

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

RELATOR : **MIN. ROBERTO BARROSO**
REQTE.(S) : **PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA**
INTDO.(A/S) : **PRESIDENTE DA REPÚBLICA**
ADV.(A/S) : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**

DECISÃO

MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DECRETO PRESIDENCIAL N. 9246/2017. DESVIO DE FINALIDADE, DESCRIMINALIZAÇÃO E VEDAÇÃO À PROTEÇÃO DEFICIENTE DO BEM JURÍDICO TUTELADO PELO DIREITO. AGRAVO À JURISDIÇÃO. PLAUSIBILIDADE JURÍDICA DOS ARGUMENTOS. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA.

Relatório

1. Ação direta de inconstitucionalidade, com requerimento de medida cautelar, ajuizada pela Procuradoria-Geral da República, em 28.12.2017, objetivando a declaração de inconstitucionalidade do “art. 1º-I, §1º - I do art. 2º, e os artigos 8º, 10 e 11 do Decreto nº 9.246, de 21 de dezembro de 2017, que concedem indulto”, por contrariedade aos arts. 2º, 5º, caput, e incs. XLVI, XLII, LIV, e 62 § 1º, al. b, da Constituição da República.

2. As normas impugnadas estabelecem:

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

ADI 5874 MC / DF

cumprido:

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

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

I - gestante;

II - com idade igual ou superior a setenta anos;

III - que tenha filho de até quatorze anos de idade ou de qualquer idade, se pessoa com doença crônica grave ou com deficiência, que necessite de seus cuidados;

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

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

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

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

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

ADI 5874 MC / DF

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

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

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

“Art. 8º Os requisitos para a concessão do indulto natalino e da comutação de pena de que trata este Decreto são aplicáveis à pessoa que:

I - teve a pena privativa de liberdade substituída por restritiva de direitos;

II - esteja cumprindo a pena em regime aberto;

III - tenha sido beneficiada com a suspensão condicional do processo; ou

IV - esteja em livramento condicional.”

“Art. 10. O indulto ou a comutação de pena alcançam a pena de multa aplicada cumulativamente, ainda que haja inadimplência ou inscrição de débitos na Dívida Ativa da União, observados os valores estabelecidos em ato do Ministro de Estado da Fazenda.

Parágrafo único. O indulto será concedido independentemente do pagamento:

I - do valor multa, aplicada de forma isolada ou cumulativamente; ou

II - do valor de condenação pecuniária de qualquer natureza.

Art. 11. O indulto natalino e a comutação de pena de que trata este Decreto são cabíveis, ainda que:

I - a sentença tenha transitado em julgado para a acusação, sem prejuízo do julgamento de recurso da defesa em instância superior;

II - haja recurso da acusação de qualquer natureza após a apreciação em segunda instância;

III - a pessoa condenada responda a outro processo criminal sem decisão condenatória em segunda instância, mesmo que tenha por objeto os crimes a que se refere o art. 3º; ou

ADI 5874 MC / DF

IV - a guia de recolhimento não tenha sido expedida”.

3. A Procuradoria Geral da República argumenta que, ao se estabelecer, no art. 1º, inc. I, do Decreto n. 9.246/2017, a concessão do indulto aos condenados que cumpriram *“apenas um quinto de suas penas, inclusive as penas restritivas de direito – após terem sido processados e julgados pelo Poder Judiciário, com base em critérios constitucionais de individualização e dosimetria da pena pela prática de crime previsto em lei penal -- viola os princípios constitucionais da separação dos Poderes, da individualização da pena, da vedação constitucional ao Poder Executivo para legislar sobre direito penal e de vedação da proteção insuficiente, porque promove punição desproporcional ao crime praticado, enseja percepção de impunidade e de insegurança jurídica, e desfaz a igualdade na distribuição da justiça”.*

Argumenta-se, na inicial, que, *“ao conceder indulto genérico e extremamente abrangente, de forma a extinguir 80% (oitenta por cento) da pena de criminosos devidamente sentenciados e condenados pelo Poder Judiciário segundo os parâmetros constitucionais e legais vigentes, editados pelo Poder Legislativo, o Decreto 9.246/17 não demonstrou a razão de fato e de direito a justificar os benefícios concedidos, que é a modificação pontual de casos específicos e peculiares que apresentam alguma razão humanitária ou de eventual correção de iniquidade da sentença pelo excessivo rigor da norma penal”.*

A Autora anota que, *“ao extingu[ir] a punibilidade do réu condenado antes do cumprimento integral da pena que lhe foi aplicada pelo juiz”*, o indulto significa atuação atípica do Poder Executivo em atividade própria do Poder Judiciário, que deve observar a legalidade e adequar-se à Constituição, sob pena de ser medida desproporcional.

