

ANOTAÇÕES PARA O VOTO ORAL

Luís Roberto Barroso

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 5.874

Requerente: PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA

Intimado: PRESIDENTE DA REPÚBLICA

Advogado: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

I. INTRODUÇÃO

1. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pela Procuradora-Geral da República tendo por objeto o Decreto n. 9.246, de 21.12.2017, editado pelo Excelentíssimo Senhor Presidente da República. O decreto concede indulto natalino, comuta penas e dá outras providências. Foram impugnados inúmeros dispositivos do decreto (art. 1º, I; art. 2º, §1º, I; e arts. 8º, 10 e 11).

2. Em decisão de 28.12.2017, a Ministra Cármen Lúcia, então na presidência do Tribunal, suspendeu todos os dispositivos impugnados. Findo o recesso, a ação veio a mim distribuída. Em 1º.02.2018, mantive a decisão de suspensão da presidência, destaquei alguns pontos que precisavam ser enfrentados e pedi pauta. Devido ao congestionamento do Plenário, não foi possível o julgamento. Diante disso, em 12.03.2018, atendendo manifestação da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, proferi decisão restabelecendo a eficácia de parte do decreto, com alguns recortes.

3. Este meu voto oral está dividido em três partes. A Parte I é dedicada à *Apresentação do problema*; a Parte II a *Alguns conceitos básicos para equacionamento do problema*; e a Parte III à *Solução do problema*.

Parte I

APRESENTAÇÃO DO PROBLEMA

I. A HIPÓTESE

1. Nas partes que se tornaram controvertidas e cuja suspensão mantive, o decreto trouxe as seguintes previsões:

a) redução do período mínimo de cumprimento da pena, para fins de indulto, a 1/5 do tempo da condenação, nos crimes praticados sem violência ou grave ameaça;

b) supressão do limite máximo da pena para fins de indulto, de modo que, independentemente da condenação ser de 4 ou 30 anos, o condenado tem a pena extinta com o cumprimento de 1/5 do tempo;

c) inclusão dos crimes de corrupção e correlatos no rol dos que podem ser objeto de indulto;

d) indulto para a pena de multa;

e) indulto para condenados cujo processo ainda se encontra em curso, com recurso da acusação pendente, isto é, que ainda não foram julgados em definitivo;

f) indulto para condenados que já receberam outros benefícios no curso da execução penal e não cumprem pena de prisão, como substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito e suspensão condicional do processo.

2. Como assinalei acima, atendendo pedido da Defensoria Pública do Rio de Janeiro, restabeleci a eficácia de parte do decreto, extirpando cautelarmente as partes que, a meu ver, afrontavam diretamente a Constituição. Minha decisão, portanto, foi no sentido de:

(i) estabelecer que o indulto depende do cumprimento mínimo de 1/3 da pena e só se aplica aos casos em que a condenação não for superior a oito anos;

(ii) suspender do âmbito de incidência do decreto os crimes de peculato, concussão, corrupção passiva, corrupção ativa, tráfico de influência, os praticados contra o sistema financeiro nacional, os previstos na Lei de Licitações, os crimes de lavagem de dinheiro e ocultação de bens, os previstos na Lei de Organizações Criminosas e a associação criminosa;

(iii) suspender o dispositivo que trata do indulto da multa (art. 10), ressalvadas as hipóteses de extrema carência material do apenado ou de multa inferior ao mínimo fixado para a inscrição de débitos em Dívida Ativa da União;

(iv) suspender os dispositivos que estabelecem a aplicabilidade do indulto àqueles que tiveram a pena privativa de liberdade substituída por restritiva de direitos e aos beneficiados pela suspensão condicional do processo (art. 8º, incisos I e III), isto é, que sequer foram presos;

(v) suspender o dispositivo que concedia indulto na pendência de recurso da acusação (art. 11, II) e antes, portanto, da fixação final da pena.

3. Devo dizer que, ao ler o teor de diversas passagens do indulto, lembrei-me de uma frase atribuída a Wolfgang Pauli, vencedor do prêmio Nobel, após ler um texto que lhe foi submetido: “*Não chega nem a estar errado*”. É preciso uma categoria extra para identificar o estrago, o mal que um ato desse teor faz ao país e à justiça.

II. O SISTEMA PUNITIVO BRASILEIRO

II.1. A concepção e a aplicação das sanções penais.

1. O sistema punitivo brasileiro é concebido em três fases: (i) *legislativa*, em que se definem os crimes e se preveem as respectivas penas; (ii) *judicial*, em que o acusado é julgado e a pena é individualizada no caso concreto e (iii) *executória*, em que a pena é aplicada ao condenado. As penas devem ser proporcionais aos crimes e não se admitem sanções cruéis em um Estado de Direito.

II.2. O sistema de execução penal.

1. São três os regimes de cumprimento da pena (Código Penal, art. 33): *fechado*, que é o regime inicial obrigatório para quem tenha sido condenado a pena superior a 8 anos; *semiaberto*, que pode ser aplicado a quem tenha sido condenado a pena superior a 4 anos, mas inferior a 8; e *aberto*, que pode ser aplicado a quem tenha sido condenado a pena igual ou inferior a 4 anos, e não seja reincidente. Cada um desses regimes exige um estabelecimento prisional diverso.

2. Considerando que entre nós se adota o chamado sistema progressivo, os condenados com bom comportamento podem, de um modo geral, progredir de um

regime mais rigoroso para outro menos severo após o cumprimento de um sexto da pena. Em termos práticos, portanto, alguém que tenha sido condenado a uma pena de 6 anos, em regime semiaberto, depois de completado 1 ano, já segue para o regime aberto, a ser cumprido na denominada “Casa de Albergado” (CP, art. 33, § 1º, “c”).

3. Caso a respectiva unidade federativa não conte com esse tipo de estabelecimento prisional, o que não é incomum, o condenado será autorizado a cumprir o restante da reprimenda em sua própria residência, em prisão domiciliar, tendo em vista que a jurisprudência não admite o cumprimento da pena em instituição mais severa do que aquela definida em lei.

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

5. A esses benefícios se somam, ainda: (i) a remição de pena pelo trabalho ou estudo, que abrevia significativamente o tempo de cumprimento; (ii) o livramento condicional, que permite a liberdade após o cumprimento de 1/3 da pena; e (iii) o indulto, aqui discutido, que significa o perdão da pena. Esse quadro geral se torna ainda mais disfuncional quando se trata de criminalidade do colarinho branco.

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

1. O exemplo da AP nº 470 ajuda a compreender de que maneira, na prática, o regime de execução da pena pode significar um tratamento bastante brando a condenados por crimes do colarinho branco. No caso conhecido como “Mensalão”, as penas começaram a ser cumpridas em 2013/14. Penas relativamente elevadas. A despeito disso, do total de 23 réus condenados, 13 já haviam sido beneficiados pelo indulto presidencial de 2016. Poucos ficaram presos mais de 1 ano. Nós estamos falando aqui de crimes como corrupção ativa, corrupção passiva, peculato, lavagem de dinheiro e gestão fraudulenta de instituição financeira.

2. O excesso de leniência em casos que envolvem corrupção, entre nós, privou o direito penal da sua função mais importante, que é a de funcionar como prevenção geral, isto é: desincentivar as pessoas de cometerem crimes pela probabilidade de virem a ser efetivamente punidas por isso. O resultado: o Brasil se situa entre os piores no ranking de corrupção mundial.

III. O INDULTO

1. O indulto consiste, essencialmente, no perdão da pena. Um ato de clemência do soberano, como o perdão de Pôncio Pilatos a Barrabás, seguindo vontade da multidão. Era instrumento típico de um tempo em que as penas eram cruéis e desumanas, de que era exemplo a crucificação.

