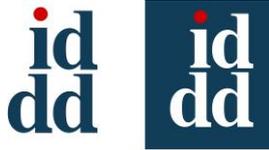




EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO RELATOR DA
AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 5.874/DF
EM TRÂMITE NO E. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
(Ministro ROBERTO BARROSO)

INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA - MÁRCIO THOMAZ BASTOS
(IDDD), organização da sociedade civil de interesse público, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 03.983.611-0001-95, com sede na Capital do Estado de São Paulo, na Av. Liberdade, 65, cj. 1.101, neste ato representado pelos Presidentes de sua Diretoria e do Conselho Deliberativo, por seu diretor de litigância estratégica (docs. 1 e 2) e por associada membro do grupo de litigância estratégica (doc. 3), todos advogados inscritos na OAB/SP, com fundamento nos arts. 138 e 950, § 3º, do Código de Processo Civil, vem requerer sua admissão na presente Ação Direta de Inconstitucionalidade como *amicus curiæ*, expondo adiante as razões pelas quais entende que ordem deve ser concedida.



I – O TEMA DO PRESENTE *WRIT*, O IDDD E A ADMISSÃO DO INSTITUTO COMO *AMICUS CURIAE* EM *HABEAS CORPUS*

Por meio da presente Ação Direta de Inconstitucionalidade, a Procuradoria-Geral da República questiona a validade constitucional de dispositivos do Decreto n. 9.246/2017, norma tradicionalmente editada pelo Presidente da República, ao final de todo ano, concedendo indulto natalino.

De acordo com a inicial, e com a decisão que liminarmente suspendeu a eficácia da lei, o atual Presidente da República teria ampliado de forma exagerada o alcance do instituto.

A investida ministerial, contudo, consubstancia reação um tanto punitivista diante de decreto que não fez mais do que manter a tendência, consolidada por diversos indultos anteriores, de alargar o alcance do perdão presidencial.

Como já vinha acontecendo, e agora com ainda mais razão, o indulto mostrou-se a resposta *possível* ao caos do sistema penitenciário, *classificado por essa C. Corte Suprema como em estado de coisas inconstitucional*. Uma grave crise que, em 2017, recebeu ainda mais atenção da sociedade com as mortes que ocorreram em Manaus e que marcaram um ano de repetidas e fatais rebeliões nos presídios brasileiros.

Os fatos notórios que hoje já se tornaram símbolo do sistema penitenciário brasileiro não podem cair no esquecimento do Poder Judiciário. Bem porque, não podem ser alvos de novas omissões do Estado, como um todo, em todas as suas esferas.



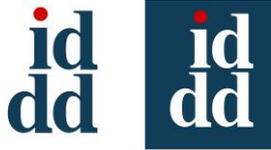
Afinal, sabe-se que a cada ano o Brasil prende mais. E os números são estarrecedores.

Para citar as cifras recentes e de conhecimento dessa C. Suprema Corte, o total de pessoas encarceradas no país ultrapassou a marca de 725 mil ainda em 2016, o dobro do número de vagas disponíveis. Hoje somos a terceira nação com maior número de pessoas presas. E as perspectivas não são nada animadoras.

Foi diante destes números e daquelas notícias que o Presidente da República editou seu novo decreto natalino.

No entanto, desta vez a Procuradoria-Geral viu inconstitucionalidades das mais diversas. Acenou, para defender a nulidade do decreto de indulto, com variados princípios, que vão desde uma suposta usurpação da competência do Poder Legislativo e a separação de poderes e passam pela garantia à individualização da pena e pelo princípio da proporcionalidade. E, destarte, pretende apontar a violação aos arts. 2º. 5º, *caput* e incisos XLII, XLVI, LIV, e 22, I, da Constituição da República.

O momento para que tal alegação de inconstitucionalidade tenha surgido é também de inegável importância: na própria inicial se confessa que, passados quatro anos do início da “Operação Lava Jato”, corre-se o risco de ter o indulto alcançando os alvos da célebre investigação. Ou seja, tal como se está fazendo no caso das Ações Declaratórias de Constitucionalidade ns. 43 e 44, prejudica-se milhares de pessoas encarceradas para garantir que a meia dúzia de condenados do colarinho branco não beneficiados pelas condições de acordo de delação premiada tenham punição exemplar.



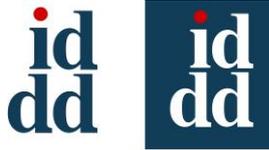
Não se esconde o objetivo maior de criar exceções. E, para tanto, coloca-se em discussão a criação de limites que, até então, nem a Constituição da República, nem esse E. Supremo Tribunal Federal haviam ousado impor ao Poder Executivo.

