



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
GRADUAÇÃO EM DIREITO

LEONARDO MORAIS BEZERRA SOBREIRA DE SANTIAGO FILHO

DECRETO Nº 9.246/2017: UMA ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE
DOS DISPOSITIVOS IMPUGNADOS PELA ADI 5874

FORTALEZA

2018

LEONARDO MORAIS BEZERRA SOBREIRA DE SANTIAGO FILHO

DECRETO Nº 9.246/2017: UMA ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE
DOS DISPOSITIVOS IMPUGNADOS PELA ADI 5874

Monografia apresentada ao Programa de Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel em Direito. Área de concentração: Direito Penal e Direito Constitucional.

Orientador: Prof. Me. Raul Carneiro Nepomuceno.

FORTALEZA

2018

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Universitária
Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

S226d Santiago Filho, Leonardo M. B. S..
DECRETO Nº 9.246/2017: UMA ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DOS DISPOSITIVOS
IMPUGNADOS PELA ADI 5874 / Leonardo M. B. S. Santiago Filho. – 2018.
111 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito,
Curso de Direito, Fortaleza, 2018.
Orientação: Prof. Me. Raul Carneiro Nepomuceno.

1. Indulto. 2. Decreto nº 9.246/2017. 3. Separação dos Poderes. 4. Individualização da pena. 5. Proibição de
proteção insuficiente. I. Título.

CDD 340

LEONARDO MORAIS BEZERRA SOBREIRA DE SANTIAGO FILHO

DECRETO Nº 9.246/2017: UMA ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE
DOS DISPOSITIVOS IMPUGNADOS PELA ADI 5874

Monografia apresentada ao Programa de
Graduação em Direito da Universidade
Federal do Ceará, como requisito parcial
para a obtenção do título de bacharel em
Direito.

Área de concentração: Direito Penal e
Direito Constitucional.

Aprovada em: ___/___/____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me. Raul Carneiro Nepomuceno (Orientador)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Dr. Alex Xavier Santiago da Silva
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Tiago Vasconcelos Queiroz
Mestrando da Universidade Federal do Ceará (UFC)

A minha mãe, meu pai, meus irmãos e meus amigos, minhas companhias para todos os momentos.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, inicialmente, a Deus, que me dá forças para superar os obstáculos e conquistar meus sonhos e que sempre renova minha determinação nos momentos mais difíceis.

Aos meus pais, Leonardo e Aline, por todo o apoio, amor e carinho, pelo investimento em meus estudos, pela paciência e pelo companheirismo. Aos meus irmãos Taís e Tiago, pelas presenças diárias, brincadeiras e ensinamentos que me engrandecem.

A todos os meus familiares, em especial à minha tia Luciana e aos avós Otávio, Rocha e Francinete, *in memoriam*, pelo amor e apoio recebidos desde a infância.

Ao professor Raul, pelos ensinamentos ao longo de minha formação acadêmica, pela confiança em mim depositada e pela atenção e disposição constantes, fundamentais para a elaboração deste trabalho. Ao professor Alex Santiago, que gentilmente aceitou compor a banca examinadora do presente trabalho.

Ao mestrando e amigo Tiago Queiroz, pela constante disposição e paciência em auxiliar na realização do presente trabalho, tecendo várias considerações importantes que me deram substrato para desenvolver um bom trabalho.

À Júlia Sampaio, minha namorada, pela amizade e pelo amor, carinho, afeto e companheirismo que me fizeram crescer e ser uma pessoa mais feliz. Agradeço por ter entrado em minha vida, crescido junto comigo e estado ao meu lado dando forças nos momentos mais difíceis.

Aos meus amigos do 99% e do 99% futebol, em especial Patrícia, Marcus, Sophie, Gabriel Valentim e Pedro Lima, pessoas as quais tive o prazer e a sorte de conhecer na faculdade e que espero ter a companhia e amizade para toda minha vida.

Aos nobres mosqueteiros Ernani Soares e Matheus Casimiro, pela amizade e pelo companheirismo e planejamento de cada degrau em nosso percurso na Universidade.

Aos meus amigos do grupo Carnas, dos quais tenho uma sincera amizade, por toda a união e encontros semanais que jamais me deixaram sozinho desde o fim do ensino médio, sendo uma família para todos os momentos. Agradeço também ao meu amigo Pedro Afonso e ao meu primo Júnior, companheiros fiéis e sinceros desde a infância.

Por fim, à Faculdade de Direito como um todo, representada pelos alunos, professores e servidores, que engrandeceram minha formação pessoal e acadêmica.

“Costuma-se dizer que ninguém conhece verdadeiramente uma nação até que tenha estado dentro de suas prisões. Uma nação não deve ser julgada pelo modo como trata seus cidadãos mais elevados, mas sim pelo modo como trata seus cidadãos mais baixos” (MANDELA, Nelson. Longa Caminhada até a liberdade. Trad. Paulo Roberto Maciel Santos. Curitiba: Nossa Cultura, 2012, p. 247)

RESUMO

O objetivo desse trabalho consistiu em realizar uma análise técnica sobre a constitucionalidade dos dispositivos do Decreto nº 9.246/2017 impugnados na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5874. Para isso, foram realizados um breve histórico da evolução do Direito Penal, em especial das finalidades das penas, uma apresentação das espécies de pena utilizadas no Brasil, com enfoque na crise carcerária enfrentada, e a conceituação do indulto, bem como tratado de sua moderna função de política criminal. Ademais, foram analisadas as normas constitucionais que, segundo a ADI 5874, foram desrespeitadas pelo Decreto nº 5874. Aqui, destacam-se os princípios da separação dos poderes, da individualização da pena e da proporcionalidade, que já são, naturalmente, relativizados pelo indulto, ressaltando, em relação ao último princípio, sua aceção de vedação à proteção insuficiente. O estudo foi desenvolvido por meio de amplas referências, incluindo-se no material de apoio livros, artigos científicos, notícias, legislação, decisões judiciais, bem como peças processuais da ADI 5874. Ao final da análise, concluiu-se que apenas os Arts. 1º, I; 2º, §1º, I; 8º, III e 11, II, são inconstitucionais, pois, à exceção do Art. 8º, III, que não possui aplicação prática alguma, ferem aos princípios apresentados, representando, principalmente, hipóteses de proteção insuficiente a direitos fundamentais.

Palavras-chave: Indulto, Decreto nº 9.246/2017, individualização da pena, separação dos poderes, proibição de proteção insuficiente.

ABSTRACT

The objective of this work consisted in carry out a technical analysis on the constitutionality of the provisions of Decree No 9246/2017 that were impugned in Direct Unconstitutionality Action (ADI) 5874. For that, it were made a brief history of the evolution of the Criminal Law, especially of the purposes of the penalties, a presentation of the species of sentences used in Brazil, focusing on the prison crisis faced, and the conceptualization of the pardon, as well as trated of its modern function of criminal policy. In addition, were analyzed the constitutional norms that, according to ADI 5874, were disregarded by the Decree No. 9246. Here, it were highlighted the principles of separation of powers, individualization of punishment and proportionality, which are already, naturally, relativized by the pardon, emphasizing, in relation to the last principle, its meaning of prohibition against insufficient protection. The study was developed by means of broad references, including in the material supporting books, scientific articles, news, legislation, judicial decisions, as well as pleadings of ADI 5874. At the end of the analysis, it was concluded that only the Articles 1st, I; 2nd, §1st, I; 8,th, III and 11, II, are unconstitutional, because, with the exception of Article 8th, III, which has no practical application, they violate the principles presented, representing, mainly, hypotheses of insufficient protection of fundamental rights.

Keywords: Pardon, Decree No 9.246/2017, individualization of punishment, separation of powers, prohibition of insufficient protection.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	12
2. DIREITO PENAL BRASILEIRO: SISTEMA PUNITIVO E INDULTO	15
2.1 Evolução histórica do sistema punitivo penal.....	15
2.2 Espécies de penas adotadas no Brasil.....	20
2.2.1 <i>Penas privativas de liberdade e regimes de cumprimento</i>	21
2.2.2 <i>Penas restritivas de direitos</i>	26
2.2.3 <i>Da multa penal: diferenciação à reparação da vítima e natureza jurídica</i>	28
2.3 Do indulto: contexto histórico, finalidades e natureza jurídica	33
3. NORMAS CONSTITUCIONAIS PERTINENTES À ANÁLISE DOS DISPOSITIVOS DO DECRETO 9.246/2017 IMPUGNADOS NA ADI 5874.....	38
3.1 Da separação dos poderes	39
3.2 Da individualização da pena.....	44
3.3 Da proporcionalidade.....	47
3.3.1 <i>Conceito, subprincípios e diferenciação com a razoabilidade</i>	47
3.3.2 <i>Relação com a vedação à proteção insuficiente</i>	52
3.4 Da proibição de legislar sobre matéria penal.....	55
3.5 Da vedação à concessão de indulto para os crimes hediondos e equiparados ..	57
4. DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DOS DISPOSITIVOS DO DECRETO 9.246/2017 IMPUGNADOS NA ADI 5874	61
4.1 Contextualização da edição do Decreto nº 9.246/2017 com a crise política brasileira e com a Operação Lava-Jato.....	61
4.2 Do Art. 1º, I do Decreto nº 9.246/2017: redução da parcela de pena a ser cumprida para concessão do indulto	64
4.3 Do Art. 2º, §1º, I do Decreto nº 9.246/2017: concessão de indulto em condições especiais com cumprimento de 1/6 da pena.....	73
4.4 Art. 8º do Decreto nº 9.246/2017.....	77
4.4.1 <i>Incisos I, II e IV: da concessão de indulto a apenados que não estão em estabelecimentos prisionais brasileiros</i>	77

<i>4.4.2 Inciso III: da concessão de indulto aos beneficiados pela suspensão condicional do processo</i>	82
4.5 Art. 10 do Decreto nº 9.246/2017	84
<i>4.5.1 Caput: do perdão à multa aplicada cumulativamente</i>	85
<i>4.5.2 Parágrafo único: da desnecessidade de pagamento de multa ou qualquer condenação pecuniária para a concessão do indulto</i>	89
4.6 Art. 11 do Decreto nº 9.246/2017	94
<i>4.6.1 Incisos I, II e IV: da concessão de indulto com trânsito em julgado para a acusação, com recurso da acusação de qualquer natureza pendente de julgamento após a condenação em segunda instância e sem a expedição da guia de recolhimento</i>	94
<i>4.6.2 Inciso III: da concessão de indulto com existência de outro processo pendente de julgamento contra o apenado</i>	97
CONSIDERAÇÕES FINAIS	100
REFERÊNCIAS	103

1. INTRODUÇÃO

O trabalho ora desenvolvido tem por fim analisar a constitucionalidade dos dispositivos do Decreto nº 9.246/2017, editado pelo presidente Michel Temer e que trata da concessão de indulto, que foram impugnados na ADI 5874, proposta pela Procuradora-Geral da República, Raquel Dodge, quais sejam: os Arts. 1º, I; 2º, §1º, I; 8º; 10 e 11.

Nesse caso, a escolha do tema se deu, inicialmente, pela grande quantidade de manifestações políticas e jurídicas que, num contexto de fortalecimento da Operação Lava-Jato, revelando esquemas sistêmicos de corrupção e culminando no oferecimento de denúncias contra o próprio presidente Michel Temer, defenderam a existência de um objetivo político de enfraquecimento da Lava-Jato na edição do Decreto nº 9.246/2017. Entretanto, também chamaram a atenção a posterior divulgação de manifestações da Defensoria Pública em favor do decreto e, principalmente, a constatação de que alguns dispositivos impugnados na ADI 5874 eram meras repetições de normas de decretos de indultos anteriores.

Assim, no presente estudo, será realizada uma análise técnica e imparcial dos dispositivos impugnados na ADI 5874, sendo também proposto a suscitação de uma reflexão mais aprofundada sobre a utilização do indulto como instituto de política criminal diante da crise penitenciária brasileira e sobre os possíveis limites constitucionais à utilização do perdão presidencial, bem como a necessidade de atuação do Judiciário para realizar uma análise de mérito dos decretos de indulto.

Nesse contexto, vale ressaltar que o indulto surgiu como ato de clemência, sempre realizado pelo chefe da nação, que se destinava à humanização das penas, corrigindo injustiças pontuais no sistema punitivo. Mas, assumiu, mais recentemente, o caráter de política criminal realizada, na maioria dos países, pelo Chefe do Poder Executivo o qual, ao conceder liberdade incondicionada para determinados apenados, tem por objetivo combater a superlotação dos presídios e possibilitar o gozo de alguns direitos fundamentais aos presos, além de garantir o atendimento às finalidades da pena imposta.

No Brasil, a concessão de indulto se tornou mais comum no século XX e, após a promulgação da Constituição de 1988, tem sido feita anualmente no fim de dezembro, razão pela qual os decretos têm sido chamados de decretos de indulto natalinos.

Nesse caso, a jurisprudência dos tribunais superiores tem se mantido bastante conservadora quanto à análise dos decretos, limitando-se a verificar o preenchimento dos

requisitos fixados para conceder ou não o indulto em um caso concreto, fato que gerou, na prática, a edição de decretos cada vez mais brandos desde a Constituição de 1988.

Felizmente, com a proposição da ADI 5874, será possível a formação, em relação a possíveis limitações à concessão de indulto, de um entendimento do STF que, certamente, considerará as normas constitucionais analisadas neste trabalho.

A metodologia utilizada para a presente pesquisa consiste no estudo de doutrinas específicas constantes em livros jurídicos e artigos científicos, bem como leitura de trabalhos de conclusão de curso e dissertações de mestrado relacionados aos assuntos que envolvem o tema central, como as finalidades das penas, a origem e a evolução do indulto e os princípios da separação dos poderes, da individualização da pena e da proporcionalidade.

Ademais, será feita uma pesquisa jurisprudencial com o exame, especificamente, das decisões dos tribunais superiores sobre o indulto e de duas decisões importantes do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que adentraram no mérito do tema objeto deste trabalho. Serão estudadas ainda as principais peças processuais produzidas nos autos da ADI 5874, essencial para a realização desta monografia jurídica.

Por fim, necessária uma pesquisa legislativa, com consultas ao Decreto nº 9.246/2017, à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ao Código Penal Brasileiro, ao Código de Processo Penal e à Lei de Execuções Penais, bem como aos decretos de indulto anteriores e outras normas pertinentes ao tema, conjunto que fornecerá o necessário substrato para a realização da análise pretendida.

Esta monografia, então, divide-se em três capítulos.

No primeiro capítulo, serão conceituados vários institutos do direito penal, tratando da sua evolução e das finalidades das penas, bem como das 3 espécies de penas previstas no nosso Código Penal, com enfoque nos pontos pertinentes ao trabalho desenvolvido. Sobre o indulto, será analisado, além do conceito, a sua evolução ao longo dos anos e a sua influência no rígido sistema penal brasileiro, destacando-se como verdadeira política criminal.

Já no segundo capítulo, tratar-se-á das principais normas constitucionais atinentes à análise do Decreto nº 9.246/2017, quais sejam: os princípios da separação dos poderes, da individualização da pena e da proporcionalidade, além da vedação à concessão de indulto para os crimes hediondos e equiparados e da proibição, dirigida ao Presidente da República, de editar medidas provisórias e, conseqüentemente, decretos,

sobre matéria penal. Nesse caso, ressalte-se que as referidas normas foram selecionadas de acordo com os argumentos apresentados pela Procuradoria-Geral da República na ADI 5874 e pelo TRF4 para declarar incidentalmente a inconstitucionalidade de dispositivos do Decreto nº 8.615/2015, bem como as leituras feitas sobre o tema.

Quanto ao terceiro capítulo, serão realizadas, no início, uma contextualização do Decreto com a crise política brasileira e breves considerações sobre a ADI 5874, que aprofundou a crise do Executivo com o Judiciário e importou, até agora, na suspensão de alguns dispositivos do Decreto nº 9.246/2017.

Por fim, com substrato das peças processuais produzidas nos autos da ADI 5874 e das análises dos princípios feitas no segundo capítulo, bem como dos conceitos desenvolvidos no primeiro, proceder-se-á à análise dos dispositivos do Decreto nº 9.246/2017 impugnados na ADI 5874.

2. DIREITO PENAL BRASILEIRO: SISTEMA PUNITIVO E INDULTO

O Direito Penal passou por diversas fases e transformações até chegar ao rígido sistema de garantias ao indivíduo e de limitações ao poder punitivo encontrado atualmente na maioria dos países ocidentais.

Neste capítulo, para além de um breve histórico da evolução do Direito Penal e, principalmente, de seu sistema punitivo e da finalidade das penas, será dada especial ênfase ao surgimento do indulto, bem como suas causas de justificação e sua relação com o sistema punitivo à época de seu surgimento e, mais recentemente, a partir da segunda metade do século XX.

2.1 Evolução histórica do sistema punitivo penal

A preocupação com a repressão a comportamentos considerados transgressores ou inadequados é um importante tema comum às mais diversas civilizações que já existiram. Entretanto, o modo como se realiza a repressão, ou seja, como se pune o agressor e, mais do que isso, para que se pune, mudou consideravelmente ao longo de muitos anos.

Nesse sentido, antes da existência de um direito penal, assim entendido como um sistema que tem penas razoavelmente proporcionais, diversas limitações ao poder punitivo e dá garantias ao acusado, fala-se em fases de vingança penal, períodos em que a pena era uma reparação desproporcional – e na maioria das vezes física – ao ato ilícito cometido. Além das chamadas fases de vingança penal, pode-se citar, como importantes expoentes do Direito Penal ao longo de sua história, os Direito Penal Romano, Germânico, Canônico e Comum, períodos nos quais ainda havia uma prevalência da finalidade retributiva da pena imposta.

Entretanto, como foge aos objetivos desta Monografia tratar, criticamente, da evolução do Direito Penal no mundo ocidental, passa-se à contextualização do iluminismo, que foi essencial para a construção do Direito Penal como atualmente se entende.

De início, vale lembrar que o iluminismo foi um importante movimento intelectual, surgido em meados do século XVIII na Europa, que tinha como principais reivindicações a valorização da razão e do homem, o que fortaleceu a burguesia e foi de encontro ao pensamento religioso da época e ao absolutismo vigente. No que se refere ao

Direito Penal, os iluministas promoveram duras críticas ao sistema penal vigente, em especial às penas excessivas e cruéis.

Além disso, entendendo a racionalidade como determinante para os comportamentos humanos, defenderam, na sua maioria, o que atualmente se define como teoria preventiva geral negativa da pena, segundo a qual a pena teria o condão de desestimular futuros comportamentos criminosos, sendo uma espécie de aviso de que quem delinquir será igualmente punido, fato o qual imporia um temor aos demais¹.

Dentre os pensadores da citada época que mais se destacaram na área criminal, pode-se citar Cesare Beccaria, John Howard e Jeremias Bentham.

Beccaria², em seu livro dos *Dos Delitos e Das Penas*, filiando-se à teoria do contrato social desenvolvida principalmente por Rousseau, justifica o direito de punir nas afirmações de que os homens cedem uma parcela de sua liberdade para preservar o resto dela e que, uma vez reunidas as parcelas de liberdades, forma-se o soberano. Como consequência, as leis penais teriam como fim punir aqueles que ferissem as parcelas de liberdades não cedidas dos demais.

Ademais, o citado autor defendeu que somente a lei pode prever crimes e situações nas quais um indivíduo pode ser preso³, aproximando-se do princípio da legalidade no Direito Penal. Conforme assevera Nelson Hungria, a doutrina de Beccaria influenciou na primeira formulação, em termos nítidos, do princípio da legalidade no direito penal positivo, isto é, “[...] na consagração de tal princípio pela Josefina (ordenança penal austríaca de José II), que antecedeu de dois anos a declaração francesa dos ‘direitos do homem e do cidadão’”⁴.

Ainda, Beccaria, numa perspectiva utilitarista da pena, a qual objetivava o bem da sociedade, buscou dar à pena um sentido para os demais indivíduos (não envolvidos diretamente no crime) e pensou nos efeitos preventivos da pena, tendo defendido que a certeza e a eficácia da punição obteriam melhores resultados para a prevenção de crimes do que o terror e o castigo, como se pensava à época. Sendo desnecessária a crueldade para prevenir crimes futuros, Beccaria defendeu a proporcionalidade da pena e a sua humanização. Assim, Beccaria foi um pensador essencial para a construção de um rígido

¹ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. 19ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2017, p. 623.

² BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 7ª ed. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2014, p. 17.

³ *Ibid*, *loc. cit.*

⁴ HUNGRIA, Nelson Hoffbauer. **Comentários ao Código Penal**. Volume 1, tomo 1. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1977, p. 43.

sistema penal de limitações ao poder estatal e humanização das penas.

Jeremias Bentham, grande defensor do utilitarismo, também concentrou seu trabalho no caráter preventivo da pena, tendo utilizado os termos prevenção especial – para se referir ao fim correcional da pena, aplicado ao apenado – e prevenção geral, relacionado à importância da pena para reprimir futuros comportamentos criminosos. Nesse caso, o autor entendia que as penas cruéis não representavam um fim em si mesmo, mas sim causavam sofrimento e dor aos condenados quando deveriam servir como instrumento de prevenção geral de crimes⁵.

Além disso, Bentham fez severas críticas ao tratamento dado aos presos no cárcere e, em ideia inovadora e bastante avançada para a época, sugeriu a criação do chamado “panótico” ou “pan-óptico”, uma penitenciária modelo na qual os inspetores (ou guardas) poderiam ver todos os presos, coibindo comportamentos inadequados⁶. Essa ideia do panótico, inclusive, ganhou uma nova roupagem a partir dos estudos de Michel Foucault em seu livro *Vigiar e Punir*.

Por sua vez, John Howard, na Inglaterra, concentrou a maioria de seus trabalhos nas críticas às péssimas condições pelas quais passavam os presidiários na época. Defendeu, assim, a humanização das prisões, com assistência médica aos réus e sugeriu a divisão nas cadeias entre homens e mulheres, bem como jovens e velhos e processados, condenados e devedores.

Ainda no fim do século XVIII, não se pode olvidar da importância do pensamento do filósofo Immanuel Kant, que teceu críticas ao utilitarismo predominante à época e defendeu, em seu livro *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, que o homem não é algo que possa ser usado como simples meio, devendo ser considerado, em todas as ações, como um fim em si mesmo⁷. Como não aceitava a instrumentalização de um homem para gerar a prevenção de crimes, Kant entendeu que, diante do descumprimento de determinada lei – considerada um imperativo categórico –, a pena aplicada tem por único objetivo castigar o infrator, realizando a justiça⁸. Portanto, o filósofo se inclui dentre os que defenderam o caráter retributivo da pena.

A partir do movimento iluminista, desenvolveram-se, no campo do Direito,

⁵ BENTHAM, Jeremias *apud* BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Geral. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 87.

⁶ BENTHAM, Jeremias. **O panótico**. 2ª ed. Trad. Tomaz Tadeu. Belo Horizonte: Autêntica, 2008, p. 89.

⁷ KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos**. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2005, p. 85.

⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Geral. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 137.

várias escolas que buscaram explicar a origem, a fundamentação e a justificação do Direito Penal, bem como estabelecer como deveria ser sua aplicação. Assim, procuraram elaborar e aperfeiçoar uma dogmática jurídico-penal.

Como exemplos, pode-se citar a Escola Clássica, que teve Francesco Carrara como mais importante expoente; a Escola Sociológica Alemã ou Escola Moderna Alemã, que teve como principal pensador Franz von Liszt, importante teórico que se ocupou do estudo do fim do Direito Penal e relacionou a disciplina à criminologia e à política criminal; e as Escolas de Marburgo e de Baden, relacionadas ao que se denomina neokantismo, modelo que defendia a realização de considerações axiológicas na dogmática penal, buscando compreender os fenômenos e as categorias jurídicas.

Adiante, já em meados do século XX, vale ressaltar o surgimento da teoria finalista, que foi desenvolvida por Hans Welzel e ganhou força na Alemanha depois da Segunda Guerra Mundial. Em suma, Welzel⁹ defendeu, em aproximação com o Direito Natural, a existência de uma ordem real na qual o homem estava inserido numa ordem real que corresponde a estruturas lógico-objetivas, a partir das quais deve-se produzir o conhecimento e entender as ações humanas. Essas ações representariam o exercício de uma atividade final, já que o homem, graças ao seu saber causal originado da ordem real em que estava inserido, poderia prever boa parte das consequências de suas condutas¹⁰. O finalismo, inclusive, facilitou a elaboração dedutiva de categorias sistemáticas do delito.

Mais recentemente, destaca-se o interessante trabalho de Luigi Ferrajoli, juiz italiano o qual, em seu livro *Direito e Razão*, percebendo que, na imensa maioria dos países, as práticas legislativas, judiciais e administrativas se afastaram bastante dos princípios e direitos previstos nas Constituições, havendo verdadeira separação entre teoria e prática, buscou propor um rígido modelo garantista não só para o Direito Penal, mas também para os demais ramos do Direito¹¹.

Assim, fundamentou seu garantismo em 3 principais significados ou acepções: um modelo normativo de direito; uma teoria jurídica da validade e da efetividade como categorias distintas não só entre si, mas, também, pela existência ou vigor das normas; e uma filosofia política que requer do direito e do Estado o ônus da justificação externa com

⁹WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**. Uma introdução à doutrina da ação finalista. 4ª ed. Trad. Luiz Régis Prado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 33.

¹⁰ *Ibid*, *loc. cit*.

¹¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. 3ª ed. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 686.

base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade¹². Para os fins deste trabalho, contudo, será rapidamente explicado o primeiro significado, mais relacionado à crise de efetividade das normas constitucionais brasileiras.

Nesta acepção, o garantismo significaria um modelo normativo de direito, que buscaria minimizar a violência e maximizar a liberdade, reforçando, no âmbito judicial, as limitações impostas à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. Assim, uma Constituição teria sua força medida pela capacidade de prever medidas coercitivas – garantias – para proteger os direitos dos cidadãos em face das arbitrariedades estatais¹³.

Por fim, no que se refere ao direito penal, o citado autor, baseado em vários entendimentos construídos pela doutrina penalista entre os séculos XVII e XX, sistematizou dez axiomas do Direito Penal, que seriam princípios a serem respeitados para promover um sistema garantista de responsabilidade penal¹⁴. Consequentemente, o descumprimento de um dos princípios poderia afetar outros e reduziria o grau de garantismo do sistema penal. Além disso, defendeu a função preventiva geral positiva da pena, relacionada ao respeito das normas penais pela consciência de sua essencialidade à estabilização da sociedade e não pelo temor de sua aplicação.

Também merecem destaque as considerações de Claus Roxin sobre o futuro do Direito Penal e as finalidades da pena, no que se chama teoria unificadora dialética da pena. Em seus estudos, Roxin caracterizou o que seria o “Direito Penal do Futuro” por meio de uma série de conclusões intermediárias sobre diversos posicionamentos polêmicos da doutrina penal¹⁵.

Quanto à pena aplicada, teria caráter unicamente preventivo, mas tanto em relação ao réu (prevenção especial) quanto em relação aos demais indivíduos (prevenção geral positiva). Desse modo, para a aplicação da pena, além da culpabilidade do agente, deveria ser aferido se as possíveis medidas impostas possibilitam a combinação das duas espécies de prevenção, com leve predominância da prevenção especial, relacionada à ressocialização¹⁶.

Ressalta-se ainda a importância de Günther Jakobs que, aprofundando os

¹² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. 3ª ed. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 684-685.

¹³ *Ibid*, p. 683.

¹⁴ *Ibid*, p. 75 *et seq.*

¹⁵ ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 9.

¹⁶ *Ibid*, p. 85 *et seq.*

pensamentos desenvolvidos séculos antes por Friedrich Hegel, buscou dar ao Direito Penal a função de garantir a observância de diversas normas jurídicas, que representam uma forma de orientação de conduta, construída após várias experiências sociais, dirigida a todos os cidadãos. Assim, diante da violação de uma norma, esta continuaria em vigor, cabendo à pena aplicada ao infrator reforçar a vigência da norma descumprida para os demais cidadãos¹⁷.

Ademais, radicalizando o pensamento de Roxin, Jakobs defendeu a preponderância da prevenção geral positiva da pena em relação à culpabilidade para que fosse aferida uma responsabilidade penal. Assim, somente existira uma culpabilidade do agente se a pena imposta pudesse reforçar a vigência da norma violada, mantendo uma expectativa de comportamento¹⁸.

Finalizando este tópico, é essencial definir qual foi a teoria sobre as finalidades das penas adotada no Brasil. Nesse caso, Rogério Greco aduz que o art. 59 do Código Penal Brasileiro prescreve a aplicação das penas conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime. Assim, há a adoção de uma teoria mista ou unificadora da pena, ressaltando seu caráter retributivo e preventivo¹⁹.

Entretanto, válido lembrar que, para os fins de análise dos dispositivos do Decreto 9.246/2017 pretendidos neste trabalho, será dada especial atenção às finalidades preventivas da pena, já que a aferição de seu possível caráter retributivo está relacionada, geralmente, às particularidades do caso concreto, de complexa averiguação. Ainda, serão considerados os importantes estudos de Luigi Ferrajoli, essenciais para a formação de um Estado Democrático de Direito que respeite os direitos fundamentais dos cidadãos.

2.2 Espécies de penas adotadas no Brasil

O primeiro diploma penal brasileiro surgiu apenas em 1832, alguns anos após a independência do país, com o chamado Código de Processo Criminal. Este código, bastante avançado para a época, consagrou o sistema de dias-multa para calcular as penas de multa aplicadas²⁰. Após, o primeiro código republicano surgiu em 1890, sendo bastante

¹⁷ JAKOBS, Günther. **Fundamentos do Direito Penal**. Trad. André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 10.

¹⁸ *Ibid*, p. 14.

¹⁹ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. 19ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2017, p. 622.

²⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Geral. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 91.

criticado por seu atraso em relação à ciência que se desenvolvia em seu tempo, o que gerou uma série de alterações até a posterior edição do Decreto-Lei 2848/1940, o Código Penal de 1940.