2. Na maioria dos países democráticos desenvolvidos, o chefe de Estado somente detém competência para conceder o perdão em caráter individual. É assim, por exemplo, na Alemanha, Estados Unidos, Inglaterra, Portugal, Espanha, Itália e França. Alguns países que anteriormente admitiam o indulto coletivo o suprimiram, como ato do Poder Executivo.

3. Em outubro de 2017, a Transparência Internacional divulgou estudo a respeito do tema, intitulado *Judicial Clemency and Corruption*, no qual aponta a impunidade e o perdão à corrupção como incentivos graves à corrupção futura. E recomenda transparência na concessão de perdão nesses casos ou a exclusão dos crimes de corrupção dos atos de concessão de perdão. O indulto brasileiro vai na exata contramão dessa recomendação. Como se destacará mais adiante, o indulto à corrupção contrariou a recomendação do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária.

4. No Brasil, a renúncia do Estado ao direito de punir pode se manifestar de três formas: anistia, graça ou indulto. A anistia é o perdão concedido por ato legislativo, de competência do Congresso Nacional. A graça é o perdão concedido pelo Presidente da República, mediante ato de caráter individual. E o indulto, que subsistiu no Brasil, é o perdão de caráter coletivo. O art. 107, II do Código Penal prevê o indulto como causa de extinção da punibilidade¹.

¹ “Art. 107 – Extingue-se a punibilidade: (...) II – pela anistia, graça ou indulto”.

5. Até o início da década de 1990, os decretos previam uma longa lista de crimes excluídos do benefício. Aos poucos, essa lista foi sendo progressivamente reduzida, passando-se a admitir a concessão do perdão inclusive para crimes com emprego de violência e grave ameaça, com relação aos quais se costuma exigir um tempo de cumprimento de pena maior.

6. Durante os quase 30 anos de vigência da Constituição de 1988, sempre se exigiu o cumprimento de ao menos 1/3 da pena. Além disso, sempre houve limite máximo de condenação, para fins de se permitir o indulto. O Decreto aqui impugnado reduziu o prazo de cumprimento da pena para apenas 1/5 (atenção ao pessoal que não é bom em matemática: 1/5 é bem menos do que 1/3). E aboliu o teto máximo de condenação para fins de indulto. Para dar um exemplo aleatório, sem qualquer especulação: o Deputado Eduardo Cunha foi condenado em 2º grau de jurisdição a uma pena de 14 anos e 6 meses. Pelo padrão usual, ele não poderia ser beneficiado.

7. Confira-se a série histórica do indulto no Brasil, a partir da Constituição de 1988:

Presidente	Prazo mínimo	Pena máxima
Sarney	1/3	4 anos
Collor	1/3	4 anos
FHC	1/3	6 anos
Lula 1	1/3	6 anos (Márcio Thomaz Bastos)
Lula 2	1/3	8 anos
Dilma	1/3	12 anos
Temer (1º ano)	¼	12 anos
Temer (2º ano)	¼	Sem limite

8. Como se percebe, enquanto os demais países do mundo excluíram a possibilidade de indulto coletivo ou de perdão aos crimes de corrupção, o Brasil andou na direção inversa.

O procedimento do indulto

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

2. Após a aprovação pelo colegiado, o processo, acompanhado por exposição de motivos, é encaminhado ao Gabinete do Ministro da Justiça e Segurança Pública, sendo então submetido à Consultoria Jurídica (CONJUR). Daí a minuta segue para a Presidência da República.

3. Na minuta encaminhada pelo CNPCCP em 2017 – que serviu de base para o decreto aqui impugnado –, algumas disposições merecem destaque:

A. A proposta vedava a concessão de indulto e de comutação de penas para os crimes de peculato, concussão, corrupção passiva, corrupção ativa, tráfico de influência, lavagem de dinheiro, associação criminosa, contra o sistema financeiro nacional, previstos na Lei de Licitações e na Lei de Organizações Criminosas².

⇒ No ano de 2016, antes de algumas condenações na Lava Jato, o CNPCCP já havia sugerido a exclusão de crimes associados à corrupção, o que foi acolhido. A Exposição de Motivos apresentada pelo Conselho esclarecia as suas razões:

“No atual momento, cuja preocupação maior da sociedade é de ver fortalecida a luta contra a corrupção, resulta plausível que o indulto para as pessoas condenadas por esses crimes não se amoldaria ao interesse público em ver efetivadas as sanções impostas pela

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

prática dessas gravíssimas condutas ilícitas, havendo risco de se verem indultadas pessoas recentemente condenadas por atos de malversação de dinheiro público, trazendo prejuízos para o Estado e para a sociedade, em vários graus de extensão. A guisa de exemplo é trazido à colação que todos, se não a maioria dos apenados, nos autos da ação penal nº 470 foram ou estão sendo indultados”.

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

4. Essas duas orientações, elaboradas pelo CNPCP e validadas pela Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça foram retiradas da versão final do decreto editado pelo Presidente da República. Isto é: contra os órgãos técnicos, o ato presidencial pretendeu dar indulto a corruptos condenados e liberá-los do pagamento da multa.

5. Não se ignora que esta Corte, tradicionalmente, adota postura de deferência com relação aos decretos de indulto natalino, reconhecendo-o como ato discricionário associado à política criminal. Entendo, contudo, que o presente caso conduz o Tribunal a um ponto de inflexão.

6. O decreto aqui impugnado se choca com princípios constitucionais básicos e com parâmetros legislativos definidos pelo Congresso. A seguir se procura demonstrar que: a) o indulto não pode conflitar com a política criminal adotada no país; e b) nem pode significar abdicação pelo Estado dos seus deveres de proteção.

Parte II

ALGUNS CONCEITOS BÁSICOS PARA EQUACIONAMENTO DO PROBLEMA

I. SEPARAÇÃO DE PODERES E LEGALIDADE PENAL

1. O grande princípio constitucional em matéria penal é o da reserva legal ou da estrita legalidade. Trata-se de um domínio em que deve prevalecer a lei formal, ato do Poder Legislativo. É da competência do Congresso Nacional a formulação da política criminal do país, definindo crimes e cominando penas, bem como disciplinando a execução penal. Não é possível modificar, sob a roupagem de indulto e por ato normativo secundário, como é o decreto, a política criminal traçada pelo legislador.

2. Pois bem: ao cuidar da execução penal, o legislador estabeleceu critérios para a progressão de regime prisional, para a remição da pena pelo trabalho ou estudo, para a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal) e para a *liberdade condicional*. Este é o ponto central aqui.

3. Na sua redação original, o Código de Processo Penal, no art. 710, I, exigia o cumprimento de mais da metade da pena, ou mais de três quartos, em caso de reincidência, para a concessão do livramento. Com a reforma da Parte Geral do Código Penal, em 1984, o tempo mínimo de cumprimento da pena para gozo desse benefício passou a ser de:

(i) mais de um terço da pena se o condenado não for reincidente em crime doloso e tiver bons antecedentes (art. 83, I, do Código Penal);

(ii) mais da metade se o condenado for reincidente em crime doloso (art. 83, II, do Código Penal); ou

(iii) mais de dois terços da pena, nos casos de condenação por crime hediondo e equiparados, se o apenado não for reincidente específico em crimes dessa natureza (art. 83, V, do Código Penal).