Mesmo assim, no último dia 12 de março, V. Exa. confirmou a cautelar anteriormente concedida, agora fixando “critérios para aplicação da parte não suspensa do Decreto nº 9.246/2017”. Assim fazendo, criou por decisão monocrática uma nova regra, que ora busca reestabelecer “o texto original da minuta de decreto, tal como aprovado pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária”, ora “retoma o padrão de indulto praticado na maior parte dos trinta anos de vigência da Constituição de 1988”, além de em alguns momentos buscar como inspiração, por assim dizer, os números colocados no Código Penal, quando da reforma de 1984. Com a devida vênia, para cada artigo um parâmetro diferente.

O motivo para imediatamente preencher a lacuna criada pela inconstitucionalidade temporariamente reconhecida por V. Exa. é nobre: “a situação das penitenciárias brasileiras, de fato, não pode passar ao largo da análise do presente caso”.

É certo que essa C. Suprema Corte, em diversas oportunidades, não se absteve de apontar e condenar o caos penitenciário verificado no país. Mas é também inequívoco que este conjunto de novos limites ao decreto presidencial de indulto não representam a proposta de uma solução nem mediata, nem imediata, especialmente se considerado o que levou a d. Procuradoria-Geral da República a postular a inconstitucionalidade.

No entanto, não foi outro o motivo a também informar o decreto presidencial, com uma importante ressalva: não se pode olvidar que cabe ao Presidente



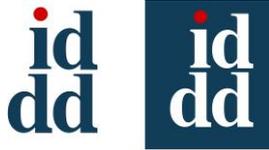
definir estes critérios. Trata-se, é cediço, de ato privativo deste (art. 84, XII, CF). Entender de forma contrária envolve ter o Poder Judiciário tomando para si decisões que, até o ano passado, eram exclusivas do Poder Executivo.

Eis porque, ampliou-se ainda mais os debates a serem travados no julgamento da presente ADI. Seja porque, na prática, houve a substituição do Executivo pelo Judiciário e a criação de novos limites – não previstos em lei ou na Constituição Federal – à atuação daquele. Seja porque foram muitos e variados os parâmetros empregados na criação desta nova norma. Seja ainda porque, caso entenda-se que caberá ao Judiciário mais do que apenas reconhecer a inconstitucionalidade da lei, mas também criar novos parâmetros para o indulto, a participação das mais variadas esferas da sociedade é o mínimo que se espera.

Afinal, conforme bem lembrado por V. Exa., a elaboração do decreto de indulto envolve ativa participação da sociedade, que ocorre tanto com as consultas realizadas durante o ano, como também pela própria conformação do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Diante da amplitude da decisão cautelar confirmada monocraticamente, é imprescindível ouvir diferentes instituições que, por seu escopo, possam contribuir para o debate.

Destarte, o IDDD se apresenta a esse E. Supremo Tribunal Federal, requerendo sua admissão como *amicus curiæ*, a fim de contribuir para o debate das questões em julgamento sob o viés da intervenção mínima, questão que se identifica com a finalidade social do Instituto.

Antes, no entanto, importa frisar o cabimento da intervenção de *amicus curiæ* no presente caso, até mesmo na linha de decisão recente neste feito que já



admitiu que assim atuassem o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais e diversas Defensorias Públicas, dentre outros institutos.

A possibilidade jurídica de atuação de *amicus curiæ* sai diretamente do disposto no art. 138 do CPC: *“O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação”*. E, mais especificamente, do art. 950, § 3º, do mesmo Diploma, inserido no capítulo intitulado “Do Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade”: *“Considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, o relator poderá admitir, por despacho irrecorrível, a manifestação de outros órgãos ou entidades”*.

Como se sabe, a redação destes dispositivos tem origem na Lei nº 9.868/1999, que disciplina a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade. Tal diploma introduziu entre nós a figura do “amigo da Corte”, outorgando-lhe os contornos do art. 7º, § 2º, com o objetivo de propiciar maior participação da sociedade na definição do alcance das normas constitucionais e da declaração de (in)constitucionalidade de Leis. Para o eminente Min. CELSO DE MELLO:

*“A admissão de terceiro, na condição de *amicus curiæ*, no processo objetivo do controle normativo abstrato, qualifica-se como fator de legitimação social das decisões da Suprema Corte, enquanto Tribunal Constitucional, pois viabiliza, em obséquio ao postulado democrático, a abertura do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, em ordem a permitir que nele se realize, sempre sob uma perspectiva eminentemente pluralística, a possibilidade de participação formal de entidades e de instituições que efetivamente representem os interesses*



7.

gerais da coletividade ou que expressem os valores essenciais e relevantes de grupos, classes ou estratos sociais”¹.