Este último, apesar das inúmeras alterações recebidas e de ter até quase ter sido “substituído” pelo Código Penal de 1969, que permaneceu por quase uma década em *vacatio legis* até ser revogado, continua em vigor atualmente é o ponto básico para o estudo das espécies de penas adotadas no Brasil. Dentre as alterações, vale ressaltar a edição da lei nº 7.209/84, que promoveu uma verdadeira reforma de toda a Parte Geral do Código Penal, atualizando-o conforme várias tendências teóricas surgidas a partir da segunda metade do Século XX.

Assim, conforme o Art. 32 do Código Penal, que tem atualmente redação dada pela lei 7.209/84, são 3 as espécies de pena adotadas no Brasil: privativas de liberdade, restritivas de direitos e multa. Essas espécies de pena também estão previstas no Art. 5º, XLVI, da CRFB/88 e serão analisadas nos subtópicos a seguir.

2.2.1 Penas privativas de liberdade e regimes de cumprimento

A pena privativa de liberdade é um dos mais antigos meios de sanção aplicados pelo Direito Penal. Consiste, resumidamente, em privar o indivíduo de sua liberdade pelo encarceramento por um determinado período de tempo.

Ao longo da história do Direito Penal, a pena privativa de liberdade teve profundas alterações e, da forma que se apresenta hoje, teve profunda influência do Iluminismo cujos pensadores entendiam que deveria haver uma humanização das penas privativas de liberdade, com a redução de seus prazos e um melhor tratamento aos presos.

Somado a esse motivo, Michel Foucault, grande crítico do encarceramento pelas suas consequências, aponta um caráter econômico e utilitário para o fortalecimento das penas privativas de liberdade, ressaltando que, já no fim do século XVII, o confinamento desempenhava um duplo papel: “[...] reabsorver o desemprego, ou, pelo menos, apagar os seus efeitos sociais mais visíveis e controlar as tarifas quando houver risco de subirem muito; e atuar alternativamente sobre o mercado de mão de obra e os preços de produção”²¹.

²¹ FOUCAULT, Michel. **A história da Loucura na Idade Clássica**. Trad. José Teixeira Coelho Neto. São Paulo: Perspectiva, 2014, p. 70.

Apesar da redução da duração das penas privativas de liberdade, a realidade prática não só do Brasil, mas de outros países, tem mostrado a absoluta inefetividade das penas privativas de liberdade, já que o número de encarcerados cresce bastante a cada ano e, ao cumprirem a pena, quantidade razoável destes retornam ao crime por não conseguirem se reinserir na sociedade. Neste diapasão, segundo o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN)²², feito pelo Departamento Penitenciário Nacional, o total de pessoas encarceradas no Brasil, em 2014, era de 622.202 e, em 2016, chegou a 726.712, representando um crescimento de mais de 104 mil pessoas, ou de 16,71% em relação a 2014.

Quanto à reincidência, segundo o Relatório da CPI do Sistema Carcerário²³ (cujo presidente era justamente Michel Temer, elaborador do decreto em estudo), feito em 2009, a taxa de reincidência à época no Brasil oscilava entre 70% e 85%, um número altíssimo, conforme informação dada por Maurício Kuehne, diretor do DEPEN à época, o qual também afirmou que, no caso de aplicação das penas restritivas de direitos, a taxa de reincidência não passava de 12%. Em pesquisa mais recente, o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), em parceria com o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), divulgou o estudo Reincidência Criminal no Brasil²⁴, tendo este apontado que a taxa de reincidência criminal no Brasil está em torno de 24,4%.

Vale ressaltar que a discrepância entre o resultado das duas pesquisas ocorre porque foram utilizados conceitos diferenciados de reincidência. Enquanto a primeira pesquisa utilizou um conceito amplo, a pesquisa feita pelo IPEA utilizou o conceito da reincidência legal que, segundo o Art. 64 do Código Penal, não ocorre quando se passaram mais de 5 anos entre a data de extinção da pena do crime anterior e a infração posterior.

Sobre o tema, Alex Santiago²⁵, afirmando que o preso é visto pela sociedade

²² BRASIL. DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento nacional de informações penitenciárias**: INFOPEN Atualizado – Junho de 2016. Brasília: Ministério da Justiça, Departamento Penitenciário Nacional, 2017, p. 10. Disponível em: < <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016>>. Acesso em: 20 março 2018.

²³ BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário**. CPI sistema carcerário. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009. Disponível em: < <http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/2701>>. Acesso em: 20 de março de 2018.

²⁴ BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA. Reincidência criminal no Brasil. Relatório de Pesquisa. Rio de Janeiro: IPEA, 2015. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=25590>. Acesso em: 20 de março de 2018.

²⁵ SILVA, Alex Xavier Santiago da. **Os Fundamentos do Processo Penal Solidário**: Democracia, Fraternidade e Garantismo. 2017, 245 f. Tese (Doutorado) - Universidade de Fortaleza. Programa de Doutorado em Direito Constitucional, Fortaleza, 2017, p. 110.

como um inimigo que deve ser afastado do convívio social, defende que o discurso de reintegração do preso não interessa ao corpo social, que também está revoltado pelos altos índices de violência. Consequentemente, o Estado, seguindo principalmente interesses eleitoreiros, tem pouco interesse em promover a efetivação dos direitos fundamentais dos presos e é conivente com uma execução penal que afronta à dignidade da pessoa humana e a ideia de solidariedade social²⁶.

Em rápida reflexão, Cezar Bitencourt²⁷ aponta que “[...] estando comprovada a inutilidade das penas de duração breve, impõe-se, de há muito – desde que a ideia de Justiça absoluta foi substituída pela ideia de política criminal -, ou sua extinção ou a adoção de substituídos penais”. Nesse caso, Alex Santiago aponta, como alternativa ao problema, a adoção de uma justiça restaurativa, que aproxima as partes, resguarda a importância do dever de reparação da vítima e evita a consideração do acusado como um inimigo da sociedade, facilitando sua reinserção social²⁸.

Diante da grave crise penitenciária brasileira, o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) ingressou, em 2015, com uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 347) na qual pediu, entre outros, a declaração do chamado Estado de Coisas Inconstitucionais (ECI) do sistema penitenciário brasileiro, a determinação do descontingenciamento das verbas existentes no Fundo Penitenciário Nacional (Funpen) até que o ECI seja superado e a determinação que o Governo Federal apresente, no prazo de 3 meses após o julgamento da ação, um projeto de lei com um “plano nacional” visando a superação do ECI no prazo máximo de 3 anos²⁹.

No contexto de grande desrespeito a vários dos direitos fundamentais dos apenados, a propositura da referida ação é muito importante pois, além de cobrar do STF um entendimento sobre o tema, finda por criar uma pressão nos poderes Legislativo e Executivo para que formulem políticas públicas destinadas à resolução do complexo problema penitenciário brasileiro.

Quanto ao julgamento da ADPF 347, o plenário do STF, ao julgar o pedido de medida cautelar, reconheceu a violação generalizada a direitos fundamentais dos presos

²⁶ SILVA, Alex Xavier Santiago da. **Os Fundamentos do Processo Penal Solidário**: Democracia, Fraternidade e Garantismo. 2017, 245 f. Tese (Doutorado) - Universidade de Fortaleza. Programa de Doutorado em Direito Constitucional, Fortaleza, 2017, p. 110.

²⁷ BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal** – Parte Geral. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 611.

²⁸ *Op. cit.*, p. 212.

²⁹ Petição Inicial da ADPF 347. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8589048&prcID=4783560&ad=s#>>. Acesso em: 18/04/2018, p. 69/70.

brasileiros e determinou, como pedido, o descontingenciamento das verbas do Funpen³⁰. A decisão, no contexto da crise penitenciária enfrentada, representa, inegavelmente, um importante avanço para que o Brasil respeite os direitos e garantias dos apenados

Infelizmente, apesar das fartas e embasadas críticas, as penas privativas de liberdade seguem sendo aplicadas para a grande maioria dos apenados. Por essa razão, é também importante caracterizar suas espécies (reclusão e detenção) e seus regimes de cumprimento.

Quanto às espécies de pena privativa de liberdade, a distinção entre reclusão e detenção perdeu grande parte do sentido ao longo do Século XX, razão pela qual a doutrina critica a manutenção das duas espécies, mesmo após a reforma do Código Penal em 1984, e as diferencia somente quanto a alguns efeitos distintos. Neste diapasão, Alberto Silva Franco³¹ defende que, como não há critério ontológico de distinção entre reclusão e detenção, os conceitos estão praticamente superpostos, não existindo razão para distinção.

Como algumas das diferenças entre reclusão e detenção, pode-se citar que a reclusão normalmente é aplicada a crimes mais graves, com penas maiores e, segundo o Art. 33, *caput*, do Código Penal (CP), pode ter o regime fechado como regime inicial de cumprimento. Ademais, segundo o Art. 92, II, do Decreto-Lei 2848/1940, que trata dos efeitos da condenação, somente a prática de crime doloso, punido com reclusão, e contra filho, tutelado ou curatelado, tem o condão de gerar a incapacidade do agente para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela.

Quanto aos regimes penais, vale ressaltar inicialmente que, no Brasil, conforme Art. 112 da Lei nº 7.210/84 (Lei de Execuções Penais – LEP), a pena privativa de liberdade é cumprida progressivamente, ou seja, o apenado, caso tenha bom comportamento carcerário, cumpre pena passando do regime mais rigoroso para o menos rigoroso, vedada a progressão por salto. Inclusive, sobre o tema, o STF editou a Súmula Vinculante 26³², a qual declara inconstitucional a redação original do Art. 2º da Lei nº 8.072/90 (lei de crimes hediondos), que determinava o cumprimento de pena em regime

³⁰ STF, ADPF 347 MC/DF, relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 09/09/2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665&prcID=4783560#>>. Acesso em: 18/04/2018, p. 4-5.

³¹ FRANCO, Alberto Silva. **Código Penal e sua interpretação jurisprudencial**. – Parte Geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, v.1, t.1, p. 506.

³² STF, Súmula Vinculante 26: *Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.* Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1271>>. Acesso em: 24/03/2018.

integralmente fechado, vedando a progressão.

Segundo o Código Penal, são três os regimes de cumprimento de pena: fechado, semiaberto e aberto.

No regime fechado – que é obrigatório para o início de cumprimento de pena a condenados a mais de 8 anos –, o apenado deve ficar em estabelecimento de segurança máxima ou média, no caso uma penitenciária, também chamada de presídio. Nesse regime, não há direito aos apenados de frequentarem cursos de instrução ou profissionalizantes, mas o condenado, a teor da LEP, tem direito a trabalho para remir a pena e a uma unidade celular que ofereça salubridade em seu ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana.

Por sua vez, o regime semiaberto, que pode ser aplicado para réus primários com pena superior a 4 anos e inferior ou igual a 8 anos, deve ser cumprido em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar, sendo permitido ao preso frequentar cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior, bem como realização de trabalho externo. Caso fique na colônia agrícola, o apenado estará sujeito a trabalho comum durante o dia e a recolhimento noturno. A Lei de Execuções Penais também exige, ao menos na teoria, as condições mínimas de salubridade aplicáveis às celas do regime fechado.

Por fim, o regime aberto, que pode ser aplicado ao apenado primário que tiver pena igual ou inferior a 4 anos, baseia-se, a teor do *caput* do Art. 36 do CP, na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado. Assim, trata-se de regime bem mais brando, que tem menor vigilância e pretende ajudar o condenado a se reinserir na sociedade. Segundo o Art. 95 da LEP, “em cada região haverá, pelo menos, uma Casa do Albergado, a qual deverá conter, além dos aposentos para acomodar os presos, local adequado para cursos e palestras”.

Sobre os regimes de cumprimento de pena, o STF, já considerando a grave crise penitenciária brasileira, determinou, na recente Súmula Vinculante 56, que “A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS”³³. Assim, se o Estado não oferece ao apenado as condições adequadas para usufruir do direito de cumprir pena em determinado regime, o preso jamais poderá ser prejudicado.

³³ BRASIL. STF, Súmula Vinculante 56. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=3352>>. Acesso em: 01/04/2018.

Quanto ao RE 641.320/RS³⁴, estabeleceu medidas que podem ser adotadas diante da falta de vagas para cumprimento de pena nos regimes semiaberto e aberto, tendo permitido, por exemplo, o cumprimento de pena, em alguns casos, em prisão domiciliar.

2.2.2 Penas restritivas de direitos

As penas restritivas de direitos incluem-se entre as chamadas penas alternativas à privativa de liberdade, que ganharam mais força no Século XX, quando ficou evidente a crise e a ineficiência das penas privativas de liberdade, mesmo que por tempo reduzido, em ressocializar o infrator e coibir novos crimes.

Conforme afirma Manoel Pedro Pimentel³⁵, é antiga a ideia de que o ambiente do cárcere deve ser evitado nos casos em que a breve passagem do condenado pela prisão não enseja qualquer trabalho de ressocialização.

Defendendo a aplicação das penas restritivas de direitos, Alex Santiago entende que estas podem potencializar a finalidade ressocializadora da pena, pois nelas “[...] negando-se à cultura do encarceramento, da segregação e do estigma de inimigo social, o condenado pode cumprir a sentença fixada em juízo sem distanciar-se do convívio social, o que facilita o seu processo de reintegração”³⁶.

Assim, a aplicação de penas alternativas à prisão, quando cabíveis diante de um caso concreto, é essencial instrumento para superar a crise penitenciária brasileira e, principalmente, garantir o cumprimento das finalidades da pena, permitindo a manutenção do acusado no convívio social e possibilitando a aplicação de medidas que se dirijam diretamente os bens jurídicos lesados pelo crime.

No Brasil, foi adotado, na reforma do Código Penal feita pela Lei nº 7.209/84, além de outras penas restritivas de direitos que já existiam à época, o chamado *Community*

³⁴ “[...] não deverá haver alojamento conjunto de presos dos regimes semiaberto e aberto com presos do regime fechado. 4. Havendo déficit de vagas, deverão ser determinados: (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto. Até que sejam estruturadas as medidas alternativas propostas, poderá ser deferida a prisão domiciliar ao sentenciado.” (STF, RE 641320/RS, Tribunal Pleno Relator Ministro Gilmar Mendes, julgado em 11.5.2016). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4076171&numeroProcesso=641320&classeProcesso=RE&numeroTema=423>>. Acesso em: 01/04/2018.

³⁵ PIMENTEL, Manoel Pedro. **O crime e a pena na atualidade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1983, p. 163.

³⁶ SILVA, Alex Xavier Santiago da. **Os Fundamentos do Processo Penal Solidário**: Democracia, Fraternidade e Garantismo. 2017, 245 f. Tese (Doutorado) - Universidade de Fortaleza. Programa de Doutorado em Direito Constitucional, Fortaleza, 2017, p. 219.

Service Order, sistema de trabalho comunitário criado na Inglaterra e aplicado neste país deste 1972³⁷. Por fim, a Lei nº 9.714/98, alterando mais uma vez o Código Penal, incluiu as demais penas restritivas de direitos que até hoje permanecem.

Assim, conforme Art. 43 do CPB, as penas restritivas de direitos adotadas no Brasil são prestação pecuniária, perda de bens e valores, limitação de fim de semana, prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas e interdição temporária de direitos.

Sobre essas penas, vale ressaltar que o legislador brasileiro optou por não selecionar um determinado rol de crimes aos quais poderiam ser aplicadas penas restritivas de direito, mas sim, buscando reduzir ao máximo a aplicação desnecessária de penas privativas de liberdade, criou uma regra geral de substituição dessas penas pelas restritivas de direitos.

Assim, a teor do art. 44 do CPB, pode-se realizar a substituição quando: a pena privativa de liberdade aplicada não for superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos; o réu não for reincidente em crime doloso; e a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

Reservou-se, portanto, ao juiz do caso concreto a competência para decidir sobre a substituição das penas, que devem garantir a necessária e suficiente prevenção do crime. Sobre o tema, acrescenta Luiz Flávio Gomes que “[...] é preciso que se faça um juízo de valor sobre a ‘suficiência’ da resposta alternativa ao delito. Essa valoração deve ter em mira a repressão e a prevenção do delito”³⁸.

Quanto às espécies de penas restritivas de direitos previstas no já reproduzido Art. 43 do Código Penal, o próprio diploma normativo ressalta suas principais características e, sendo desnecessário para fins deste trabalho estudá-las a fundo, será feita apenas uma breve caracterização.

Entre as espécies, destacam-se a prestação pecuniária e a perda de bens e valores as quais se diferenciam, principalmente, pelo beneficiado pela pena. No primeiro caso, o infrator paga à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com

³⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Geral. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 653.

³⁸ GOMES, Luiz Flávio. **Penas e medidas alternativas à prisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 116.

destinação social, uma quantia arbitrada entre a 1 (um) e 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos, ou presta algum outro serviço se houver concordância do beneficiário. Já no segundo caso, os bens são cedidos em favor do Fundo Penitenciário Nacional, lembrando que valor da condenação terá como teto – o que for maior – o montante do prejuízo causado ou do provento obtido pelo agente ou por terceiro, em consequência da prática do crime.

Ademais, existem a prestação de serviços à comunidade, que corresponde à realização de tarefas gratuitas pelo apenado, à proporção de uma hora de trabalho compensar um dia de pena; a limitação de fim de semana, a qual consiste na obrigação de permanecer, aos sábados e domingos, por 5 (cinco) horas diárias, em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado; e a chamada interdição temporária de direitos, na qual se encontram 5 espécies de penas as quais se baseiam no tipo de ato cometido pelo agente, isto é, limitam o exercício de um direito que guarde relação com o crime cometido.

2.2.3 Da multa penal: diferenciação à reparação da vítima e natureza jurídica

Essencial para a análise do Art. 10 do Decreto nº 9.246/2017, que será feita no capítulo 4, é a caracterização detalhada do que é a multa penal, bem como sua natureza jurídica.

A pena de multa se inclui dentro do gênero das chamadas penas pecuniárias, que existem desde os primórdios do Direito Penal, mas assumiram diferentes funções ao longo do tempo. Dividem-se em 3 espécies: o confisco, a multa reparatória e a multa.

Quanto ao confisco, corresponde à tomada arbitrária – e muitas vezes truculenta – de bens ou valores do apenado e é amplamente rechaçado pelos estudiosos da ciência penal e pelas legislações modernas. No Brasil, está presente não como uma pena pecuniária, mas sim como um efeito da condenação criminal pois, segundo o Art. 91, II, há perda, em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou do terceiro de boa-fé, dos instrumentos do crime, de seu produto ou qualquer proveito auferido pelo agente.

Quanto à multa reparatória, também não foi adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro como espécie de pena. Corresponde, em suma, a uma indenização que seria devida à vítima ou a um terceiro de boa-fé lesado. No Brasil, a indenização geralmente é buscada pela vítima no âmbito cível, tendo o Art. 63 do Código de Processo Penal (CPP) estabelecido que “transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido,

seu representante legal ou seus herdeiros”. Ademais, o Art. 387, IV do CPP dispõe que, na sentença condenatória, o juiz fixará apenas um valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido.

Nesse contexto, a pena que mais se aproxima de uma multa reparatória é a prestação pecuniária, prevista no Art. 43, I, do CP como uma pena restritiva de direitos, que substitui outras penas e, caso aplicada, tem seu valor deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários.

Quanto à multa penal ou simplesmente multa, é prevista como uma das espécies de penas pelo Art. 36 do CP. Trata-se, muitas vezes, de pena que apenas acompanha a aplicação de uma pena privativa de liberdade, já que a grande maioria dos tipos penais brasileiros prevê a cominação de uma pena privativa de liberdade e da multa.

Em suma, a multa, atualmente arbitrada conforme o sistema de dias-multa (que será rapidamente caracterizado abaixo), é uma pena que tem por fim não retribuir a vítima, mas sim pagar ao Estado determinada quantia diante do cometimento de um crime que abalou a ordem social, uma verdadeira sanção patrimonial, não correspondendo ao valor do dano causado³⁹.

No Brasil, conforme previsto no Art. 49 do Código Penal, o pagamento da multa é feito ao FUNPEN o qual tem, segundo a Lei Complementar nº 79/1994, a finalidade de proporcionar recursos e meios para financiar e apoiar as atividades e os programas de modernização e aprimoramento do sistema penitenciário nacional.

Portanto, ao menos na teoria, o valor da multa paga pelo apenado deve “retornar” ao sistema penitenciário, propiciando melhores condições de cumprimento de pena. Por óbvio, é impossível que a multa paga cubra todos os encargos que o Estado terá com o cumprimento de pena do apenado, entretanto, é realmente louvável que seu valor seja revertido em benefícios para o sistema penitenciário, repercutindo para o condenado.

Quanto à forma de cálculo do valor da multa, deve ser feita pelo chamado sistema dias-multa, que foi o adotado na reforma do código penal feita pela Lei nº 7.209/84. Segundo o Art. 49, §1º, do CP, o valor do dia-multa será fixado pelo juiz, não podendo ser inferior a um trigésimo do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, nem superior a 5 (cinco) vezes esse salário.

Para fins do estudo desenvolvido nesta pesquisa, vale ressaltar que o sistema dias-multa é o mais adotado nos países ocidentais por melhor avaliar a culpabilidade e as

³⁹ BRAGA, Vera Regina de Almeida. **Pena de multa substitutiva no concurso de crimes**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 18.

condições econômicas do réu para fixar uma pena de multa proporcional, que possa ser paga sem prejuízo das suas necessidades essenciais. Segundo Nelson Ferraz, “[..] o valor de um dia-multa deverá corresponder à renda média que o autor do crime auferir em um dia, considerando-se sua situação econômica e patrimonial, aí incluídos todos os rendimentos do réu”⁴⁰. Desse modo, o sistema de dias-multa soluciona várias das críticas aplicáveis à multa penal, seja porque era insuficiente, seja porque, conforme defende Ferrajoli, concebia uma igualdade formal que não se adequava às particularidades do réu⁴¹.

Passada a análise da fixação *do quantum* da multa, passa-se à execução desta, essencial para determinar qual seria a sua natureza jurídica, importante caracterização para a análise do Art. 10 do Decreto nº 9.246/2017.

Sobre a execução da multa penal, a Lei nº 9.268/96 fez importantes mudanças no Art. 51 do Código Penal, tendo revogado seus §§1º e 2º e alterado a redação do *caput* para determinar que “transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será considerada dívida de valor, aplicando-se-lhes as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição”.

Quanto às revogações acima referidas, a lei extinguiu a conversão da pena de multa em pena privativa de liberdade, já que era permitida, caso a multa não fosse paga, sua conversão em pena de detenção, correspondendo um dia-multa a um dia de detenção, com limite de um ano. Na prática, esse dispositivo permitia a prisão de vários apenados pobres que, não tendo condições de pagar a multa, tinham a pena convertida e eram encarcerados. Ressalte-se, nesse caso, que o sistema dias-multa ajudou bastante na fixação de multas mais proporcionais e adequadas a cada infrator, mas que é impossível prever as circunstâncias supervenientes que ocorrem a cada indivíduo e poderiam impossibilitar o pagamento da multa, como um endividamento, uma demissão de emprego ou a morte de um familiar.

Assim, a Lei nº 9.268/96 estabeleceu verdadeiro comando de respeito ao direito fundamental de ir e vir dos apenados que não pagarem a multa.

Passadas as revogações, o ponto polêmico da Lei nº 9.268/96 reside na

⁴⁰ FERRAZ, Nelson. **Aplicação da pena no Código Penal de 1984**. Revista dos Tribunais, vol. 605/1986, p. 427 – 436, Mar / 1986. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1986.

⁴¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 334.

alteração feita no *caput* do Art. 51 do CP, já que surgiram dois entendimentos sobre a competência para a execução da pena de multa e, assim, sobre a sua natureza jurídica.

Para a corrente minoritária, a alteração feita não indicou que a competência da execução seria de uma vara da Fazenda Pública, mas sim que ela continuaria sendo da Vara de Execuções penais, mantendo-se a natureza de sanção criminal à multa.

Nesse sentido, manifesta-se Cézár Bitencourt:⁴²

[..] a nova redação do dispositivo não fala em ‘inscrição na dívida ativa da Fazenda Pública’. Ao contrário, limita-se a referir que são aplicáveis ‘as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública’.

Definir, juridicamente, nome, título, ou espécie da obrigação do condenado não altera, por si só, a natureza jurídica de sua obrigação, ou melhor, da sua condenação. A mudança do rótulo não altera a essência do substancial. [...] Dívida de valor ou não a pena de multa (ou pena pecuniária) continua sendo sanção criminal.

[...]

O fundamento político-legislativo da definição da pena de multa como dívida de valor objetiva, somente, justificar a inconversibilidade da pena de multa não paga em prisão e, ao mesmo tempo, satisfazer os hermeneutas civis, segundo os quais ‘dívida de valor’ pode ser atualizada monetariamente.

Acrescentando, Rogério Greco aponta problemas de teor prático com a transferência da competência para a execução da multa, como uma possível não cobrança do valor pela Fazenda, o que seria, em última análise, um perdão à condenação penal⁴³.

Quanto à corrente majoritária, entende que o legislador, ao determinar à multa penal a aplicação das normas relativas à dívida ativa da Fazenda Pública, previstas na Lei nº 6.830/80 (Lei de Execuções Fiscais), deixou clara sua vontade de verdadeiramente transformar o valor da multa penal em dívida ativa, uma aproximação evidente.

Nessa posição, Luiz Flávio Gomes⁴⁴ argumenta:

Não aconteceu com a Lei nº 9.286/96 mera alteração de rito procedimental. Houve uma decisão política no sentido de mudar completamente a natureza da execução do valor monetário decorrente da multa. Esse valor possui agora natureza civil, razão pela qual não nos parece correto falar em pretensão executória ‘penal’ (no que lhe concerne). Urge bem distinguir a multa penal (lado intrínseco) do valor que ela exprime (lado extrínseco). A multa, enquanto objeto de um provimento judicial condenatório, tem sempre natureza penal (punitiva, retributiva). Distinta, agora, é a natureza da dívida que ela cria.

⁴² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 765-766.

⁴³ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. 19ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2017, p. 708-709.

⁴⁴ GOMES, Luiz Flávio. **Estudos de direito penal e processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 241.

Ademais, assevera Vera Regina de Almeida Braga⁴⁵ que o legislador, ao editar a Lei 6.830/80, que dispõe sobre a cobrança judicial de dívida ativa, deixou clara sua intenção de determinar a competência do juízo da Fazenda Pública para conhecer e julgar execuções de dívidas ativas da Fazenda. Consequentemente, como o valor da multa penal foi, a partir da lei nº 9.268/96, considerado dívida ativa, a competência para a execução, em caso de inadimplemento, seria do juízo da Fazenda Pública⁴⁶.

Diante dos argumentos expostos, assiste razão à segunda corrente, principalmente por respeitar a vontade do legislador e tentar adequá-la ao procedimento da execução penal e da execução de dívida ativa. De fato, editando a Lei nº 9.268/96, o legislador brasileiro, ao dar à multa penal o mesmo tratamento que a dívida ativa recebe, quis equiparar os dois institutos.

Adotando este segundo posicionamento, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), com jurisprudência pacífica sobre o tema, a Súmula nº 521 que assim dispõe: “A legitimidade para a execução fiscal de multa pendente de pagamento imposta em sentença condenatória é exclusiva da Procuradoria da Fazenda Pública”. Ademais, o tribunal já decidiu que, cumprida a pena privativa de liberdade, o inadimplemento da pena de multa não obsta a extinção da punibilidade do apenado porque, “[...] após a nova redação dada ao art. 51 do Código Penal pela Lei nº 9.268/96, a pena pecuniária passou a ser considerada dívida de valor e, portanto, possui caráter extrapenal, de modo que sua execução é de competência exclusiva da Procuradoria da Fazenda Pública”⁴⁷.

A multa penal, portanto, não perdeu efetivamente seu caráter penal no sentido punitivo, mas sim teve seu valor considerado como dívida ativa não tributária, assim como foros, laudêmios, alugueis ou taxas de ocupação, custas processuais, preços de serviços prestados por estabelecimentos públicos, indenizações, reposições, restituições e tantos outros créditos da Fazenda Pública. Nesse ponto, as grandes diferenças em relação às demais dívidas ativas são a origem, uma sentença penal condenatória, e a destinação do valor, que é enviado ao FUNPEN.

⁴⁵ BRAGA, Vera Regina de Almeida. **Execução da Pena de Multa: Juízo Competente**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ STJ, REsp 1519777/SP, Terceira seção, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, julgado em: 26/08/2015.

2.3 Do indulto: contexto histórico, finalidades e natureza jurídica

Definir o que seria o indulto, bem como suas origens, finalidades e sua natureza jurídica é, inegavelmente, importantíssimo para a análise dos dispositivos do Decreto nº 9.246/2017 impugnados pela ADI 5874.

O direito de graça – dentro do qual tradicionalmente se situa o indulto – tem origem histórica indefinida, mas esteve presente na grande maioria dos sistemas punitivos. Consistia, em síntese, no poder de o soberano oferecer clemência a determinado infrator, extinguindo a punibilidade de determinado crime, geralmente para evitar a imposição de penas rigorosas e cruéis diante de alguns casos concretos⁴⁸.

Sobre o tema, assevera Giuseppe Maggiore⁴⁹:

Uma das mais antigas formas de extinção da pretensão punitiva é a indulgência do príncipe, que se expressa em três instituições: a anistia, o indulto e a graça. A *indulgentia principis* se justifica como uma medida equitativa endereçada a suavizar a aspereza da justiça (*supplementum iustitiae*), quando particulares circunstâncias políticas, econômicas e sociais, fariam esse rigor aberrante e iníquo. Desse modo, atua como um ótimo meio de pacificação social, depois de períodos turbulentos que transtornam a vida nacional e são ocasião inevitável de delitos.