4. Vale dizer: o legislador estabeleceu, na mais benevolente das hipóteses, a exigência do cumprimento mínimo de 1/3 da pena para desfrute do benefício da liberdade antecipada. Esta posição, que já é bastante branda, é uma decisão nuclear da política criminal traçada pelo Poder Legislativo. Diante disso, a competência presidencial para a concessão de indulto (art. 84, XII, da Constituição) deve ser interpretada de modo sistemático e em harmonia com a política criminal estabelecida pelo Congresso Nacional. Do contrário, haverá usurpação de competência legislativa e violação do princípio da separação de poderes. Nas palavras da Ministra Cármen Lúcia,

“maquiando a descriminalização sob a forma de indulto, o que se estaria a praticar seria o afastamento do processo penal e da pena definida judicialmente”.

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

1. O Estado realiza a sua missão em relação à proteção dos direitos fundamentais (i) mediante abstenções – não censurar, não prender arbitrariamente, não invadir a privacidade – ou (ii) mediante ações positivas. As obrigações positivas se materializam em determinadas prestações, correspondentes aos direitos sociais – educação, saúde, previdência – ou na proteção dos direitos individuais clássicos, por meio da edição de atos legislativos, atos administrativos e estruturação de órgãos como a Polícia, o Poder Judiciário etc.

2. Dentre os deveres estatais que demandam prestações positivas, destaca-se a criação e a aplicação de normas jurídicas destinadas a punir condutas que violem bens jurídicos protegidos. Estes bens incluem a vida, a integridade física das pessoas, o patrimônio e a probidade administrativa. Para assegurar que a atuação estatal se dê na justa medida, o mandamento da proporcionalidade flui por duas vertentes distintas:

a) a *proibição do excesso*, que paralisa a eficácia de restrições irrazoáveis a direitos fundamentais; e

b) a *vedação à proteção insuficiente*. De acordo com essa ideia, as normas jurídicas que deixem de estabelecer patamares adequados de proteção a valores resguardados pela Constituição são inválidas, justificando-se, portanto, a atuação corretiva do Supremo Tribunal Federal.

3. Por essa razão, um decreto do Presidente da República que veicular política pública capaz de frustrar a efetividade mínima do sistema penal será inexoravelmente contrário à Constituição, por violar o princípio da proporcionalidade, em sua dimensão de vedação à proteção insuficiente.

III. LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DOS ATOS DO PODER PÚBLICO

1. Numa democracia, todo poder é representativo, vale dizer: nenhuma autoridade exerce poder em nome próprio ou no interesse próprio. Todo poder é

exercido no interesse da sociedade, no interesse público. A legitimidade do poder, assim, é aferida por três critérios:

- a) *legitimidade da investidura*, isto é, os dirigentes são investidos nos seus cargos pelo voto popular ou pelos critérios previstos na Constituição;
- b) *legitimidade corrente*, que diz respeito à sintonia entre os atos praticados pelos dirigentes políticos e a vontade manifestada pela cidadania; e
- c) *legitimidade finalística*, associado à correspondência entre os fins visados pelos dirigentes políticos e aqueles estabelecidos pela Constituição.

2. O ato aqui impugnado tem graves problemas de legitimidade corrente. No momento em que as instituições e a sociedade brasileira travam uma ingente batalha contra a corrupção e crimes correlatos, o decreto presidencial esvazia o esforço, criando um facilitário sem precedentes para os condenados por esses crimes, como o direito a indulto, o cumprimento de apenas 1/5 da pena e a dispensa do pagamento da multa.

3. Não são menores os problemas associados à legitimidade finalística do ato. Como salta aos olhos, no que diz respeito ao alívio totalmente desproporcional aos condenados por corrupção, não estão sendo realizados os fins constitucionais de justiça ou de segurança jurídica, mas outros valores e interesses.

Parte III

SOLUÇÃO DO PROBLEMA

I. DUAS QUESTÕES PRÉVIAS

1. Indulto é ato discricionário, mas não poder absoluto e acima da Constituição e das leis

1. A ideia de discricionariedade, como é corrente, envolve o juízo de conveniência e oportunidade da prática de determinado ato pelo Poder Público, com razoável margem de liberdade quanto ao seu conteúdo e ao momento em que efetivado. Trata-se, todavia, como ensina toda a doutrina administrativa, de um poder limitado pelo Direito, vale dizer, pela Constituição e pelas leis.

2. A discricionariedade consiste em uma autonomia limitada do administrador. Em rigor, como escreve Gustavo Binbenbojm, “a vinculação direta da

Administração à Constituição não mais permite falar, tecnicamente, numa autêntica dicotomia entre atos vinculados e atos discricionários, mas, isto sim, em diferentes graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade”. Mesmo quando discricionários, atos do Poder Público são controláveis quanto à sua razoabilidade, proporcionalidade, finalidade, eficiência e economicidade, em meio a outros parâmetros.

3. Não se trata de o intérprete substituir os critérios do administrador pelos seus próprios, mas sim de confrontar o ato praticado com os valores e princípios que informam a Constituição e o Estado de direito. Não é a vontade do juiz que deve prevalecer, mas a da Constituição. Para ilustrar que se trata de competência limitada a que é exercida na matéria pelo Presidente da República, basta indagar-se se ele poderia reduzir o cumprimento das penas, não para 20% como pretendeu fazer aqui, mas para 10, 5 ou 1%. Ou, quem sabe, abolir por decreto a pena de prisão no país. A resposta é desenganadamente não.

4. Nas palavras de Marçal Justen Filho: “A competência discricionária não atribui à autoridade o poder jurídico para produzir o ato que bem entender. ... Os dados da realidade e o conhecimento técnico-científico delimitam a margem de autonomia da autoridade. Uma decisão absurda, impensada, despropositada será inválida e não se legitimará mediante o argumento de ter sido adotada no exercício de competência discricionária”.

5. Portanto, é fora de dúvida que o Judiciário pode invalidar um ato administrativo quando contrário à Constituição.

2. Quando a declaração de inconstitucionalidade produz efeitos colaterais indesejáveis, é legítima a produção de decisão substitutiva

1. Como demonstrado, a tradição brasileira, desde o início da vigência da Constituição de 1988 sempre foi a de se exigir 1/3 do cumprimento da pena e se estabelecer um teto máximo de condenação para permitir o indulto. Historicamente, na maior parte do período, este teto não excedeu 8 anos. O decreto aqui impugnado, todavia, reduziu o prazo para 1/5 e aboliu o teto.

2. Na prática, o que aconteceu? A Ministra Carmen Lúcia, a pedido da Procuradoria Geral da República, suspendeu o art. 1º, I do Decreto 9.246, que previa a

concessão de indulto a quem tenha cumprido “1/5 da pena nos casos de crimes não violentos”. Desse modo, à falta de norma, ninguém que tivesse praticado crime não violento poderia ser indultado.

3. No entanto, como o inciso II não foi suspenso – porque sequer houve pedido nesse sentido –, poderia ser indultado quem tivesse cometido crime com violência ou grave ameaça, desde que cumprido 1/3 da pena e esta não fosse superior a 4 anos.

4. De modo que a suspensão do dispositivo criava uma incongruência absoluta. Quando isso ocorre, a teoria constitucional permite a utilização da técnica da decisão manipulativa substitutiva. Há precedentes pelo mundo afora e mesmo no Brasil. A seguir, uma breve elaboração doutrinária sobre o tema.

5. A declaração de inconstitucionalidade de uma norma enseja, como regra, a sua nulidade. Não raro, contudo, o Supremo Tribunal Federal se vale de técnicas de decisão *intermediárias*.

6. No meu voto escrito, eu faço a elaboração teórica dessas decisões, que podem ser interpretativas ou manipulativas. As decisões manipulativas, por sua vez, podem ser *aditivas* – quando se destinam a sanar omissões inconstitucionais parciais – ou *substitutivas*.

