (...) Entonces el Indulto es un don o gracia que poseía el rey, con cualidades divinas para perdonar, indultar. Nadie más podría tener ese don sino el rey, representante de Dios en la tierra, y a la sazón, jefe de Estado. (ROSALES, Walter Robles. *El Indulto: La institución del perdón*. Madrid, 2010).*

Mesmo nesses primórdios, o instituto apresentava caráter de excepcionalidade. Casos pontuais em que a acusação ou condenação criminal se mostrasse "injusta", juízo de valor que era realizado pelo soberano de forma unilateral, ensejavam intervenção do monarca de modo a afastar a persecução criminal. A discricionariedade ilimitada concedida ao soberano permitia o cometimento de arbitrariedades como a salvaguarda indevida dos "amigos do rei" ou não concessão do indulto àqueles que fossem condenados injustamente, mas não gozasse da simpatia do soberano.

O indulto sobreviveu ao fim dos Estados absolutistas e continuou sendo amplamente utilizado por Estados totalitários, os quais se valiam abusivamente das concessões do chamado derecho de gracia - que, para o ordenamento espanhol, engloba tanto o indulto quanto a anistia - a fim de privilegiar os seus súditos mais fiéis e para ganhar prestígio social. A aplicação deste instituto, mesmo quando concretamente visava apenas a burlar o sistema jurídico, vinha escudada em fundamentos como a necessidade de afastar decisões injustas e desiguais. Com o tempo, estas expressões foram sendo incorporadas ao direito positivo de modo que o indulto, formalmente, passou a ser considerado "instrumento corretor" dos provimentos judiciais. (CONTRERAS, Joaquin Cuello; CAFFARENA, Borja Mapelli. *Curso de Derecho Penal*. Segunda edición. Tecnos, 2014. p. 361.)

A despeito da evolução dos Estados de Direito Democráticos, o instituto do indulto segue existindo e sendo aplicado como instrumento de intervenção do Poder Executivo sobre o Legislativo e Judiciário (GERMÁN M., Mariano. El indulto: Una institución satisfactoria para unos y fuente de críticas para otros. Disponível em Libre.com. Acesso em março de 2016).

Estudos sobre a natureza da "clemência" outorgada pelo chefe do Executivo na forma de indulto, identificam seu caráter excepcional no sistema de freios e contrapesos:

*La clemencia tiene gran importancia para la realización del Estado de Derecho pues en determinadas circunstancias las penas pierden total o parcialmente su significado legal y para ello existe el indulto, que compatibiliza las exigencias de la Justicia formal con la Justicia material del caso. La clemencia se presenta como: "Otra virtud, grande como la justicia, idéntica en su origen aun que distinta en sus resultados, la auxilia y completa, atajando en su carrera a lamentaria y a la duda, y mostrándose superior. Esta es la clemencia, que domina en la sociedad, cuando la espada de la justicia dirige sus filos guiada por la mano del error, que va a inmolarse en sus aras una víctima innecesaria; o cuando la ejecución del castigo humano envolvería una odiosa tiranía" (BERNABÉ, Ireneo Herrero. *El Derecho de Gracia: Indultos - Tesis Doctoral*. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia. 2012)*

Na esteira das ideias do professor espanhol, verifica-se a consolidação da ideia de que o indulto se configura válido e importante enquanto instrumento corretivo de injustiças pontuais e fundamentadas de casos concretos. Em um Estado de Direito Democrático, em que as penas são individualizadas e proporcionais, não há como pretender que o perdão derive da vontade infundada de uma única pessoa (chefe do executivo) em detrimento de todo um sistema constitucional e penal custosamente consolidado. A crença nos poderes divinos do monarca há muito foi substituída pela noção de soberania popular e democrática.