Portanto, na grande maioria das civilizações ao longo da história, esteve presente o direito de graça, que era empregado com diversos sentidos, muitas vezes maquiados pela ideia de humanização das penas ou de alívio do sofrimento de um apenado. Na época do colonialismo, por exemplo, era comum o soberano oferecer perdão a apenados desde que trabalhassem e povoassem as colônias. Por sua vez, na França, durante o período absolutista, existiam as chamadas *lettres d'abolition générale*, ou cartas de remissão, nas quais poderia ser solicitado o benefício a um indivíduo ou a uma generalidade.

Já no Brasil, desde a época da colonização, existia o direito de graça, que inicialmente foi dado aos donatários e depois aos governadores-gerais. Por sua vez, a Constituição de 1824 dava esse poder ao Imperador e assim foi reproduzido pelas seguintes cartas magnas brasileiras, sempre outorgando ao governante máximo o poder de exercer o direito de graça, concedendo o indulto.

⁴⁸ HUNGRIA, Nelson Hoffbauer. **Comentários ao Código Penal**. Volume 4. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1977, p. 98.

⁴⁹ MAGGIORE, Giuseppe apud Rogério Greco. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. 19ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2017, p. 869.

Conceituando o que seria indulto, aduz José Frederico Marques⁵⁰:

O indulto e a graça no sentido estrito são providências de ordem administrativa, deixadas a relativo poder discricionário do Presidente da República, para extinguir ou comutar penas. O indulto é medida de ordem geral, e a graça de ordem individual, embora, na prática, os dois vocábulos se empreguem indistintamente para indicar ambas as formas de indulgência soberana. Atingem os efeitos executórios penais da condenação, permanecendo íntegros os efeitos civis da sentença condenatória.

Ademais, Guilherme de Souza Nucci acrescenta que o indulto pode exigir “[...] requisitos subjetivos (tais como primariedade, comportamento carcerário, antecedentes) e objetivos (cumprimento de certo montante da pena, exclusão de certos tipos de crimes)”⁵¹.

Ainda quanto à conceituação, ressalte-se que o indulto pode ser total ou parcial, ou seja, pode extinguir toda a punibilidade ou só uma parcela da pena. Neste último caso, o indulto denomina-se comutação. Além disso, devido à Constituição de 1988 não ter previsto a graça como instituto autônomo, esta tem sido tratada como indulto individual por não existirem outras diferenças entre os institutos.

Atualmente, a grande maioria das nações do mundo adota, em suas constituições, a possibilidade de concessão de indulto pelo soberano. Nesse sentido, Rodrigo de Oliveira Ribeiro⁵², advogado criminalista que estuda o tema, aponta alguns países nos quais o instituto é previsto na constituição:

Hoje o instituto encontra-se nas constituições de países em todos os continentes: Afeganistão (art. 75); Alemanha (art. 60, 2,3); Argentina (art. 99,5); Bélgica (art. 110); Chile (art. 32, 16); Colômbia (art. 150, 17); Coréia do Sul (art. 78); Cuba (art. 88); 18 Dinamarca (§24); Egito (parte III); Espanha (art. 62, i); Estados Unidos (art. II, 2); Geórgia (art. 73); Holanda (art. 122); Hungria (art. XXXI, 1, 2, j, e 8,3,j); Índia (art. 72); Luxemburgo (art. 38); França (art. 17); México (art. 89, XIV); Noruega (art. 20); Nova Guiné (art. 151); Paraguai (art. 238); Peru (art. 118,21); Portugal (art. 134, f); República Tcheca (art. 62); Suécia (art. 13), Suíça (art. 173), Uruguai (art. 85); Uzbequistão (art. 93, 20).

No Brasil, o art. 84, XII, da Constituição de 1988, prevê, entre as competências privativas do Presidente da República, a concessão de indulto e a comutação de penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei. O

⁵⁰ MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal**. São Paulo: Bookseller, 1997. vol. 3, p. 425-426.

⁵¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral: arts. 1º a 120 do Código Penal. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 1076.

⁵² RIBEIRO, Rodrigo de Oliveira. **O indulto presidencial: origens, evolução e perspectivas**. Revista Brasileira de Ciências criminais – vol.117/2015, p. 423 - 441. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2015.

referido benefício é concedido via decreto e é mera faculdade do Chefe do Executivo, que pode optar por não editar decreto.

No país, assim como na grande maioria das nações acima elencadas, o indulto está muito mais ligado à ideia de política criminal, como fomento à ressocialização do apenado que demonstra bom comportamento carcerário, do que ao sentido de humanização das penas ou alívio de sofrimento, sua acepção clássica.

Criticando essa nova acepção do instituto, afirma o autor espanhol José Llorca Ortega⁵³ que o instituto tinha mais razão de ser em outros períodos, quando da existência de leis cruéis e penas demasiado severas e, como há diversos benefícios aplicáveis aos apenados e leis menos severas, o indulto, como meio de mitigação do rigor das leis, teria perdido a sua razão de ser.

A argumentação, entretanto, não se sustenta. De fato, os sistemas penais modernos, felizmente, têm abolido a imposição de penas excessivas, bem como proporcionado uma série de direitos e garantias aos réus, o que inclusive se coaduna com a ideia de Estado Democrático de Direito e com a teoria do garantismo penal de Ferrajoli, sendo bastante louvável.

Entretanto, como já ficou claro no tópico dedicado às penas privativas de liberdade, o sistema penitenciário passa por uma grave crise, pois as modalidades de penas aplicadas dificilmente conseguem atingir seu objetivo preventivo, limitando-se a punir o agente. Ademais, as condições carcerárias, pelo menos no Brasil, estão distantes do que preceitua a lei, havendo diversas violações a direitos humanos, tais como superlotações, inexistência de instalações higiênicas e até ordens de massacres feitas por grupos criminosos atuantes dentro da própria prisão, em verdadeiro poder paralelo. Há, na prática do Brasil, um mínimo grau de garantismo penal⁵⁴, pois o Estado não consegue proporcionar, ainda que minimamente, a fruição da grande maioria dos direitos fundamentais dos apenados.

Nesse contexto, ao livrar o apenado que tem bom comportamento no cumprimento da pena, o indulto exerce tanto o papel de importante meio de política criminal, pois facilita a ressocialização do condenado, como também tem preservado seu sentido histórico ligado à humanização de penas, pois livra o apenado do cumprimento

⁵³ ORTEGA, José Llorca. **La ley de indulto** - Comentarios, jurisprudencia, formularios y notas para su reforma. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, p. 17-18, tradução livre.

⁵⁴ Sobre os graus do garantismo, *cf.* FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 78 e 683.

de pena em condições desumanas e promove a descarcerização, possibilitando ainda, em tese, uma melhor organização e um melhor tratamento dos apenados não beneficiados pelo instituto.

Ressalte-se, ainda quanto às finalidades, que o indulto com finalidade de humanização das penas não se confunde com o indulto humanitário, que é aquele comumente reservado aos condenados que estejam em estágio avançado ou terminal de doença grave e incurável⁵⁵, condições especiais que justificam a concessão do benefício.

Sobre a natureza jurídica do indulto, o Art. 107, II, do Código Penal elenca o instituto como uma causa extintiva da punibilidade. Apesar disso, a doutrina majoritária defende que o legislador incorreu em pequena atecnia pois, conforme afirma Adeildo Nunes, “[...] a punibilidade só pode existir antes do trânsito em julgado da sentença, portanto o indulto é causa de extinção da execução da pena”⁵⁶.

A rigor, o entendimento é correto, pois, a partir do trânsito em julgado da sentença, não se fala propriamente em pretensão punitiva da pena, mas sim em pretensão executória. Entretanto, não se pode olvidar que os últimos decretos de indulto têm permitido a concessão com o trânsito em julgado somente para a acusação e que a jurisprudência, seguindo entendimento já antigo⁵⁷, tem aceitado essa possibilidade.

Corroborando com esse entendimento, Júlio Mirabete e Renato Farbinni defendem que “[...] a melhor solução é a de que está indultado o sentenciado quando a decisão tiver transitado em julgado para a acusação”⁵⁸. Em sentido contrário, Renato Marcão⁵⁹ alega que, como o indulto não possui efeitos extrapenais, a sua concessão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória impediria a discussão na via recursal de tese mais benéfica ao apenado, que poderia afastar os efeitos extrapenais.

O último posicionamento, porém, não se encontra alinhado com a jurisprudência dominante. Isso porque o STF também tem entendimento antigo sobre o tema no sentido de que “[...] a concessão do indulto não impede o conhecimento e o julgamento do recurso do réu em que este pleiteia a sua absolvição”⁶⁰ e reforçou este

⁵⁵ MARTINS, Sérgio Mazina. **Execução Penal Parte 3**. Revista Brasileira de Ciências Criminas. Vol. 21/1998, p. 329 – 400. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminas, 1998.

⁵⁶ NUNES, Adeildo. **Da execução penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 228.

⁵⁷ *É admissível em tese a aplicação de decreto de indulto coletivo, quando a condenação, embora pendente de recursos de defesa, já não pode ser exasperada, a falta de recurso da acusação.* (STF, HC 71.691, Primeira Turma, rel. Min. Sepúlveda Pertence. Julgado em: 9/8/1994).

⁵⁸ MIRABETE, Julio Fabrinni; FABRINNI, Renato N. **Execução penal**: comentários à Lei nº 7.210/84. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 935.

⁵⁹ MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 357.

⁶⁰ STF, HC 68.096, Primeira Turma, rel. Min. Moreira Alves, julgado em 9/06/1990.

entendimento no HC 105022/DF tendo o tribunal afirmado que “[...] não há falar (sic) em perda do objeto da presente impetração (*habeas corpus*), uma vez que a tese defensiva poderia levar à absolvição do Paciente e ao prejuízo do indulto”⁶¹.

Evidente, portanto, que os tribunais aceitam a concessão de indulto com trânsito em julgado apenas para a acusação e que o benefício não leva à perda de objeto dos recursos do réu, inexistindo prejuízo para este. Assim, o indulto é benefício fixado por ato discricionário do Presidente da República e tem natureza jurídica de causa de extinção da execução da pena, podendo ser concedido com o trânsito em julgado para a acusação.

⁶¹ STF, HC 105022/DF, Primeira Turma, rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em: 12/04/2011.

3. NORMAS CONSTITUCIONAIS PERTINENTES À ANÁLISE DOS DISPOSITIVOS DO DECRETO 9.246/2017 IMPUGNADOS NA ADI 5874

Para proceder a uma análise completa e aprofundada dos dispositivos do Decreto nº 9.246/2017 impugnados pela ADI 5874, é essencial compreender as acepções doutrinária e jurisprudencial dominantes sobre as normas constitucionais possivelmente violadas pelo referido decreto.

Como já foi tratado no capítulo passado, o art. 84, XII, da Constituição de 1988, prevê, entre as competências privativas do Presidente da República, conceder indulto e comutar penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei.

Entretanto, a Carta Magna não impõe limites expressos à concessão do indulto, razão pela qual a jurisprudência pátria encontra-se muitas vezes oscilante quando instada a decidir sobre a constitucionalidade de determinado decreto de indulto, que é expressão de ato discricionário do Presidente da República.

Neste capítulo, serão analisadas as normas constitucionais que mais são mencionadas na doutrina e em julgados sobre o tema, quais sejam: a separação dos poderes (prevista no Art. 2º); a individualização da pena (prevista Art. 5º, XLVI); a proporcionalidade (princípio implícito da Constituição, derivado da própria ideia do Estado Democrático de Direito e incluído em vários dispositivos constitucionais); e a vedação a legislar sobre matéria penal (prevista no Art. 62§1º, I, b).

Essas normas foram, inclusive, as citadas pelo Tribunal Regional da 4ª Região para declarar a inconstitucionalidade de dois dispositivos do Decreto nº 8615/15 (decreto de indulto de 2015) nos Incidentes de Arguição de Inconstitucionalidade nº 5051763-44.2016.4.04.0000/TRF⁶² e 5029310-21.2017.4.04.0000/TRF⁶³.

⁶² [...] Ao conceder indulto inclusive aos apenados que recém tenham cumprido 1/4 das penas restritivas de direitos a que condenados, dispensando o cumprimento dos 3/4 que ainda tinham a cumprir, o Presidente da República **viola o princípio da separação dos poderes e o princípio da individualização das penas**, de que cuidam os artigos 2º e 5º, XLVI, da CF. 6. O Presidente da República, ao estabelecer normas redutoras de pena, de cunho geral e abstrato, mediante decretos de indulto editados periodicamente, **viola a norma constitucional que lhe proíbe legislar sobre Direito Penal: art. 62, § 1º, b, da CF.** 7. O Decreto de indulto que retira a eficácia da resposta penal ao reduzi-la a níveis desproporcionalmente brandos, com a dispensa do cumprimento de mais da metade das penas aplicadas, **viola o princípio constitucional da vedação da proteção insuficiente**, que é uma garantia da sociedade. (grifou-se) (TRF4, Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade nº 5029310-21.2017.4.04.0000/TRF, Corte Especial, rel. Des. Leandro Paulsen, julgado em 25/05/2017).

⁶³ [...] Ao conceder indulto inclusive aos apenados que recém tenham cumprido 1/6 das penas a que condenados, dispensando o cumprimento dos 5/6 que ainda tinham a cumprir, o Presidente da República **viola o princípio da separação dos poderes e o princípio da individualização das penas**, de que cuidam os artigos 2º e 5º, XLVI, da CF. 6. O Presidente da República, ao estabelecer normas redutoras de penas, de cunho geral e abstrato, mediante decretos de indulto editados periodicamente, **viola a norma**

Por fim, será analisada a vedação à concessão de indulto aos crimes hediondos e equiparados (conforme Art. 5º, XLIII, da CRFB/88) que, além das normas acima referidas, foi arguida na ADI 5874 como uma das normas violadas pelo Decreto nº 9.246/2017.

Desse modo, longe de procurar um esgotamento sobre o sentido das referidas normas constitucionais, o presente capítulo buscará caracterizá-las e analisá-las de modo pertinente ao objeto deste trabalho, o indulto.

3.1 Da separação dos poderes

O princípio da separação dos poderes está previsto, no ordenamento jurídico brasileiro, no Art. 2º da Constituição de 1988, sendo um dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil. Ademais, o Art. 60, §4º, III, da CRFB/88 o estabelece como um limite material explícito ao constituinte reformador, ou seja, uma cláusula pétrea. Neste tópico, será feito um breve histórico sobre a evolução do instituto e tratado sobre sua acepção mais moderna, bem como a relação com o indulto.

A teoria separação dos poderes teve surgimento associado à passagem do Estado Absolutista para o Estado Liberal, quando se buscava limitar o arbítrio dos governantes para garantir uma série de liberdades dos governados, já que inexistiria possibilidade de limitação do poder se as suas funções não estivessem divididas, ou seja, não concentradas em um único órgão ou pessoa.

Nesse sentido, o desenvolvimento da teoria separação dos poderes se deu com Montesquieu⁶⁴ que sugeriu, em seu livro O Espírito das Leis, amparado nas ideias de John Locke e publicado na metade do século XVIII, a divisão do poder em órgãos distintos e igualmente independentes, em número de três, a cada um deles correspondendo, em princípio, uma das funções essenciais do Estado, de maneira que nenhum deles pudesse usurpar as funções dos outros e cada qual tivesse força suficiente para conter os demais nos rigorosos limites da própria esfera de ação.

constitucional que lhe proíbe legislar sobre Direito Penal: art. 62, § 1º, b, da CF. 7. O Decreto de indulto que retira a eficácia da resposta penal ao reduzi-la a níveis desproporcionalmente brandos, com a dispensa do cumprimento de mais da metade das penas aplicadas, viola o princípio constitucional da vedação da proteção insuficiente, que é uma garantia da sociedade. (grifou-se) (TRF4, Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade nº 5051763-44.2016.4.04.0000/TRF, Corte Especial, rel. Des. Leandro Paulsen, julgado em 26/10/2017).

⁶⁴ MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. 2ª ed, 2ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 168 e 176.

Vale ressaltar que, mesmo em Montesquieu, o poder continua sendo uno, ocorrendo apenas uma separação de suas diferentes funções para impor limites entre os governantes e evitar arbitrariedades.

A partir das importantes considerações de Montesquieu, a separação dos poderes começou a ser consagrada nos mais diversos diplomas normativos, como a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão⁶⁵ a qual afirmava, em seu Art. 16, que a sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.

Fixada a teoria da separação dos poderes, o grande problema enfrentado pelas nações a partir do século XVIII foi como aplicá-la, isto é, como dividir em três as funções de um poder que é uno de maneira equilibrada e, mais do que isso, como coibir os excessos cometidos por um dos poderes. Surgiram, assim, 3 modelos principais.

Nesse sentido, Carlos Ayres Britto⁶⁶ afirma que o primeiro modelo é aquele mais tradicional no qual cada poder exerce apenas sua função básica, o que, dadas as complexidades da sociedade atual, encontra-se ultrapassado. Por sua vez, o segundo modelo de separação dos poderes, mais avançado, atribuiria a cada poder as três funções clássicas estatais, sendo uma realizada em caráter principal e as demais realizadas em caráter secundário⁶⁷. Nesse caso, em que pese o avanço em relação ao enrijecimento do primeiro modelo, não haveriam mecanismos claros de controle entre os poderes, nem a previsão de atuação conjunta dos poderes.

E são justamente essas duas características as que estão presentes no último modelo de separação dos poderes e o tornam mais completo, indo além da previsão de realização de funções secundárias por cada poder. Esse modelo, com grande influência norte-americana, é o que institui o denominado sistema de *checks and balances*, ou freios e contrapesos, adotado na Constituição Federal de 1988, a qual estabelece em seu Art. 2º que são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

⁶⁵ **In Textos Básicos sobre Derechos Humanos** apud FERREIRA FILHO, Manoel G. **Liberdades Públicas**. São Paulo: Saraiva, 1978. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 06/04/2018.

⁶⁶ BRITTO, Carlos Ayres. **Separação dos Poderes na Constituição Brasileira**. Doutrinas Essenciais do Direito Constitucional, vol. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 35-50.

⁶⁷ *Ibid.*

Quanto a este artigo, a independência estaria relacionada à função típica de cada poder, na qual não deve, salvo situações excepcionais, sofrer influências de outros. Já a harmonia estaria relacionada justamente às funções atípicas exercidas por cada poder, onde a influência esporádica de um poder em outro jamais poderá gerar uma disputa, mas sim uma colaboração.

Nesse sentido, afirma José Afonso da Silva⁶⁸:

A independência dos poderes significa: a) que a investidura e a permanência das pessoas num dos órgãos do governo não dependem da confiança nem da vontade dos outros; b) que, no exercício das atribuições que lhes sejam próprias, não precisam os titulares consultar os outros nem necessitam de sua autorização; c) que, na organização dos respectivos serviços, cada um é livre, observadas apenas as disposições constitucionais e legais [...].

A harmonia entre os poderes verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito. De outro lado, cabe assinalar que a divisão de funções entre os órgãos do poder nem sua independência são absolutas. Há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados.

Portanto, a independência está relacionada à função típica de um órgão do poder, enquanto a harmonia está relacionada à sua função atípica.

No caso da concessão de indulto, prevista no Art. 84, XII, da CRFB/88 como de responsabilidade do Presidente da República, tem-se uma função atípica do Poder Executivo, conferida apenas ao Chefe de Estado que, para conceder a clemência, edita um decreto e cria, verdadeiramente, uma medida de política criminal, diversa da fixada pelo Legislativo e que garante direitos a apenados os quais se enquadrem nas condições determinadas. Ademais, a edição de decreto de indulto, por ter o condão extinguir a punibilidade de vários crimes, interfere no regime de execução de pena do Judiciário e abrandava uma sentença judicial. Portanto, a concessão do indulto já importa, por si, em interferência no Judiciário e no Legislativo.

Ressalte-se, nesse contexto, que a adoção do sistema de freios e contrapesos não resolve todos problemas práticos ligados à separação dos poderes, pois, como representam funções de um poder uno, Executivo, Legislativo e Judiciário apresentam uma nebulosa e polêmica zona de intersecção de atribuições. Essa intersecção – onde um órgão do poder influi em outro – começou a ter graves complicações práticas quando surgiram os direitos sociais, que deveriam ser garantidos pelo Estado.

⁶⁸ DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 100-101.

Com efeito, como as políticas públicas eram insuficientes ou simplesmente inexistentes (no âmbito do Executivo ou do Legislativo), tornou-se cada vez mais comum o acionamento do Judiciário para resolver demandas particulares, mesmo que a decisão trouxesse implicações práticas para os outros poderes.

No Brasil, esse fenômeno tornou-se mais comum com a promulgação da Constituição de 1988, que positivou uma série de direitos e garantias – alguns com caráter notadamente principiológico – e outorgou ao Judiciário a tarefa de assegurar o cumprimento desses dispositivos. Há, portanto, diversos mandamentos constitucionais que, uma vez descumpridos ou cumpridos de maneira insuficiente, podem ser objeto de demanda ao Judiciário para serem efetivados. Nas palavras de Paulo Gonet Branco⁶⁹:

Se os direitos fundamentais vinculam e dirigem as ações do Poder Judiciário, cuja proteção lhe define a razão de ser, não deve surpreender que, para assegurar a plena vigência desses direitos, o Tribunal, provocado por instrumentos criados pela Constituição, exerça, por exemplo, jurisdição superadora da omissão de outros poderes. Se a inação dos outros poderes é reprovável por frustrar um direito constitucional que lhes cabia viabilizar, e se cabe ao STF proteger esses mesmos direitos, não será destoante da sua missão encontrar soluções, inspiradas na analogia até, que lhes assegurem a eficácia devida.

No mesmo sentido, afirma Daniel Sarmento que, no neoconstitucionalismo, há preocupações sobre a eficiência da ação estatal e a sua aptidão para a efetivação dos direitos fundamentais, ultrapassando a ideia tradicional de uma separação relacionada à mera contenção do poder⁷⁰.

Essa atuação destacada do Judiciário, efetivando direitos previstos na Constituição diante da ineficiência ou da inexistência de políticas públicas e ressignificando a separação dos poderes, tem recebido a denominação de ativismo judicial, muitas vezes empregada de maneira depreciativa.

Na visão de Luís Roberto Barroso, o ativismo judicial está associado a uma “[...] participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. Em muitas situações, sequer há confronto, mas mera ocupação de espaços vazios”⁷¹.

⁶⁹ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Em busca de um conceito fugidio** – O ativismo judicial. In: DE PAULA, Daniel Giotti; FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo (orgs.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 397.

⁷⁰ SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 248.

⁷¹ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: < <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>>. Acesso em: 09/04/2018.

Lênio Streck⁷², por sua vez, critica a denominação de ativismo judicial e a diferença em relação à judicialização da política, que mais se aproxima da definição de ativismo do Ministro Luís Roberto Barroso:

Há uma diferença entre esses dois fenômenos, ao menos no Brasil. O ativismo sempre é ruim para a democracia, porque decorre de comportamentos e visões pessoais de juízes e tribunais. É como se fosse possível uma linguagem privada, construída à margem da linguagem pública. Já a judicialização pode ser ruim e pode não ser. Depende dos níveis e da intensidade em que ela é verificada. [...]

A questão da judicialização (da política), portanto, está ligada ao funcionamento (in)adequado das instituições, dentro do esquadro institucional traçado pela Constituição. Quanto maior a possibilidade de se discutir, no âmbito judicial, a adequação ou não da ação governamental *lato sensu* com relação aos ditames constitucionais, maior será o grau de judicialização a ser observado.

Independente da denominação adotada, não se pode negar a importante influência do ativismo em várias decisões judiciais a partir da Constituição de 1988, como a própria decisão da medida cautelar na ADPF 347 que, ao determinar o descontingenciamento das verbas do Funpen⁷³, findou por interferir no Poder Executivo para tentar garantir a fruição de vários direitos fundamentais por parte dos apenados.

Portanto, evidente a importância do neoconstitucionalismo para a ressignificação da separação dos poderes, cujo sentido mais moderno – de flexibilização para cumprir os mandamentos constitucionais e de atuação por vezes mútua dos poderes – será considerado para análise do Decreto nº 9.246/2017.

Por fim, como já foi dito acima, a concessão de indulto é uma função atípica desempenhada pelo Poder Executivo e com previsão constitucional, razão pela qual não se questiona a legitimidade do Presidente da República para indultar penas, mas sim se essa interferência nos Poderes Judiciário e Legislativo foi realizada de modo excessivo e sem justificção. A análise específica, contudo, somente será feita no próximo capítulo deste trabalho.

⁷² STRECK, Lênio Luiz. **O que é ativismo**. Disponível em: < <http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-que-e-ativismo>>. Acesso em: 09/04/2018.

⁷³ STF, ADPF 347 MC/DF, relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 09/09/2015. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665&prcID=4783560#>>. Acesso em: 18/04/2018, p. 4-5.

3.2 Da individualização da pena

O princípio da individualização da pena é importante mandamento constitucional que, conforme se verá adiante, também tem especial relação com a concessão de indulto. Está previsto no Art. 5º, XLVI da Carta Magna, que determina a regulação da individualização da pena pela lei. Neste tópico, além de seu surgimento, tratar-se-á das 3 acepções deste princípio indicadas pela doutrina e da influência do indulto nestas.

Como já foi dito no tópico 1 do capítulo 1 deste trabalho, o Direito Penal passou por profundas transformações, principalmente no que diz respeito às punições impostas, até chegar ao sistema rígido de normas e garantias que se tem hoje. Nesse contexto, o surgimento do princípio da individualização da pena está ligado à tentativa de limitação do arbítrio para fixação de penas defendida pelos pensadores iluministas.

Beccaria⁷⁴, por exemplo, defendeu a criação de leis claras e precisas para limitar a atuação dos juízes, os quais teriam a função de constatar fatos e aplicar as normas, sem subjetivismos. Com influência dessas ideias, adotou-se, à época, um sistema de determinação de penas, que limitava excessivamente o ajuste do juiz. Entretanto, como observa Cezar Bitencourt⁷⁵, as nações notaram, com o tempo, que essa excessiva delimitação da atuação do juiz prejudicava a fixação de uma pena condizente com as particularidades de cada caso, isto é, o modo como o crime foi cometido, os motivos do agente, sua personalidade, entre outros.

Assim, começaram a surgir Códigos Penais na Europa, como o Código Penal Francês de 1810, que fixavam os limites máximos e mínimos da pena, deixando ao juiz a responsabilidade de fazer a dosagem conforme as particularidades do caso concreto. É esse último sistema de aplicação da pena o que mais influenciou para a moderna acepção do princípio da individualização da pena.

De fato, as nações modernas impõem, para cada crime, um limite máximo e mínimo de pena e os critérios que devem ser utilizados pelo juiz para a fixação desta. A maior diferença entre os ordenamentos jurídicos se dá na forma de valoração destes

⁷⁴ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 7ª ed. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2014, p. 20, 33 e 56.

⁷⁵ BITENCOURT, Cezar. **Tratado de Direito Penal**. Parte Geral. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 770-771.

critérios, isto é, na maior ou menor liberdade que o juiz tem para fixar a pena, mas a presença de limites é certa.

Modernamente, fala-se em 3 acepções do princípio da individualização da pena, as individualizações legislativa, judicial e executória.

Quanto à individualização legislativa, corresponde ao mandamento do Art. 5º, XLVI, da CRFB/88, que outorga à lei a tarefa de regular a individualização da pena. Cabe ao legislador, portanto, no momento de elaborar a lei, fixar limites de pena e critérios com os quais seja possível adequar as particularidades de cada fato à pena que será aplicada. Nesse sentido, afirma Rogério Greco⁷⁶:

[...] o primeiro momento da chamada individualização da pena ocorre com a seleção feita pelo legislador, quando escolhe para fazer parte do pequeno âmbito de abrangência do direito penal aquelas condutas, positivas ou negativas, que atacam nossos bens mais importantes. Destarte, uma vez feita essa seleção, o legislador valora as condutas, cominando-lhes penas que variam de acordo com a importância do bem a ser tutelado. A proteção à vida, por exemplo, deve ser feita com uma ameaça de pena mais severa do que aquela prevista para resguardar o patrimônio; um delito praticado a título de dolo terá sua pena maior do que aquele praticado culposamente; um crime consumado deve ser punido mais rigorosamente do que o tentado etc.

Esta primeira fase, portanto, é a que se denomina cominação, na qual o princípio da individualização da pena é aplicado de maneira abstrata.

Por sua vez, na individualização judicial – também chamada de aplicação – o juiz deve, conforme os limites adotados pelo legislador, bem como critérios de fixação de pena, adequar as circunstâncias do caso concreto ao previsto em lei. Trata-se, portanto, de utilização do princípio da individualização da pena de forma concreta.

Conforme assevera Guilherme de Souza Nucci⁷⁷, além do *quantum* de pena a ser aplicado, a individualização judicial incluiu a fixação do regime inicial do cumprimento de pena e a aplicação, se possível, de benefícios legais ao apenado.

Sobre esta fase, o Código Penal adota em seu Art. 68 um critério trifásico de aplicação da pena. Assim, o juiz deverá, na aplicação da pena, considerar inicialmente as circunstâncias judiciais previstas no Art. 59 do CP, que serão seguidas das circunstâncias agravantes dos Arts. 61 a 64 do CPB e das circunstâncias atenuantes dos Arts. 65 e 66 do mesmo diploma. Por fim, para fixar a pena final, o julgador deverá analisar a presença de majorantes ou minorantes (causas de aumento ou diminuição), as quais estão em sua

⁷⁶ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. 19ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2017, p. 150.