7. A decisão substitutiva tem lugar em um contexto no qual se declare a inconstitucionalidade de uma norma, mas por imperativo de justiça e racionalidade, impõe-se colocar outra norma no lugar. A norma substitutiva vai ser extraída dos princípios constitucionais ou será fruto de analogia.

⇒ Ilustra essa técnica, na jurisprudência do Supremo, a decisão que afastou o cabimento de ação penal condicionada à representação, em caso de violência doméstica contra a mulher, prevista de forma expressa na Lei. 9.099/1995, substituindo-a por ação penal pública incondicionada (arts. 12, 16 e 41)³.

³. STF, *DJe*, 01 ago. 2014, ADI 4424, rel. Min. Marco Aurélio. Há, contudo, quem classifique a decisão como manipulativa mista, entendendo que: (i) em primeiro lugar, produziu-se uma decisão redutiva, afastando-se o cabimento de ação condicionada a representação, para (ii) em segundo lugar, substituí-la pela ação pública incondicionada, produzindo-se, então, também uma decisão de conteúdo substitutivo. Gabriel Accioly Gonçalves, *O desenvolvimento judicial do direito: construções, interpretação criativa e técnicas manipulativas*, 2016, p. 193-203.

8. A utilização de decisão substitutiva envolve um ônus argumentativo maior. Trata-se de uma clara atuação excepcional do STF como legislador positivo. Na hipótese presente, a justificativa é singela: a não substituição produziria o resultado absurdo de se conceder indulto aos que cometeram crimes violentos e de se manter presos os que cometeram crime sem violência. Não é difícil entender a lógica do que foi feito aqui.

9. Enfatize-se que a substituição foi respaldada em dois critérios: a adoção do parâmetro que foi dominante na série histórica dos decretos de indulto; e a utilização das balizas da liberdade condicional, prevista no art. 83, I, do Código Penal.

10. Aponto, agora, cada uma das inconstitucionalidades do decreto.

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

I.1. PREMISSAS RELEVANTES

1. **Direito não existe em abstrato.** O Direito não existe em abstrato, para puro desfastio dos juristas no plano das ideias. O Direito se insere em uma realidade social e deve, naturalmente, ser interpretado à luz do quadro fático relevante, para a adequada realização dos fins constitucionais.

2. **Transparência Internacional.** Tomem-se alguns aspectos do quadro fático relevante. O Brasil é o 96º colocado no Índice de Percepção da Corrupção da Transparência Internacional. Em 2015, havíamos ocupado o 79º lugar. Em 2014, o 69º. Ou seja: pioramos⁴. Eu acordo todos os dias envergonhado com esses números. Somos a quarta maior democracia do mundo, uma das dez maiores economias do mundo e estamos entre os piores em matéria de integridade governamental. Não é possível interpretar as normas relevantes sem levar em conta esta situação.

3. **Apenas 0,25% estão presos por crimes contra a administração da justiça.** Outro dado relevante, que de resto contribui para esses números vergonhosos,

⁴ É certo que uma percepção da corrupção nem sempre corresponde ao seu aumento efetivo. Na medida em que ela passa a ser exposta e combatida, esta percepção pode aumentar, sem que haja incremento na sua manifestação concreta.

é a tradição de impunidade nessa matéria. O Brasil tem cerca de 720 mil presos. É lugar comum dizer-se que no Brasil prende-se muito, mas prende-se mal. E não é difícil demonstrar o ponto: as grandes aflições da sociedade em relação ao sistema punitivo são a violência e a corrupção. Porém, mais da metade das pessoas presas são acusadas ou condenadas por crimes não violentos. O número de presos por crimes contra a Administração Pública (*e.g.* peculato, corrupção, prevaricação), por sua vez, corresponde a apenas 0,25% do total.

⇒ **Direito penal deixa de funcionar como prevenção geral.** Vale dizer: a impunidade desse tipo de criminalidade faz com que o direito penal deixe de desempenhar um dos seus mais importantes papéis, lastreado nos princípios de justiça e segurança jurídica inscritos na Constituição: o de funcionar como prevenção geral, isto é, de desestimular as pessoas de cometerem crimes pela probabilidade efetiva de virem a ser punidas se assim procederem.

⇒ Assentadas essas premissas básicas, vejam-se os princípios jurídicos violados pela opção adotada no particular pelo decreto presidencial.

I.2. VIOLAÇÃO À MORALIDADE E À PROIBIDADE ADMINISTRATIVA

4. **Violação da moralidade administrativa e da proibidade administrativa.** No atual contexto brasileiro, o indulto de crimes como peculato, concussão, corrupção passiva, corrupção ativa, tráfico de influência, os praticados contra o sistema financeiro nacional, os previstos na Lei de Licitações, os crimes de lavagem de dinheiro e ocultação de bens, os previstos na Lei de Organizações Criminosas e a associação criminosa viola mandamentos constitucionais preciosos, como a moralidade administrativa e a proibidade administrativa.

5. **Moralidade administrativa.** A moralidade administrativa impõe a observância de preceitos éticos na atuação da Administração Pública. A ética está ligada ao bem e a justiça. Esses valores são gravemente violados pela leniência em relação a pessoas que praticaram delitos que importaram em desvio de dinheiro público.

6. Beneficiar corruptos, corruptores e peculatários com o cumprimento de brevíssimo percentual da pena – 20% apenas, o que, em alguns casos, é percentual

menor do que a propina recebida – é clara afronta ao mandamento constitucional. Não se trata de moralismo ou perfeccionismo, mas de um mínimo senso comum ético que deve prevalecer nas sociedades civilizadas, nas quais impere o Estado de direito.

7. **Proibidade administrativa.** A proibidade administrativa, por sua vez, não deixa de ser, também, um desdobramento do princípio da moralidade. A pouca tolerância da Constituição no tocante à improbidade administrativa se materializa em dispositivo expresso e contundente, constante do art. 37, § 4º: “*Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível*”.

I.3. DESVIO DE FINALIDADE

6. **Conceito de desvio de finalidade.** Na linha da decisão proferida pela Ministra Cármen Lúcia, afigura-se configurado o desvio de finalidade, que também é uma dimensão da moralidade administrativa. Há desvio de finalidade quando o ato é praticado pela autoridade competente, tem aparente forma de direito, mas visa a atingir objetivos distintos daqueles autorizados pela Constituição e pelas leis. Observação importante: estou aferindo a questão do desvio de finalidade do ponto de vista estritamente objetivo, e não subjetivo.

⇒ Sequer entra nas minhas considerações o fato de que foram condenados pelos crimes de corrupção e lavagem de dinheiro, correligionários do Presidente da República e pessoas próximas a Sua Excelência, inclusive dois ex-presidentes da Câmara dos Deputados. Não é esse o meu argumento.

7. **Demonstração objetiva do desvio de finalidade. Desencarceramento e caráter humanitário.** Trata-se de uma análise objetiva: verificar se o ato em questão promove a finalidade que o ordenamento incentiva que seja alcançada. No caso do indulto, no Brasil, tradicionalmente são duas as suas justificativas: (i) o descongestionamento do sistema penitenciário, que identifica o indulto com um instrumento de política penitenciária; e (ii) o seu caráter humanitário. Nenhuma dessas finalidades, no entanto, é atendida com o perdão da pena, em caráter genérico, de pessoas condenadas por crimes relacionados à corrupção.

8. **Não se trata de medida que impacte o nível de encarceramento.**

A exclusão desses crimes do rol dos que não podem se beneficiar do indulto (art. 4º do Decreto nº 9.246/2017⁵) não se justifica como política penitenciária. O número de presos por crimes contra a Administração Pública, como visto, corresponde a apenas 0,25% da população carcerária brasileira, sendo que essas pessoas não cumprem suas penas nos presídios em piores condições do país. A medida, portanto, não atende à finalidade de desencarceramento.