Para a Autora o decreto objeto desta ação configuraria ato arbitrário porque culminaria na impunidade de crimes graves, sem observar a necessária individualização da pena, perdoando delitos de relevância social e comutando penas de forma indiscriminada, contrariando-se, assim, o princípio da dignidade da pessoa e impedindo a construção de

ADI 5874 MC / DF

uma sociedade justa e solidária que anseia por medidas de promoção do bem de todos pautadas na igualdade e na eficácia da jurisdição.

Assevera que os termos do decreto promovem desigualdade e desequilíbrio no sistema jurídico-penal ao retirar a eficácia de normas de direito penal editadas pelo Poder Legislativo e aplicadas pelo Poder Judiciário.

Acrescenta que o decreto seria *“inconstitucional porque nega efeito inibitório à decisão do Poder Judiciário, instituído pela Constituição. Sem as repercussões patrimoniais, considerado o beneplácito estendido às penas pecuniárias pelo Decreto 9246/17, a seguir impugnadas, o condenado não tem o mais ínfimo desestímulo de cometer novos crimes e não teria mais nenhum interesses em colaborar com a justiça, seja pela confissão, seja pela colaboração premiada”*.

Destaca que as hipóteses previstas no art. 8º, salvo o disposto no inc. III (no qual não há condenação), já alcançaram consideráveis favores legais, pelo que nova benesse seria exacerbada.

A inconstitucionalidade do art. 10 estaria demonstrada pela inadequada renúncia de receita agravada pela sinalização de tolerância com a impunidade, determinada por medida que não modifica a realidade prisional.

Pondera que o art. 11 trataria indistintamente de situações nas quais estão pendentes o julgamento de recursos, cujas ações não transitaram em julgado ou não tiveram início da execução da pena. Pela possibilidade de mudança da capitulação de crimes e de aumento de pena, a Autora afirma que tanto significaria menosprezo à atuação do Poder Judiciário.

Conclui que o decreto impugnado *“será causa única e precípua de impunidade de crimes graves, como aqueles apurados no âmbito da “Operação*

ADI 5874 MC / DF

Lava Jato” e de outras operações contra a corrupção sistêmica e de investigações de grande porte ocorridas nestes últimos anos”.

Afirma que o perigo da demora para decisão sobre a cautelar decorreria de que, além de as normas terem vigência temporária, enquanto a eficácia dos artigos indicados não for suspensa “há o risco de extinção da punibilidade de muitas condenações, de modo contrário à Constituição”.

4. Requer a suspensão cautelar dos efeitos das normas impugnadas.

No mérito, pede seja julgado procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade do art. 1º, inc. I, art. 2º, § 1º, inc. I, e arts. 8º, 10 e 11 do Decreto nº 9.246/2017.

5. Examinados os elementos constantes dos autos eletrônicos, **DECIDO.**

Da urgência qualificada a impor aplicação do art. 13

6. Ao dispor sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade, a Lei n. 9.868/1999 excetua, em seu art. 10, a regra da submissão da medida cautelar ao Plenário deste Supremo Tribunal no recesso forense, período no qual compete ao Presidente decidir questões urgentes (art. 13, inc. VIII, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal).

A leitura da inicial da presente ação e do texto normativo sob exame evidenciam a impossibilidade de se postergar a apreciação e decisão deste requerimento cautelar, sendo manifestos os riscos decorrentes do aguardo da providência pela instância natural deste Supremo Tribunal, qual seja, o exame pelo Relator e a submissão da matéria ao Plenário.

Essa a razão pela qual analiso o pleito de medida cautelar.