⁷⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral: arts. 1º a 120 do Código Penal. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 142.

maioria relacionadas a tipos penais determinados na legislação. Após a fixação da pena, o juiz, ainda considerando as particularidades do caso e as limitações legais, fixará o regime inicial de cumprimento ou determinará a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Passada a aplicação da pena, surge para o Estado o direito de executá-la, na chamada individualização executória da pena, que pode ser diretamente influenciada pelo indulto. Nessa fase, cabe ao Poder Executivo oferecer as condições adequadas para o cumprimento de pena conforme particularidades do apenado. Inclusive, o Art. 5º, XLVIII, da CF/88, estabelece que a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado. Nas palavras de Júlio Mirabete⁷⁸:

Não há mais dúvida de que nem todo preso deve ser submetido ao mesmo programa de execução e que, durante a fase executória da pena, se exige um ajustamento desse programa conforme a reação observada no condenado, só assim se podendo falar em verdadeira individualização no momento executivo. Individualizar a pena, na execução, consiste em dar a cada preso as oportunidades e os elementos necessários para lograr a sua reinserção social, posto que é pessoa, ser distinto. A individualização, portanto, deve aflorar técnica e científica, nunca improvisada, iniciando-se com a indispensável classificação dos condenados a fim de serem destinados aos programas de execução mais adequados, conforme as condições pessoais de cada um.

Nesse contexto, a concessão de indulto, ao extinguir a punibilidade de um crime, afeta diretamente a terceira acepção do princípio da individualização da pena, a execução desta. Isto porque, invariavelmente, a extinção da execução de um crime, quando ainda há percentual de pena a cumprir, altera o processo de cumprimento de pena e ressocialização ao qual estava submetido o apenado. Ademais, a aplicação do benefício finda por interferir em todo o processo de fixação de pena feito pelo Judiciário que, com a aplicação de uma série de princípios e consideração das particularidades do caso, também realizou a individualização da pena no momento de sua fixação.

Contudo, vale ressaltar que, apesar de brusca, essa alteração nem sempre é ruim pois, conforme demonstrado no item 2.2.1 deste trabalho, as condições carcerárias no Brasil são péssimas, o que colabora para um alto índice de reincidência, em verdadeira falha dos objetivos da execução penal. Assim, há casos em que indultar o apenado, mesmo que não tenha cumprido parte de sua pena, gera melhores efeitos que deixá-lo no sistema de execução até a extinção da pena pelo cumprimento.

⁷⁸ MIRABETE, Julio Fabrinni; FABRINNI, Renato N. **Execução penal**: comentários à Lei nº 7.210/84. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 32.

Ademais, a exigência de requisitos subjetivos para a concessão de indulto, que sempre foi feita no Brasil após a Constituição de 1988, representa verdadeiro respeito ao princípio da individualização da pena (entendido de forma ampla), pois o apenado, dependendo de suas particularidades, pode deixar de receber o benefício.

Desse modo, a grande ressalva que se faz ao indulto – no que se refere à individualização da pena – diz respeito à diferença entre a quantidade de pena que foi extinta e a quantidade de pena cumprida, podendo interferir, em maior ou menor grau, na individualização da pena feita pelo Judiciário e no processo de individualização executiva ainda pendente, a cargo do próprio Poder Executivo. Caso essa interferência seja muito grande, é necessário que existam motivos justificadores e bem claros para a intervenção, como a comprovação da eficiência do indulto, sob pena de inconstitucionalidade.

3.3 Da proporcionalidade

A proporcionalidade é importante princípio constitucional implícito que pode ser extraído de vários dispositivos constitucionais (entre eles o da individualização da pena) e, como se verá a seguir, está relacionado a não só a atuação judicial, mas à ação estatal como um todo. Neste tópico, além de um breve histórico sobre o princípio, com enfoque nas suas 3 subdivisões, será dada especial atenção ao princípio da vedação à proibição insuficiente, verdadeira consequência da proporcionalidade (ou outra face desta) que pode ser influenciada pelo indulto.

3.3.1 Conceito, subprincípios e diferenciação com a razoabilidade

Inicialmente, vale ressaltar que a proporcionalidade – enquanto mera correspondência entre a conduta do agente e pena estatal imposta – ganhou força no Direito Penal já a partir do Iluminismo, quando os pensadores, com enfoque na valorização do homem, defenderam a humanização das penas.

Beccaria, por exemplo, defendeu, na conclusão de seu livro *Dos delitos e das penas*, que “[...] para não ser um ato de violência contra o cidadão, a pena deve ser, de modo essencial, pública, pronta, necessária, a menor das penas aplicável nas

circunstâncias referidas, proporcionada ao delito e determinada pela lei”⁷⁹. Por sua vez, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão⁸⁰ estabeleceu que a lei só deveria cominar penas estritamente necessárias e proporcionais ao delito.

Contudo, o princípio da proporcionalidade que se busca analisar neste tópico não corresponde a uma simplista proporção entre crime e pena, mas sim a um princípio oriundo da própria ideia do Estado Democrático de Direito, que teve origem no direito alemão e é orientador de toda a atuação estatal.

Nesse sentido, conforme salienta Willis Santiago Guerra Filho⁸¹, foi Walter Jellinek, importante teórico austríaco que publicou obras na Alemanha, um dos primeiros a se referir, ainda em 1913, ao princípio da proporcionalidade como atualmente se concebe. Em sua obra, Jellinek contrapôs a proporcionalidade à discricionariedade que imperava no âmbito administrativo, onde nem sempre havia adequação entre meios e fins, e abriu espaço para que se discutisse a relação proporcional entre meios e fins em todos os ramos do Direito. É de sua autoria a célebre frase “não se abatem pardais disparando canhões”. À época, devido às duas guerras pelas quais a Alemanha passou, a nova acepção pouco foi explorada pela jurisprudência.

Foi a partir do fim da Segunda Guerra Mundial, portanto, com o surgimento de novos Estados de Direito, preocupados com a supremacia da constituição e com uma maior limitação do arbítrio estatal por meio do fortalecimento dos princípios, que a proporcionalidade começou a ser amplamente defendida pela doutrina europeia e utilizada pelo Tribunal Constitucional Alemão. Conforme afirma Paulo Bonavides⁸², o princípio constitucional da proporcionalidade se inseriu no novo Estado de Direito, originado após a conflagração de 1939/1945, e contribuiu notavelmente para conciliar o direito formal com o direito material, possibilitando o acompanhamento jurídico das transformações sociais, cada vez mais velozes.

No Brasil, embora não tenha sido adotado expressamente no texto constitucional de 1988, o princípio da proporcionalidade é amplamente aceito pela

⁷⁹ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 7ª ed. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2014, p. 99.

⁸⁰ In **Textos Básicos sobre Derechos Humanos** *apud* FERREIRA FILHO, Manoel G. **Liberdades Públicas**. São Paulo: Saraiva, 1978. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 14/04/2018

⁸¹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria processual da constituição**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000, p. 78-79.

⁸² BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, p. 398-399.

doutrina e citado em diversos julgados como um princípio constitucional implícito, derivado do próprio Estado Democrático de Direito e influenciador de vários outros princípios e regras.

No Direito Penal, o princípio da proporcionalidade orienta tanto os legisladores, que devem criminalizar somente aquelas condutas mais graves e estabelecer penas conforme a gravidade dos crimes, quanto os juízes, que devem aplicar penas segundo o citado princípio. Ademais, no cumprimento de pena, o mesmo deve ser observado pelo Executivo – a quem incumbe cuidar dos estabelecimentos prisionais – e pelo juiz responsável pela execução, que deve adotar as medidas necessárias ao cumprimento da pena conforme previsto na LEP, sem prejuízo dos direitos dos apenados.

Nesse contexto, a doutrina indica três subprincípios da proporcionalidade: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Sobre esses 3 subprincípios, vale ressaltar inicialmente que, conforme orienta a doutrina majoritária sobre o tema, devem ser analisados na ordem que estão postos, isto é, da adequação à proporcionalidade em sentido estrito. Neste sentido, afirma Virgílio Afonso da Silva⁸³:

Pode-se dizer que tais sub-regras relacionam-se de forma subsidiária entre si. Essa é uma importante característica, para a qual não se tem dado a devida atenção. A impressão que muitas vezes se tem, quando se mencionam as três sub-regras da proporcionalidade, é que o juiz deve sempre proceder à análise de todas elas, quando do controle do ato considerado abusivo. [...] Em termos claros e concretos, com subsidiariedade quer-se dizer que a análise da necessidade só é exigível se, e somente se, o caso já não tiver sido resolvido com a análise da adequação; e a análise da proporcionalidade em sentido estrito só é imprescindível, se o problema já não tiver sido solucionado com as análises da adequação e da necessidade.

Tratando dos conceitos de cada subprincípio, a adequação exige que o meio escolhido seja apto para alcançar o fim desejado, baseado no interesse público. Por esse subprincípio, conforme assevera Cezar Bitencourt⁸⁴, o ato estatal passa a ter uma finalidade política ditada por valores éticos deduzidos da própria Carta Constitucional, e não por princípios do administrador, do legislador ou do juiz. Portanto, resta vedado pelo subprincípio da adequação o arbítrio excessivo estatal na realização dos atos, derivando o subprincípio do termo alemão *ubermassverbot* (vedação ao arbítrio ou proibição do excesso). Vale ressaltar que esse termo “proibição do excesso” é utilizado, não raramente, como sinônimo do próprio princípio da proporcionalidade.

⁸³ DA SILVA, Luís Virgílio Afonso. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais, vol. 798/2002, p. 23-50. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

⁸⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal. Parte Geral**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 66.

Por sua vez, a necessidade, que deriva do alemão *eforderlichkeit*, impõe que o meio utilizado pelo Estado para praticar determinado ato deve ser o menos lesivo aos direitos fundamentais prejudicados pela medida. Conforme afirma Virgílio Afonso da Silva⁸⁵, o exame de necessidade de uma medida é um teste comparativo, ou seja, um ato estatal só é necessário quando comparado a outras alternativas que poderiam ter sido utilizadas para a mesma finalidade.

Quanto à proporcionalidade em sentido estrito, corresponde a um juízo final de sopesamento, uma verdadeira ponderação, entre o direito que está sendo beneficiado pela medida e o que está sendo restringido. Esse último exame é essencial pois jamais uma medida adequada e necessária, mas que prejudique uma série de direitos em função de outro direito, será considerada constitucional. Nesta toada, defende Daniel Sarmento que, no princípio da proporcionalidade em sentido estrito, procede-se a “[...] uma análise comparativa entre os custos e benefícios da medida examinada — seus efeitos negativos e positivos —, realizada não sob uma perspectiva estritamente econômica, mas tendo como pauta o sistema constitucional de valores”⁸⁶.

Passadas as conceituações dos 3 subprincípios, importa diferenciar, ainda que rapidamente, a proporcionalidade da razoabilidade.

O princípio da razoabilidade, em que pese tenha origem americana a partir da evolução da jurisprudência da Suprema Corte norte-americana sobre o devido processo legal substantivo (*due process of law*), é utilizado, por boa parcela da doutrina brasileira e pela jurisprudência dominante no STF, como sinônimo do princípio da proporcionalidade.

Nesse sentido, defendem Suzana Toledo de Barros⁸⁷ e Luís Roberto Barroso⁸⁸, por exemplo, que o princípio da proporcionalidade, uma construção dogmática dos alemães, corresponde a nada mais do que o princípio da razoabilidade dos norte-americanos.

⁸⁵ DA SILVA, Luís Virgílio Afonso. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2ª ed. 3ª tir. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 171.

⁸⁶ SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 389.

⁸⁷ BARROS, Susana Vidal de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 57.

⁸⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional**. Revista dos Tribunais - Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, vol. 23 (1998), p. 65-78. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

O entendimento, entretanto, não é o mais adequado. Isto porque, na própria definição dada à razoabilidade por Barroso, fica claro que não se trata de sinônimo da proporcionalidade. O citado autor⁸⁹, influenciado pelo jurista argentino Humberto Quiroga Lavié, entende que o princípio da razoabilidade tem duas acepções: uma interna e outra externa. Nesse sentido, a razoabilidade interna estaria relacionada à existência de um vínculo lógico entre os motivos determinantes de uma medida, a própria medida e a finalidade por ela objetivada. Por sua vez, a razoabilidade externa diria respeito à conformidade da medida com o senso comum da comunidade e com os valores constitucionais⁹⁰.

Contudo, ao comparar o conceito aplicado com o já dito sobre o princípio da proporcionalidade, percebe-se que esta correspondência entre medida, finalidade e valores constitucionais se reputa muito semelhante ao subprincípio da adequação. Não há nenhuma avaliação do meio menos danoso a direitos fundamentais ou sopesamento entre o direito atingido e o beneficiado, razões pelas quais a razoabilidade não se confunde com a proporcionalidade. Portanto, o conceito apresentado de razoabilidade – o qual em que pese não ser o único, é bastante utilizado – mais se assemelha ao subprincípio da adequação do que ao princípio da proporcionalidade, sendo este mais amplo.

Nesse mesmo sentido, manifestam-se, por exemplo, Virgílio Afonso da Silva⁹¹ e Humberto Ávila⁹², o qual traz, inclusive, uma definição diversa do que seria razoabilidade.

Por fim, ressalte-se que há divergência doutrinária com relação à classificação da proporcionalidade como regra ou princípio. Porém, para fins desse trabalho, a discussão tem reduzida utilidade. Nesse caso, adotaremos a posição majoritária, defendida por Daniel Sarmento⁹³, que considera a proporcionalidade verdadeiro princípio, que está em constante tensão com outros princípios e tem conteúdo material próprio.

⁸⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional**. Revista dos Tribunais - Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, vol. 23 (1998), p. 65-78. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

⁹⁰ *Ibid.*

⁹¹ DA SILVA, Luís Virgílio Afonso. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais, vol. 798/2002, p. 23-50. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

⁹² ÁVILA, Humberto Bergman. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4ª ed. 3ª tir. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 112-113 e 131.

⁹³ SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 384.

3.3.2 Relação com a vedação à proteção insuficiente

Ultrapassada a conceituação da proporcionalidade, bem como de seus subprincípios e de sua diferença em relação à razoabilidade, passa-se ao estudo do princípio da vedação à proibição deficiente, verdadeira consequência da ideia de proporcionalidade que se relaciona diretamente ao indulto. O referido princípio também tem sua origem no direito alemão – vindo do termo *untermassverbot* – e representa, em suma, uma outra face do princípio da proporcionalidade, diversa da proibição do excesso ou da vedação ao arbítrio.

Com efeito, a doutrina alemã, entendendo que o Estado também deve atuar para proteger direitos fundamentais e promover objetivos comunitários e que, quando não o faz, está também incorrendo em inconstitucionalidade, deu nova acepção à proporcionalidade. Sobre o tema, assevera de Daniel Sarmento⁹⁴:

[...] quando o Estado se abster, total ou parcialmente, de adotar alguma medida que favoreceria a promoção ou a proteção de um determinado direito fundamental ou objetivo de envergadura constitucional, caberá indagar: (a) se a sua omissão ou atuação deficiente contribuiu para a promoção de algum objetivo legítimo (subprincípio da adequação); (b) se não existia outro meio menos prejudicial àquele direito que favorecesse, em igual intensidade, o citado objetivo (subprincípio da necessidade); e (c) se a promoção do referido objetivo compensa, sob o ângulo constitucional, a deficiência na proteção ou promoção do direito em discussão (subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito).

Nesse contexto, o primeiro grande caso de aplicação da teoria ocorreu quando o Tribunal Constitucional Alemão, em 1974, julgou inconstitucional uma lei que legalizaria o aborto nos primeiros meses de gestação por entender que havia proteção insuficiente da vida de um feto. Sem entrar no mérito da riquíssima discussão, importa para fins deste trabalho que esta foi bastante inovadora por entender que há uma espécie de “obrigação” do legislador em criminalizar – ou continuar criminalizando – algumas condutas consideradas mais graves.

No Brasil, a teoria foi aceita por grande parte da doutrina e teve diversas implicações, especialmente no campo do Direito Penal. Isto porque, para seus defensores, a Constituição outorga garantias a todos os cidadãos, tendo o Estado o dever de protegê-las, utilizando-as tanto em favor dos réus quanto da própria coletividade.

⁹⁴ SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 393.

Nesse sentido, defende de Ingo Sarlet⁹⁵:

[...] o Estado - também na esfera penal - poderá frustrar o seu dever de proteção atuando de modo insuficiente (isto é, ficando aquém dos níveis mínimos de proteção constitucionalmente exigidos) ou mesmo deixando de atuar, hipótese, por sua vez, vinculada (pelo menos em boa parte) à problemática das omissões inconstitucionais. É neste sentido que – como contraponto à assim designada proibição de excesso – expressiva doutrina e inclusive jurisprudência tem admitido a existência daquilo que se convencionou batizar de proibição de insuficiência (no sentido de insuficiente implementação dos deveres de proteção do Estado e como tradução livre do alemão *Untermassverbot*).

Ademais, a doutrina constitucionalista critica uma possível deturpação, feita por alguns penalistas, do que seria o sistema constitucional de garantias.

O garantismo, é bom que se frise, é importante modelo jurídico-penal defendido por Luigi Ferrajoli⁹⁶ em seu livro *Direito e Razão*, no qual tece duras críticas à forma como o direito penal era aplicado e propõe uma teoria geral do garantismo, que seria aplicada a todos os ramos do Direito, respeitando os direitos fundamentais dos cidadãos. Entretanto, o autor, em momento algum, opõe-se à aplicação dessas garantias à coletividade de indivíduos, tendo dado maior enfoque à figura do criminoso porque as violações aos direitos deste eram mais claras e necessitavam de mais urgente atuação estatal.

Desse modo, o sistema de garantias proposto por Ferrajoli aplica-se não só aos criminosos, mas a toda a coletividade, numa tentativa de limitar o arbítrio estatal e exigir a proteção a essas garantias. Haveria, assim, não só um garantismo negativo, dirigido ao criminoso contra o Estado, mas também um garantismo positivo, no qual a coletividade – que também tem direitos e garantias - deve ser protegida pelo Estado.

Neste sentido, Lênio Streck⁹⁷ ressalta o dever do direito penal de proteger determinados bens jurídicos e defende a utilização do princípio da proibição da proteção insuficiente como um importante limitador da atuação legislativa, portanto parâmetro do controle de constitucionalidade e impedidor de uma possível blindagem das normas penais.

⁹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição e Proporcionalidade**: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15113-15114-1-PB.htm>>. Acesso em: 14/04/2018.

⁹⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 683 *et seq.*

⁹⁷ STRECK, Lênio Luiz. **A dupla face do princípio da proporcionalidade**: da proibição de excesso (*ubermassverbot*) à proibição da proteção deficiente ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. Revista da Anjuris, vol. 32, n. 97. Março/2005. Disponível em: <http://livepublish.iob.com.br/ntzajuris/lpext.dll/Infobase/1b5ae/1b601/1bb53?f=templates&fn=document-frame.htm&2.0#JD_AJURIS97PG174-SUM94>. Acesso em: 14/04/2018.

Corroborando o posicionamento acima exposto, afirma Ingo Sarlet⁹⁸ que a dupla dimensão do princípio da proporcionalidade (proibição do excesso e proibição da proteção insuficiente) tem conexão direta com as noções de necessidade e equilíbrio, razão porque deve ser sempre considerada. Conclui o autor que “[...] a própria sobrevivência do garantismo (e, com ele, do Estado Democrático – e proporcional - de Direito) está em boa parte atrelada ao adequado manejo da noção de proporcionalidade também na esfera jurídico-penal”⁹⁹.

Na jurisprudência do STF, destaca-se o julgamento do RE 418376/MS¹⁰⁰, no qual pretendia-se extinguir a punibilidade de um réu que estuprou uma sobrinha – à época com 9 anos – e passou a viver com ela posteriormente. Nesse julgamento, embora o resultado não tenha sido unânime, a maioria dos ministros entendeu que, pela aplicação do princípio da proibição à proteção insuficiente, seria inconstitucional extinguir a punibilidade do agressor, visto que a proteção ao bem jurídico da vítima restaria prejudicada, bem como a própria prevenção ao delito de estupro de vulnerável. No mesmo sentido, o STF, por aplicação do princípio da proibição à proteção insuficiente, decidiu pela inconstitucionalidade da descriminalização do porte de arma de fogo desmuniada no HC 104410¹⁰¹.

Por fim, com relação ao indulto, a crítica dirige-se justamente a um possível desrespeito ao princípio da proteção insuficiente e, conseqüentemente, ao princípio da proporcionalidade. Isto porque, como já dito, o indulto atualmente é concebido como medida de política criminal que extingue a punibilidade, não havendo mais obrigação do apenado com o Estado. Portanto, ao conceder o indulto, o Presidente da República poderia estar se omitindo em relação à proteção dos bens jurídicos das vítimas e, por que não, da própria coletividade.

A solução, assim como nos casos dos outros princípios já comentados, não é simples, uma vez que o indulto é faculdade constitucionalmente prevista ao Presidente da República, o qual pode sim utilizar-se do instituto sem incorrer em inconstitucionalidade. Nesse contexto, é necessário analisar a concessão do benefício caso a caso, isto é, se as condições necessárias para conceder o indulto em determinado decreto são tão brandas

⁹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição e Proporcionalidade**: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15113-15114-1-PB.htm>>. Acesso em: 14/04/2018.

⁹⁹ *Ibid.*

¹⁰⁰ STF, RE 418376/MS, Tribunal Pleno, rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 09/02/2006.

¹⁰¹ STF, HC 104410, Segunda Turma, rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 06/03/2012.

que findam por proteger insuficientemente os bens jurídicos afetados pelo crime, bem como a própria coletividade. Essa análise será feita detalhadamente no próximo capítulo com a exposição dos dispositivos do Decreto nº 9246/2017 impugnados na ADI 5874.

3.4 Da proibição de legislar sobre matéria penal

A vedação à edição de medida provisória que trate sobre direito penal – extensível aos decretos presidenciais – é importante disposição constitucional que foi incluída pela EC 32/2001, a qual alterou diversos dispositivos referentes às medidas provisórias.

Porém, antes mesmo da edição da referida Emenda, a doutrina especializada já apontava a incompatibilidade dos requisitos da medida provisória com um possível tratamento sobre direito penal, criando ou abolindo crimes. Nesse sentido, Luiz Flávio Gomes¹⁰² defende ser fundamental que toda norma de caráter penal – até pela sua gravidade e possível limitação de direitos – siga rigorosamente o procedimento legislativo previsto para as leis ordinárias

Ademais, pelo próprio princípio da legalidade, previsto no Art. 5º, XXIX, da CRFB/88, é inviável a criação de crimes sem prévia definição legal, aqui entendida a lei em seu sentido formal. Resta claro, desse modo, que, antes mesmo da EC 32/2001, já era inviável a edição de medidas provisórias tratando sobre direito penal, não se permitindo, tampouco, a edição de medidas provisórias sobre matéria penal benéfica.

Quanto aos decretos presidenciais, inserem-se dentro do chamado poder regulamentar da Administração, dirigido ao Presidente da República. Existem, então, os chamados regulamentos executivos e os autônomos.

No primeiro caso, os decretos são elaborados em conformidade com leis preexistentes e dizem respeito, em suma, a como a norma legal será cumprida pela Administração. Trata-se, aqui, de mera determinação para melhor organizar o cumprimento de determinada lei. Diante disso, como os decretos regulamentares (ou regulamentos executivos) não inovam na ordem jurídica e, assim, não podem tratar sobre direito penal, criando ou abolindo crimes.

¹⁰² GOMES, Luiz Flávio. **A lei formal como única fonte do direito penal (incriminador)**. Revista dos Tribunais, vol. 656, Jun / 1990. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 257 – 268.

Questão um pouco mais complexa diz respeito aos chamados decretos ou regulamentos autônomos, previstos no Art. 84, VI, da CRFB/88 e que inovam na ordem jurídica, estabelecendo normas sobre matérias não determinadas em lei, ou seja, não completam nem desenvolvem leis prévias¹⁰³.

Nesse caso, entende-se que, se determinada matéria é vedada para uma medida provisória – que se propõe à conversão em lei e é analisada pelo Poder Legislativo –, não faz sentido que seja permitido seu tratamento via decreto, ato normativo que sequer é analisado pelo Poder Legislativo, salvo nos casos do Art. 49, V, da CRFB/88, os quais dizem respeito a excessos cometidos pelo Executivo.

Assim, por um raciocínio lógico que corrobora com a vontade do constituinte, conclui-se que este, ao vedar a edição de medidas provisórias sobre direito penal, vedou, conseqüentemente, a edição de decretos – instrumentos com menor controle pelo legislativo – sobre o mesmo tema.

Ademais, ressalte-se que os citados decretos autônomos, previstos no Art. 84, VI, somente podem ser editados em casos específicos: tratam sobre organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos, ou sobre extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos.

Quanto ao indulto – benefício concedido via decreto – a controvérsia se assenta em definir qual seria a natureza do decreto. Nesse caso, como bem ressalta José dos Santos Carvalho Filho¹⁰⁴, a concessão de indulto se insere dentro dos chamados atos políticos, que comportam maior discricionariedade para os governantes e sobre os quais o Judiciário só atua quando eivados de vício de inconstitucionalidade ou ilegalidade.

Nesta toada, o decreto de indulto – por ser ato político e privativo do Presidente da República – não conseguiria se inserir totalmente nos conceitos de decretos acima apresentados, assemelhando-se mais a um decreto autônomo por verdadeiramente criar direitos para os apenados, mas tendo também por base a lei penal e processual penal.

De qualquer modo, mesmo que se considere o decreto de indulto como um decreto *sui generis* ou até autônomo, aplicável ao caso o mesmo raciocínio explicado acima: o legislador, ao proibir a edição de medida provisória sobre matéria penal, findou

¹⁰³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 161-162.

¹⁰⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 1058.

por também vedar a edição de decretos (de indulto ou não) inovando sobre o tema. Portanto, o decreto de indulto não pode inovar abolindo um crime em abstrato.

Por fim, quanto ao que seria inovar a lei penal no decreto de indulto – reputando verdadeira inconstitucionalidade – entende-se, na mesma direção dos julgados do TRF4¹⁰⁵ citados no início do capítulo, que seria o mero estabelecimento de normas redutoras de penas, de cunho geral e abstrato. Entretanto, conforme explicado no item 2.3 deste trabalho, é da natureza do indulto extinguir a punibilidade de crimes sem o cumprimento total da pena, razão pela qual essa inovação deve ser interpretada restritivamente, isto é, somente restará caracterizada caso o decreto não permita individualizar a concessão segundo as particularidades de cada condenado, o que representaria verdadeira redução das penas fixadas pelo legislador.

Assim, não haverá inovação da matéria penal quando o decreto de indulto, mesmo abstrato e dirigido a uma universalidade de apenados, exigir critérios que a individualizem sua concessão, como bom comportamento carcerário ou participação em cursos de ressocialização.

De modo contrário, haveria evidente censura aos decretos de indulto que, por sua natureza coletiva e até por uma questão organizacional, não têm como prever todos os beneficiados e devem impor condições gerais, mas que sejam individualizáveis para a concessão do benefício.

3.5 Da vedação à concessão de indulto para os crimes hediondos e equiparados

Considerando que um dos argumentos apresentados na ADI 5874 refere-se a uma possível permissão dada pelo Decreto nº 9246/2017 à concessão de indulto a crimes hediondos ou equiparados, será analisado neste tópico o dispositivo constitucional relativo ao tema, bem como as divergências doutrinárias e constitucionais pertinentes à análise do próximo capítulo.

O art. 5º, XLIII, da Constituição de 1988 preceitua que 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.

¹⁰⁵ TRF4, Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade nº 5051763-44.2016.4.04.0000/TRF, Corte Especial, rel. Des. Leandro Paulsen, julgado em 26/10/2017; TRF4, Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade nº 5029310-21.2017.4.04.0000/TRF, Corte Especial, rel. Des. Leandro Paulsen, julgado em 25/05/2017.

Sobre o dispositivo, vale ressaltar, inicialmente, a distinção entre os crimes hediondos e os chamados equiparados a hediondos. Como se percebe da redação acima expressa, o constituinte separou a tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e o terrorismo dos chamados crimes hediondos, mas lhes deu tratamento de crimes hediondos. Fala-se, portanto, que esses crimes seriam os equiparados a hediondos, com especial proteção constitucional.

Nesse sentido, afirma Renato Brasileiro de Lima¹⁰⁶ que a vontade do legislador constituinte era de dar maior estabilidade ao combate dos crimes equiparados a hediondos, não permitindo que o legislador ordinário dispense esse tratamento mais severo aos crimes de tortura, tráfico de drogas e terrorismo.

Ultrapassada a conceituação, passa-se à vedação do indulto, que não está expressa no art. 5º, XLIII, da CF/88 já que, conforme se depreende da transcrição do dispositivo acima, este apenas proibiu expressamente a concessão de anistia e graça aos crimes hediondos e equiparados. Diante disso, formaram-se duas posições na doutrina especializada.

A primeira, encabeçada por Alberto Silva Franco¹⁰⁷, entendendo que a referida norma constitucional representa uma norma proibitiva excepcional, defende que a interpretação do dispositivo deve ser restritiva, sem acréscimos ou supressões, razão pela qual não estaria proibida a concessão de indulto aos crimes hediondos e equiparados. Conseqüentemente, a legislação ordinária que proibisse a concessão de indulto aos crimes hediondos, como o fez a Lei nº 8072/90, incorreria em vício de inconstitucionalidade, já que limitaria a atribuição dada ao Presidente da República por força do art. 84, XII, da CRFB/88.

Já a segunda posição, defendida pela grande maioria da doutrina com maior razão, entende que houve um mero erro do legislador constitucional, que deveria ter dito indulto, mas se referiu à graça, modalidade de extinção da punibilidade reconhecida como um indulto individual. Nesse sentido, como defende Guilherme Nucci¹⁰⁸, o próprio art. 84, XII, da CRFB/88 outorga ao Presidente da República o dever de conceder indulto, mas é omissa com relação à graça, o que não tem impedido a concessão da graça, sem maiores críticas doutrinárias ou implicações jurisprudenciais, pelo Chefe do Executivo.

¹⁰⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**. Volume único. 4ª ed. Salvador: Juspodvm, 2016, p. 57.

¹⁰⁷ FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 170.

¹⁰⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral: arts. 1º a 120 do Código Penal. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 1078.

Além disso, afirma Fernando Capez que “[...] a Constituição é um texto genérico, e, por essa razão, não se exige preciosismo técnico em suas disposições”¹⁰⁹. Assim, o constituinte, ao mencionar o termo graça, “[...] o faz em seu sentido amplo (indulgência ou clemência soberana), englobando, com isso, a ‘graça em sentido estrito’ e o ‘indulto’”¹¹⁰.