9. **A medida não tem caráter humanitário.** De igual forma, não se

trata de um ato de natureza humanitária. Perdoar a pena pela indicação em abstrato do tipo de crime praticado não tem qualquer relação com a benemerência com aqueles cuja condição pessoal justifica o abrandamento da repressão, como seria o caso, por exemplo, de gestantes e idosos. Não se identifica, assim, nenhuma das finalidades que devem ser alcançadas com o indulto. No registro da Ministra Cármen Lúcia, o indulto, na forma como editado o ato impugnado, se transforma em uma “*benemerência sem causa*”.

I.4. OBRIGAÇÕES INTERNACIONAIS DO BRASIL

1. Além de não guardar relação com as finalidades constitucionais do

instituto, a concessão do indulto a pessoas que cometeram crimes relacionados à corrupção também contraria compromissos assumidos pelo Brasil na ordem internacional, contrariando finalidades *convencionais* da atuação estatal. O Brasil é

⁵ “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.

§ 1º Na hipótese de a apuração da infração disciplinar não ter sido concluída e encaminhada ao juízo competente, o processo de declaração do indulto natalino ou da comutação será suspenso até a conclusão da sindicância ou do procedimento administrativo, que ocorrerá no prazo de trinta dias, sob pena de prosseguimento do processo e efetivação da declaração.

§ 2º Decorrido o prazo a que se refere o § 1º sem que haja a conclusão da apuração da infração disciplinar, o processo de declaração do indulto natalino ou da comutação prosseguirá.”

signatário de diversos tratados internacionais de combate à corrupção⁶, que traduzem o compromisso do Estado na adoção de medidas efetivas de combate a esse tipo penal.

2. De acordo com o Artigo II da Convenção Interamericana Contra a Corrupção, o Brasil se comprometeu a “*promover e fortalecer o desenvolvimento, ~~por~~ eada um dos Estados Partes, dos mecanismos necessários para prevenir, detectar, punir e erradicar a corrupção*”. Salta aos olhos de quem quer que seja que perdoar os crimes de corrupção, independentemente do tamanho da pena, após o cumprimento de apenas 1/5 da condenação, está longe de contribuir para prevenir, detectar, punir e erradicar a corrupção.

3. Por sua vez, o Artigo 30, I da Convenção da ONU Contra a Corrupção estabelece que “*cada Estado Parte punirá a prática dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção com sanções que tenham em conta a gravidade desses delitos*”. Mais além, especificamente quanto à adoção de medidas de progressão ou de extinção de pena, o Artigo 30, 5 da Convenção da ONU Contra a Corrupção estabelece que “*cada Estado Parte terá em conta a gravidade dos delitos pertinentes ao considerar a eventualidade de conceder a liberdade antecipada ou a liberdade condicional a pessoas que tenham sido declaradas culpadas desses delitos*”. Trata-se, em outras palavras, de um compromisso internacional objetivo de não-leniência para crimes relacionados com a corrupção. Também aqui, parece fora de dúvida que o decreto, ato infralegal, contraria o tratado, ato supralegal.

1.5. A CORRUPÇÃO É UM CRIME VIOLENTO PRATICADO POR GENTE PERIGOSA

1. É um equívoco supor que a corrupção não seja um crime violento. Corrupção mata. Mata na fila do SUS, na falta de leitos, na falta de medicamentos. Mata nas estradas que não têm manutenção adequada. A corrupção destrói vidas que não são educadas adequadamente, em razão da ausência de escolas, deficiências de estruturas e

⁶ São eles: (i) a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, promulgada pelo Decreto Nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006; (ii) a Convenção Interamericana contra a Corrupção, promulgada pelo Decreto Nº 4.410, de 07 de outubro de 2002; (iii) a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, promulgada pelo Decreto Nº 3.678, de 07 de outubro de 2002, e (iv) a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, promulgada pelo Decreto Nº 5.015, de 12 de março de 2004.

equipamentos. O fato de o corrupto não ver nos olhos as vítimas que provoca não o torna menos perigoso.

2. A crença de que a corrupção não é um crime grave e violento, e de que os corruptos não são perigosos, nos trouxe até aqui, a esse quadro sombrio em que recessão, corrupção e criminalidade elevadíssima nos atrasam na história, nos retêm como um país de renda média, que não consegue furar o cerco. Um país no qual (i) altos dirigentes ajustam propinas dentro dos palácios de onde deveriam governar com probidade; (ii) governadores transformam a sede de governo em centros de arrecadação e distribuição de dinheiro desviado; (iii) parlamentares cobram vantagens indevidas para aprovarem desonerações; (iv) membros de comissões parlamentares de inquérito achacam pessoas e empresas para não as submeterem a constrangimentos e humilhações públicas; (v) dirigentes de instituições financeiras públicas cobram para si percentuais dos empréstimos que liberam; (vi) dirigentes de fundos de pensão de empresas estatais fazem investimentos ruinosos para os seus beneficiários em troca de vantagens indevidas.

3. Foi por essa leniência que criamos um país feio e desonesto. Note-se bem: não se trata de punitivismo, jacobinismo, nem a crença em vingadores mascarados. Nem Robespierre nem Savonarola (eu até visitei este fim de semana a Praça della Signoria, onde ele foi queimado em 1498). Nós estamos falando de gente que teve devido processo legal, direito de defesa e foi condenada, ou com trânsito em julgado ou com decisão de tribunal de 2º grau.

⇒ Trata-se, tão somente, do cumprimento da pena, na forma da Constituição e das leis. A repressão penal não comporta qualquer tipo de radicalismo. Radicais e sem limites são os corruptos, gente que não sabe viver sem ser desviando dinheiro público.

I.6. A INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO NÃO PODE SER INDIFERENTE AO QUADRO DA CORRUPÇÃO NO BRASIL

1. Corrupção estrutural e sistêmica

1. A corrupção no Brasil não foi produto de falhas individuais ou pequenas fraquezas humanas. O que nós tivemos foi uma corrupção sistêmica, com um espantoso arco de alianças que incluiu empresas privadas, empresas estatais, empresários, servidores públicos, partidos políticos (de todas as cores), membros do Executivo e do Legislativo. Foram esquemas profissionais de arrecadação e de distribuição de dinheiro público desviado. Como tenho dito, é impossível não sentir vergonha pelo que aconteceu no Brasil.

2. O pacto oligárquico

1. Esses esquemas se transformaram no modo natural de se fazer política e de se fazerem negócios no Brasil. A corrupção generalizada, no topo da pirâmide política, foi produto de um *pacto oligárquico* celebrado por parte da classe política, parte da classe empresarial e parte da burocracia estatal para saque do Estado brasileiro e, em última análise, da sociedade e do povo brasileiro. O Estado brasileiro é um Estado apropriado privadamente. Aliás, como as investigações revelaram, duas empresas tinham o Estado brasileiro na sua folha de pagamento. Talvez mais do que duas

3. Reação da sociedade

1. Nos últimos tempos, houve uma expressiva reação da sociedade brasileira, que deixou de aceitar o inaceitável. Onde se vai no Brasil hoje se vê uma imensa demanda por integridade, por idealismo e por patriotismo. E essa é a energia que muda paradigmas e empurra a história. A reação da sociedade impulsionou mudanças importantes de atitude que alcançaram as instituições, a legislação e a jurisprudência.

2. No Judiciário, alguns juízes de primeiro grau passaram a tratar com rigor os crimes de colarinho branco, tendo como representante emblemático dessa mudança de mentalidade a denominada Operação Lava Jato, conduzida pela Justiça Federal de Curitiba, no Estado do Paraná, e pelo hoje ex-juiz e futuro Ministro da Justiça Sérgio Moro.