ADI 5874 MC / DF

Do indulto: natureza e finalidades

7. Indulto não é nem pode ser instrumento de impunidade. É providência garantidora, num sistema constitucional e legal em que a execução da pena definida aos condenados seja a regra, possa-se, em situações específicas, excepcionais e não demolidoras do processo penal, permitir-se a extinção da pena pela superveniência de medida humanitária. Essa medida significa gesto estatal que beneficia aquele que, tendo cumprido parte de seu débito com a sociedade, obtenha, com a providência, um reconhecimento de que seu erro foi assumido por ele, punido e sobre ele se debruçou o infrator. Ainda assim, a sociedade oferece-lhe uma nova chance de superar seu erro. Fortalece-se, então, a crença no direito e no sistema penal democrático.

Indulto não é prêmio ao criminoso nem tolerância ao crime. Nem pode ser ato de benemerência ou complacência com o delito, mas perdão ao que, tendo-o praticado e por ele respondido em parte, pode voltar a reconciliar-se com a ordem jurídica posta.

Se não for adotado na forma da legislação vigente transmuda-se o indulto em indolência com o crime e insensibilidade com a apreensão social que crê no direito de uma sociedade justa e na qual o erro é punido e o direito respeitado. Mas a humanidade com os que purgaram pelo seu erro criminal, na forma do direito estabelecido, encontra o veio do perdão pela nova chance oferecida ao condenado.

Por essa natureza é que se aceita, ainda hoje, o indulto, mesmo quando não mais prevalecem, no sistema penal dos Estados democráticos, penas cruéis ou degradantes, tratamentos desumanos, tudo a recomendar o cumprimento da pena pelo condenado. O indulto mantém-se como forma de lembrar, na fórmula da APAC, que “todo homem é maior que seu erro”. Dir-se-ia: a sociedade é maior que o agravo cometido pelo criminoso.

ADI 5874 MC / DF

Daí a grande lição de Ruy Barbosa ao verberar: *“Nenhum poder mais augusto confiou a nossa lei fundamental ao Presidente do que o indulto. É a sua colaboração na justiça. Não se lhe deu, para se entregar ao arbítrio, para se desnaturar em atos de validismo, para contrariar a justa expiação dos crimes. Pelo contrário, é o meio, que se faculta ao critério do mais alto magistrado nacional, para emendar os erros judiciários, reparar as iniquidades da rigidez da lei, acudir aos arrependidos, relevando, comutando, reduzindo as penas, quando se mostrar que recaem sobre os inocentes, exageram a severidade com os culpados, ou torturam os que, regenerados, já não merecem o castigo, nem ameaçam com a reincidência a sociedade. Todos os Chefes de Estado exercem essa função melindrosíssima com o sentimento de uma grande responsabilidade, cercando-se de todas as cautelas, para não a converter em valhacouto dos maus e escândalo dos bons”* (Barbosa, Ruy – *Comentários à Constituição Federal Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1933, v. III, p. 257)

Em seus comentários a ato do Presidente Hermes, afirmava ele sobre o indulto então concedido que *“Essa marroada na Constituição da República era, ao mesmo tempo, uma pancada mortal de martinete na probidade oficial. ... Que resta dessa Constituição? Que resta do pudor dos homens...”*).

8. Verifica-se, de logo, pois, que o indulto constitucionalmente previsto é legítimo apenas se estiver em consonância com a finalidade juridicamente estabelecida. Fora daí é arbítrio.

9. Instituto objeto do decreto n. 9.246/2017, agora impugnado, o indulto tem sido adotado, no Brasil, desde a Constituição de 1891 (6º. do art. 48: *“Art 48 - Compete privativamente ao Presidente da República: ... 6º) indultar e comutar as penas nos crimes sujeitos à jurisdição federal, salvo nos casos a que se referem os arts. 34, nºs 28, e 52, § 2º...”*).

Ausente na Constituição de 1934, retornou ele na Carta de 1937 (em que pese a sua condição meramente formal, não aplicada e sua prescrição autoritária – al. *n* do art. 74, referindo-se, textualmente a graça),

ADI 5874 MC / DF

mantendo-se na Constituição de 1946 (inc. XIX do art. 87), na Carta de 1967 com a Emenda Constituição n. 1, de 1969 (inc. XX do art. 83) e no inc. XII do art. 84 da Constituição de 1988, esse último adotado como fundamento do Decreto n. 9246/2017, objeto da presente ação direta.