Note-se que a Constituição espanhola, por exemplo, em seu art. 62, I, ao atribuir ao rei a prerrogativa de exercer o direito de graça, o vincula à lei e veda expressamente a concessão de "indultos gerais". O manejo do instituto naquele ordenamento reclama expressamente que a clemência real derive de um fundamento fático concreto, avalizado pelo tribunal sentenciante, e não da vontade pessoal de suprimir da jurisdição criminal qualquer delinquente. Diz o artigo 11 da lei geral do indulto em Espanha (Ley de 18 de junio de 1870, ainda em vigor):

"El indulto total se otorgará a los penados tan sólo en el caso de existir a su favor razones de justicia, equidad o utilidad pública, a juicio del Tribunal sentenciador."

No Brasil, o art. 84, XII, da Constituição autoriza o indulto. De outro lado, não há lei estabelecendo restrições de cunho material à sua utilização. Por fim, a utilização do instituto pelo Presidente da República é periódica e com efeitos cada vez mais amplos. Importa, assim, identificarmos quais os matizes constitucionais

que o instituto do indulto possui em pleno século XXI no território brasileiro, analisando-o mediante a consideração dos demais dispositivos constitucionais.

7. O indulto no direito positivo brasileiro. Especificamente no caso brasileiro, o indulto esteve presente em todas as Constituições promulgadas a partir da independência, destinando-se à atenuação de penas excessivamente severas. (RIBEIRO, Rodrigo de Oliveira. O indulto presidencial: origens, evolução e perspectivas. In Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 23, n. 117, novembro-dezembro, 2015. p. 437)

E vale notar que, na Constituição de 1824, figurava como prerrogativa do Imperador no exercício do seu Poder Moderador. Aliás, tal não era de se estranhar em um sistema que reconhecia ao Imperador, inclusive, o poder de suspender os magistrados. Veja-se o art. 101 da constituição imperial:

Art. 101. O Imperador exerce o Poder Moderador:

VII. Suspendendo os Magistrados nos casos do Art. 154.

VIII. Perdoando, e moderando as penas impostas e os Réos condenados por Sentença.

IX. Concedendo Amnistia em caso urgente, e que assim aconselhem a humanidade, e bem do Estado.

A competência para concessão do indulto, no regime republicano, foi atribuída ao Presidente da República. Quem sabe, uma inadequada incorporação, pelo Poder Executivo, de prerrogativas do anterior Poder Moderador. Na constituição vigente, a matéria é assim tratada:

Art. 5º (...)

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

(...)

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

(...)

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

(...)

Primeiramente, quanto à definição do termo mais adequado a ser utilizado, indulto ou graça, conforme os ensinamentos de Nucci, "o melhor a fazer é aceitar as duas definições: *graça ou indulto individual, uma vez que a Constituição, em seu artigo 5º, XLIII, utiliza o termo graça, enquanto em seu artigo 84 faz referência a indulto. A Lei de Execução Penal, ao seu turno, reporta-se à expressão 'indulto individual'* (artigos 188 a192)" (NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, pg. 572). Para Mirabete e Fabbrini, por sua vez, "aponta-se como diferença entre o indulto e a graça (em sentido estrito) ser esta solicitada, enquanto aquele é concedido de ofício e de caráter coletivo" (MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. Execução Penal: comentários à Lei nº 7.210 de 11-7-1984. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p.899).

De qualquer modo, o indulto, seja individual (graça) ou coletivo, constitui um perdão concedido ao apenado pelo Presidente da República, podendo ser total ou parcial. Enquanto o indulto total extingue a punibilidade do agente (art. 107, II, do Código Penal), o indulto parcial, chamado de comutação, apenas dispensa o cumprimento de parte da pena, reduz a reprimenda aplicada, ou substitui esta por outra menos severa. Nas palavras de Bernard Bouloc, "la grâce peut être utilisée aussi bien pour mettre obstacle à l'exécution de la peine que pour en modifier la nature ou la durée" (em tradução livre: A graça pode ser utilizada para obstaculizar a execução da pena, assim como para modificar sua natureza ou duração.) (BOULOC, Bernard. Droit pénal général. 23º édition. Dalloz, 2013. p. 661).