Arrematando, Renato Marcão¹¹¹ ressalta que o próprio legislador, no item 172¹¹² da exposição de motivos da Lei de Execuções Penais (aprovada em 1984), admitiu que a graça foi absorvida pelo indulto, que pode ser individual ou coletivo. Portanto, o próprio legislador tratava a graça como uma espécie de indulto.

Felizmente, a jurisprudência dos tribunais superiores, ainda que não se refira exatamente à discussão em questão na maioria dos julgados, inclina-se a adotar o segundo posicionamento, o qual considera-se mais acertado principalmente por respeitar a inequívoca vontade do legislador constituinte. Assim, o STF¹¹³ e o STJ¹¹⁴ já decidiram, em casos versando sobre comutação – um indulto parcial – que esta não é aplicável aos crimes hediondos e equiparados, conforme dispõe o art. 5º, XLIII, da CRFB/88. Ademais, no controle concentrado, o STF entendeu, na ADI 2795/DF¹¹⁵, pela inconstitucionalidade da concessão de indulto aos condenados por crimes hediondos, de tortura, terrorismo ou tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, independentemente do lapso temporal da condenação.

Outra questão relevante sobre a proibição da concessão de indulto aos crimes hediondos e equiparados diz respeito ao chamado indulto humanitário que é, conforme explicado anteriormente no tópico 2.4 deste trabalho, voltado, em suma, para aqueles apenados acometidos de grave doença que estão em estado terminal.

¹⁰⁹ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 596.

¹¹⁰ *Ibid.*

¹¹¹ MARCÃO, RENATO. **Curso de Execução Penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 351.

¹¹² BRASIL. **Exposição de motivos nº 213**, de 9 de maio de 1983. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7210-11-julho-1984-356938-exposicaodemotivos-149285-pl.html>>. Acesso em: 16/04/2018.

¹¹³ (...) *A jurisprudência deste STF é firme no sentido de que o instituto da graça, previsto no art. 5.º, XLIII, da CF, engloba o indulto e a comutação da pena, estando a competência privativa do Presidente da República para a concessão desses benefícios limitada pela vedação estabelecida no referido dispositivo constitucional. Precedentes (...)*. (STF, HC 115099, Segunda Turma, rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 19/02/2013.)

¹¹⁴ (...) *A comutação da pena é assemelhada ao indulto. Por isso, expressamente vedada para aqueles que cometerem crimes hediondos, por força de previsão constitucional (art. 5º, XLIII). Paciente que cumpre pena pela prática de latrocínio (art. 157, §3º, in fine, do Código Penal) não pode ser beneficiado com a sua comutação porque previsto como hediondo, nos termos do artigo 1º, da Lei nº 8.072/90.* (STJ, HC 238480/SP, Sexta Turma, rel. Min. Moura Ribeiro, julgado em 11/02/2014.)

¹¹⁵ STF, ADI – MC 2795/DF, Tribunal Pleno, rel. Min. Maurício Corrêa, julgado em 20/06/2003.

Contudo, considerando que não foi prevista a concessão de indulto humanitário para condenados por crimes hediondos e equiparados no Decreto nº 9.246/2017, ressalta-se apenas, sobre o importante tema, que o ex-Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot, chegou a impetrar a ADI 5343 em 2015, buscando declarar a inconstitucionalidade da concessão de indulto humanitário aos crimes hediondos e equiparados, que era permitida pelo decreto de indulto de 2014 (Decreto nº 8380/2014). Entretanto, a ação não foi julgada à época, tendo sido extinta em 2018¹¹⁶ pela perda da eficácia do citado decreto. A discussão, portanto, ainda não tem entendimento claro na jurisprudência do STF.

¹¹⁶ STF, ADI 5343/DF, Segunda Turma, rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 28/02/2018.

4. DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DOS DISPOSITIVOS DO DECRETO 9.246/2017 IMPUGNADOS NA ADI 5874

Neste capítulo, será analisado, enfim, com base nos princípios apresentados, cada um dos dispositivos do Decreto nº 9246/2017 impugnados na ADI 5874. Para tanto, será feito, inicialmente, um breve histórico da atual crise política brasileira, que ajuda a compreender o contexto no qual está inserido o referido Decreto, e da propositura da ADI, tratando-se de suas principais peças e decisões, que também fornecerão substrato para as análises desenvolvidas.

Após, será realizada a análise dos dispositivos, sempre sendo esclarecido se havia ou não alguma correspondência em decretos passados, pois alguns dos dispositivos questionados na ADI 5874 já estiveram presentes em anos anteriores.

4.1 Contextualização da edição do Decreto nº 9.246/2017 com a crise política brasileira e com a Operação Lava-Jato

Para uma análise completa dos dispositivos do Decreto 9.246/2017 impugnados na ADI 5874, é essencial apresentar o contexto no qual foi editado. Neste tópico, longe de proceder a uma análise profunda de toda a crise política brasileira, será feito um panorama geral que ajudará a compreender por que o decreto é tão questionado.

Após as manifestações de junho de 2013 e o início da Operação Lava-Jato¹¹⁷ em 2014, o governo Dilma ficou bastante fragilizado porque, além de se mostrar incapaz de superar a crise econômica enfrentada pelo Brasil desde 2011, teve evidenciando um esquema sistêmico de corrupção, que norteava várias contratações estatais e envolvia diversos políticos próximos ao governo. Assim, as eleições presidenciais de 2014 foram bastante disputadas, tendo a ex-presidente Dilma Rousseff sido eleita com vantagem de pouco mais de 3 milhões de votos. Contudo, o parlamento eleito, segundo levantamento feito pelo Departamento Intersindical de Assessoria Parlamentar (Diap)¹¹⁸, foi o mais conservador desde 1964, com aumento nas bancadas ruralista e evangélica, por exemplo.

¹¹⁷ BRASIL. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Operação Lava-Jato. Por onde começou. Disponível em: < <http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/atuacao-na-la-instancia/investigacao/historico>>. Acesso em: 20/04/2018.

¹¹⁸ BRASIL, Departamento Intersindical de Assessoria Parlamentar – DIAP. **Radiografia do Novo Congresso**: Legislatura 2015-2019. Brasília: DIAP, 2014. Disponível em: <

Já no ano de 2015, quando o PIB brasileiro começou a oficialmente recuar, os parlamentares mais conservadores assumiram e a operação Lava-Jato continuou crescendo, foi iniciada uma nova série de manifestações populares nas quais era defendido abertamente o *impeachment* da ex-presidente com base num suposto cometimento de crime de responsabilidade. O turbulento contexto culminou na abertura do processo de *impeachment* contra Dilma no fim de 2015, tendo o editor do Decreto de indulto analisado, o à época vice-presidente Michel Temer, divulgado, dias após a abertura do processo, uma carta endereçada a Dilma na qual se queixava do pouco espaço que tinha no governo e sugeria uma grande desconfiança entre PT e PMDB¹¹⁹.

Assim, Temer é tratado como o planejador do *impeachment* da ex-presidente Dilma, que foi confirmado no dia 31 de agosto de 2016, e, ao assumir a presidência, já tinha contra si as alegações de ser ilegítimo, ter arquitetado um “golpe” e ser próximo do corrupto grupo de Eduardo Cunha, o mesmo que conduziu o processo de *impeachment* e foi preso na Operação Lava-Jato em 19 de outubro de 2016. Já no fim do mesmo ano, Michel Temer editou o Decreto nº 8940/2016 que, divergindo dos últimos decretos de indulto, mudou o *quantum* de cumprimento de pena necessário para o indulto e não previu a comutação de penas, entre outros dispositivos. À época, o decreto foi criticado por ter causado uma possível restrição de direitos previstos anteriormente.

Adiante, chega-se ao ano decisivo de toda a contextualização feita. Em 2017, a Operação Lava-Jato continuou avançando e, no dia 18 de maio, com a homologação da delação premiada dos executivos da empresa JBS, foi divulgado um áudio no qual Temer supostamente dá o aval para que os executivos continuassem pagando propina a Eduardo Cunha, “comprando” seu silêncio para que não delate outros políticos. Esse documento, ao lado de vários outros divulgados, gerou uma expressa onda de manifestações para que o presidente renunciasse, ocasião na qual Temer afirmou que foi vítima de uma armação.

Entretanto, mesmo com baixíssima popularidade, o presidente Temer conseguiu, controlando o parlamento e atendendo, nos bastidores, a demandas de vários deputados, barrar o prosseguimento de duas denúncias feitas contra ele pelo Ministério Público Federal. Além disso, reduziu consideravelmente os investimentos em pessoal

<http://www.diap.org.br/index.php/publicacoes/viewcategory/41-radiografia-do-novo-congresso>>. Acesso em: 20/04/2018.

¹¹⁹ LEIA a íntegra da carta enviada pelo vice Michel Temer a Dilma. **G1 – POLÍTICA**, 07 dez. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/12/leia-integra-da-carta-enviada-pelo-vice-michel-temer-dilma.html>>. Acesso em: 20/04/2018.

para a Operação Lava-Jato¹²⁰, o que gerou várias críticas aduzindo que havia uma interferência política para “sufocar” a operação.

Por fim, no que seria o ápice dessa intervenção, ou mesmo um agrado aos corruptos, Temer editou, no fim de 2017, o Decreto nº 9.246¹²¹ em análise, concedendo indulto para aqueles não reincidentes que cumprirem 1/5 da pena relativa a crimes sem violência ou grave ameaça, independentemente da pena aplicada, e incluindo no indulto a multa penal, entre outros dispositivos que serão analisados neste trabalho.

As acusações contra o Presidente, nesse caso, concentram-se numa possível influência direta no Judiciário para beneficiar condenados pelos chamados crimes do colarinho branco, como a lavagem de dinheiro, tão combatidos e evidenciados na Operação Lava-Jato. Por outro lado, alguns destes dispositivos se originaram de sugestões dadas pela Defensoria Pública da União em reunião com o Ministério da Justiça¹²².

Portanto, o contexto no qual se insere o Decreto nº 9.246/2017 é bastante complexo: tem-se um país polarizado politicamente, vários esquemas de corrupção evidenciados e um Presidente da República com legitimidade questionável que foi denunciado duas vezes por crimes cometidos durante o mandato. Esse mesmo presidente, além de impor a um parlamento que controla a sustação das duas denúncias e de tentar a aprovação, sem o devido debate, de várias reformas importantes para o país, editou o Decreto nº 9.246/2017, flexibilizando bastante a concessão de indulto.

Nesse contexto, no dia 27 de dezembro de 2017, a Procuradora-Geral da República, Raquel Dodge, ingressou com uma Ação Direta de Inconstitucionalidade contra alguns dispositivos do referido decreto e, já no dia seguinte, a Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministra Cármen Lúcia, suspendeu as normas impugnadas. No processo, várias entidades ingressaram como *amicus-curae*, sendo relevante a participação da Defensorias Pública do Rio de Janeiro que deixou claro, com dados do INFOPEN¹²³, que apenas 1.163 dos 726.712 presos brasileiros tinham cometido

¹²⁰ GOVERNO reduz equipe da Lava Jato e corta verba da PF. Blog Fausto Macedo. Estadão, 21 mai. 2017. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/governo-reduz-equipe-da-lava-jato-e-corta-verba-da-pf/>>. Acesso em: 20/04/2018.

¹²¹ Decreto nº 9.246/2017. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9246.htm>. Acesso em: 20/04/2018.

¹²² Pedido ingresso *amicus-curae* DPU na ADI 5874. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=712578869&prcID=5336271#>>. Acesso em: 20/04/2018.

¹²³DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento nacional de informações penitenciárias**: INFOPEN Atualizado – Junho de 2016. Brasília: Ministério da Justiça, Departamento Penitenciário Nacional, 2017, p. 42. Disponível em: < <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias->

corrupção ativa ou crimes contra a administração pública, isto é, com a suspensão dos dispositivos impugnados sob a alegação de facilitarem o perdão a crimes contra a administração pública, a imensa maioria dos apenados seria prejudicada.

Diante disso, o Ministro Luís Roberto Barroso, relator da ADI 5874, em importante decisão de confirmação de medida cautelar cujos argumentos serão explorados ao longo da análise feita neste capítulo, decidiu por criar uma “nova regra” para a concessão do indulto com base em políticas criminais do Legislativo e nos decretos de indulto passados, retirou a suspensão, feita pela Ministra Cármen Lúcia, de alguns dispositivos impugnados e proibiu a concessão de indulto a vários crimes, conforme previsto na minuta original do decreto elaborada pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP) e enviada ao Ministério da Justiça.

Neste último ponto, é bastante criticável a citada decisão por substituir a discricionariedade do Presidente da República, que não está vinculado à minuta do CNPCP e nem limitado pela existência de política criminal legislativa sobre o assunto, e por relativizar direitos fundamentais dos apenados por esses crimes sob a justificativa de que a população deseja uma rigorosa punição. Porém, considerando que os objetivos deste trabalho se exaurem na análise dos dispositivos impugnados, os quais não têm relação direta com a proibição fixada pelo Ministro Barroso, esta não será analisada a fundo.

4.2 Do Art. 1º, I do Decreto nº 9.246/2017: redução da parcela de pena a ser cumprida para concessão do indulto

Apresenta-se, inicialmente, o Art. 1º, I, sobre o qual se originou a maior controvérsia do decreto analisado:

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;

O reproduzido dispositivo é o mais criticado do decreto por ter, divergindo de todos os decretos de indulto já feitos, permitido a concessão do benefício a um apenado não reincidente que tenha cumprido 1/5 da pena, independentemente do tamanho da pena

1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016>. Acesso em: 20 março 2018.

imposta. De fato, quase todos os decretos de indulto feitos na vigência da Constituição de 1988 – com exceção do decreto em análise e do Decreto 8.940/2016, também editado por Michel Temer – têm em comum a fixação de cumprimento de 1/3 da pena, se não reincidentes, e de pelo menos 1/2 da pena, se reincidentes, para a concessão do indulto¹²⁴.

Esse prazo, inclusive, remete ao período de cumprimento de pena necessário para que um apenado tenha direito ao livramento condicional, previsto no Art. 83 do CPB, que é um benefício da execução o qual tem em comum com o indulto o resultado prático de colocar o apenado em liberdade, facilitando sua ressocialização e sendo importante instrumento de política criminal. Conforme assevera Cezar Roberto Bitencourt¹²⁵, o livramento condicional é uma antecipação, embora limitada, da liberdade, e, ao mesmo tempo que oferece ao réu mais possibilidade de reinserção, possibilita seu reingresso na prisão em caso de má conduta, protegendo o caráter preventivo geral da pena.

Na prática, como os Decretos de indulto anteriores impunham o mesmo período de cumprimento de pena necessário ao livramento condicional (1/3 da pena para não reincidentes e 1/2 para reincidentes), a diferença entre qual dos institutos seria usado tinha relação com a pena aplicada, pois, ao contrário do livramento condicional, os decretos de indulto previam uma pena máxima aplicada para a concessão do benefício.

A referida pena máxima, inclusive, aumentou nos últimos decretos, conforme a crise carcerária no Brasil se agravava, pois o indulto, nesse caso, deveria ser cada vez mais abrangente para promover o desencarceramento buscado em sua política criminal. Assim, de 1988 a 1992 a pena máxima era de 4 anos, de 1993 a 2006 (com exceção do ano 2000) era de 6 anos, de 2007 a 2009 era de 8 anos e, finalmente, de 2010 a 2016, era de 12 anos¹²⁶.

No que seria o ápice dessa tendência, o Decreto nº 9.246/2017, excluindo a aplicação de quase todos os casos do livramento condicional (à exceção do livramento para crimes hediondos e equiparados, casos em que é vedado o indulto), fixou como requisito objetivo o cumprimento de apenas 1/5 da pena, para não reincidentes, e 1/3, para reincidentes, e não determinou uma pena máxima aplicada para a concessão do benefício.

¹²⁴ Decisão Ministro Luís Roberto Barroso na ADI 5874. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14503529&prcID=5336271&ad=s#>>. Acesso em: 22/04/2018, p. 19-20.

¹²⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Geral 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 822.

¹²⁶ Decisão Ministro Luís Roberto Barroso na ADI 5874. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14503529&prcID=5336271&ad=s#>>. Acesso em: 22/04/2018, p. 19-20.

Ressalte-se que os requisitos subjetivos dos dois institutos também são bem próximos, já que as vedações impostas à concessão do indulto pelo Art. 4º do Decreto nº 9.246/2017¹²⁷ implicam, em um raciocínio lógico, na impossibilidade de conceder o livramento condicional, segundo os critérios do Art. 73 do CPB. Assim, os apenados que se enquadram em qualquer das 4 hipóteses subjetivas de vedação de indulto previstas no Art. 4º do decreto em estudo, não possuem, no mínimo, comportamento satisfatório durante a execução da pena ou mesmo bons antecedentes (no caso daqueles que cumprem pena em penitenciárias federais).

Nesse caso, as críticas exploradas pelo Ministro Barroso¹²⁸ dirigem-se, no que se refere ao livramento condicional, a uma possível legislação do presidente sobre matéria penal e a uma violação da separação dos poderes.

Quanto à primeira alegação, vale ressaltar o entendimento firmado no tópico 3.4 deste trabalho, segundo o qual, considerando as peculiaridades do indulto, deve-se adotar uma interpretação restritiva do que seria inovar em matéria penal, ou seja, só haverá efetiva inovação na lei penal caso o decreto, além de estabelecer normas redutoras de penas, de cunho geral e abstrato, como previsto pelo TRF4¹²⁹, não permita individualizar a concessão conforme as particularidades de cada condenado.

De modo contrário, como já dito, haveria uma “inovação em matéria penal” todas as vezes que o Presidente da República editasse decreto de indulto, pois é da natureza do próprio benefício extinguir penas que ainda não foram integralmente cumpridas. Assim, como os decretos não têm como prever todos os beneficiados, devem impor condições gerais, mas que sejam individualizadas para a concessão do benefício.

¹²⁷ Art. 4º *O indulto natalino ou a comutação não será concedido às pessoas que: I - tenham sofrido sanção, aplicada pelo juízo competente em audiência de justificação, garantido o direito aos princípios do contraditório e da ampla defesa, em razão da prática de infração disciplinar de natureza grave, nos doze meses anteriores à data de publicação deste Decreto; II - tenham sido incluídas no Regime Disciplinar Diferenciado, em qualquer momento do cumprimento da pena; III - tenham sido incluídas no Sistema Penitenciário Federal, em qualquer momento do cumprimento da pena, exceto na hipótese em que o recolhimento se justifique por interesse do próprio preso, nos termos do art. 3º da Lei nº 11.671, de 8 de maio de 2008; ou IV - tenham descumprido as condições fixadas para a prisão albergue domiciliar, com ou sem monitoração eletrônica, ou para o livramento condicional, garantido o direito aos princípios do contraditório e da ampla defesa.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9246.htm>. Acesso em: 22/04/2018.

¹²⁸ Decisão Ministro Luís Roberto Barroso na ADI 5874. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14503529&prcID=5336271&ad=s#>>>. Acesso em: 22/04/2018, p. 42.

¹²⁹ TRF4, Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade nº 5051763-44.2016.4.04.0000/TRF, Corte Especial, rel. Des. Leandro Paulsen, julgado em 26/10/2017; TRF4, Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade nº 5029310-21.2017.4.04.0000/TRF, Corte Especial, rel. Des. Leandro Paulsen, julgado em 25/05/2017.

Nesse caso, o Decreto nº 9.246/2017, ao estabelecer casos, no Art. 4º, nos quais o apenado não tem direito ao benefício, finda por criar requisitos subjetivos, atrelados às particularidades de cada condenado, para a concessão do indulto, distanciando-se de uma mera norma redutora de penas, de cunho geral e abstrato. Desse modo, não há inovação em matéria penal, não importando, para a análise deste requisito, se a fração de cumprimento da pena é inferior à exigida para o livramento condicional.

No que se refere à separação de poderes, a questão é mais controvertida, pois, conforme explicado acima, ao fixar para a concessão de indulto uma fração inferior à exigida para o livramento condicional, o Executivo interfere diretamente na política criminal legislativa, já que inutiliza o instituto do livramento condicional em vários casos.

Como já explicado no tópico 3.1 deste trabalho, a concessão de indulto, prevista no Art. 84, XII, da CRFB/88 como de responsabilidade do Presidente da República, é ato discricionário e representa uma função atípica do Executivo que deve ser exercida em harmonia com a função típica do Poder Legislativo, ambas relacionadas a políticas criminais. Nesse caso, deve ser levado em conta o novo modelo constitucional que, focado numa maior atuação estatal e buscando a efetivação de direitos fundamentais, propõe o pensamento de uma separação dos poderes voltada para a realização dos desafios do Estado contemporâneo, isto é, com mútuas interferências, desde que não excessivas, voltadas à efetivação de direitos fundamentais¹³⁰.

O grande problema, assim, reside na interferência desarrazoada de um poder em outro, a qual está clara no Art. 1º, I, do Decreto nº 9.246/2017. Isso porque o Executivo não só interferiu, mas praticamente inutilizou uma política criminal criada pelo Legislativo. Essa interferência, conforme o próprio Ministro Luís Roberto Barroso admitiu no julgamento da medida cautelar na ADI 5874, poderia ser feita “[...] diante de hipóteses excepcionais e devidamente justificadas por finalidades humanitárias”¹³¹, circunstâncias às quais se acrescenta a comprovação da eficácia do indulto.

Até foi alegada como motivo, na manifestação feita pela Advocacia-Geral da União (AGU)¹³² em defesa do dispositivo ora analisado, a atual crise carcerária vivida

¹³⁰ SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 248.

¹³¹ Decisão Ministro Luís Roberto Barroso na ADI 5874. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14503529&prcID=5336271&ad=s#>>. Acesso em: 22/04/2018, p. 27.

¹³² Manifestação Advocacia-Geral da União na ADI 5874. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=712728846&prcID=5336271#>>. Acesso em: 23/04/2018, p. 17.

pelo Brasil, já apresentada no item 2.2.1 deste trabalho, com a superlotação dos presídios e o reconhecimento, na medida cautelar da ADPF 347, de violações generalizadas a direitos fundamentais dos apenados. Entretanto, o Brasil tem um extenso costume de edição de decretos de indulto que, mesmo tendo fixado frações cada vez menores de cumprimento de pena para a concessão do benefício, não impediram o aumento no número de crimes, a explosão carcerária e a reincidência. Ao menos empiricamente, assim, os indultos concedidos nas últimas décadas não geraram resultados satisfatórios principalmente porque, como apresentado no item 2.2.1, a sociedade trata o criminoso como um inimigo e o Estado, ainda que no caso do indulto antecipe seu retorno ao meio social, tem tido pouco interesse em formular políticas públicas para o ressocializar.

Não foi demonstrado, assim, como o indulto resolveria satisfatoriamente o problema apresentado. Portanto, inexistindo essa justificação plausível em relação ao Art. 1º, I, entende-se que este fere a separação dos poderes e é inconstitucional.

Sobre a não imposição de um limite máximo de pena aplicada para receber o indulto, o Ministro Luís Roberto Barroso entendeu, no julgamento da medida cautelar na ADI 5874, com base no Art. 33, §2º, *a*, do CPB, que fixa a obrigatoriedade do início de cumprimento de pena no regime fechado para penas acima de 8 anos, que “[...] o legislador 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”¹³³.

Entretanto, a pena de 8 anos pode ser definidora apenas do regime inicial de cumprimento de pena, não tendo relação com uma possível política criminal legislativa relativa à concessão de liberdade a um apenado. É inegável que o parâmetro de 8 anos representa pena grave, mas o legislador, caso quisesse adotar uma política criminal baseada nesse parâmetro, teria o deixado expresso, por exemplo, entre os requisitos para conceder algum benefício durante a execução da pena que ampliasse a liberdade do preso.

Portanto, a justificativa dada não se sustenta, e a não imposição de uma pena limite no decreto de indulto não representa desrespeito à separação dos poderes por não existir política criminal do legislativo que limite a concessão de liberdade a um apenado com base no limite da pena aplicada. Assim, entende-se que esse limite, caso não seja desejado pelo presidente, pode não estar presente no discricionário decreto de indulto.

¹³³ Decisão Ministro Luís Roberto Barroso na ADI 5874. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14503529&prcID=5336271&ad=s#>>. Acesso em: 23/04/2018, p. 45.

Ultrapassada a análise do Art. 1º, I do Decreto 9.246/2017 em relação às alegações da vedação de legislar em matéria penal e da violação à separação dos poderes, a qual está mais relacionada ao livramento condicional, é iniciada a análise do citado artigo em relação aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade.

Quanto à individualização da pena, como já tratado no item 3.2 deste trabalho, a concessão de indulto, permitida pelo Art. 84, XII, da CF/88, tem por resultado natural influir tanto na individualização executória, por colocar o apenado em liberdade e extinguir sua pena, quanto na individualização judicial, já que representa verdadeira abreviação de boa parcela da pena imposta ao condenado segundo as particularidades de cada crime e vários princípios constitucionais e penais.

Entretanto, esclareceu-se que a exigência de requisitos subjetivos para a concessão do benefício, como feito no Art. 4º do Decreto 9.246/2017, representa verdadeiro respeito à individualização da pena, aqui entendida de forma ampla. A problemática, desse modo, diz respeito a uma possível intervenção expressiva e sem justificção nas individualizações judicial e executiva, intervenção esta que pode ser medida, como bom parâmetro, pela diferença entre a quantidade de pena que foi extinta e a quantidade de pena que foi cumprida.

Sobre o tema, a Advocacia-Geral da União argumentou que “[...] além da presunção de legitimidade dos atos estatais, o indulto, por sua própria natureza, não viola o princípio da individualização da pena, pois não revoga as diversas penas abstratamente previstas para os diferentes tipos penais, muito menos reforma julgamentos concretos”¹³⁴.

A afirmação, em teoria correta, perde seu sentido quando comparada ao artigo analisado. Isso porque, inicialmente, como afirmado na análise do Art. 1º, I em relação à separação dos poderes, a presunção de legitimidade dos atos estatais, como o próprio nome já sugere, pode ser relativizada diante de excessos ou ilegalidades cometidas.

Ademais, a concessão de indulto representa função atípica do Poder Executivo e, dadas as suas peculiaridades, ocasiona, de fato, uma relativização dos princípios apresentados. Isto é, o instituto do indulto, por si, realmente não revoga as diversas penas abstratamente previstas para os diferentes tipos penais (individualização legislativa) e nem reforma julgamentos concretos (individualização judicial), mas apenas relativiza a fase judicial e interfere na fase executiva. Entretanto, a aceitação de que o

¹³⁴ Manifestação Advocacia-Geral da União na ADI 5874. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=712728846&prcID=5336271#>>. Acesso em: 23/04/2018, p. 16.

instituto, por sua natureza, não apresenta contradições com o texto constitucional (afinal está até previsto na Carta Magna) não impede a análise da sua utilização em diversos decretos, que pode ser inconstitucional.

As afirmações, portanto, são genéricas e não impedem a análise feita a seguir.

Conforme apresentado no início deste tópico, o Art. 1º, I, do Decreto nº 9.246/2017 possibilitou a concessão de indulto para aqueles que cumprissem um quinto da pena, se não reincidentes, e um terço da pena, se reincidentes, nos crimes praticados sem grave ameaça ou violência a pessoa.

Nesse caso, evidente que o citado artigo desconsiderou 80% (oitenta por cento) da pena a ser cumprida na individualização executiva do apenado primário que cometeu crime sem violência ou grave ameaça, quando o processo de ressocialização ainda está no início. Ressalte-se: o apenado cumpriu apenas 20% da pena e sairia livre, sem ser obrigado a cumprir nenhuma condição por determinado tempo e sem retornar à prisão (para cumprir o restante da pena) caso cometa um novo crime, por exemplo.

Para se ter uma ideia do tamanho da interferência gerada e, principalmente, da sua inadequação com a individualização que deveria ser feita, elabora-se um exemplo. Imagine-se que um determinado sujeito chamado João, condenado por lavagem de dinheiro e corrupção passiva, tenha por pena total o período de 10 (dez) anos, portanto iniciando o cumprimento no regime fechado em dezembro de 2015. Suponha-se ainda que João, com apenas 8 meses de cumprimento de pena, tenha cometido uma falta grave, como uma das previstas no Art. 50, III, IV, VI e VII da Lei de Execuções Penais, mas não tenha sido sujeito ao regime disciplinar diferenciado por não ter ocasionado, na forma do Art. 52 da LEP, subversão da ordem ou disciplina internas. Nesse caso, João, ao completar 1 (um) ano e 8 (oito) meses do cumprimento de pena (1/6 do total), teria seu pedido de progressão de regime negado por não ter bom comportamento carcerário, mas, quando se passassem apenas quatro meses, ingressaria com um pedido de indulto que, como não há vedação do Art. 4º do Decreto nº 9.246/2017, seria, certamente, concedido.

O caso apresentado, extremado para que se perceba o tamanho do absurdo perpetuado pelo Art. 1º, I, do Decreto em análise, demonstra muito bem que significativa parcela da individualização da pena foi desconsiderada, pois o apenado sairia do regime fechado para ficar em liberdade, sem imposição de condições pelo Estado e sem possibilidade de retorno em caso de novo cometimento de crime.

No que se refere à individualização judicial, o Art. 1º, I, ao extinguir o cumprimento de 80% (oitenta por cento) da pena imposta pelo Judiciário, finda por

desconsiderar a grande maioria da individualização feita pelo juiz. Isto é, o julgador utiliza uma série de princípios e dá uma série de garantias processuais ao apenado e, depois de fixada uma pena que se adequa às finalidades preventivas, à proporcionalidade e às circunstâncias judiciais, ela é reduzida, na prática, a apenas 20% do aplicado.