10. Na vigência desta Constituição, foram expedidos decretos de indulto nos períodos de natal, a comprovar a natureza benemérita do instituto, agraciando-se o condenado que já tenha cumprido parte da pena e esteja em condições humanitárias de atender ao desiderato constitucional de contemplar a apenado arrependido ou em especiais condições que desumanizam a sua permanência no cárcere, sem se comprometer a segurança pública e jurídica dos cidadãos com a sua exclusão do sistema penal.

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.

Até para não se permitir tal arbítrio ao Chefe do Poder Executivo é que a Constituição Republicana de 1891 afastava daquela atribuição os crimes relativos ao trabalho (inc. 28 do art. 34) e o Presidente da República nos crimes comuns e de responsabilidade (§ 2o do art. 52).

11 Alega-se, na presente ação, que os dispositivos incluídos no Decreto n. 9.246, de 21 de dezembro de 2017, e agora impugnados contrariariam os princípios constitucionais *“da separação dos Poderes, da individualização da pena; da vedação constitucional ao Poder Executivo para legislar sobre direito penal e da vedação da proteção insuficiente, porque promove punição desproporcional ao crime praticado, ensejaria percepção de impunidade e de insegurança jurídica e desfaz a igualdade na distribuição da justiça”*.

Desvio de finalidade no decreto questionado

12. O ato administrativo dispõe de elementos fora dos quais não se

ADI 5874 MC / DF

valida. Põe-se em consonância com o direito para ser legítimo e prosperarem os seus efeitos.

Ensinava Seabra Fagundes, que *“a atividade administrativa sendo condicionada, pela lei, à obtenção de determinadas consequências, não pode o administrador, ao exercê-la, ensejar consequências diversas das visadas pelo legislador. Os atos administrativos devem procurar atingir as consequências que a lei teve em vista quando autorizou a sua prática, sob pena de nulidade. ... A lei previu que o ato fosse praticado visando a certa finalidade, mas a autoridade o praticou com finalidade diversa. Houve uma burla da intenção legal. A autoridade agiu contrariando o espírito da lei”* (FAGUNDES, M. Seabra – *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 87).

13. O indulto tem a finalidade constitucional de assegurar àquele que tenha cumprido parte de sua pena e esteja em condições que se tornaram excessivamente gravosas e de lembrar à sociedade, que busca a punição do crime, o seu lado humano, que garante se queira a justiça, mas não se deseje a vingança.

Como o desvio de finalidade torna nulo o ato administrativo, compete ao Supremo Tribunal Federal, na forma pleiteada pelo Ministério Público Federal, fazer o controle de constitucionalidade do documento normativo, geral e abstrato como o que é objeto da presente ação.

14. Na espécie, o controle é de constitucionalidade por ser o instituto constitucional e a sua finalidade definida na ordem jurídica fundamental.

O exame de validade dos atos administrativos pelo Poder Judiciário é frequente e necessário para resguardo do sistema jurídico. Tanto se deu, por exemplo, em caso específico de análise judicial de validade de ato administrativo no qual a Presidência da República, competente para a

ADI 5874 MC / DF

prática de determinado ato, adotou-o para finalidade diversa daquela prevista em lei. Observou o Ministro Gilmar Mendes ao decidir a medida liminar no mandado de segurança n. 34.070, no qual se alegava exatamente desvio de finalidade de ato administrativo da Presidência da República:

“Apesar de ser atribuição do Presidente da República a nomeação de Ministro de Estado (art. 84, inciso I, da CF), o ato que visa o preenchimento de tal cargo deve passar pelo crivo dos princípios constitucionais... A propósito, parece especialmente ilustrativa a lição de Manuel Atienza e Juan Ruiz Manero, na obra ‘Ilícitos Atípicos’. Dizem os autores, a propósito dessa categoria: ‘ os ilícitos atípicos são ações que, prima facie, estão permitidas por uma regra, mas que, uma vez consideradas todas as circunstâncias, devem considerar-se proibidas’. (ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruy – Ilícitos Atípicos. 2a. Edi. Madrid: Editorial Trotta, 2006, p.12). E por que devem ser consideradas proibidas? Porque, a despeito de sua aparência de legalidade, porque, a despeito de estarem, à primeira vista, em conformidade com uma regra, destoam da razão que a justifica, escapam ao princípio e ao interesse que lhe é adjacente. Trata-se simplesmente de garantir coerência valorativa ou justificativa ao sistema jurídico e de apartar, com clareza, discricionariedade de arbitrariedade. ... Especificamente nos casos de desvio de finalidade, o que se tem é a adoção de uma regra que aparenta estar em conformidade com uma certa regra que confere poder à autoridade (regra de competências, mas que, ao fim, conduz a resultados absolutamente incompatíveis com o escopo constitucional desse mandamento e, por isso, é tida como ilícita. Mandado de Segurança n. 34.070 – Relator Ministro Gilmar Mendes. DJE 102 de 19.5.2016”