A graça e o indulto extinguem os efeitos executórios da condenação, mantendo, contudo, seus efeitos secundários - salvo se o decreto assim autorizar. Tendo o acusado preenchido os requisitos objetivos e subjetivos previstos no ato unilateral do Poder Executivo (decreto em nosso sistema atual), o juiz da execução declara a extinção da punibilidade do agente liberando-o da continuidade do cumprimento da pena. Sinale-se que a análise envolvendo o preenchimento dos requisitos normativos pelo indivíduo que pretende o benefício toca, com exclusividade, ao Poder Judiciário.

A questão subjacente ao agravo apresentado pelo Ministério Público Federal é a seguinte: há limites materiais para a concessão de indulto pelo Presidente da República em nosso Estado de Direito Democrático ou ainda estamos diante do mesmo instrumento irrestrito de intervenção do monarca, vinculado exclusivamente à sua própria consciência, típico do Estado absolutista?

8. Limites constitucionais ao indulto. De forma expressa, a Constituição Federal estabelece através de seu já transcrito art. 5º, inciso XLIII o primeiro parâmetro limitador à utilização do instituto do indulto. Segundo tal disposição, são insusceptíveis de graça ou anistia (e, por conseguinte, de indulto) a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos.

Com isso, os delitos considerados especialmente graves pelo constituinte originário (tráfico, tortura e terrorismo), bem como aqueles que o legislador ordinário atribuiu a qualificação de hediondos, estão desde logo fora do espectro de atuação do indulto presidencial. Tem-se, como ponto de partida para compreensão do instituto, clara vedação constitucional à utilização do indulto para extinguir a punibilidade de indivíduos que tenham cometido esses delitos. A questão a ser controvertida diz respeito aos demais tipos penais previstos em nossa legislação.

O terror e a ausência de direitos individuais da persecução criminal estatal, há muito, foram substituídos por um sistema de garantias que obstaculiza a prática de abusos contra o réu e que lhe assegura a plenitude do direito de defesa através de participação em todo e qualquer ato decisório no curso do processo judicial, independentemente do delito de que esteja sendo acusado. Os crimes tipificados na legislação são previamente conhecidos de todos, assim como as respectivas penas são estabelecidas pelo Poder Legislativo de forma pública pelos mandatários escolhidos pela população. Há procedimento claro, transparente e isonômico a todos aplicável.

Essa plêiade de inafastáveis direitos do indivíduo que se veja diante da atuação estatal penal foi denominada por muitos autores contemporâneos como "garantismo" e constitui uma das mais importantes, se não a principal, faceta da proporcionalidade no seio do direito penal. É nesse contexto que está inserido o contemporâneo instituto do indulto, o qual somente encontra justificação constitucional quando for utilizado para ceifar aplicação de pena que tenha afrontado tais pressupostos.

Ainda que o indulto tenha sido historicamente aplicado de modo utilitarista pelo detentor poder (satisfação de desejo pessoal ou medida administrativa de redução da população carcerária), tal situação mostra-se inadmissível no seio de um Estado Democrático de Direito. A utilização pelo Executivo de instrumento apto a suprimir a individualização da pena realizada pelo Poder Judiciário e Legislativo, como deflui da própria Constituição Federal, constitui medida absolutamente excepcional e que deve observar a plenitude dos princípios jurídicos vigentes.

Nessa esteira, o exaustivamente citado princípio da individualização da pena encontra assento constitucional expresso e reclama atuação institucional harmônica, independente e autônoma dos três poderes (art.2º da CF). Toda e qualquer atuação de um Poder na seara de competência do outro reclama pressupostos constitucionais muito específicos, sob pena de interferência ilegítima. O indulto não está previsto na Constituição Federal como medida que possa transformar a cominação abstrata de penas pelo legislador e a dosimetria realizada pelo juiz em dispositivos sem norma. Não se trata, ademais, de medida de administração carcerária, mas de instrumento excepcional para a afirmação de valores constitucionais, com destaque para a dignidade da pessoa humana. Problemas práticos envolvendo a

execução da pena são resolvidos pelos próprios juízes, não sendo raros os casos em que, frente a estabelecimentos penitenciários inaptos e vexatórios, autorizam o cumprimento da pena em regime mais brando ou autorizam prisão domiciliar.