Nesse caso, evidente que a parcela de pena cumprida fica muito distante da imposta, razão porque a pena, antes proporcional ao delito e individualizada conforme as particularidades do agente e do crime, torna-se deveras injusta, desproporcional e, principalmente, insuficiente para reprimir comportamentos futuros do próprio agente (prevenção especial) e de outros indivíduos (prevenção geral), os quais podem sentir que a condenação criminal não existe para ser cumprida em sua totalidade.

O mesmo raciocínio acima exposto (interferência na individualização feita pelo Judiciário e na Execução da pena) é aplicável à hipótese de cumprimento de 1/3 da pena para conceder o indulto a reincidentes, situação na qual o apenado, mesmo depois de reincidir, não se sujeitará a sequer metade do tempo necessário para ser ressocializado.

Ressalte-se, ainda, que essa interferência excessiva na individualização feita pelo Judiciário, ao desconsiderar a maior parte de uma pena fixada em uma decisão judicial, desconsidera a própria decisão e fere a separação de poderes, pois, mesmo que se entenda que no indulto a interferência é natural, não há motivo justificador para uma intervenção tão ampla.

Quanto à proporcionalidade, inicialmente, o argumento desenvolvido sobre a individualização da pena já comprova um desrespeito à proporcionalidade na sua noção apontada por Beccaria¹³⁵, ou seja, aplicada entre o crime e a pena efetivamente cumprida.

A seguir, analisa-se o artigo conforme a acepção moderna do princípio da proporcionalidade, dividido em seus três subprincípios. Serão tratados como finalidades a ressocialização do apenado e a descarcerização, respeitando seus direitos fundamentais, e como direitos afetados pela medida os direitos das vítimas e da própria coletividade.

Nesse caso, o art. 1º, I é adequado, pois é apto a cumprir suas finalidades, qual seja, colocar o apenado em liberdade, livrando-o do cumprimento de pena em condições degradantes e possibilitando sua ressocialização, o que é de interesse público.

Entretanto, a medida não é necessária, pois a concessão de liberdade incondicionada ao apenado que cumpriu apenas 1/5 da pena imposta, quando sequer é possível conceder o livramento condicional, é, dentre as medidas possíveis, a que mais

¹³⁵ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 7ª ed. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2014, p. 99.

atinge os direitos da vítima e da coletividade, já que será posto em liberdade um preso que cumpriu parcela ínfima da pena e está sujeito, por ter passado por curto período de ressocialização, ao cometimento de novos crimes.

Nesse caso, deve-se ressaltar que o próprio cumprimento natural da pena, com a progressão de regime a qual, em tese, já ocorreu com cumprimento de 1/5 da pena (é exigido 1/6), representa gradual abrandamento da estadia no cárcere que atende aos fins de desencarceramento e de ressocialização.

Assim, poderia ser feito um investimento governamental para melhorar as condições de cumprimento de pena e, enquanto as melhorias fossem realizadas, o apenado poderia ser transferido para outro presídio, cumprir pena em regime mais brando (conforme Súmula Vinculante 56), ou até ser determinada sua prisão domiciliar, eletronicamente monitorada ou com cumprimento de penas restritivas de direito, por exemplo¹³⁶. As medidas apresentadas têm, ao contrário do indulto, a possibilidade de reingresso do apenado no sistema prisional caso cometa crimes ou descumpra alguma das condições impostas.

Portanto, existindo outras medidas que podem ser tomadas para atingir a ressocialização e o desencarceramento, com respeito aos direitos fundamentais do preso, e que atingem em reduzido grau os direitos das vítimas e da coletividade, a concessão do indulto com cumprimento de apenas 1/5 da pena é medida não necessária e representa, sobretudo, caso de proteção insuficiente, já que foi adotada, entre as medidas possíveis, aquela que mais afetava os bens jurídicos protegidos na aplicação da pena.

Por fim, ainda que se considere, por alguma argumentação não explorada, que a concessão do indulto com cumprimento de 1/5 da pena é medida necessária, é insustentável a sua caracterização como medida proporcional em sentido estrito. Como afirma Alexy¹³⁷, a máxima da proporcionalidade em sentido estrito é deduzível do caráter principiológico das normas de direitos fundamentais e corresponde, no caso concreto, a uma exigência de sopesamento decorrente das possibilidades jurídicas geradas pela colisão de direitos fundamentais.

Deveria ser feita, assim, uma ponderação entre a proteção aos bens jurídicos das vítimas e da sociedade e a tentativa de garantir os direitos do apenado por meio de sua soltura, possibilitando uma reinserção social. Infelizmente, longe de fazer essa

¹³⁶ STF, RE 641320/RS, Tribunal Pleno, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgado em 11/05/2016.

¹³⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. 4ª tir. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 117-118.

ponderação, o Art. 1º, I, do decreto ora analisado dá total primazia ao desencarceramento, incorrendo em proteção insuficiente dos bens jurídicos das vítimas e da coletividade.

Novamente, o raciocínio desenvolvido se aplica para o caso dos reincidentes no qual, mesmo que a descarcerização já tenha falhado e outros bens jurídicos tenham sido lesados, o apenado continuará recebendo o indulto sem ter cumprido sequer metade da pena, sem que tenham sido tomadas outras medidas menos danosas aos bens jurídicos da vítima e da coletividade.

Portanto, diante da exaustiva análise feita neste tópico (que servirá de base para os seguintes), conclui-se que o Art. 1º, I, do Decreto 9.246/2017 é inconstitucional por desrespeitar os princípios da separação dos poderes, da individualização da pena e da proporcionalidade.

4.3 Do Art. 2º, §1º, I do Decreto nº 9.246/2017: concessão de indulto em condições especiais com cumprimento de 1/6 da pena

Inicialmente, vale ressaltar que eventual declaração de inconstitucionalidade do Art. 1º, I conduziria a uma inconstitucionalidade por arrastamento do Art. 2º, §, 1º, I, que faz referência direta às hipóteses do Art. 1º, I. Entretanto, entendendo-se que seria possível, com vistas a não prejudicar os apenados nas situações previstas no *caput* do Art. 2º, a aplicação do citado dispositivo pelo STF, será feita a análise. A seguir, apresenta-se o Art. 2º do Decreto nº 9.246/2017 no que concerne às considerações a serem feitas, isto é, sem os 9 incisos que estabelecem quais são as condições especiais:

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

(...)

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

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

A previsão da concessão de indulto para apenados, em condições especiais, que cumprirem apenas 1/6 da pena não é nova no Brasil, tendo sido adotada, em maior ou menor quantidade de situações, nos decretos de indulto de 2011 a 2016 que, salvo o decreto de 2015, declarado incidentalmente inconstitucional pelo TRF4, não receberam óbices do Judiciário. De fato, os decretos de 2011 a 2015 trouxeram, em duas situações (condenação pena privativa de liberdade sob o regime aberto ou substituída por restritiva

de direitos ou a crime contra o patrimônio acompanhada de reparação do ano), a possibilidade de extinguir a pena pelo cumprimento de apenas 1/6 desta.

Quanto ao Decreto 8.940/2016¹³⁸, editado pelo atual presidente, possibilitou a concessão do indulto com cumprimento de 1/6 da pena não em razão do crime cometido ou da espécie de pena imposta, mas sim, mais corretamente, em função das condições especiais do apenado, assemelhando-se a um “indulto humanitário”. Assim, no Art. 2º, §1º, I do Decreto nº 9.246/2017, ocorreram apenas a retirada de uma pena máxima para condenação e a ampliação do rol de apenados considerados em condições especiais.

Contudo, as redações do *caput* e do §1º do Art. 2º não foram felizes, pois, ao dizerem que o tempo de cumprimento das penas previstas no Art. 1º será reduzido e que essa redução será de um sexto da pena nas hipóteses do Art. 1º, I, dão a entender que, dos 1/5 da pena necessários para conceder o indulto no caso do Art. 1º, I, seriam reduzidos mais 1/6 da pena, ou seja, além dos 80%, seriam descontados mais 16,66%, restando concedido o indulto com cumprimento de apenas 3,33% (ou 1/30) do total da pena.

Essa interpretação literal foi a adotada pela Procuradora-Geral da República ao argumentar que “[...] aplicado o dispositivo, o condenado chegaria a cumprir apenas um sexto da pena (1/5, com redução de 1/6), isso se não operar a detração”¹³⁹ e pelo Ministro Luís Roberto Barroso ao afirmar que “[...] 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”¹⁴⁰.

Nesse caso, a leitura da segunda parte do dispositivo do §1º do Art. 2º retira quaisquer dúvidas pela aplicação de um raciocínio lógico. Isso porque a citada parte impõe uma redução de 1/4 da pena se o condenado for reincidente, ou seja, além dos 66.66% do Art. 1º, I, o apenado reincidente teria mais 25% da pena descontada, uma fração maior que aquela dedicada ao primário. Assim, considerando a diferença entre as frações 1/4 e 1/6, não faz sentido que o Presidente da República tenha optado por dar maior redução de tempo de cumprimento de pena ao reincidente que ao primário – até porque não o faz em nenhum dos outros dispositivos do decreto –, razão pela qual a única

¹³⁸ BRASIL, Decreto nº 8.940/2016. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/D8940.htm>. Acesso em: 24/04/2018.

¹³⁹ Petição inicial da ADI 5874. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14250818&prcID=5336271#>>. Acesso em: 24/04/2018, p. 30.

¹⁴⁰ Decisão Ministro Luís Roberto Barroso na ADI 5874. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14503529&prcID=5336271&ad=s#>>. Acesso em: 24/04/2018, p. 43.

interpretação restante, a qual será adotada para a análise da constitucionalidade, é a de que o Presidente quis conceder o indulto com o cumprimento de 1/6 da pena para os primários e de 1/4 para os reincidentes.

A seguir, realiza-se a referida análise de constitucionalidade.

No que se refere à vedação a legislar sobre matéria penal, entende-se, conforme explicado no tópico passado, que a imposição de requisitos subjetivos no Art. 4º do Decreto 9.246/2017 afasta a sua caracterização como mera norma redutora de penas, pois permite individualizar o indulto para sua concessão conforme as particularidades de cada apenado. Ademais, os incisos do próprio Art. 2º, *caput*, apresentam várias situações de cunho subjetivo e pessoal nas quais o indulto pode ser concedido com menor parcela do cumprimento de pena, não representando uma norma inovadora em matéria penal.

Com relação à separação de poderes, deve-se analisar, inicialmente, se houve interferência excessiva do Executivo no Legislativo, o que pode ser comprovado por uma substituição de políticas criminais sem motivo justificado e plausível. Nesse caso, o legislador brasileiro não fixou uma política criminal clara que concedesse especial liberdade aos apenados nas condições previstas no Art. 2º do Decreto 9.246/2017.

Na verdade, o que mais se aproxima de uma política criminal é a possibilidade de recolhimento domiciliar do apenado que cumpre pena em regime aberto, prevista no Art. 117 da Lei de Execuções penais em 4 situações, que estão entre as reproduzidas nos incisos do Art. 2º. Entretanto, o legislador previu o recolhimento domiciliar apenas para os que cumprem pena em regime aberto e, segundo o entendimento do STF¹⁴¹, este recolhimento somente se aplica aos regimes semiaberto e fechado quando há impossibilidade de assistência e tratamento médicos adequados no estabelecimento penitenciário em que recolhido o apenado, que corre risco de morte.

Como se vê, as possibilidades de conceder uma “liberdade” aos apenados nas condições especiais previstas no Art. 2º do decreto analisado, pela lei brasileira e pela jurisprudência, são bastante limitadas. Assim, a política criminal imposta no Art. 2º, §1º, do Decreto 9.246/2017 não viola a separação dos poderes em relação ao Legislativo.

Situação distinta ocorre com relação à interferência no Judiciário pois, ao conceder indulto para apenados que cumpriram apenas 16,66% da pena total, o Decreto 9.246/2017, mesmo que apresentada a justificativa das condições especiais, interfere,

¹⁴¹ STF, Informativo 504. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo504.htm#Grave%20Estado%20de%20Sa%C3%BAde%20e%20Pris%C3%A3o%20Domiciliar>>. Acesso em: 24/04/2018.

novamente, de forma excessiva na individualização feita pelo Judiciário e torna sem efeito grande parte das decisões judiciais, o que afronta os princípios da individualização da pena e da separação dos poderes. Novamente, não há apresentação de dados que comprovem a eficácia da utilização do indulto.

Quanto à individualização executiva, vale ressaltar que o critério objetivo para a concessão do indulto é o mesmo previsto no Art. 112 da LEP para progressão de regime, isto é, o apenado receberá o indulto quando ocorrida apenas a primeira fase de cumprimento da pena necessária à sua ressocialização. Não há, assim, tempo hábil para uma atuação efetiva do Estado, e o apenado, mesmo estando em condições especiais, poderá ter dificuldade de se reinserir na sociedade e, eventualmente, praticar novos crimes, o que representa evidente falha das finalidades preventivas da pena.

Por fim, a discussão quanto à proporcionalidade ganha especial relevância por existirem, além dos atribuídos a todos os presos, outros direitos fundamentais relativos às condições especiais previstas no Art. 2º, *caput*.

Novamente, a medida é adequada por ser apta a proporcionalizar o gozo dos direitos fundamentais dos apenados em condições especiais.

Entretanto, a exemplo do Art. 1º, I, existem outros meios menos danosos aos direitos das vítimas e da coletividade, de conceder maior liberdade aos apenados em condições especiais com vistas a alcançar a ressocialização e respeitar seus direitos fundamentais. Ressalte-se que, como no Art. 2º os apenados encontram-se em condições especiais, é importante, inclusive, adotar as medidas apresentadas no tópico passado com maior urgência, preservando os direitos fundamentais dos condenados e da coletividade. Há, então, novo caso de proteção insuficiente.

Quanto à proporcionalidade em sentido estrito, as particularidades previstas no Art. 2º, *caput*, justificam uma maior proteção aos direitos fundamentais dos condenados, mas nunca a desconsideração de 83,33% da pena imposta pelo Judiciário, o que é deveras desproporcional e representa uma proteção insuficiente dos direitos fundamentais das vítimas e da coletividade. Assim, há, no caso do Art. 2º, §1º, I do Decreto nº 9.246/2017, uma medida que, conforme dito pelo Ministro Luís Roberto Barroso¹⁴², desatende os deveres de proteção do Estado.

¹⁴² Decisão Ministro Luís Roberto Barroso na ADI 5874. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14503529&prcID=5336271&ad=s#>>. Acesso em: 24/04/2018, p. 43.

Por fim, assim como no tópico passado, o mesmo raciocínio é aplicável aos reincidentes em condições especiais, que cumpririam apenas 1/4 da pena.

Portanto, o Art. 2º, § 1º, I, do decreto ora analisado é inconstitucional por ferir os princípios da separação dos poderes em relação ao Judiciário, da individualização da pena e da proporcionalidade.

4.4 Art. 8º do Decreto nº 9.246/2017

O Art. 8º do Decreto 9.246/2017 foi impugnado integralmente na ADI 5874, pois, segundo alegado pela Procuradoria-Geral da República, ao permitir a concessão de indulto a pessoas que não estão em prisões brasileiras, afasta-se das finalidades de humanização e de eventual política criminal de descarcerização¹⁴³.

Abaixo, é reproduzido o referido artigo:

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.

Neste tópico, serão analisados, inicialmente, os incisos I, II e IV do Art. 8º pela proximidade dos argumentos favoráveis e contrários e, após, o inciso III, hipótese bastante peculiar de permissão de concessão de indulto.

Lembre-se, antes de iniciada a análise, que o objetivo deste tópico é analisar tão somente a compatibilidade da aplicação do indulto com os casos previstos no Art. 8º, ou seja, se esse tipo de indulto, em tese, ofende ou não a constituição. Não serão avaliados, portanto, os demais requisitos para a concessão de indulto (como o cumprimento de 1/5 da pena, entre outros), os quais poderiam formar um entendimento equivocado sobre a constitucionalidade do artigo.

4.4.1 Incisos I, II e IV: da concessão de indulto a apenados que não estão em

¹⁴³ Petição inicial da ADI 5874. Disponível em: <
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14250818&prcID=5336271#>>.
Acesso em: 24/04/2018, p. 31-32.

estabelecimentos prisionais brasileiros

Assim como no caso do Art. 2º, §1º, I, não é nova a previsão, nos decretos de indulto, da sua concessão para apenados que tenham a pena privativa de liberdade substituída por restritiva de direitos ou que estejam cumprindo pena em regime aberto ou em livramento condicional, pois os decretos de 2011 a 2015 já previram a concessão do benefício em casos um pouco mais restritos que o decreto ora analisado.

Novamente, os tribunais superiores brasileiros STJ (tribunal que julga mais casos de indulto) não adentrou no mérito do problema e se limitou a analisar o cumprimento dos requisitos previstos no decreto¹⁴⁴. Ademais, o TRF4, em julgado já mencionado no início do capítulo passado¹⁴⁵, declarou a inconstitucionalidade do Art. 1º, XIV, do Decreto nº 8615/2015, que permitia a concessão de indulto a penas restritivas de direitos, mas não enfrentou o mérito da questão ora analisada, tendo afirmado que a inconstitucionalidade era relativa ao período de cumprimento de pena (à época 1/4) necessário para a concessão do indulto.

No que se refere ao inciso I do Art. 8º do Decreto 9.246/2017, os argumentos contrários dizem respeito, essencialmente, à inexistência de justificativa para uma política criminal nesses casos, pois o apenado sequer ficou recolhido ao cárcere e estaria cumprindo pena em condições mais brandas, com respeito a seus direitos fundamentais.

Corroborando com esses argumentos, afirmou o Ministro Luís Roberto¹⁴⁶:

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.

[...]

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 inculcar-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.

¹⁴⁴ STJ, HC 359352/RS, Quinta Turma, rel. Min. Félix Fischer, julgado em: 02/02/2017; STJ, HC 384003/RS, Quinta Turma, rel. Min. Félix Fischer, julgado em 18/04/2017; STJ, HC 377265/RS, Quinta Turma, rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 21/02/2017.

¹⁴⁵ TRF4, Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade nº 5029310-21.2017.4.04.0000/TRF, Corte Especial, rel. Des. Leandro Paulsen, julgado em 25/05/2017.

¹⁴⁶ Decisão Ministro Luís Roberto Barroso na ADI 5874. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14503529&prcID=5336271&ad=s#>>. Acesso em: 22/04/2018, p. 46-47.

A argumentação, entretanto, não se sustenta.

Inicialmente, ressalte-se que, quando ocorrer descumprimento da restrição imposta, a pena restritiva de direitos será convertida em privativa de liberdade, devendo o apenado cumprir o saldo restante encarcerado, conforme dispõe o Art. 44, §4º, do CPB. Ainda, sobrevindo nova condenação por crime cometido antes da imposição da pena restritiva de direito, o juiz, dependendo do caso, também poderá realizar a conversão¹⁴⁷.

Poderia ocorrer, assim, a incabível situação na qual um apenado, submetido a pena restritiva de direitos, tenta a concessão do indulto, não consegue por ser “inconstitucional” ou “incompatível” com o instituto e, meses depois, descumpra uma medida imposta e tem a pena convertida em privativa de liberdade. Portanto, é possível – ainda que não seja tão comum – a reconversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade, o que torna a concessão de indulto, em último caso, também uma política criminal que favorece o desencarceramento.

Ademais, o indulto, além de combater a superlotação e pretender garantir a fruição de diversos direitos fundamentais pelos apenados, tem por objetivo fomentar as finalidades preventivas da pena, possibilitando a ressocialização. Aqui, também não há incompatibilidade do instituto com as penas restritivas de direitos, visto que a extinção desta espécie de pena, assim como seria na privativa de liberdade, não induz, por si, uma insuficiência quanto às finalidades preventivas da pena, inexistindo proteção insuficiente.

Por sua vez, no que diz respeito à alegação de tornar sem efeitos as penas restritivas de direitos, como “verdadeiros embustes”, vale lembrar que, no indulto, uma parcela da pena, na teoria significativa, deve ser cumprida para a concessão do benefício, o que, em tese, não torna sem efeito as penas restritivas de direitos. Além disso, em relação à reparação do dano, como explicado no tópico 2.2.3 deste trabalho, há possibilidade de ingresso de ação cível, a teor do artigo 63 do CPP.

A questão teria, ainda, outras complicações.

O Ministro Edson Fachin¹⁴⁸, no julgamento do RE 920826/PE – importante precedente sobre o tema no STF –, deixou evidente uma argumentação ainda não explorada no que se refere à concessão de indulto para apenados submetidos a penas restritivas de direitos:

¹⁴⁷ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. 19ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, p. 699.

¹⁴⁸ STF, RE 920826/PE, Segunda Turma, rel. Min. Edson Fachin, julgado em 12/02/2016.

[...] 2. Não é possível acolher o entendimento do agravante, no sentido de que a concessão do indulto aos condenados beneficiados com a substituição da pena privativa de liberdade violaria o princípio constitucional da proporcionalidade, por não haverem cumprido ao menos uma parte de sua reprimenda em cárcere, sob pena de, aí sim, vicejar desproporcionalidade; 3. **Não é razoável, nem proporcional, negar o indulto ao condenado que preencheu os requisitos para a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e, simultaneamente, concedê-lo aquele agente que, por suas condições pessoais, foi tido como pessoa para quem as penas restritivas não são consideradas penalidade suficiente.** (grifou-se)

Nesse sentido, a negação a concessão de indulto para apenados submetidos a penas restritivas de direitos consistiria, sobretudo, numa vedação injusta, pois prejudicaria aquele que, à época da fixação da pena, tinha condições favoráveis para a imposição de penas restritivas de direitos.

Ademais, ressaltando um aspecto ligado ao princípio da legalidade, a Constituição Federal de 1988, assim como o Código Penal e a Lei de Execuções Penais, não vedou, expressamente, a concessão de indulto a apenados que tiveram pena privativa de liberdade convertida em restritiva de direitos.

Por fim, uma vez adotado esse entendimento, começaria a ser muito mais vantajoso para os apenados com penas privativas de liberdade não superiores a 4 anos cumprir pena no regime aberto, já que, nesse caso, com um bom comportamento (o que no regime aberto se resume, praticamente, a não cometer novos crimes), a pena seria extinta de forma muito mais rápida que a restritiva de direitos.

Quanto à concessão de indulto para apenados cumprindo pena no regime aberto ou beneficiados com o livramento condicional, a Procuradoria-Geral da República alegou que “[...] já foram conferidos enormes favores legais, mostrando-se exacerbada a benesse de promover um novo benefício”¹⁴⁹ e que o indulto não produziria nenhum efeito na questão da lotação carcerária.

Nesse caso, vale ressaltar que a fixação do regime aberto para cumprimento de pena, ou mesmo a progressão para esse regime, e a concessão do livramento condicional não representam “enormes favores legais”, mas sim políticas criminais legislativas para facilitar a ressocialização do apenado. Ademais, quando o preso reúne todas as condições para ser beneficiado com o livramento condicional ou progredir para

¹⁴⁹ Petição Inicial da ADI 5874. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14250818&prcID=5336271#>>. Acesso em: 25/04/2018, p. 31.

o regime aberto há verdadeiro direito subjetivo ao benefício¹⁵⁰, e não um “enorme favor legal”, acepção que dá a ideia que o condenado foi beneficiado por clemência ou pena.

Nesse sentido, como bem explicado no tópico 2.2.1 desta pesquisa, o regime aberto é o último a ser cumprido no sistema progressivo adotado no Brasil, encontrando-se já no fim do processo de ressocialização e permitindo o contato do apenado com a sociedade e com a família, bem como o obrigando a ter trabalho¹⁵¹. Na mesma toada, o livramento condicional abrevia o cumprimento de pena e possibilita o reingresso do infrator na sociedade sob determinadas condições.

Assim, tanto em um caso quanto em outro, o indulto significa mera abreviação de um processo de ressocialização que já se encontra no fim. Há, portanto, compatibilidade com os fins preventivos da pena na concessão de indulto a apenados nessas situações. O que não pode haver é uma abreviatura excessiva do período de cumprimento de pena, situação a qual foi tratada na análise do Art. 1º, I do Decreto nº 9.246/2017 e não induz uma incompatibilidade entre o indulto e o regime aberto ou o livramento condicional, ou seja, não há, em tese, proteção insuficiente.

Por fim, com relação ao argumento de que o indulto não produziria nenhum efeito na questão da lotação carcerária, lembre-se que, caso descumpridas as condições do regime aberto ou do livramento condicional, o apenado poderá, na forma dos Arts. 118 da LEP e 86 e 87 do CPB, regredir de regime ou ter o livramento revogado, voltando ao cárcere. Portanto, assim como em relação às penas restritivas de direitos, há, em último caso, a adoção de uma política criminal que favorece o desencarceramento.

No mesmo sentido, o Ministro Luís Roberto Barroso no julgamento da medida cautelar na ADI 5874, reconheceu que, se os infratores já se encontram mais próximos do retorno ao convívio social, não faria sentido impedir a concessão do indulto¹⁵², razão pela qual declarou constitucionais os incisos II e IV do Art. 8º.

Fixada a compatibilidade dos incisos I, II e IV do Art. 8º do Decreto nº 9.246/2017 com o indulto, não há sentido, neste subtópico, em relacionar os incisos com os princípios da separação dos poderes e da individualização da pena, já que é natural,

¹⁵⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral: arts. 1º a 120 do Código Penal. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 1010.

¹⁵¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Geral. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 616.

¹⁵² Decisão Ministro Luís Roberto Barroso na ADI 5874. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14503529&prcID=5336271&ad=s#>>. Acesso em: 25/04/2018, p. 46.

como já afirmado, a interferência do indulto nesses princípios, e eventual análise mais específica dependeria da aferição do *quantum* de pena exigido para conceder o benefício.

Por sua vez, o princípio da proporcionalidade foi avaliado na própria compatibilidade dos incisos com o indulto, quando se demonstrou que, em tese, a concessão de indulto para os casos previstos nos incisos I, II e IV do decreto ora analisado não representa medida desproporcional nem se caracteriza como proteção insuficiente, sendo constitucional. Na verdade, especificamente em relação às penas restritivas de direitos, seria desproporcional – e até anti-isonômico, afrontando o Art. 5º, *caput*, da CRFB/88 – não conceder indulto ao apenado que teve a pena privativa de liberdade substituída por restritiva de direitos e conceder o benefício a outro apenado que, diante da mesma pena privativa de liberdade, por não preencher as condições elencadas no Art. 44 do CPB, não obteve o benefício da substituição.

Por fim, não há inovação em matéria penal pelo mesmo motivo apresentado nos tópicos anteriores, isto é, o Art. 4º do Decreto nº 9.246/2017, ao estabelecer vedações à concessão do indulto, cria verdadeiros requisitos subjetivos, o que não torna o decreto norma meramente redutora de penas.

Portanto, são constitucionais os incisos I, II e IV do Art. 8º.

4.4.2 Inciso III: da concessão de indulto aos beneficiados pela suspensão condicional do processo

A previsão de concessão de indulto aos beneficiados pela suspensão condicional do processo é novidade nos decretos de indulto brasileiros que, conforme se verá a seguir, nunca foi adotada porque simplesmente não faz sentido e não tem aplicação prática. É até provável que o Presidente da República, ao editar o decreto, desejasse ter se referido à suspensão condicional da pena, já prevista nos decretos de indulto de 2010 a 2015. Entretanto, como a redação faz referência à suspensão condicional do processo – instituto bastante distinto –, não é possível, por maior que seja o esforço interpretativo, avaliar o inciso como se houvesse feito menção à suspensão condicional da pena.

Antes de iniciada a análise, realiza-se a conceituação da suspensão condicional do processo – ou *sursis* processual –, importante instituto previsto no Art. 89 da Lei nº 9.099/95 aplicável a crimes cuja pena mínima seja menor ou igual a um ano.

Segundo Renato Brasileiro de Lima¹⁵³, a suspensão condicional do processo é importante instituto despenalizador no qual o processo contra determinado réu fica suspenso por um período de prova, que é de 2 a 4 anos, sob determinadas condições e, caso ultrapassado o período de prova com cumprimento das condições, extingue-se a punibilidade do acusado.

Ademais, como afirmam Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho, Antônio Scarance Fernandes e Luiz Flávio Gomes¹⁵⁴, na suspensão condicional do processo não há assunção de culpa pelo acusado, assemelhando-se o instituto ao chamado *nolo contedere*, proveniente do direito italiano, que consiste em uma forma de defesa em que o réu não contesta as imputações, mas não admite culpa e nem proclama inocência. Há, assim, um acordo entre o acusador e o réu que, uma vez homologado pelo juiz na presença das partes por ocasião de recebimento da inicial, suspende o processo sem formação de culpa.

Diante do exposto, fica claro que, como não há assunção de culpa ou sequer uma fase processual probatória, é impossível haver uma condenação ou fixação de pena por parte do juiz. Assim, não há sentido prático algum em indultar alguém que sequer sabe a pena que lhe será cominada, ou pior, que não foi julgado sobre os fatos imputados. Conforme alegou o Ministério Público, “[...] não há processo, não há condenação, mas há perdão”¹⁵⁵.

Buscando entender o referido inciso do Art. 8º, o Ministro Luís Roberto Barroso considerou que se pretendia computar, entre o tempo de cumprimento de uma futura pena, dada em futura condenação caso o réu descumprisse as condições do *sursis* processual, o tempo pelo qual o processo ficou suspenso¹⁵⁶. Entretanto, o STF¹⁵⁷ tem entendimento claríssimo, formulado em diversas análises relativas à suspensão condicional da pena – *sursis* –, no sentido que o período de prova referente ao *sursis* não é computado, para fins de concessão de indulto, como efetivo cumprimento da sanção

¹⁵³ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manuel de Direito Processual Penal**. Salvador: Juspodvm, 2017, p. 1451.

¹⁵⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini; et. al. **Juizados especiais criminais: comentários à lei 9.099 de 26.09.1995**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 256.

¹⁵⁵ Petição Inicial da ADI 5874. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14250818&prcID=5336271#>>. Acesso em: 26/04/2018.

¹⁵⁶ Decisão Ministro Luís Roberto Barroso na ADI 5874. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14503529&prcID=5336271&ad=s#>>. Acesso em: 26/04/2017, p. 47.