Pertinente também, no caso, é o ensinamento de Victor Nunes Leal, segundo o qual *“se a Administração não atende ao fim legal, a que está*

ADI 5874 MC / DF

obrigada, entende-se que abusou de seu poder. ... O fim legal é, sem dúvida, um limite ao poder discricionário. Portanto, se a ação administrativa desatende a essa finalidade, deve-se concluir que extralimitou de sua zona livre, violando uma prescrição jurídica expressa ou implícita, o que a transpõe, por definição para a zona vinculada” (LEAL, Victor Nunes – Problemas de direito público. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 285).

15. As alegações da Autora da presente ação são demonstradas no sentido de que os dispositivos impugnados (item I do art. 1o.; § 1o. Do art. 2o.; arts. 8o., 10 e 11 da Constituição da República) não se coadunam com a finalidade constitucionalmente estatuída a permitir o indulto, pois, conforme posto na peça inicial do processo, esvazia-se a jurisdição penal, nega-se o prosseguimento e finalização de ações penais em curso, privilegia-se situações de benefícios sobre outros antes concedidas a diluir o processo penal, nega-se, enfim, a natureza humanitária do indulto, convertendo-o em benemerência sem causa e, portanto, sem fundamento jurídico válido.

Descriminalização e vedação ao princípio da proteção insuficiente da tutela a bem jurídico acolhido no sistema

16. Mostra-se plausível, ainda, a alegação de afronta ao princípio da proporcionalidade, vinculada à proibição de se negar a proteção suficiente e necessária de tutela ao bem jurídico acolhido no sistema para garantia do processo penal. Tanto se comprova pela circunstância de os dispositivos impugnados parecerem substituir a norma penal garantidora da eficácia do processo, afrontando a finalidade e superando os limites do indulto. Invade-se, assim, competência típica e primária dos poderes Legislativo e Judiciário.

Também o princípio da proporcionalidade consubstanciado na proibição de proteção deficiente parece afrontado pelos dispositivos impugnados na presente ação direta de inconstitucionalidade, porque

ADI 5874 MC / DF

dão concretude à situação de impunidade, em especial aos denominados ‘crimes de colarinho branco’, desguarnecendo o erário e a sociedade de providências legais voltadas a coibir a atuação deletéria de sujeitos descompromissados com valores éticos e com o interesse público garantidores pela integridade do sistema jurídico.

Segundo lição do Ministro Gilmar Mendes no julgamento de precedente mencionado pela Autora desta ação direta de inconstitucionalidade, *“uma vez que se ateste que as medidas legislativas adotadas transbordam os limites impostos pela Constituição – o que poderá ser verificado com base no princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (Übermassverbot) e como proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) -, deverá o Tribunal exercer um rígido controle sobre a atividade legislativa, declarando a inconstitucionalidade de leis penais transgressoras de princípios constitucionais”* (Habeas Corpus n. 104.410, Relator o Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe 26.3.2012).

17. Tem-se, pois, que a razão de ser do indulto, na forma constitucionalmente estabelecida, e a razão do indulto decretado pelo documento nos quais se contém os dispositivos questionados (decreto n. 9.246/2017) não guardam coerência nem são proporcionalmente adotadas as providências (critérios e fins) para o atendimento da norma constitucional garantidora da competência presidencial. Daí a necessidade de se analisar o objeto deste processo e o pleito nela veiculados com maior detença, no julgamento de mérito da presente ação, para se concluir sobre a sua legitimidade, ou não, para tanto se preservando cautelarmente a situação anterior à vigência da norma.