3. No Supremo Tribunal Federal houve decisões importantes, como por exemplo: (i) a mudança de jurisprudência que passou a admitir a prisão após a condenação criminal em segundo grau, sem ter de aguardar o trânsito em julgado, válvula de escape dos corruptos de todo o gênero; (ii) a declaração de inconstitucionalidade do modelo mafioso que tínhamos de financiamento eleitoral por

empresas; e (iii) mais recentemente, a restrição drástica do foro por prerrogativa de função, que era um privilégio dado a centenas de autoridades de serem julgadas pelo Supremo Tribunal Federal, o que era feito com grande ineficiência e frequentemente acabava em prescrição.

3. Houve, também, importantes mudanças na legislação envolvendo crimes do colarinho branco, como a nova lei de lavagem de dinheiro, agravamento das penas de corrupção, a lei da colaboração premiada, uma lei específica anti-corrupção e a lei da ficha limpa (que exige que candidatos a cargos públicos não possam ter sofrido condenação criminal nem outras penas graves).

⇒ Todas essas leis têm opositores radicais. Nós não somos atrasados por acaso. Somos atrasados porque o atraso é bem defendido.

4. A reação do pacto oligárquico

1. Há uma imensa resistência contra essas transformações por parte dos membros do pacto oligárquico. Na verdade, o combate à corrupção no Brasil, que avançou muito, ainda enfrenta três obstáculos poderosos.

(i) o primeiro: parte do pensamento progressista, para meu desalento, acredita que os fins justificam os meios e que a corrupção não é mais do que uma nota de pé de página na história. Estão errados. Ela drena os recursos que deveriam contribuir para a distribuição de riqueza e bem-estar, cria uma relação pervertida entre a cidadania e o Estado e gera um ambiente geral de desconfiança entre as pessoas;

(ii) o segundo obstáculo é que parte do pensamento conservador brasileiro, parte das elites brasileiras milita no tropicalismo equívoco de que corrupção ruim é a dos adversários, dos que não servem aos seus interesses. Mas se for dos parceiros de pôquer, de mesa e de salões, o problema não é grave. São essas elites extrativistas que nos atrasam na história, nos retêm como um país de renda média e impedem a prosperidade para todos;

(iii) e em terceiro lugar estão os próprios corruptos. E aí há dois grupos: os que não querem ser punidos pelos muitos malfeitos perpetrados ao longo dos anos, o que é um sentimento humano compreensível; mas há um lote pior: o dos que não querem ficar honestos nem daqui para frente. E que com este indulto receberão novo alento.

2. Segundo levantamento feito pela Força Tarefa da Lava Jato, 22 dos 39 condenados no Paraná – isto é, mais da metade – seriam beneficiados pelo indulto de Natal deste ano, observadas as regras do de 2017. Segundo o Procurador Deltan Dallagnol, “Esse indulto transforma o trabalho da Lava Jato e as penas de corrupção numa piada”. De fato, de uma penada, desautoriza-se quem se arrisca e quem se dedica ao país em favor dos que o saqueiam.

5. O paralelo com a Itália

1. Considero importante fazer um paralelo com o que se passou na Itália. Lá, a reação oligárquica da corrupção contra a Operação *Mani Pulite* (levada a efeito na década de 90, entre 1992 e 1996) teve sucesso. A classe política, para preservar a si e aos corruptos: mudou a legislação para proteger os acusados de corrupção, inclusive para impedir a prisão preventiva; reduziu os prazos de prescrição; aliciou uma imprensa pouco independente e procurou demonizar o Judiciário. E tudo acabou na ascensão de Silvio Berlusconi. Não foi o combate à corrupção, mas o não saneamento verdadeiro das instituições que impediu que a Itália se livrasse do problema.

2. Não por acaso, por não ter aprimorado suas instituições, a Itália é o país que apresenta o pior desempenho econômico e os mais elevados índices de corrupção entre os países desenvolvidos. Entre 2005 e o segundo trimestre de 2018, o PIB da Itália caiu 1,2%, enquanto o de Portugal cresceu 4,9%, o da Espanha 13,7% e o da Alemanha 22,8%.

3. Tenho fé que isso não acontecerá no Brasil, por pelo menos três razões: (i) sociedade mais consciente e mobilizada; (ii) imprensa livre e plural; e (iii) o Judiciário é independente (apesar de ainda ser extremamente lento e ineficiente) e, sobretudo nas instâncias ordinárias, não tem laços políticos.

6. A fotografia do momento atual

1. É impossível concluir a descrição do momento institucional brasileiro sem olhar em volta e constatar que: a) o Presidente da República foi denunciado duas vezes, por corrupção passiva e obstrução de justiça, e é investigado em dois outros inquéritos por corrupção e lavagem de dinheiro; b) um ex-Presidente da República foi condenado por corrupção passiva; c) dois ex-chefes da casa civil foram condenados criminalmente, um por corrupção ativa e outro por corrupção passiva; d) o ex-Ministro da Secretaria de

Governo da Presidência da República está preso, tendo sido encontrados em apartamento supostamente seu 51 milhões de reais; e) dois ex-presidentes da Câmara dos Deputados foram presos, um deles já condenado por corrupção passiva, lavagem de dinheiro e evasão de divisas; f) um presidente anterior da Câmara dos Deputados foi condenado por peculato e cumpriu pena; g) mais de um ex-governador de Estado se encontra preso sob acusações de corrupção passiva e outros crimes; i) um Senador, ex-candidato a Presidente da República, foi denunciado por corrupção passiva.

2. Alguém poderia supor que há uma conspiração geral contra tudo e contra todos! O problema com esta versão são os fatos: os áudios, os vídeos, as malas de dinheiro, os apartamentos repletos, assim como as provas que saltam de cada compartimento que se abra.

3. Uma coisa que sempre me impressionou no Brasil é que ninguém assume os próprios erros e pede desculpas ao povo brasileiro. Todos alegam que estão sendo vítimas de perseguição política. Ou seja: não houve corrupção nem desvio de dinheiro! Foi tudo uma miragem, uma invenção de procuradores, juízes e da mídia opressiva. Uma razão para essa atitude, além de uma dose elevada de cinismo, é que as coisas erradas foram naturalizadas de uma tal maneira que as pessoas simplesmente perderam o senso crítico.

⇒ E depois de tudo isso, para provar que o crime compensa, o Executivo concede indulto a essa gente e o Supremo chancela? Que mensagem vamos passar? Que país estamos criando? De que lado da história queremos estar?

7. Os riscos da criminalização da política

1. Naturalmente, é preciso tomar cuidado para evitar a criminalização da política. Em uma democracia, política é gênero de primeira necessidade. Seria um equívoco pretender demonizá-la e, mais ainda, criminalizá-la. A vida política nem sempre tem a racionalidade e a linearidade que uma certa ânsia por avanços sociais e civilizatórios exige.

2. O mundo e o Brasil viveram experiências históricas devastadoras com tentativas de governar sem política, com a ajuda de militares, tecnocratas e da polícia

política. Porém, assim como não se deve criminalizar a política, não se deve politizar o crime.

3. Parlamentar que vende dispositivos em medidas provisórias, cobra participação em desonerações tributárias ou canaliza emendas orçamentárias para instituições fantasmas (e embolsa o dinheiro), comete um crime mesmo. Não há como “glamourizar” a desonestidade.

8. Algumas consequências da corrupção

1. Não é fácil estimar os custos econômicos da corrupção. Trata-se de um tipo de crime difícil de rastrear, porque subornos e propinas não vêm a público facilmente nem são lançados na contabilidade oficial.