Ademais, a doutrina contemporânea identifica, no sistema constitucional, não apenas a existência de um "garantismo negativo", mas também a conformação de um "garantismo positivo", ou proibição de proteção insuficiente. Em suma, a atuação estatal somente será proporcional e adequada quando, além de observar todos os direitos individuais daquele que se veja na condição de réu ou investigado em processo criminal, garanta a proteção dos direitos fundamentais de toda a sociedade, o que significa observância das leis penais e correta aplicação das sanções pertinentes àqueles que violem os bens jurídicos mais importantes tutelados pelo direito. A fim de que se conduza a vida em sociedade, se mostra relevante o princípio da segurança jurídica, o qual "materializa a proteção da confiança dos indivíduos em relação ao Estado." (SCHULZE, Clênio Jair. A prestação jurisdicional conforme a Constituição. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 56, out. 2013. Edição especial 25 anos da Constituição de 1988 - Grandes temas do Brasil contemporâneo).

Note-se que os indivíduos que compõem a sociedade têm direito à proteção dos valores que constituem bens jurídicos resguardados pela lei penal e a que não haja insuficiência na reação às suas violações. O Estado tem um dever de proteção que impõe a tutela aos bens juridicamente protegidos, dever esse a ser cumprido com observância da "proibição de proteção deficiente". Há de se encontrar a justa medida: a tutela estatal não pode "intervir excessivamente nos direitos fundamentais do indivíduo afetado", sob pena de violar a proibição de excesso revelada pela desproporcionalidade da restrição (*Übermassverbot*), mas também não pode ficar aquém do necessário à proteção dos bens juridicamente protegidos, sob pena de violar a proibição de insuficiência (*Untermassverbot*). Em vez de excesso ou da deficiência, a eficiência (FELDENS, Luciano. Direitos Fundamentais e Direito Penal: A Constituição Penal. 2ª ed. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2012, p. 166/171).

A Constituição vale-se do direito penal para a proteção, como *ultima ratio*, também dos direitos fundamentais e bens coletivos nela albergados, inclusive com mandados expressos de incriminação (v.g., artigo 5º, incisos, XLII, XLIII, XLIV). O não-atendimento a tais exigências constitucionais pode, ademais, acarretar ofensas aos direitos fundamentais e bens coletivos, hipótese em que estaremos diante de lesão ao princípio da proibição da proteção insuficiente. Nas palavras de José Paulo Baltazar Júnior, "os direitos fundamentais, ao lado da sua clássica função negativa, delimitar o arbítrio das intervenções estatais na liberdade, ou seja, na proibição de excesso, passaram a desempenhar também o papel de mandamentos de proteção ao legislador, na chamada proibição da insuficiência, que determina a existência de deveres de proteção jurídico-fundamentais, que enfatiza o aspecto da obrigação estatal, ou direitos de proteção jurídico fundamentais, expressão que dá

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

O instituto do indulto, como não poderia deixar de ser, está inserido nessa dupla face do garantismo presente em nossa Constituição Federal. Se, de um lado, o indivíduo conta com inúmeras garantias asseguradas em face do Estado no bojo da persecução criminal, de outro, a sociedade goza da legítima expectativa de manutenção da ordem jurídica e cumprimento das leis aprovadas pelo Congresso Nacional. Cometido um delito, a coletividade, albergada pelo texto constitucional, espera que o responsável seja identificado e apenado de acordo com as três etapas da individualização da pena. Atuações de um Poder sobre a atividade dos demais, repise-se, somente restam constitucionalmente autorizadas em hipóteses excepcionais e justificadas. O perdão irrestrito de delinquentes por mera vontade política de um único governante (chefe do poder executivo) viola a Constituição Federal por fazer letra morta inúmeras garantias da sociedade (dignidade da pessoa humana, art. 1º, III; construção de uma sociedade livre, justa e solidária, art. 3º, I; promoção do bem de todos, art. 3º, IV; igualdade, direito à vida, segurança e propriedade, art. 5º; eficácia da jurisdição, art. 5º, XXXV; etc..)