18. Ao analisar os decretos de indulto editados entre 1999 e 2017, a Procuradoria-Geral da República indicou que as normas impugnadas – havidas no presente decreto de indulto e ausentes de outros documentos que cuidaram do mesmo tema talvez pela impossibilidade constitucional antes constatada - não estabeleceram limites em relação ao máximo da

ADI 5874 MC / DF

pena fixada na sentença para fins de concessão de indulto.

19. O mesmo desvirtuamento de finalidade do decreto parece comparecer ao se analisar o art. 10, no qual se estabelece que:

“Art. 10. O indulto ou a comutação de pena alcançam a pena de multa aplicada cumulativamente, ainda que haja inadimplência ou inscrição de débitos na Dívida Ativa da União, observados os valores estabelecidos em ato do Ministro de Estado da Fazenda.

Parágrafo único. O indulto será concedido independentemente do pagamento:

I - do valor multa, aplicada de forma isolada ou cumulativamente; ou

II - do valor de condenação pecuniária de qualquer natureza.”

Como repetido acima, o indulto tem a finalidade de realizar benignidade com que se contempla aquele que, condenado e tendo cumprido parte da pena a ele definida judicialmente, está em condições de dificuldades humanas (doença, necessidade de reaver sua socialidade pelo implemento do erro purgado pela execução da pena, dentre outros casos).

20. Quanto à multa, pena pecuniária ou valor aplicado por outra causa, não provoca situação de desumanidade ou digno de benignidade, por ser atuação judicial que beneficia a sociedade sem agravar, em demasia ou excessivo agravamento, aquele que a tenha merecido por decisão judicial que a tanto tenha chegado em razão dos ilícitos julgados.

Este Supremo Tribunal firmou jurisprudência no sentido de que, para que o condenado possa obter benefício carcerário, incluído a progressão de regime por exemplo, faz-se imprescindível o adimplemento da pena de multa, salvo motivo justificado, o que bem demonstra a inadequação de se prever indulto para tais situações:

ADI 5874 MC / DF

"*Ementa: Execução Penal. Agravo Regimental. Inadimplemento deliberado da pena de multa. Progressão de regime. Impossibilidade. 1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal firmou orientação no sentido de que o inadimplemento deliberado da pena de multa cumulativamente aplicada ao sentenciado impede a progressão no regime prisional. Precedente: EP 12-AgR, Rel. Min. Luís Roberto Barroso. 2. Tal regra somente é excepcionada pela comprovação da absoluta impossibilidade econômica do apenado em pagar a multa, ainda que parceladamente. 3. Agravo regimental desprovido*" (EP 16 ProgReg-AgR/DF, Relator o Ministro Roberto Barroso, Plenário, DJ 19.5.2015).

Indulto de pena pecuniária significa, num primeiro exame, relativização da jurisdição e agravo à sociedade, afastando-se da natureza do indulto, de sua condição de bem feito para melhorar a convivência social segundo o direito.

21. As circunstâncias que conduziram à edição do decreto, que, numa primeira análise, própria das liminares, demonstra aparente desvio de finalidade, impõe-se a concessão de cautelar para a suspensão dessa norma. Essa medida não importa em qualquer dano de difícil reparação pois os seus possíveis beneficiários cumprem pena imposta mediante processo penal regular, não havendo se falar em agravamento de sua situação criminal ou em redução de direitos constitucionalmente assegurados.

22. Especialmente quanto ao inc. III do art. 8º do Decreto n. 9.246/2017, que trata da possibilidade de indulto ou comutação de pena em favor de pessoa que "*tenha sido beneficiada com a suspensão condicional do processo*", verifico que a inexistência de juízo de mérito e/ou formação de culpa pelo Poder Judiciário é incompatível com a antecipada extinção da punibilidade. De se destacar que eventual descumprimento das condicionantes pelo beneficiário do *sursis* processual, com a conseqüente retomada do processo, poderá culminar em demonstração de circunstâncias que impediriam sequer se cogitasse de sua previsão.

ADI 5874 MC / DF

Alberto Silva Franco e Rui Stoco asseveram que “*o indulto tem o efeito de extinguir ou reduzir as penas a uma certa coletividade condenada, uma vez atendidas as condições estabelecidas no decreto concessivo*” (FRANCO, Alberto Silva, STOCO, Rui. *Código Penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência*. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. P. 514), para dizer que esse benefício pressupõe a aplicação de uma pena.