2. Nada obstante, noticiou-se que apenas a Petrobras e demais empresas estatais investigadas na Operação Lava Jato – isto é, em uma única operação – os pagamentos de propinas chegaram a R\$ 20 bilhões. No início desse ano, a Petrobras fez acordo de cerca de US\$ 3 bilhões em N. York, em *class action* movida por investidores americanos, e de US\$ 853 milhões com o Departamento de Justiça. Levantamento da Federação das Indústrias de São Paulo (FIESP) projeta que até 2,3% do PIB são perdidos a cada ano com práticas corruptas, o que chegaria a R\$ 100 bilhões.

3. É difícil avaliar a metodologia desses cálculos. E os custos indiretos da corrupção são praticamente incalculáveis, sendo que nem tudo na vida pode ser medido em dinheiro. Mas não há dúvida de que a corrupção tem uma correlação inversa com a taxa de investimento e com a produtividade da economia.

4. A corrupção compromete de forma grave a boa governança. No Brasil, algumas decisões econômicas importantes foram tomadas sob influência de mecanismos de corrupção e de capitalismo de compadrio, como por exemplo:

a) a construção da Refinaria Abreu Lima, orçada inicialmente em US\$ 2 bilhões e cujo custo final foi de US\$ 18 bilhões (nenhum número é miúdo na contabilidade da corrupção brasileira);

b) a construção de estádios de futebol faraônicos em cidades nas quais sequer existem campeonatos e torcedores que pudessem justificar, isto é, um caso típico de oferta sem demanda, para atender empreiteiros e possibilitar o recebimento de propinas;

c) a compra da Refinaria de Pasadena, considerada um péssimo investimento;

d) a mudança da legislação sobre petróleo, para concentrar a exploração da área conhecida como Pré-Sal na Petrobras, cujas diretorias eram loteadas entre os partidos políticos para desvio de dinheiro (para tanto, as licitações eram fraudadas e os contratos superfaturados);

e) a concessão de vantagens econômicas e isenções de tributos para empresas, sem maior proveito para o interesse público e sem qualquer monitoramento dos resultados, mediante recebimento de propinas e doações eleitorais por membros do Congresso (de acordo com o Tribunal de Contas da União, o total das chamadas renúncias fiscais, em 2017, chegou a R\$ 354,7 bilhões.

5. Ao conceder indulto para os que cometeram crimes de corrupção e correlatos, o decreto impugnado enfraquece o esforço republicano que a sociedade brasileira vem fazendo, trai os compromissos democráticos do governo, que tem o dever de ter atenção para com o sentimento social e passa a mensagem errada para as pessoas que vivem do trabalho honesto, pagam os seus impostos e acreditam no bem. O indulto dá incentivos errados para as pessoas erradas e cria o cenário para sermos o paraíso de corruptores, corruptos, peculatórios, prevaricadores, fraudadores de licitações.

6. Gente que nos atrasa na história. Claro que ninguém diz que é a favor da corrupção. Todo mundo é contra. Mas, em seguida, encontra um fundamento formal para liberar a farra. Mais ou menos como aconteceu na discussão de uniões homoafetivas. Os preconceituosos e homofóbicos em geral não diziam ser contra o respeito à identidade e ao direito à felicidade da comunidade *gay*. Diziam que não cabia ao Supremo assegurar esse direito. Mas o Supremo, por unanimidade, reagiu a essa falácia.

7. Também aqui há risco do mesmo discurso. “Claro, eu sou contra a corrupção. Mas não posso impedir o Presidente da República de exercer suas competências”. O mal geralmente vem travestido de bem. Mas quem tem olhos de ver e coração de sentir, sabe quem é quem. E cada um escolhe o lado da história em que deseja estar. Só não dá para querer estar dos dois lados ao mesmo tempo: dizer que é contra a corrupção e ficar do lado dos corruptos.

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

1. O art. 10 do Decreto impugnado prevê (i) indulto para a pena de multa e, também, (ii) que o seu inadimplemento não impede a concessão do indulto. Aqui o desvio de finalidade chega ao seu paroxismo, seu ponto culminante.

2. O indulto, como visto, tem duas grandes justificativas: a) descongestionamento do sistema penitenciário e b) fins humanitários. Naturalmente, indultar a pena de multa não tem qualquer repercussão sobre o nível de encarceramento. E, em segundo lugar, a pena de multa só é relevante no caso de criminosos de colarinho branco. O perdão de multas não beneficia a grande massa carcerária de condenados por tráfico ou pequenos delitos.

⇒ Pelo contrário, tem destinatários certos: pessoas que se locupletaram do dinheiro público, que representam percentual mínimo dos presos brasileiros e que possuem perfeitas condições de saldar sua dívida (também financeira) com a sociedade.

3. O decreto, nesse particular, afronta também decisão do Plenário do STF. O Supremo já decidiu que o pagamento da multa era requisito tanto para a progressão de regime como para a obtenção de indulto. E assentou que a multa efetiva, mais até do que o curto lapso de prisão, desempenha de forma decisiva o papel retributivo e preventivo geral da pena.

⇒ A pergunta mais óbvia: quem nesta vida vai pagar a multa se basta aguardar o final do ano para tê-la perdoadada no indulto natalino?

4. Vale lembrar aqui, a propósito, que o decreto contrariou orientação do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária no sentido de que a pena de multa não fosse alcançada pelo indulto.

III. INCONSTITUCIONALIDADE DA FIXAÇÃO DE PRAZO PARA INDULTO INFERIOR AO DO LIVRAMENTO CONDICIONAL E INDEPENDENTEMENTE DO QUANTUM DE PENA

1. A Procuradoria-Geral da República impugna o dispositivos do decreto de indulto natalino (art. 1º, I e o art. 2º, § 1º, I), que preveem (i) a concessão do indulto mediante o cumprimento de um quinto da pena, se não reincidentes, e um terço da pena, se reincidentes, nos crimes praticados sem grave ameaça ou violência a pessoa, independentemente do *quantum* de pena aplicado e (ii) nessas mesmas hipóteses, a redução do tempo de cumprimento de pena em um sexto, se não reincidente, e um quarto, se reincidente, para presos que estejam nas condições que especifica, a exemplo de gestantes e pessoas que estejam frequentando cursos de ensino reconhecidos pelo Ministério da Educação.

2. Conforme expus nos itens anteriores, entendo que o indulto coletivo não pode ser utilizado como forma de derrogar a política criminal estabelecida pelo legislador. A política definida pelo legislador é no sentido de exigir o cumprimento de um mínimo de 1/3 da pena antes de se permitir a liberdade condicional. Se o legislador, por lei, estabeleceu este patamar, não pode o Presidente da República, por decreto – ato normativo secundário – fixar patamar diverso para a concessão de benesse que é maior do que a liberdade condicional, como é o caso do indulto.

3. De parte isso, o critério de 1/3 também tem o lastro da série histórica dos indultos, por ter sido este o critério que prevaleceu desde o início da vigência da Constituição de 1988 até 2016, quando veio o primeiro indulto do governo Temer, reduzindo para 1/4. E, agora, para um 1/5. Portanto, o paradigma sempre fora de 1/3 e apenas nos últimos dois decretos se reforçou a leniência, sendo que neste aqui impugnado, ultrapassou-se todo o limite do razoável. Alguém condenado a 10 anos de prisão, não cumprirá mais do que dois anos.

⇒ Logo, se dentro do sistema progressivo estabelecido na legislação, é preciso o cumprimento de 1/3 de pena para que o preso retorne ao convívio social, ainda assim mediante o atendimento dos requisitos exigidos para o livramento condicional, entendo que o ato executivo que perdoa a pena mediante o cumprimento de apenas 1/5 de sua duração viola o princípio da separação de poderes e o princípio da vedação à proteção insuficiente.