¹⁵⁷ STF, HC 117855/SP, Primeira Turma, rel. Min. Luiz Fux, julgado em 24/09/2013; STF, HC 128846/PE, Segunda Turma, rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 24/11/2015; STF, HC 129209/PE, Segunda Turma, rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 17/11/2015.

penal, pois, se a pena está suspensa em determinado período, logicamente não se pode considerar que, naquele período, estava sendo cumprida.

Consequentemente, mesmo que feito o esforço interpretativo, como o próprio Ministro Barroso concluiu, haveria absoluta impossibilidade de contabilizar o tempo de cumprimento do *sursis* processual como tempo de cumprimento de pena¹⁵⁸.

Sobre o tema, a Advocacia-Geral da União alegou, genericamente, que a legislação penal não excluiu o citado benefício do alcance do indulto e que, como o indulto é norma benéfica ao condenado, concedida pelo Presidente da República, o julgador não pode limitar sua atuação se assim a lei não o fez¹⁵⁹.

Nesse caso, o problema reside em que a aplicação do dispositivo é tão absurda que, dificilmente, o legislador pensou que ocorreria para expressamente vedar. Ademais, o sistema principiológico constitucional permite ao juiz, em certos casos como o em análise, deixar de aplicar a norma por ser inconstitucional. Há, no caso, absoluta inaptidão do meio (indultar beneficiados com *sursis* processual) para atingir quaisquer fins desejados, pois o inciso não tem aplicação prática alguma. Portanto, trata-se de medida inadequada para as finalidades da política criminal e, consequentemente, desproporcional e inconstitucional.

Por fim, prejudicadas as análises de individualização da pena, separação dos poderes e vedação de legislar sobre matéria penal, pois, conforme explicado, o inciso III do Art. 8º do Decreto nº 9.246/2017 não tem aplicação nenhuma e é inconstitucional.

4.5 Art. 10 do Decreto nº 9.246/2017

O Art. 10 do Decreto nº 9.246/2017 trata, essencialmente, da relação do indulto com a multa penal, isto é, se a multa precisa ser paga para a concessão do indulto e se o referido benefício a inclui. A seguir, é reproduzido o dispositivo:

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.

¹⁵⁸ Decisão Ministro Luís Roberto Barroso na ADI 5874. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14503529&prcID=5336271&ad=s#>>. Acesso em: 26/04/2017, p. 48.

¹⁵⁹ Manifestação Advocacia-Geral da União na ADI 5874. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=712728846&prcID=5336271#>>. Acesso em: 26/04/2018, p. 23.

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

Como forma de melhor organização, as análises do *caput* e do parágrafo único serão divididas em 2 subtópicos.

4.5.1 Caput: do perdão à multa aplicada cumulativamente

O perdão à multa penal aplicada cumulativamente foi um dos mais criticados dispositivos do Decreto nº 9.246/2017 por permitir, teoricamente, que aqueles condenados ao pagamento de multas com valor alto se livrassem da obrigação por ocasião do recebimento do indulto, o que prejudicaria a finalidade preventiva – e até retributiva da pena –, estimulando a prática dos chamados “crimes do colarinho branco”.

De início, vale afastar a alegação da Procuradoria-Geral da República de que o indulto da multa consistiria verdadeira renúncia de receita. Isso porque a renúncia de receita é instituto previsto no Art. 14, § 1º da Lei Complementar 101/2000 que está ligado aos créditos tributários, entre os quais não está presente o indulto. Ademais, como bem fixado no subtópico 2.2.3 deste trabalho, a multa não perdeu efetivamente seu caráter penal no sentido punitivo (lado intrínseco), mas sim a dívida que ela cria (lado extrínseco) é considerada dívida ativa não tributária¹⁶⁰.

Assim, improcedente a alegação de renúncia de receita, e, considerando que a multa penal preservou seu caráter penal punitivo, perfeitamente possível, em tese, a sua extinção via indulto. Além disso, o indulto da multa, conforme fixado no tópico 2.3 deste trabalho e expresso no próprio Art. 9º, II, do Decreto nº 9.246/2017, somente atinge os efeitos penais da sentença, permanecendo a possibilidade de ingresso de ação cível para reparar os danos causados pelo crime.

Ultrapassadas as considerações iniciais, o principal problema referente ao *caput* do Art. 10 está relacionado a uma possível falta de limitação do valor da multa para que esta seja extinta pelo indulto, pois, caso esse valor seja elevado, a concessão do perdão presidencial importará em descon sideração das finalidades da pena e afrontará os princípios da separação dos poderes, da individualização da pena e da proporcionalidade (por haver proteção insuficiente).

¹⁶⁰ GOMES, Luiz Flávio. **Estudos de direito penal e processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 241.

Nesse caso, infelizmente, a redação do *caput* do Art. 10 foi bastante confusa quanto à existência de um limite de valor dentro do qual a multa seria perdoada. Ao contrário dos decretos de indulto de 2012 a 2015, que não faziam menção a valor algum da multa, sendo expressão clara de uma proteção insuficiente, o *caput* do Art. 10 determina que o indulto alcança a multa aplicada cumulativamente, “observados os valores estabelecidos em ato do Ministro de Estado da Fazenda”.

Não ficou claro, assim, quais seriam esses valores estabelecidos em ato do Ministro de Estado da Fazenda, nem se esses valores já foram fixados ou se haveria um futuro ato regulador. Além disso, a Procuradoria-Geral da República¹⁶¹, a Advocacia-Geral da União¹⁶² e o Ministro Luís Roberto Barroso¹⁶³, autores das mais relevantes considerações sobre o mérito dos dispositivos impugnados na ADI, sequer analisaram um possível sentido que poderia ser dado à parte final do *caput* do Art. 10.

Nesse caso, analisando os decretos de indulto de 2013 a 2015, percebe-se que, em outro artigo, faziam menção a um limite para a aplicação do indulto à multa penal em casos específicos. A seguir, é reproduzido o referido dispositivo no ano de 2015¹⁶⁴, ressaltando-se que a redação era a mesma nos demais anos:

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

(...)

XI - condenadas a pena de multa, ainda que não quitada, independentemente da fase executória ou do juízo em que se encontre, aplicada cumulativamente com pena privativa de liberdade cumprida até 25 de dezembro 2015, **desde que não supere o valor mínimo para inscrição de débitos na Dívida Ativa da União, estabelecido em ato do Ministro de Estado da Fazenda**, e que não tenha capacidade econômica de quitá-la. (grifou-se)

Assim, nos casos acima especificados, havia um limite de valor para a concessão do indulto da pena de multa. Por sua vez, o valor mínimo para inscrição de débitos na Dívida Ativa da União está atualmente previsto no Art. 1º, I da Portaria nº 75, de 22/03/2012, do Ministro de Estado da Fazenda, sendo de R\$ 1.000,00 (mil reais).

¹⁶¹ Petição Inicial da ADI 5874. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14250818&prcID=5336271#>>. Acesso em: 27/04/2018, p. 32/33.

¹⁶² Manifestação Advocacia-Geral da União na ADI 5874. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=712728846&prcID=5336271#>>. Acesso em: 27/04/2018, p.26/28.

¹⁶³ Decisão Ministro Luís Roberto Barroso na ADI 5874. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14503529&prcID=5336271&ad=s#>>. Acesso em: 27/04/2018, p. 38/41.

¹⁶⁴ BRASIL. Decreto nº 8.615/2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/d8615.htm>. Acesso em: 27/04/2018.

Portanto, percebendo que tanto os decretos de 2013 a 2015 quanto o Decreto nº 9.246/2017 se referem ao estabelecimento de valores em ato do Ministro de Estado da Fazenda como fator limitador ao indulto da pena de multa, entende-se que é possível a interpretação no sentido que a norma do Art. 10 se refere, a exemplo dos decretos passados, ao valor mínimo para inscrição de débitos na Dívida Ativa da União. Teria ocorrido, portanto, mera omissão, involuntária, na elaboração do texto do artigo.

Com essa interpretação, o *caput* do Art. 10, ora analisado, guardaria inteira compatibilidade com a Constituição de 1988, pois o perdão de multa, fixada em valores baixos e que sequer seriam cobrados, tem total sentido e não ofende nenhum dos princípios analisados no capítulo 3. Na verdade, o indulto da condenação pecuniária, em que pese não possa promover a descarcerização pela impossibilidade da transformação de multa em prisão, facilita a ressocialização do apenado, que não terá em seu histórico uma condenação pecuniária com pagamento pendente, e se revela medida proporcional, pois apenas perdoa uma pequena dívida que dificilmente seria cobrada pelo Estado.

Nesta toada, o próprio ministro Luís Roberto Barroso entendeu que a concessão do indulto à pena de multa pode ser admitida em situações excepcionais, entre elas quando o valor da multa for inferior ao mínimo fixado em ato do Ministro da Fazenda para a inscrição de débitos em Dívida Ativa da União¹⁶⁵. Assim, apesar de ter declarado a inconstitucionalidade do dispositivo em análise sem analisar seus possíveis sentidos, confirmou que a interpretação dada ao *caput* do Art. 10 preserva sua constitucionalidade.

Ressalte-se, por fim, que o §1º do Art. 1º da Portaria nº 75/2012 dispõe que os limites estabelecidos no *caput* não se aplicam quando se tratar de débitos decorrentes de aplicação de multa criminal, mas, como o decreto de indulto, além de ter sido editado posteriormente à portaria, é norma com expressa previsão constitucional, feita pelo Presidente da República e de hierarquia superior, conclui-se ser possível a determinação, no decreto, da aplicação dos limites estabelecidos no Art. 1º da citada portaria para os débitos decorrentes da multa criminal com a finalidade exclusiva de conceder o indulto¹⁶⁶. Afastada, portanto, a restrição do §1º para os casos da concessão de indulto.

¹⁶⁵ Decisão Ministro Luís Roberto Barroso na ADI 5874. Disponível em: < [http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14503529&prclID=5336271&ad=s#](http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14503529&prclID=5336271&ad=s#>) >. Acesso em: 27/04/2018.

¹⁶⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral: arts. 1º a 120 do Código Penal. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 1079.

A seguir, admitindo que a redação do *caput* do Art. 10 é bastante confusa, analisa-se, também, ainda que rapidamente, o outro sentido que poderia ser dado, no qual os valores seriam fixados em futuro ato do Ministro de Estado da Fazenda.

Nesta outra acepção, é impossível sustentar a constitucionalidade do *caput* do citado artigo, pois, além da inexistência de um limite do valor da multa, essa pode ser extinta sem que o apenado tenha pago parcela alguma.

No que se refere à separação dos poderes, haveria evidente interferência excessiva no Legislativo, eis que este poder, ao prever a imposição de multa como sanção em diversos crimes, criou política criminal para impor uma pena de caráter pecuniário, entendendo que seria necessária para o atendimento das finalidades preventiva e retributiva da pena criminal (aqui tratada de forma ampla). Ademais, haveria nítida desconsideração dos princípios da individualização da pena e da separação de poderes em relação ao Judiciário pela desconsideração de uma pena imposta em sentença judicial.

Assim, as ausências de previsão de limite do valor da multa, de parcela mínima de pagamento e dos motivos que ensejam a política criminal – já que a multa sequer pode levar ao encarceramento – induziriam uma evidente inconstitucionalidade do dispositivo, que substituiria uma política criminal legislativa e, além de desconsiderar uma parcela importante da individualização feita na sentença criminal, afrontaria a sua autoridade.

Ademais, o perdão à pena de multa, independentemente de seu valor, geraria uma evidente sensação de impunidade tanto para o infrator quanto para a sociedade, pois, para não pagar a multa, bastaria que o apenado por crime não hediondo ou equiparado simplesmente se recusasse a recolher o valor e tivesse bom comportamento carcerário. Nesse caso, diferente do que ocorreria em relação à pena privativa de liberdade, o infrator receberia o indulto sem ter pago parcela alguma da pena imposta. Haveria, portanto, evidente falha nas finalidades preventiva e retributiva da pena, fato que, em último caso, evidencia a desproporcionalidade da medida por meio de uma proteção insuficiente dos bens jurídicos protegidos pelos tipos penais com previsão de pena de multa.

Por fim, no que se refere ao sentido que deve ser adotado, entende-se que, em conformidade à presunção de legitimidade dos atos normativos da administração e para manter a unidade do ordenamento, preservando a supremacia da Constituição, deve-se

realizar uma interpretação conforme a Constituição, ou seja, considerar, dentre os sentidos possíveis, aquele que mais se compatibiliza com as exigências constitucionais¹⁶⁷.

Assim, adotando o primeiro sentido apontado, no qual a expressão “observados os valores estabelecidos em ato do Ministro de Estado da Fazenda” diz respeito ao valor mínimo para inscrição de débitos na Dívida Ativa da União, conforme disposto nos decretos de indulto de 2013 a 2015, considera-se que o *caput* do Art. 10 é constitucional. Portanto, possível a aplicação do indulto à pena de multa desde que esta tenha sido fixada dentro do limite previsto no Art. 1º, I da Portaria nº 75, de 22/03/2012, do Ministro de Estado da Fazenda.

4.5.2 Parágrafo único: da desnecessidade de pagamento de multa ou qualquer condenação pecuniária para a concessão do indulto

A previsão de concessão de indulto independente do pagamento da multa penal ou de qualquer outra prestação pecuniária é, dentre os dispositivos do Decreto nº 9.246/2017, um dos mais reproduzidos nos decretos de indulto passados. Com efeito, de 1993 a 2016, todos os decretos de indulto previram que a inadimplência da pena de multa (ou da pena pecuniária) não impedia a concessão do indulto. Mesmo assim, nenhum desses dispositivos anteriores foi questionado em ação do controle concentrado.

Nesse caso, as principais críticas da Procuradoria-Geral da República¹⁶⁸ dirigiram-se a um possível estímulo ao não pagamento da multa, já que, além de não ser paga para a concessão do indulto, ela seria extinta com o referido benefício.

Entretanto, no subtópico anterior, entendeu-se que a multa somente seria extinta se estivesse fixada dentro do limite previsto no Art. 1º, I da Portaria nº 75, de 22/03/2012, do Ministro de Estado da Fazenda, razão pela qual o segundo argumento elencado pela Procuradoria-Geral da República teria limitada aplicação prática. Ademais, a análise, a exemplo do feito no Art. 8º, deve ser feita em sede de compatibilidade, isto é, verificar se, em tese, é constitucional conceder indulto sem o pagamento da multa penal.

¹⁶⁷ SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 368.

¹⁶⁸ Petição Inicial da ADI 5874. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14250818&prcID=5336271#>>. Acesso em: 29/04/2018, p. 32/33.

Sobre o tema, o ministro Luís Roberto Barroso¹⁶⁹, ao confirmar a concessão da medida cautelar deferida pela ministra Cármen Lúcia, corroborou com os argumentos apresentados pelo Ministério Público e entendeu, buscando preservar as finalidades da pena de multa e garantir o seu pagamento, especialmente em relação aos crimes cometidos contra o erário, que o parágrafo único do Art. 11 é inconstitucional.

Na verdade, a decisão do ministro Barroso baseou-se em um entendimento formado nos últimos anos pelo STF, relativo a execuções de pena no caso do Mensalão de sua relatoria. Nas referidas ações, o plenário do Supremo¹⁷⁰ fixou, baseado em argumentos que serão discutidos a seguir, um novo critério para a progressão do apenado para o regime aberto: o pagamento ou, pelo menos, parcelamento da pena de multa.

Para o Tribunal, os critérios para progressão de regime, previstos no Art. 112 da LEP, não seriam exaustivos, podendo existir outros requisitos. Como exemplo, foi citado o Art. 33, §4º do Código Penal, que condiciona a progressão de regime, no caso de crime praticado contra a administração pública, à reparação do dano causado. Ademais, o condenado o qual, tendo condições, não paga a pena de multa, não teria o “senso de responsabilidade” para progredir ao regime aberto, pois, dolosamente, recusou-se a pagar a condenação pecuniária.

Ainda, alegou o Ministro Barroso – o qual foi acompanhado pelos outros ministros votantes, exceto o Ministro Marco Aurélio – que o §1º do Art. 118 da LEP, ao determinar a transferência do regime aberto ao apenado que, mesmo podendo, não paga a multa cumulativamente imposta, findava por estabelecer a obrigatoriedade do pagamento da condenação pecuniária (quando o apenado tem condições) para a progressão ao regime aberto¹⁷¹.

Por fim, foram aduzidos a essencialidade do pagamento da pena de multa para que fossem atendidas as finalidades preventiva e retributiva da pena, a importância do Judiciário no combate aos crimes contra a administração pública e os anseios sociais por firme repressão a esses delitos¹⁷².

¹⁶⁹ Decisão Ministro Luís Roberto Barroso na ADI 5874. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14503529&preID=5336271&ad=s#>>. Acesso em: 27/04/2018, p. 39-41.

¹⁷⁰ STF, Ag. Reg. na EP 12/DF, Tribunal Pleno rel. Min. Luís Roberto Barroso, julgado em 08/04/2015. Inteiro teor do acórdão disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8659610>>. Acesso em: 25/04/2018, p. 1.

¹⁷¹ *Ibid*, p. 9.

¹⁷² *Ibid*, p. 8.

Entretanto, considera-se que o entendimento acima exposto – que também foi aplicado para negar a concessão de indulto a apenados do caso do Mensalão que não pagaram a multa cumulativamente imposta¹⁷³ – é inconstitucional por ferir diversos princípios e garantias, conforme é explicado abaixo.

Inicialmente, como bem ressaltou o ministro Marco Aurélio¹⁷⁴, a partir da Lei nº 9.268/96 – discutida no item 2.2.3 deste trabalho –, restou proibida a conversão da pena de multa não paga em pena privativa de liberdade. O dispositivo, então, determinou um verdadeiro respeito ao direito fundamental de ir e vir dos apenados que não pagassem a multa, ou seja, a inadimplência da condenação pecuniária jamais poderia significar privação de liberdade do apenado. Nesse sentido, ao proibir a progressão do preso que, podendo, não recolheu o valor da multa, o STF criou uma coação física para que o apenado pagasse a multa, contrariando a Lei nº 9.268/96 e a Constituição Federal pela restrição, sem fundamento suficiente, ao direito de ir e vir.

Ademais, mesmo considerando que as condições do Art. 112 da LEP realmente não são exaustivas, o estabelecimento de outras condições, como importa em evidente restrição ao direito à progressão dos apenados e, assim, à sua liberdade, deve ser feito somente por lei, a exemplo do Art. 33, §4º do Código Penal.

Além disso, o próprio §2º do Art. 118 da Lei de Execução Penal já parte da situação de cumprimento de pena no regime aberto. Isto é, para poder regredir do regime aberto pelo não pagamento de multa, o apenado precisará estar no regime aberto e, assim progrediu para esse regime sem obrigação de ter pago a multa. Portanto, é insustentável a alegação de que, por um raciocínio lógico, o Art. 118, §1º, da LEP proibiria a progressão ao regime aberto sem o pagamento da multa.

Parte da doutrina, inclusive, entende que, com o advento da Lei nº 9.268/96, como ficou impedida a conversão da pena de multa em pena de prisão no caso de não pagamento, a regressão prevista no Art. 118, §1º da LEP perdeu seu sentido, pois representaria uma maior limitação à liberdade de ir e vir do apenado apenas pelo inadimplemento da multa, o que diverge da *mens legis* na nova lei¹⁷⁵.

¹⁷³ STF, Ag. Reg. na EP 11/DF, Tribunal Pleno, rel. Min. Luís Roberto Barroso, julgado em 08/11/2017; STF, Ag. Reg. na EP 14/DF, Tribunal Pleno, rel. Min. Luís Roberto Barroso, julgado em 18/12/2017.

¹⁷⁴ STF, Ag. Reg. na EP 12/DF, Tribunal Pleno, rel. Min. Luís Roberto Barroso, julgado em 08/04/2015. Inteiro teor do acórdão disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8659610>>. Acesso em: 25/04/2018, p. 37.

¹⁷⁵ MARCÃO, RENATO. **Curso de Execução Penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 198-199.

Portanto, considerando que não há lei expressa no sentido da decisão do STF, ocorreu desrespeito ao princípio da legalidade, também previsto na Carta Magna.

Lembre-se ainda que o Estado, por inúmeras razões, pode optar por somente executar a multa quando o apenado estiver no regime aberto, processo no qual poderá ser aferido mais claramente se o infrator tem condições econômicas para adimplir a multa. Infelizmente, uma vez adotado o entendimento do STF, o infrator teria que provar, para progredir ao regime aberto, que não tem condições de pagar a multa, existindo verdadeira inversão de obrigações, pois caberia ao Estado promover a pertinente execução da dívida.

Quanto a uma possível ausência de senso de responsabilidade, Luiz Régis Prado e Bruna de Azevedo de Castro¹⁷⁶ apontam que o termo “senso de responsabilidade” é deveras subjetivo e deve ser comprovado dentro da execução da pena privativa de liberdade, a qual não se confunde com a execução da pena de multa, com a apresentação, por exemplo, de certidão carcerária que comprove o bom comportamento do apenado.

Na verdade, há na decisão do STF um infeliz ativismo judicial que, buscando responder aos anseios da população, incorre em vícios de inconstitucionalidade e prejudica, para o cumprimento das finalidades da pena de multa, o sistema de progressão de regime da pena privativa de liberdade, o qual representa verdadeira expressão da individualização da pena executória. Nesse sentido, indagam os autores supracitados¹⁷⁷:

Além disso, cumpre indagar: atribuir à pena privativa de liberdade a "missão" de fazer com que a multa penal seja paga, retardando a progressão de regime, constitui-se efetivamente em procedimento hábil a buscar o cumprimento das finalidades da pena de multa referidas anteriormente (retribuição e prevenção)? Uma espécie de sanção criminal pode cumprir indiretamente os fins de outra?

Quanto aos questionamentos, ressalta-se, mais uma vez, que o Estado pode executar a pena de multa não paga, buscando, assim, cumprir suas finalidades. Nesse caso, não cumpre ao Judiciário, em caso de omissão estatal, simplesmente restringir as liberdades do apenado para ter satisfeitos os fins da multa. Como bem afirmou o ministro Marco Aurélio, “[...] que a Fazenda atue, e o faça executando, como cabe, considerado o executivo fiscal, a dívida e penhorando, se o agravante tiver bens no patrimônio, bens para a satisfação dessa mesma dívida”¹⁷⁸.

¹⁷⁶ PRADO, Luiz Régis; DE CASTRO, Bruna de Azevedo. **Pena de multa e progressão de regime executório. Ativismo Judicial**. Revista dos Tribunais, vol. 966/2016, abril/ 2016. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 183 – 200.

¹⁷⁷ *Ibid.*

¹⁷⁸ STF, Ag. Reg. na EP 12/DF, Tribunal Pleno, rel. Min. Luís Roberto Barroso, julgado em 08/04/2015. Inteiro teor do acórdão disponível em: <

É claro, como apontado no item 3.1 desta pesquisa, que o Judiciário pode atuar para satisfazer a fruição de vários direitos fundamentais e para proteger bens jurídicos em caso de omissão estatal, mas, nesse caso específico, o STF criou uma política criminal para pressionar o pagamento da multa em vez de ter buscado garantir o direito à progressão dos apenados e, conseqüentemente, seu direito de ir e vir.

Houve, então, nítido equívoco na ponderação de direitos fundamentais, pois deveria ter prevalecido a liberdade de ir e vir. Ademais, lembre-se que a pressão exercida pelo Judiciário não induz, necessariamente, o pagamento da multa, sendo possível que a finalidade da referida pena continue comprometida até que o Estado execute a dívida.

Arrematando, menciona-se a conclusão de Luiz Régis Prado e Bruna de Azevedo de Castro¹⁷⁹, segundo os quais o STF, infelizmente, utilizou-se do aspecto simbólico do Direito Penal, isto é, negou a progressão para provar à sociedade que os crimes nocivos ao erário são também tratados com severidade pelo Poder Judiciário, o que é inaceitável num Estado de Direito que, como defendido por Ferrajoli, deve respeitar o rígido sistema de garantias criado em sua constituição.

Portanto, discordando-se da jurisprudência firmada nos últimos anos, entende-se que, assim como a progressão ao regime aberto, é perfeitamente possível a concessão do indulto sem pagamento da multa penal, pois, caso contrário, restringiria-se a liberdade individual dos apenados – que teriam direito subjetivo ao indulto – para que pagassem uma pena de multa, situação que é, pelo raciocínio desenvolvido, inconcebível à luz da Constituição de 1988 e das inovações feitas pela Lei nº 9.268/96.

O entendimento, vale ressaltar, independe das condições econômicas do apenado, que deverão ser avaliadas num processo de execução movido pelo Estado.

Por fim, quantos aos princípios elencados no capítulo anterior, o parágrafo único do Art. 10 não representa violação alguma, pois, como já explicado, não extingue a multa penal ou diminui o tempo de cumprimento de pena para conceder o indulto, mas apenas separa o pagamento da multa penal da concessão do indulto. Assim, respeita a individualização da pena, a separação dos poderes e o princípio da proporcionalidade, não representando proteção insuficiente pela possibilidade de cobrança da multa pelo Estado, fato que conserva as suas finalidades preventiva e retributiva.

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8659610>>. Acesso em: 25/04/2018, p. 37.

¹⁷⁹ PRADO, Luiz Régis; DE CASTRO, Bruna de Azevedo. **Pena de multa e progressão de regime executório. Ativismo Judicial**. Revista dos Tribunais, vol. 966/2016, abril/ 2016. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 183 – 200.

Apesar de não mencionado explicitamente, o mesmo raciocínio desenvolvido é aplicável ao inciso II do parágrafo único do Art. 10, que se refere à prestação pecuniária de qualquer natureza. Nesse caso, além dos argumentos apresentados, a teor do Art. 5º, LXVII, da Constituição Federal, não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel, casos que não dizem respeito a sanções decorrentes do cometimento de um crime.

Portanto, considera-se constitucional o parágrafo único do Art. 10 do Decreto nº 9.246/2017.

4.6 Art. 11 do Decreto nº 9.246/2017

O Art. 11 do Decreto nº 9.246/2017 foi o último impugnado na ADI 5874. A seguir, o referido dispositivo é reproduzido:

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.

Sobre o reproduzido artigo, a Procuradoria-Geral da República alegou, como argumentação geral, que 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”¹⁸⁰.

Entretanto, considerando que nem todos incisos tratam de situações semelhantes, será analisado primeiro os incisos I, II e IV e depois o inciso III, situação um pouco diversa.

4.6.1 Incisos I, II e IV: da concessão de indulto com trânsito em julgado para a acusação, com recurso da acusação de qualquer natureza pendente de julgamento após

¹⁸⁰ Petição Inicial da ADI 5874. Disponível em: <
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14250818&prcID=5336271#>>.
 Acesso em: 29/04/2018, p. 33.

a condenação em segunda instância e sem a expedição da guia de recolhimento

As hipóteses previstas nos incisos I e IV do Art. 11 do decreto ora analisado, assim como outros dispositivos analisados anteriormente, não representam novidade alguma para o Judiciário brasileiro. Com efeito, a hipótese do inciso I esteve presente, à exceção do ano de 2016, em todos os decretos editados na vigência da Constituição Federal de 1988, e a do inciso IV, entre 2013 e 2015.

Na verdade, essas hipóteses partem do entendimento, debatido no item 2.3 deste trabalho, de que é possível, com vistas a beneficiar o acusado que não pode ter a pena majorada, a concessão do indulto com o trânsito em julgado somente para a acusação, isto é, antes de existir uma execução definitiva da pena. Conforme explicado, o recurso do réu ainda pode ser analisado no mérito pelo tribunal, inexistindo prejuízo¹⁸¹. Assim, se a pena do réu não pode ser agravada, não faz sentido negar o indulto.

Em que pese o entendimento parecer se adequar somente ao inciso I do Art. 11, a sua consequência lógica justifica a fundamentação do inciso IV, pois, conforme dispõe o Art. 105 da LEP, a guia de recolhimento definitiva somente será expedida quando ocorrer o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Ora, se nem o trânsito em julgado para as duas partes é necessário para a concessão do indulto, bastando que a pena não possa ser aumentada, não há por que proibir a concessão do indulto antes da expedição da guia de recolhimento definitiva, que ocorre após o trânsito em julgado. Assim, caso o apenado já tenha cumprido a parcela da pena exigida com a execução provisória a partir da segunda instância, por exemplo, é possível, com a presença dos demais requisitos subjetivos e objetivos, conceder o indulto.

Questão um pouco mais controversa, entretanto, diz respeito à guia de recolhimento provisória, a qual é expedida para a execução provisória da pena que, conforme entendimento do STF¹⁸², pode ser iniciada após a condenação do acusado em segunda instância.

Nesse caso, se não existir recurso da acusação buscando a majorar a pena, pode-se conceder o indulto antes da expedição da guia de recolhimento provisória, desde que o réu, é claro, estivesse preso provisoriamente e preencha os demais requisitos para a concessão do benefício. Isso porque o acusado já teria direito à detração da pena,

¹⁸¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral: arts. 1º a 120 do Código Penal. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 1076.

¹⁸² STF, HC 126292/SP, Tribunal Pleno, rel. Ministro Teori Zavascki, julgado em 17/02/2016.

prevista no Art. 42 do Código Penal e que significa, em suma, o desconto do período em que o réu foi privado de sua liberdade para fins do cumprimento de pena¹⁸³.

Lembre-se, por fim, que a detração só é aplicável quando a pena cautelarmente cumprida guarda semelhança e homogeneidade em relação à pena imposta¹⁸⁴ e que há entendimento nas cortes superiores sobre o tema no sentido que o cômputo previsto no Art. 42 do CPB somente pode ser feito quando a medida cautelar importe em considerável restrição da liberdade do apenado¹⁸⁵. Portanto, à luz do entendimento jurisprudencial, a detração – e conseqüentemente o indulto antes de expedida a guia de recolhimento provisória – somente poderá ser realizada quando a medida cautelar imposta gerar considerável restrição à liberdade de locomoção.