Na prática nacional, todavia, o indulto vem sendo ampliado sem qualquer justificação a cada ano. Justamente em função da potencial utilização indiscriminada do instituto vocacionado a lidar com situações muito particulares, Mário Coimbra discorre:

"não são poucos doutrinadores que criticam a possibilidade de interferência do Poder Executivo na esfera do ius puniendi, sob o argumento de que o direito de graça constitui um vestígio da época em que o Direito Penal e sua aplicação judicial estavam vinculados ao Monarca. Sem ignorar a importância da graça que pode ser conveniente por razões de política criminal ou para corrigir injustiça no caso concreto, propugnam que as finalidades da graça 'deveriam compaginar-se com a separação dos poderes, reservando-se a concessão geral da graça e a valoração de sua conveniência política ao Parlamento e sua aplicação nos casos concretos, ao Poder Judiciário, com algum possível controle por parte do Legislativo' (MIRPUIG, 2004, p. 748)." (HAMMERSCHIMIDT, Denise; MARANHÃO, Douglas Bonaldi; COIMBRA, Mário; coord. Luiz Regis Prado. Execução Penal. São Paulo: Editora Revistados Tribunais, 2009.)

O problema da ordinização do instituto do indulto também é identificado e denunciado por juristas estrangeiros. Sobre o tema, a autora e professora espanhola María Fraile Ortiz, em resumo à obra de Rosario García Mahamut, disserta:

"el Gobierno, quien por mandato expreso del art. 97 CE dirige la política interior y exterior, interfiere puntualmente a través del indulto en la tarea de quien tiene también por expreso mandato constitucional del art. 117 CE la función de juzgar y hacer ejecutar lo

juzgado, y dicha interferencia se realiza en aplicación de una potestad discrecional en manos del Gobierno. A partir de aquí, la polémica está servida: ¿cuándo la decisión de indultar es discrecional pero no arbitraria?; ¿cuándo el «beneficio del indulto» pasa a ser perjuicio para la colectividad?; ¿no puede ser el indulto, en manos del Gobierno, el instrumento idóneo para rebelarse contra un pronunciamiento judicial que le resulte de algún modo políticamente adverso?; ¿no sería entonces el indulto sino un subterfugio para soslayar la ley?; ¿no supondría entonces que quien indulta burla la justicia y, haciéndolo, se burla de ella? Y sin embargo, El indulto es por otro lado, la llave de fuga. La individualización de la pena puede conducir en ocasiones a que ésta resulte excesiva atendiendo al daño causado por la infracción y las circunstancias personales del reo"

De tudo o que foi exposto podemos concluir que a utilização do indulto pelo Poder Executivo é: (a) inviável, por expressa vedação constitucional, quando estivermos lidando com delitos qualificados como hediondos ou com outros delitos graves expressamente arrolados pela Constitucional; (b) excepcional quanto aos demais delitos, porquanto somente justificável para situações, concretas ou abstratas, mas referentes necessariamente a hipóteses que justifiquem a invocação da equidade, forte em razões humanitárias relacionadas, por exemplo, a situações de saúde, idade etc. e sem que implique, em qualquer caso, pela sua periodicidade e dimensão, a retirada de eficácia da legislação, aviltamento da pena ou impunidade.