4. A hipótese do art. 2º, § 1º, I do Decreto nº 9.246/2017, enfrenta os mesmos problemas de proteção insuficiente. O dispositivo promove uma redução do

quantum de pena para os casos previstos no art. 1º, I nas situações que especifica – e.g. gestantes; pessoas com idade igual ou superior a setenta anos; pessoas que estejam frequentando cursos de ensino; indígenas, entre outros. O benefício a pessoas em situações especiais, a depender do caso, pode até encontrar justificativa na defesa de direitos fundamentais.

⇒ Não obstante, a norma em questão promove um abrandamento que se *soma* ao perdão de 80% da pena, esvaziando quase que de maneira absoluta a pena cominada. Por isso, ainda que se possa cogitar de benefícios a depender da condição do preso, entendo que, na hipótese dos autos, resta configurada a inconstitucionalidade por desatendimento aos deveres de proteção do Estado.

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

6. Aqui, creio adequado voltar os olhos para as balizas fixadas na política criminal. Nos termos do art. 33, § 2º, *a*, do Código Penal, os condenados a pena superior a 8 anos devem começar a cumpri-la em regime fechado. O legislador, portanto, reputou como de gravidade máxima os delitos que conduzam a pena superior a 8 anos, razão pela qual o indivíduo se sujeita ao mais severo dos regimes prisionais. Se o legislador dá esse tratamento, é imperativo impedir que penas acima desse montante sejam extintas por decreto. Sempre lembrando que ele terá direito a liberdade condicional após cumprir 1/3 da pena (Código Penal, art. 83⁷).

⁷ Código Penal: Art. 83 - O juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, desde que: [\(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984\)](#)

I - cumprida mais de um terço da pena se o condenado não for reincidente em crime doloso e tiver bons antecedentes;

II - cumprida mais da metade se o condenado for reincidente em crime doloso;

7. Diante dessas considerações, nas hipóteses previstas no inciso I do art. 1º do Decreto nº 9.246/2017, entendo que o indulto deve depender do cumprimento mínimo de 1/3 da pena e só se aplica aos casos em que a condenação não for superior a 8 anos, balizas que condicionam a interpretação do inciso I do §1º do art. 2º do Decreto nº 9.246/2017.

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

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

2. Os quatro incisos aqui foram impugnados, mas não me parece que todos eles comportem a mesma solução. Os casos em que o condenado se encontra em regime aberto (inciso III) ou está em livramento condicional (inciso IV) se inserem dentro da lógica de progressão do sistema rumo à ressocialização. Nesses casos, os condenados já cumpriram os requisitos exigidos pela legislação para receberem os benefícios da legislação processual penal. Seria ilógico impedir a concessão a eles do perdão presidencial.

⇒ No caso do livramento condicional, por exemplo, o condenado já cumpriu 1/3 da pena e atende às condições exigidas por lei. Impedir que esse indivíduo seja indultado e, ao mesmo tempo, admitir que outro preso em regime fechado seja

III - comprovado comportamento satisfatório durante a execução da pena, bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído e aptidão para prover à própria subsistência mediante trabalho honesto;

IV - tenha reparado, salvo efetiva impossibilidade de fazê-lo, o dano causado pela infração;

V - cumpridos mais de dois terços da pena, nos casos de condenação por crime hediondo, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, tráfico de pessoas e terrorismo, se o apenado não for reincidente específico em crimes dessa natureza

Parágrafo único - Para o condenado por crime doloso, cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, a concessão do livramento ficará também subordinada à constatação de condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinquir.

liberado de sua pena iria contra a própria lógica da política criminal. Entendo, portanto, que não há inconstitucionalidade com relação a tais normas.

3. Situação diferente, contudo, diz respeito aos casos de cumprimento de pena restritiva de direitos e de suspensão condicional do processo, em que o réu sequer chegou a ser preso. No que se refere à pena restritiva de direitos, o indulto não se justifica como medida da política criminal, já que o sujeito não se encontra encarcerado. Portanto, não há nem caráter humanitário nem medida que combata a superlotação de presídios.

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

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

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

1. O art. 11 do Decreto nº 9.246/2017, por sua vez, estabelece que o indulto natalino e a comutação de penas são cabíveis ainda que (i) a sentença tenha transitado em julgado para a acusação; (ii) haja recurso da acusação após a apreciação do caso em segunda instância; (iii) a pessoa condenada responda a outro processo criminal sem decisão condenatória em segunda instância, mesmo que tal processo trate dos crimes especificados no art. 3º ou (iv) a guia de recolhimento não tenha sido expedida.

2. Considero que só o inciso II é inconstitucional. Enquanto estiver pendente recurso da acusação, não há julgamento definitivo nem pena máxima fixada. Assim

sendo, a concessão do indulto de maneira antecipada implica usurpação da função jurisdicional de individualização da pena.

3. Os outros casos, porém, não me parecem inconstitucionais e situam-se na legítima discricionariedade do Presidente. Quanto ao inciso I, o fato de a sentença já haver transitado em julgado para a acusação significa que já não será possível elevar a quantidade de pena. Logo, não nada de errado na concessão de indulto. Quanto ao inciso III, o fato de o condenado responder a outro processo não impede, por si só, o indulto. Caso sobrevenha nova condenação, ele deverá cumpri-la. Por evidente, o indulto não o beneficia pelo crime que ainda não foi julgado. Por fim, quanto à expedição de guia de recolhimento, embora esta seja a regra após o trânsito em julgado, o condenado poderá ter cumprido o tempo necessário ainda sob prisão preventiva ou provisória.

CONCLUSÃO

1. Diante de todo o exposto ao longo da presente decisão, confirmo os termos da medida cautelar anteriormente concedida, julgando parcialmente procedente o pedido formulado na presente ação direta de inconstitucionalidade, no sentido de:

(i) excluir do âmbito de incidência do Decreto nº 9.246/2017 os crimes de peculato, concussão, corrupção passiva, corrupção ativa, tráfico de influência, os praticados contra o sistema financeiro nacional, os previstos na Lei de Licitações, os crimes de lavagem de dinheiro e ocultação de bens, os previstos na Lei de Organizações Criminosas e a associação criminosa, nos termos originalmente propostos pelo CNPCP, tendo em vista que o elastecimento imotivado do indulto para abranger essas hipóteses viola de maneira objetiva o princípio da moralidade, bem como descumpre os deveres de proteção do Estado a valores e bens jurídicos constitucionais que dependem da efetividade mínima do sistema penal;

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

balizas que condicionam a interpretação do inciso I do §1º do art. 2º do Decreto nº 9.246/2017;

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

(iv) declarar a inconstitucionalidade do art. 8º, I e III do Decreto nº 9.246/2017, em razão da incompatibilidade com os fins constitucionais do indulto e por violação ao princípio da separação de Poderes, já que no caso de medida restritiva de direito e de suspensão condicional da pena, sequer houve encarceramento;

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

2. Observe-se uma vez mais, em desfecho, que, no tocante à exclusão do âmbito de incidência do indulto dos crimes relacionados à corrupção, bem como da dispensa do pagamento da pena de multa, a solução aqui adotada restabelece o texto original da minuta de decreto, tal como aprovado pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. No que diz respeito à exigência de cumprimento do prazo mínimo de 1/3 (um terço) da pena e do limite máximo da condenação em 8 (oito) anos

para obtenção do benefício, a decisão retoma o padrão de indulto praticado na maior parte dos 30 anos de vigência da Constituição de 1988⁸.

⁸ Em rigor, na maior parte do período, o tempo máximo de condenação para desfrute do benefício do indulto oscilou entre 4 e 6 anos.