Diante do exposto, não há desrespeito à separação dos poderes ou à individualização da pena em conceder, em tese, indulto a réus cujas condenações não possam ser majoradas por não existir recurso pendente da acusação.

Na verdade, a medida é sobretudo justa com aqueles que já cumpriram a parcela de pena exigida para a concessão do indulto, ainda que cautelarmente, sendo razoável e não representando, por si só, hipótese de proteção insuficiente. Uma possível inconstitucionalidade, como explicado no tópico relativo ao Art. 8º, estaria relacionada ao *quantum* de cumprimento da pena exigido para o benefício, mas não à sua concessão, em abstrato, nas hipóteses do Art. 11, I e IV do Decreto nº 9.246/2017.

Quanto ao inciso II do Art. 11, representa situação na qual o réu, depois de condenado em segunda instância, atinge os requisitos para a concessão do indulto, mas há recurso da acusação pendente de julgamento.

Inicialmente, ao comparar os incisos I e II do Art. 11, já é possível inferir que, caso o inciso II seja constitucional, o inciso I torna-se completamente obsoleto, pois, se seria possível conceder o indulto com recurso pendente da acusação, é claro que também o seria com o trânsito em julgado para a acusação.

Na verdade, a previsão de concessão do indulto sem trânsito em julgado para a acusação também não é nova, estando reproduzida nos decretos de 1997 até 2015, mas havia uma diferença fundamental: a concessão do indulto somente era permitida caso o recurso da acusação não visasse a majoração da quantidade da pena ou a modificação das

¹⁸³ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. 19ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2017, p. 663.

¹⁸⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Direito Processual Penal**. Salvador: Juspodvm, 2017, p. 836.

¹⁸⁵ STFHC 81.886/RJ, Segunda Turma, rel. Min. Mauricio Corrêa, julgado em 14/05/2002; STJ, RHC 17.501/SP, Sexta Turma, rel. Min. Paulo Medina, julgado em 23/08/2005.

condições exigidas para a declaração do indulto. Nessas hipóteses, a concessão do indulto guardava absoluta compatibilidade com a separação dos poderes e com a individualização da pena, pois seria mantida mesmo após o julgamento do recurso da acusação.

Situação bem diversa, infelizmente, é a prevista no Art. 11, II do Decreto nº 9.246/2017, já que haveria concessão de indulto com recurso da acusação de qualquer natureza. O Presidente da República, ao utilizar o termo qualquer, findou por permitir a declaração de indulto diante de todos os recursos da acusação impostos contra uma condenação em segunda instância, aí incluídos os recursos visando majorar a pena ou modificar alguma condição essencial para a concessão do indulto.

Como exemplo, pode-se citar o recurso da acusação visando modificar a condenação de um acusado pelo Art. 33, §4º da Lei nº 11.343/2006 para o Art. 33, *caput*, da mesma lei, que tem pena maior e é crime hediondo.

Haveria, portanto, uma clara interferência inconstitucional no Poder Judiciário, pois este, uma vez extinta a pena (e a punibilidade) pelo indulto, ficaria impossibilitado de aumentá-la ou de modificar a capitulação para crime que não admite concessão de indulto, por exemplo, conforme as particularidades do caso, o que é absolutamente contrário à individualização da pena e, claro, à separação dos poderes, reputando-se gravíssimo ato antidemocrático.

Além disso, caso fosse extinta quando deveria ter sido aumentada, a pena considerada para conceder o indulto se revelaria desproporcional, configurando-se uma proteção insuficiente dos bens jurídicos das vítimas e da sociedade e uma falha nas finalidades preventiva e retributiva da condenação penal.

Ressalte-se, por fim, que não é possível, diante da redação do inciso II, determinar outra interpretação sobre o dispositivo, isto é, o termo “qualquer”, incluído na expressão “qualquer natureza”, decisiva para o sentido do inciso, significa “seja qual for”¹⁸⁶ ou “coisa indeterminada ou indiscriminada”¹⁸⁷ e inclui todos os tipos de recursos da acusação possíveis.

Portanto, considera-se constitucionais os incisos I e IV do Art. 11, e inconstitucional o inciso II do mesmo artigo.

4.6.2 Inciso III: da concessão de indulto com existência de outro processo pendente de

¹⁸⁶ Houaiss, Antônio; Villar, Mauro de Salles. **Minidicionário Houaiss da língua portuguesa**. 3ªed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008, p. 547.

¹⁸⁷ *Ibid, loc. cit.*

juízo contra o apenado

O último inciso do Decreto nº 9.246/2017 a ser analisado neste trabalho diz respeito à possibilidade de concessão do indulto quando o apenado responde a outro processo, independentemente da capitulação, sem ter condenação em segunda instância.

Impugnando o dispositivo, a Procuradoria-Geral da República alegou que o inciso permite a concessão de indulto a crimes hediondos e equiparados, sendo inconstitucional por desrespeitar a vedação prevista no Art. 5º, XLIII, da CRFB/88, tratado no item 3.5 deste trabalho. De fato, é amplamente majoritário na doutrina – e pacífico na jurisprudência – que, com relação ao Art. 5º, XLIII, da Constituição de 1988, houve mera confusão de termos do legislador, o qual deveria ter escrito indulto mas fez referência expressa à graça – que é o indulto individual –, tendo deixado expresso o termo indulto apenas no Art. 84, XII da Carta Magna¹⁸⁸.

Entretanto, com relação ao inciso III do Art. 11 do decreto em análise, não há desrespeito à vedação constitucional, mas sim mera confusão interpretativa feita pelo Ministério Público, conforme será demonstrado a seguir. Para facilitar a análise, é reproduzido o inciso novamente: o indulto é cabível ainda que “[...] 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”¹⁸⁹.

Pela leitura do dispositivo acima, a única divergência interpretativa diz respeito à parte final do inciso, a oração “mesmo que tenha por objeto os crimes a que se refere o art. 3º”, que pode estar se referindo a “outro processo criminal” ou ao cabimento do indulto, presente no *caput* do Art. 11.

Nesse caso, há de se registrar que o Art. 3º do Decreto nº 9.246/2017 estabelece vedações claras à concessão do indulto para crimes hediondos e equiparados, entre outras hipóteses, não havendo sentido em permitir, em outro artigo, que o benefício fosse concedido aos crimes referidos no Art. 3º. Ademais, se fosse a intenção do Presidente da República conceder o indulto aos citados crimes, não seria necessário se referir a um outro processo respondido pelo acusado sem condenação em segunda

¹⁸⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral: arts. 1º a 120 do Código Penal. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 1078.

¹⁸⁹ BRASIL. Decreto nº 9.246/2017. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9246.htm>. Acesso em: 30/04/2018.

instância, pois este processo seria irrelevante para a concessão do indulto. Assim, o Presidente faria a permissão de maneira direta, sem incluir condições irrelevantes.

Ainda, a menção a “não condenação em segunda instância” serve, justamente, para separar a condenação pela qual o apenado receberá o indulto do outro processo que responde. Isso porque, conforme explicado no subtópico anterior, após a condenação em segunda instância, inicia-se, segundo entendimento do STF, a execução provisória da pena, somando-se as penas aplicadas para a execução, conforme Art. 111 da LEP.

Assim, ao prever a concessão do benefício ao apenado que responda outro processo somente se não houver condenação em segunda instância, o inciso III do Art. 11 do Decreto nº 9.246/2017 busca evitar uma possível confusão na concessão do indulto que seria gerada pela unificação das duas penas, uma relativa a um crime em que é cabível o indulto e outra, a um delito no qual é incabível a concessão do benefício.

Como bem explicou o Ministro Luís Roberto Barroso¹⁹⁰, caso um apenado por crime de roubo respondesse também por tráfico de drogas, poderia, após o cumprimento da parcela de pena exigida, receber o indulto em relação ao crime de roubo, não havendo extensão para o tráfico de drogas. Nesse caso, o processo com imputação de tráfico de drogas prossegue e, caso haja condenação definitiva, o infrator, logicamente, não pode receber indulto em relação ao crime.

Arrematando, o referido inciso foi reproduzido de forma idêntica nos decretos de indulto de 2010 a 2015 e nunca foi reputado inconstitucional pela jurisprudência pátria ou sequer impugnado em uma ação, sendo sempre adotado o entendimento de que a pena seria extinta somente em relação ao crime suscetível de indulto.

Portanto, entende-se que a oração “mesmo que tenha por objeto os crimes a que se refere o art. 3º” se refere à expressão “outro processo criminal” e não ao cabimento do indulto, razão pela qual a concessão do benefício, nesse caso, será feita somente em relação ao crime previsto no Art. 3º do Decreto nº 9.246/2017. Inexiste, desse modo, desrespeito à vedação prevista no Art. 5º, XLIII, da Constituição de 1988, razão pela qual o dispositivo é constitucional.

¹⁹⁰ Decisão Ministro Luís Roberto Barroso na ADI 5874. Disponível em: <[http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14503529&prclID=5336271&ad=s#](http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14503529&prclID=5336271&ad=s#>)>. Acesso em: 30/04/2018, p. 49-50.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No conturbado momento democrático pelo qual o Brasil passa, o Poder Judiciário tem por função principal proteger a Constituição, garantindo que não seja diretamente ofendida e que seus direitos fundamentais sejam respeitados na atuação estatal. Cabe então ao citado poder a tarefa difícil de possibilitar a máxima aplicação e efetividade dos direitos fundamentais dos cidadãos diante de complexos casos concretos.

Nesse contexto, o presente trabalho buscou analisar os dispositivos do Decreto nº 9.246/2017 impugnados na ADI 5874 de maneira técnica e compatível com a Constituição Federal e propor uma reflexão sobre a utilização do instituto do indulto como política criminal no Brasil.

Assim, conceituou-se, no capítulo 2, vários institutos do direito penal, dando-se maior foco ao indulto que, num contexto de evidente falha das penas impostas em cumprirem suas finalidades e de desrespeito a vários direitos fundamentais dos presos, pretende realizar a descarcerização e a ressocialização dos apenados. Já no capítulo 3, tratou-se das principais normas constitucionais atinentes à análise do Decreto nº 9.246/2017, merecendo destaque os princípios individualização da pena, da separação dos poderes e da proporcionalidade, na qual foi explorada a vedação à proteção insuficiente, que, na análise concreta dos dispositivos impugnados, estavam muitas vezes interligados.

Após, no início do capítulo 4, realizou-se uma breve contextualização do Decreto com a crise política brasileira e foram feitas considerações sobre a ADI 5874, que aprofundou a crise do Executivo com o Judiciário e importou, até agora, na suspensão de alguns dispositivos do Decreto nº 9.246/2017, destacando-se a decisão do Ministro Luís Roberto Barroso.

Sobre os dispositivos do Decreto nº 9.246/2017 impugnados pela ADI 5874, optou-se por adotar estratégias distintas de análise. Nesse caso, em relação ao Art. 1º, I, ao Art. 2º, §1º, I e ao Art. 10, *caput*, analisou-se os requisitos em si para a concessão do indulto, como o tempo de pena cumprida ou o valor da multa imposta, buscando saber se os requisitos estabelecidos contrariavam, de alguma forma, as normas constitucionais tratadas no capítulo 3.

Já em relação aos demais artigos, tendo em vista que os decretos anteriores, em sua maioria, já traziam dispositivos semelhantes, analisou-se a sua compatibilidade, em abstrato, com o indulto e, lógico, com as normas constitucionais apresentadas no

capítulo 3. Caso contrário, o mero entendimento de que os requisitos dos primeiros artigos são inconstitucionais levaria à inaplicabilidade, em parte, dos demais dispositivos.

Finda a análise, conclui-se que apenas o Art. 1º, I, o Art. 2º, §1º, I, o Art. 8º, III e o Art. 11, II são inconstitucionais.

No caso dos Arts. 1º, I, e 2º, §1º, I, a fixação de parâmetros muito curtos de cumprimento de pena para a concessão do indulto (respectivamente 1/5 e 1/6 para primários) gera, certamente, uma interferência excessiva na individualização feita pelo Judiciário e interrompe a que era feita pelo Executivo, fato que frustra o processo de ressocialização ao qual o apenado estava submetido, impede a realização das finalidades preventiva e retributiva da pena de forma satisfatória e impõe, na prática, o cumprimento de uma pena desproporcional ao crime cometido, desrespeitando excessivamente a decisão judicial condenatória.

Há, assim, inconstitucionalidade por ferirem os princípios da separação dos poderes, da individualização da pena e da proporcionalidade, ressaltando, quanto a este último que há, sobretudo, uma proteção insuficiente dos bens jurídicos das vítimas e da sociedade. Ademais, em relação ao Art. 1º, I, há verdadeira substituição injustificada da política criminal implementada pelo Legislativo com a criação do livramento condicional que, com os critérios previstos no Art. 1º, I, seria concedido em pouquíssimos casos.

Com relação ao Art. 8º, III, constatou-se que o dispositivo não tem aplicação alguma, pois na suspensão condicional do processo não houve pena imposta ao acusado ou sequer instrução probatória. Sendo inaplicável, o dispositivo é inapto para atingir qualquer fim e, assim, ofende o princípio da proporcionalidade e é inconstitucional.

Por sua vez, o Art. 11, II, ao permitir a concessão do indulto na pendência de qualquer recurso da acusação em segunda instância, finda por interferir de maneira desastrosa – e inconstitucional – no processo penal, pois extingue a punibilidade de um acusado que ainda poderia ter pena majorada pelo Poder Judiciário e, se assim ocorresse, ficar impedido de receber o indulto. Nesse caso, ressaltou-se que o termo “qualquer” impede a exclusão da abrangência do Art. 11, II aos recursos da acusação que visem majorar a pena ou que possam modificar condições essenciais para a concessão do indulto, casos em que não é cabível o indulto.

Quanto aos demais dispositivos, entende-se que guardam compatibilidade com o instituto do indulto, mesmo que tenham, em alguns casos, mera finalidade ressocializadora em vez de promoverem um desencarceramento de forma direta.

Aqui, destaca-se o caso do Art. 10, *caput*, no qual, comparando o dispositivo com previsões de decretos anteriores, que foram reproduzidas de forma idêntica entre 2013 e 2015 e tinham redação semelhante ao fim do *caput* do Art. 10, considerou-se que a vaga expressão “observados os valores estabelecidos em ato de Ministro de Estado da Fazenda” faz menção ao limite para inscrição de débitos na dívida ativa da União. Adotada essa interpretação, entendeu-se que o dispositivo é constitucional, não havendo sentido em negar o indulto da multa nesses casos.

Propõe-se, ao fim deste trabalho, uma reflexão sobre o tema.

Como bem demonstrado nesta pesquisa, a concessão de indulto tornou-se ato comum no Brasil e tem sido cada vez mais abrangente. Entretanto, a jurisprudência pátria – e até a doutrina, com louváveis exceções – tem se mantido conivente, na grande maioria dos casos, com os critérios fixados pelos presidentes da república, limitando-se a avaliar a presença desses requisitos sob a alegação genérica de que o ato é discricionário, tendo relação com a conveniência e a oportunidade do Presidente de República.

Na verdade, entende-se que é legítima a concessão do indulto anualmente como meio de política criminal que possibilita o desencarceramento ou a ressocialização dos apenados, pois há compatibilidade com as finalidades da pena e uma tentativa de assegurar a fruição de vários direitos fundamentais dos condenados.

Contudo, essa possibilidade jamais justifica a edição de decretos com parcelas tão curtas de cumprimento de pena para a concessão do indulto sem que sequer existam dados os quais atestem sua eficiência como política criminal. Assim, a discricionariedade do indulto deve ser interpretada de modo compatível com os demais princípios constitucionais, não podendo a vontade do Presidente, por qualquer motivo, sobrepor-se às normas constitucionais, sob pena de se retirar a força normativa da Constituição.

Cabe ao Judiciário brasileiro, então, com base nas políticas criminais legislativas já adotadas, estabelecer sobre o tema, pelo menos, um mínimo de parcela de cumprimento de pena abaixo do qual a concessão do indulto, salvo fundadas justificações, seria inconstitucional.

Nesse sentido, finalizando o presente trabalho, é enaltecida a propositura da ADI 5874 por ser importante instrumento para provocar um posicionamento do STF sobre o mérito do tema, o que começou a ser feito, mesmo em juízo de cognição sumária, pelo ministro Luís Roberto Barroso ao confirmar a medida cautelar deferida anteriormente.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. 4ª tir. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015.
- ÁVILA, Humberto Bergman. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4ª ed. 3ª tir. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BARROS, Susana Vidal de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Artigo disponível em: < <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>>. Acesso em: 09/04/2018.
- _____. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional**. Revista dos Tribunais - Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, vol. 23 (1998), p. 65-78. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 7ª ed. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2014.
- BENTHAM, Jeremias. **O panóptico**. 2ª ed. Trad. Tomaz Tadeu. Belo Horizonte: Autêntica, 2008.
- BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal – Parte Geral**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros.
- BRAGA, Vera Regina de Almeida. **Pena de multa substitutiva no concurso de crimes**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- _____. **Execução da Pena de Multa: Juízo Competente**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Em busca de um conceito fugidio – O ativismo judicial**. In: DE PAULA, Daniel Giotti; FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo (orgs.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: JusPodivm, 2011.
- BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Brasil. **Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário**. CPI sistema carcerário. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009. Disponível em: < <http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/2701>>. Acesso em: 20 de março de 2018.
- _____. **Constituição Federal de 1988 – BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, Senado, 1988. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27 abr. 2018.

_____. Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 31 dez. 1940. Seção 1, p. 23911. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 01/04/2018.

_____. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 13 out. 1941. Seção 1, p. 19699. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 01/04/2018.

_____. Decreto nº 8.615, de 23 de dezembro de 2015. Concede indulto natalino e comutação de penas e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 24 dez. 2015. Seção 1, p. 44. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/d8615.htm>. Acesso em: 20/04/2018.

_____. Decreto nº 8.940, de 22 de dezembro de 2016. Concede indulto natalino e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 23 dez. 2016. Seção 1, p. 13. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/D8940.htm>. Acesso em: 20/03/2018.

_____. Decreto nº 9.246, de 21 de dezembro de 2017. Concede indulto natalino e comutação de penas e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 22 dez. 2017. Seção 1, p. 3. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9246.htm>. Acesso em: 20/03/2018.

_____. Departamento Intersindical de Assessoria Parlamentar – DIAP. **Radiografia do Novo Congresso**: Legislatura 2015-2019. Brasília: DIAP, 2014. Disponível em: < <http://www.diap.org.br/index.php/publicacoes/viewcategory/41-radiografia-do-novo-congresso>>. Acesso em: 20/04/2018.

_____. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA. **Reincidência criminal no Brasil. Relatório de Pesquisa**. Rio de Janeiro: IPEA, 2015. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=25590>. Acesso em: 20 de março de 2018.

_____. Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 13 jul. 1984. Seção 1, p. 10217. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/17209.htm>. Acesso em: 02/04/2018.

_____. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 13 jul. 1984. Seção 1, p. 10227. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210compilado.htm>. Acesso em: 05/04/2018.

_____. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 - Exposição de motivos. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 01 jul. 1983. Seção 1, p. 017. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7210-11-julho-1984-356938-exposicaoodemotivos-149285-pl.html>>. Acesso em: 16/04/2018.

_____. Lei nº 9.268, de 1º de abril de 1996. Altera dispositivos do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal - Parte Geral. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 2 abr. 1996. Seção 1, p. 5457. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19268.htm>. Acesso em: 04/04/2018.

_____. Ministério da Justiça. DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento nacional de informações penitenciárias** – INFOPEN. Brasília: Ministério da Justiça – DEPEN, agosto de 2017. Disponível em: <<http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016>>. Acesso em: 20 março 2018.

_____. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Operação Lava-Jato. Por onde começou. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/investigacao/historico>>. Acesso em: 20/04/2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 238480. Sexta Turma. Relator Ministro Moura Ribeiro. **HC 238480/SP – São Paulo**. Brasília, Distrito Federal, 11 de fevereiro de 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 359352. Quinta Turma. Relator Ministro Félix Fischer. **HC 359352/RS – Rio Grande do Sul**. Brasília, Distrito Federal, 02 de fevereiro de 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 377265/RS. Quinta Turma. Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. **HC 377265/RS – Rio Grande do Sul**. Brasília, Distrito Federal, 21 de fevereiro de 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 384003/RS. Quinta Turma. Relator Ministro Félix Fischer **HC 384003/RS – Rio Grande do Sul**. Brasília, Distrito Federal, 18 de abril de 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1519777. Terceira Seção. Relator Ministro Rogério Schietti Cruz. **REsp 1519777/SP – São Paulo**. Brasília, Distrito Federal, 26 de agosto de 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 17.501/SP. Relator Ministro Paulo Medina, Sexta Turma. **RHC 17501/SP – São Paulo**. Brasília, Distrito Federal, 23 de agosto de 2005.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2795/DF**. Requerente: Partido Trabalhista Brasileiro. Relator Ministro Marco Aurélio. Brasília, Distrito Federal, 23 de dezembro de 2012. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2082819>>. Acesso em: 18/04/2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5343/DF**. STF, ADI 5343/DF. Requerente: Procurador-Geral da República. Relator Ministro Dias Toffoli. Brasília, Distrito Federal, 3 de julho de 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4795375>>. Acesso em: 17/04/2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5874/DF**. Requerente: Procuradora-Geral da República. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Brasília, Distrito Federal, 28 de dezembro de 2017. Brasília. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5336271>>. Acesso em: 10/03/2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF**. Arguente: Partido Socialismo e Liberdade - PSOL. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, Distrito Federal, 09 de janeiro de 2015. Brasília. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=347&classe=ADPF&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 02/04/2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Execução Penal 11. Tribunal Pleno. Relator Ministro Luís Roberto Barroso. **Ag. Reg. na EP 11/DF – Distrito Federal**. Brasília, Distrito Federal, 08 de novembro de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Execução Penal 12. Tribunal Pleno. Relator Ministro Luís Roberto Barroso. **Ag. Reg. na EP 12/DF – Distrito Federal**. Brasília, Distrito Federal, 08 de abril de 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Execução Penal 14. Tribunal Pleno. Relator Ministro Luís Roberto Barroso. **Ag. Reg. na EP 14/DF – Distrito Federal**. Brasília, Distrito Federal, 18 de dezembro de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 68.096. Primeira Turma. Relator Ministro Moreira Alves. **HC 68.096/DF – Distrito Federal**. Brasília, Distrito Federal, 9 de junho de 1990.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 71.691. Primeira Turma. Relator Ministro. Sepúlveda Pertence. **HC 71.691/RJ – Rio de Janeiro**. Brasília, Distrito Federal, 9 de agosto de 1994.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 81.886. Segunda Turma. Relator Ministro Maurício Corrêa. **HC 81.886/RJ – Rio de Janeiro**. Brasília, Distrito Federal, 14 de maio de 2002.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 104410. Segunda Turma. Relator Ministro Gilmar Mendes. **HC 104410/RS – Rio Grande do Sul**. Brasília, Distrito Federal, 27 de fevereiro de 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 105022. Primeira Turma. Relatora Ministra Cármen Lúcia. **HC 105022/DF – Distrito Federal**. Brasília, Distrito Federal, 12 de abril de 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 115099. Segunda Turma, Relatora Ministra Cármen Lúcia. **HC 115099/SP – São Paulo**. Brasília, Distrito Federal, 19 de fevereiro de 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 117855/SP. Primeira Turma. Relator Ministro Luiz Fux. **HC 117855/SP – São Paulo**. Brasília, Distrito Federal, 24 de setembro de 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 126292. Tribunal Pleno. Relator Ministro Teori Zavascki. **HC 126292/SP – São Paulo**. Brasília, Distrito Federal, 17 de fevereiro de 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 128846/PE. Segunda Turma. Relatora Ministra Cármen Lúcia. **HC 128846/PE – Pernambuco**. Brasília, Distrito Federal, 24 de novembro de 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 129209/PE. Segunda Turma. Relator Ministro Dias Toffoli. **HC 129209/PE – Pernambuco**. Brasília, Distrito Federal, 17 de novembro de 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Informativo nº 504**. Brasília, Distrito Federal, 2 de maio de 2008. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo504.htm#Grave%20Estado%20de%20Sa%C3%BAde%20e%20Pris%C3%A3o%20Domiciliar>>. Acesso em: 24/04/2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 920826. Segunda Turma. Relator Ministro Edson Fachin. **RE 920826/PE – Pernambuco**. Brasília, Distrito Federal, 12 de fevereiro de 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 641320. Tribunal Pleno. Relator Ministro Gilmar Mendes. **RE 641320/RS – Rio Grande do Sul**. Brasília, Distrito Federal, 11 de maio de 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 26**. Brasília, Distrito Federal, 23 de dezembro de 2009. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1271>>. Acesso em: 02/04/2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 56**. Brasília, Distrito Federal, 8 de agosto de 2016. Disponível em: <

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=3352>>. Acesso em: 02/04/2018.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade nº 5029310-21.2017.4.04.0000. Corte Especial. Relator Desembargador Leandro Paulsen. **Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade 5029310-21.2017.4.04.0000/TRF4**. Porto Alegre, Rio Grande do Sul, 25 de maio de 2017.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade nº 5051763-44.2016.4.04.0000. Corte Especial. Relator Desembargador Leandro Paulsen. **Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade 5051763-44.2016.4.04.0000/TRF4**. Porto Alegre, Rio Grande do Sul, 26 de outubro de 2017.

BRITTO, Carlos Ayres. **Separação dos Poderes na Constituição Brasileira**. Doutrinas Essenciais do Direito Constitucional, vol. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2015.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

DA SILVA, Luís Virgílio Afonso. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais, vol. 798/2002, p. 23-50. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2ª ed. 3ª tir. São Paulo: Malheiros, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. 3ª ed. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAZ, Nelson. **Aplicação da pena no Código Penal de 1984**. Revista dos Tribunais, vol. 605/1986, p. 427 – 436, Mar / 1986. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1986.

FERREIRA FILHO, Manoel G. **Liberdades Públicas**. São Paulo: Saraiva, 1978.

FOUCAULT, Michel. **A história da Loucura na Idade Clássica**. Trad. José Teixeira Coelho Neto. São Paulo: Perspectiva, 2014.

FRANCO, Alberto Silva. **Código Penal e sua interpretação jurisprudencial**. – Parte Geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, v.1, t.1.

_____. **Crimes hediondos**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GOMES, Luiz Flávio. **A lei formal como única fonte do direito penal (incriminador)**. Revista dos Tribunais, vol. 656, Jun / 1990. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 257 – 268.

_____. **Penas e medidas alternativas à prisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Estudos de direito penal e processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

GOVERNO reduz equipe da Lava Jato e corta verba da PF. **Blog Fausto Macedo**. Estadão, 21 mai. 2017. Notícia disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/governo-reduz-equipe-da-lava-jato-e-corta-verba-da-pf/>>. Acesso em: 20/04/2018.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. 19ª ed. Rio de Janeiro, Impetus, 2017.

GRINOVER, Ada Pellegrini; et. al. **Juizados especiais criminais: comentários à lei 9.099 de 26.09.1995**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria processual da constituição**. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Minidicionário Houaiss da língua portuguesa**. 3ªed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008.

HUNGRIA, Nelson Hoffbauer. **Comentários ao Código Penal**. Volume 1, tomo 1. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1977.

_____. **Comentários ao Código Penal**. Volume 4. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1977.

JAKOBS, Günther. **Fundamentos do Direito Penal**. Trad. André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos**. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2005.

LEIA a íntegra da carta enviada pelo vice Michel Temer a Dilma. **G1 – POLÍTICA**, 07 dez. 2015. Notícia disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/12/leia-integra-da-carta-enviada-pelo-vice-michel-temer-dilma.html>>. Acesso em: 20/04/2018.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**. Volume único. 4ª ed. Salvador: Juspodvm, 2016.

- _____. **Manuel de Direito Processual Penal**. Salvador: Juspodvm, 2017.
- MANDELA, Nelson. **Longa Caminhada até a liberdade**. Trad. Paulo Roberto Maciel Santos. Curitiba: Nossa Cultura, 2012.
- MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal**. Vol. 3. São Paulo: Bookseller, 1997.
- MARTINS, Sérgio Mazina. **Execução Penal Parte 3**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 21/1998, p. 329 – 400. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 1998.
- MIRABETE, Julio Fabrinni; FABRINNI, Renato N. **Execução penal: comentários à Lei nº 7.210/84**. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. 2ª ed, 2ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral: arts. 1º a 120 do Código Penal. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- NUNES, Adeildo. **Da execução penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- ORTEGA, José Llorca. **La ley de indulto - Comentarios, jurisprudencia, formularios y notas para su reforma**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.
- PIMENTEL, Manoel Pedro. **O crime e a pena na atualidade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1983.
- PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. Parte Geral. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- PRADO, Luiz Régis; DE CASTRO, Bruna de Azevedo. **Pena de multa e progressão de regime executório**. Ativismo Judicial. Revista dos Tribunais, vol. 966/2016, abril/2016. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- RIBEIRO, Rodrigo de Oliveira. **O indulto presidencial: origens, evolução e perspectivas**. Revista Brasileira de Ciências criminais – vol.117/2015, p. 423 - 441. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2015.
- ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência**. Artigo disponível em: < <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15113-15114-1-PB.htm>>. Acesso em: 14/04/2018.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SILVA, Alex Xavier Santiago da. **Os Fundamentos do Processo Penal Solidário: Democracia, Fraternidade e Garantismo**. 2017, 245 f. Tese (Doutorado) - Universidade de Fortaleza. Programa de Doutorado em Direito Constitucional, Fortaleza, 2017, p. 110.

STRECK, Lênio Luiz. **A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (*ubermassverbot*) à proibição da proteção deficiente ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais**. Revista da Anjuris, vol. 32, n. 97. Março/2005.

_____. **O que é ativismo**. Artigo disponível em: <
<http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-que-e-ativismo>>. Acesso em: 09/04/2018.

WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**. Uma introdução à doutrina da ação finalista. 4ª ed. Trad. Luiz Régis Prado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.