A aplicação do indulto fora dessas hipóteses excepcionais viola o princípio da individualização da pena e implica intervenção inconstitucional do Poder Executivo sobre as atribuições outorgadas pelo próprio texto maior ao Poder Legislativo e ao Judiciário. Nas palavras de Hungria, "consentir ao Poder Executivo a retificação ou inutilização de decisões do Poder Judiciário, proferidas na sua esfera soberana, é atacar a justiça penal nos seus próprios fundamentos". (CARVALHO FILHO, Aloysio; HUNGRIA, Nélson. Comentários ao Código Penal. vol. IV. Rio de Janeiro: Forense, 1944. apud GERBER, Daniel, *op.cit.*, 636).

9. Experiência prática brasileira ao longo dos últimos 45 anos. Estabelecidos os contornos constitucionais outorgados ao indulto, debrucei-me sobre os respectivos decretos expedidos pelo Poder Executivo ao longo dos últimos 45 anos de modo a determinar sua evolução ao longo do tempo. No período pré-constituição de 1988, por exemplo, o Decreto nº 67.704 editado em 04 de dezembro de 1970 limitava a benesse aos apenados cuja condenação fosse inferior a 03 anos e 01 dia de reclusão e que houvessem cumprido, com boa conduta carcerária, pelo menos 1/3 da sanção.

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

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

Não adentrarei na análise específica da constitucionalidade do referido dispositivo por desbordar do objeto da presente controvérsia, mas sua menção é válida para identificar que o ato do executivo extinguiu a punibilidade de condenados (sem qualquer peculiaridade dos casos concretos ou identificação de teratologia e desproporcionalidade) que tenham cumprido apenas 33,33% da pena concretizada com base na individualização da pena realizada pelos Poderes constitucionalmente competentes, notadamente Legislativo e Judiciário. O feitio do instituto se repetiu até o ano de 1999.

O Decreto 3.667/00 representou um movimento excepcional no âmbito dos indultos anuais expedidos pelo Poder Executivo, porquanto recrudesceu o critério objetivo temporal geral reduzindo-o para delitos cuja pena fosse inferior ao patamar de 04 anos. A fração de cumprimento da pena exigida do condenado não reincidente, todavia, seguiu mantida em apenas 1/3 e não houve ainda qualquer menção a circunstâncias concretas que justificassem a intervenção. Já no ano seguinte houve o retorno ao patamar geral de 06 anos, sem alteração na fração necessária de cumprimento da pena para concessão do benefício, o que perdurou até o ano de 2003.

Entre os anos de 2004 e 2006, os brandos e genéricos critérios para concessão do indulto foram mantidos pelos decretos editados pela Presidência da República, mas expressamente afastavam a possibilidade de concessão do benefício para aquele que tivesse sua pena privativa de liberdade substituída por penas restritivas de direitos.

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

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

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

diante de instituto jurídico de manejo ordinário. O remédio constitucional de severa intervenção do Poder Executivo sobre os demais banalizou-se.

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

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

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

Tipo de corrupção passiva: art. 317 do CP

Cominação abstrata pelo Legislador: 2 a 12 anos de reclusão.

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

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

Indulto com 1/4: perdoado após cumprir 1 ano

Indulto com 1/6: perdoado após cumprir 8 meses.

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

10. *A inconstitucionalidade do art. 1º, inciso XIV, do Decreto 8.172/13.* Como vimos, o Presidente da República vêm se utilizando ordinariamente do indulto e lhe dando feições mais

abrangentes, de tempos em tempos, com o que acaba por retirar a eficácia do quanto realizado pelos Poderes Legislativo e Judicial. Ao invés de outorgar concretude ao princípio da individualização da pena em sua etapa final mediante criação dos meios necessários para melhor cumprimento das sentenças e respeito às peculiaridades de cada indivíduo, o chefe do Executivo legisla através de decreto modificando por completo as penas que foram abstratamente previstas pelo Congresso Nacional e concretamente aplicadas pelo Poder Judiciário.

O dispositivo do Decreto 8.172/13, com base no qual o eminente Relator negou provimento ao agravo e manteve a concessão do indulto, conta com a seguinte redação:

Art. 1º Concede-se o indulto coletivo às pessoas, nacionais ou estrangeiras:

(...)