Nesse sentido, Basileu Garcia observa ser “*favorável [à concessão do indulto] inclusive nos casos em que a prisão já atingiu os seus fins e a pena já se tornou desnecessária*” (GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. Vol. I, Tomo II. São Paulo: Max Limonad, 1956).

23. Ao analisar os decretos de indulto editados entre 1999 e 2017, a Procuradoria-Geral da República indicou que as normas impugnadas não estabeleceram limites em relação ao quantum condenatório máximo fixado na sentença para fins de concessão do indulto, tendo ainda, incluído dentre as hipóteses de sua aplicação as penas alternativas, entre outros benefícios, que em si, já caracterizariam como favorecimento de política criminal.

24. Pelo art. 8º pode se beneficiar do indulto e da comutação de penas 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.

25. Análise de mérito do objeto da presente ação poderá esclarecer, de maneira definitiva e profunda, os fins e consequências da edição do presente decreto.

ADI 5874 MC / DF

26. O que agora se demonstra é a plausibilidade do argumento de desvio de finalidade na edição do decreto, impondo-se o deferimento de cautelar para a suspensão dos efeitos dos dispositivos impugnados, a saber, o inc. I do art. 1o., o inc. I do § 1o. do art. 2o., arts. 8o., 10 e 11 do Decreto n. 9.246/2017.

Essa medida não importa em qualquer provimento irreversível, porque os possíveis beneficiários do indulto ou da comutação de pena cumprem pena imposta por processo penal regular, não se havendo cogitar de agravamento de alguma situação criminal ou de redução de direitos constitucionalmente assegurados.

Especialmente quanto ao inc. III do art. 8º do Decreto n. 9.246/2017, que trata da possibilidade de indulto ou comutação de pena em favor de pessoa que *“tenha sido beneficiada com a suspensão condicional do processo”*, tem-se que a inexistência de juízo de mérito e/ou formação de culpa pelo Poder Judiciário é incompatível com a antecipada extinção da punibilidade.

Ademais, deve ser mencionado que eventual descumprimento das condicionantes pelo beneficiário do *sursis* processual e a conseqüente retomada do processo poderão culminar em demonstração de circunstâncias impeditivas para a concessão do indulto.

Conclusão

27. Os argumentos expendidos na petição inicial, aos quais se acopla o aparente desvio de finalidade e o fundamento relevante de relativização da jurisdição penal que poderia advir das inovações impugnadas nesta ação direta de inconstitucionalidade, impõem a suspensão dos efeitos do inc. I do art. 1º; do inc. I do § 1º do art. 2º, e dos arts. 8º, 10 e 11 do Decreto n. 9.246/2017, controvertidos na espécie, como medida de preservação da jurisdição buscada na presente ação de

ADI 5874 MC / DF

controle abstrato de constitucionalidade, e considerada, ainda, a manifesta dificuldade na reversão dos efeitos decorrentes das medidas questionadas, se for o caso.

Diversamente, novo exame desta medida cautelar pelo órgão competente deste Supremo Tribunal, segundo a discricção daquela autoridade, não traria dificuldade à continuidade da produção dos efeitos da norma impugnada, se vier a ser esta a conclusão judicial, sendo certo que a suspensão dos efeitos do indulto nas situações previstas nos dispositivos questionados não importará em dano irreparável aos indivíduos por ele beneficiados, pois em cumprimento de pena advinda de regular processo judicial condenatório.

28. Pelo exposto, pela qualificada urgência e neste juízo provisório, próprio das medidas cautelares, **defiro a medida cautelar (art. 10 da Lei n. 9.868/1999), para suspender os efeitos do inc. I do art. 1º; do inc. I do § 1º do art. 2º, e dos arts. 8º, 10 e 11 do Decreto n. 9.246, de 21.12.2017, até o competente exame a ser levado a efeito pelo Relator, Ministro Roberto Barroso ou pelo Plenário deste Supremo Tribunal, na forma da legislação vigente.**

29. Notifique-se o Presidente da República para, querendo, prestar informações na forma do art. 10 da Lei n. 9.868/1999.

30. Na sequência, manifeste-se a Procuradoria Geral da República.

Publique-se.

Brasília, 28 de dezembro de 2017.

Ministra CÁRMEN LÚCIA
Presidente