XIV - condenadas a pena privativa de liberdade sob o regime aberto ou substituída por pena restritiva de direitos, na forma do art. 44 do Código Penal, ou ainda beneficiadas com a suspensão condicional da pena, que tenham cumprido, em prisão provisória, até 25 de dezembro de 2013, um sexto da pena, se não reincidentes, ou um quinto, se reincidentes: (...)

A extinção da punibilidade do agente que tenha cumprido 1/6 da pena a que foi condenado sob rigorosa observância do devido processo legal configura manifesta derrogação da norma penal e faz pouco caso de todo o processo conduzido (por anos) pelo Poder Judiciário.

Veja-se a lição que segue, em tudo pertinente:

*"os favores legais, quais sejam a graça e o indulto, não foram idealizados para o que o Poder Executivo interfira como poder de revisão das decisões manifestadas pelo Poder Judiciário, pelo contrário, ele se configura como mecanismo de correção de excessos ou rigores da interpretação e aplicação da lei, buscando-se sempre a equidade" (SILVA, Juan Emanuel de Andrade. *Aspectos Doutrinários da Aplicação da Anistia, Graça e Indulto no Crime de Tortura. Monografia - Centro Universitário de Brasília. Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais. Brasília, 2013.*)*

Ao estabelecer normas de cunho abstrato e geral pela via de decreto, o chefe do Poder Executivo está violando a Constituição (art. 62, §1º, b) por legislar na seara do Direito Penal. Decreto de indulto que não tenha o escopo de eximir penalidades que recaiam sobre indivíduos que reclamem clemência por questões humanitárias ou por peculiaridades patentes do caso concreto configura simples supressão da atividade legislativa e jurisdicional na individualização das penas e aplicação do ordenamento jurídico. Dá ensejo ao não cumprimento do dever fundamental estatal de prestar a jurisdição com efetividade (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal), o que configura inconstitucionalidade decorrente da vedação da proteção insuficiente. Ademais, a fim de que se conduza a vida em sociedade, se mostra

relevante o princípio da segurança jurídica, o qual "materializa a proteção da confiança dos indivíduos em relação ao Estado". Neste sentido, o Conselho Nacional do Ministério Público:

"O princípio da segurança jurídica impõe a estabilidade da realidade fático-jurídica. Essa estabilidade deve ser assegurada pelo estado em proveito dos seus cidadãos que, no curso de suas relações pessoais e com o estado, devem saber o que esperar e como agir, reduzindo as chances para que surjam conflitos de interesses. Para isso, é necessário que o estado atue de forma coerente, evitando o envio de sinais contraditórios à sociedade. A imposição de penas pelo Poder Judiciário, se tornadas inúteis pela concessão indiscriminada do indulto, são medidas que, empiricamente, dão azo ao descrédito da justiça e incentivam a reincidência criminal." (CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Comissão de Aperfeiçoamento da Atuação do Ministério Público no Sistema Carcerário e no Controle Externo da Atividade Policial. Minuta de decreto de indulto a ser apresentada ao Ministério da Justiça, após as deliberações de 24 de agosto de 2011. p. 1. Disponível em: <http://www.cnmp.gov.br/portal/images/stories/Noticias/2011/Arquivos/decreto_indulto.pdf> Acesso em: 26 fev. 2016.)

Ainda sobre a relação do instituto do indulto com princípios constitucionalmente protegidos, a doutrina estrangeira opina:

*"De fato, é perfeitamente possível ver na graça ao mesmo tempo uma violação e uma proteção da segurança jurídica, do princípio da necessidade das penas, da proteção da ordem pública, da separação dos poderes ou do princípio da igualdade. Basta, para tanto, escolher a significação do princípio em questão que sustenta a medida da graça. Assim, a ordem pública pode ser protegida por uma medida de graça se ela tiver por função acalmar as inquietudes e até mesmo as agitações sociais; porém, pode ser ameaçada por medidas de graça em grande número e inapropriadas. O princípio da proporcionalidade das penas pode igualmente ser compatível com uma medida de graça se esta última for tomada para reduzir uma pena manifestamente desproporcional pronunciada de modo definitivo (podemos pensar aqui nos antigos julgamentos irrecorríveis dos tribunais penais franceses). Em contrapartida, uma decisão de graça pode contrariar esse princípio se impedir de modo rápido demais a execução completa de uma pena moderada." (LE COUSTUMER, Jean-Christophe. *A Graça*. In FABRI, Hélène Rui; MORTE, Gabriele Della; ABDELGAWAD, Elisabeth Lambert; e MARTIN-CHENUT, Kathia (org). *Clemência e Direito - Anistia, prescrição e graça no direito internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pags. 245/247)*

Na norma específica sob análise, o benefício é concedido aos condenados que tenham cumprido em prisão provisória tão-somente 1/6 da pena ou 1/5 se reincidente.

A prisão provisória abrange a prisão temporária (lei nº 7960/89) e a prisão preventiva. A prisão temporária dá-se quando houver fundadas razões de participação do indiciado em crimes como homicídio doloso, sequestro, extorsão mediante seqüestro, estupro, dentre outros, ou quando for imprescindível para as investigações do inquérito policial. Por sua vez, a prisão preventiva ocorre quando se fizer necessário garantir a ordem pública, assegurar a aplicação da lei

penal ou por conveniência da instrução criminal. Vê-se que as prisões ditas provisórias são estabelecidas porque se faz necessária a segregação, ou seja, incidem em casos absolutamente justificáveis, num juízo de proporcionalidade em face do direito à liberdade.

Sinal-se que a edição anual dos decretos de indulto vem implicando verdadeira derrogação da legislação penal e amesquinhamento da função jurisdicional.

Por fim, note-se que estamos cuidando de dispositivo do Decreto que determinou a aplicação de indulto a quem teve sua pena privativa de liberdade substituída por restritivas de direito ou fixado o regime aberto para seu cumprimento e que tenha cumprido em prisão provisória, até 25 de dezembro de 2013, um sexto da pena, se não reincidentes, ou um quinto, se reincidentes.

Assim, não visa a afastar o excessivo sofrimento imposto a apenados, quem sabe em função de longo período de segregação ou de submissão ao cárcere em condições de superlotação. Sequer esse argumento de política criminal pode ser invocado para sustentar o Decreto.

As penas restritivas de direitos, por si só, já atuam no sentido de atenuar a resposta penal. Com os serviços comunitários e as prestações pecuniárias, procura-se ensejar a reeducação do apenado sem que tenha de se submeter à privação de liberdade e, portanto, a qualquer medida demasiadamente gravosa.

O art. 1º, inciso XIV, do Decreto 8.172/13, que concede indulto a quem tenha cumprido, em prisão provisória, apenas 1/6 (um sexto) da pena a que submetido por condenação lastreada no tipo e nos critérios legais de dosimetria aplicáveis ao caso, atenta contra os Poderes Legislativo e Judiciário, contra o princípio da individualização da pena, contra a vedação constitucional de que Executivo legisle sobre direito penal e contra o princípio da vedação da proteção insuficiente, na medida em que gera impunidade.

Dispositivo.

Ante o exposto, voto por acolher a arguição para declarar a inconstitucionalidade do artigo 1º, inciso XIV, do Decreto nº 8.172/13 (concessivo de indulto), por violação aos artigos 2º, 5º, XLVI, 62, § 1º, b, da CF-88 e ao princípio da vedação da proteção insuficiente.

Documento eletrônico assinado por **LEANDRO PAULSEN, Desembargador Federal Relator**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **40000793132v14** e do código CRC **4ae51954**.

Informações adicionais da assinatura:
Signatário (a): LEANDRO PAULSEN
Data e Hora: 19/12/2018, às 19:56:57

5034205-88.2018.4.04.0000

40000793132 .V14