Auscultando a alma do instituto, o eminente Min. GILMAR MENDES também destacou ser “evidente (...) que essa fórmula procedimental constitui um excelente instrumento de informação para a Corte Suprema. Não há dúvida, outrossim, de que a participação de diferentes grupos em processos judiciais de grande significado para toda a sociedade cumpre uma função de integração extremamente relevante no Estado de Direito”. E, por fim, concluiu que “a admissão de *amicus curiæ* confere ao processo um colorido diferenciado, emprestando-lhe caráter pluralista e aberto, fundamental para o reconhecimento de direitos e a realização de garantias constitucionais em um Estado Democrático de Direito”².

Mais não é preciso dizer para demonstrar que, com fundamento no art. 138 do CPC, é absolutamente cabível a atuação de *amicus curiæ* em sede de incidente de inconstitucionalidade que tramite perante esse E. Supremo Tribunal Federal.

É preciso consignar que todos os demais requisitos para aceitar-se o IDDD como “amigo da Corte” neste processo estão presentes.

O Requerente é organização não governamental cujo objetivo institucional é a “defesa do direito de defesa, em sua dimensão mais ampla” (art. 3º de seu Estatuto, doc. 1); para consecução da citada finalidade social, por meio também de atuação em processos de controle de constitucionalidade como o presente, envida esforços no sentido de, por si ou por terceiros, “difundir e fortalecer, por todos os meios ao seu alcance, a noção de que a defesa constitui um direito do cidadão, contribuindo para a

¹. ADI 2.130, rel. Min. CELSO DE MELLO, j. em 21.12.2000.

². STF, ADI 2548/PR, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJe 24.10.2005.

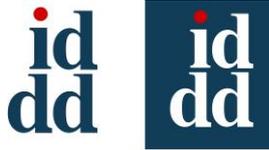


conscientização da população quanto ao significado prático das garantias penais e processuais esculpidas no art. 5º da Constituição Federal, tais como presunção de inocência, o contraditório e o devido processo legal”. Portanto, está dentro do escopo do IDDD, pelo incremento de efetividade ao exercício do direito de defesa, colaborar para a melhora do sistema penitenciário brasileiro – o que inclui, em especial, o alcance do indulto, perdão usualmente concedido pelo Presidente da República com o objetivo de fazer o mínimo para desafogar as superlotadas cadeias.

Desde sua fundação em 2000, o Requerente dedica-se a questões relacionadas à demanda ora colocada. Organizados pela cofundadora do Instituto, a advogada Alexandra Szafir, a participação do Instituto em mutirões carcerários datam do começo deste Século, tendo sido realizados em Distritos Policiais (4º, 19º, 20º, 28º, 29º, 31º, 38º, 44º e 74º) e nos Centros de Progressão Penitenciária do Butantã, de Detenção Provisória da Vila Independência II, de Pinheiros I e de Guarulhos II, todos em São Paulo.

Certamente em razão dessa extensa experiência, o IDDD foi convidado, em 2011, pelo Conselho Nacional de Justiça para em parceria realizar o mutirão de execução penal em São Paulo, bem como para acompanhar os juízes nas inspeções a unidades prisionais do Estado. Durante 4 meses, mais de 50 advogados associados ao Instituto foram alocados no Fórum Criminal central da Capital paulista para, juntamente com defensores públicos, analisarem todos os processos de execução do Estado e buscarem restituir a liberdade de todos os presos que a ela já tinham direito.

A preocupação do Requerente não se limita ao livramento de quem não deve mais estar preso. O IDDD desenvolve, desde 2010, o projeto “Educação para Cidadania no Cárcere”, experiência de educação dirigida às pessoas encarceradas. Nesses anos de projeto, o IDDD esteve em catorze unidades prisionais da capital e da Grande



São Paulo, informando a presos e presas que o Direito lhes garante mais, muito mais do que a situação carcerária lhes faz imaginar³.

Ou seja, dentre as mais marcantes atuações do Instituto está exatamente levar conhecimento para a grande parte da população carcerária que, é sabido, sofre com a desinformação, especialmente sobre seus direitos. Realidade que, aliás, mereceu destaque na decisão que confirmou a medida liminar antes deferida e criou novos limites para o indulto.

Para sensibilizar a sociedade para as agruras do cárcere, o IDDD também desenvolveu dois grandes projetos culturais: o *Direito do Olhar*, publicação que reúne textos, fotografias e desenhos de centenas de mulheres detidas nas unidades prisionais e manicomiais de São Paulo⁴, e o *Sem Pena*, premiado documentário lançado em 2014 que busca discutir o sistema de justiça criminal brasileiro⁵.

Mais recentemente, novamente a convite e em parceria com o CNJ, o IDDD contribuiu para a implementação do projeto “Audiências de Custódia”, sendo o responsável pelo fomento e monitoramento da instalação das audiências em todo o território nacional⁶. Projeto este que tem impacto direto em nosso sistema penitenciário, posto que 40% da população carcerária é formada por presos provisórios.

³. Cf. <http://www.iddd.org.br/index.php/projetos/educacao-para-cidadania-no-carcere/>

⁴. Cf. <http://www.iddd.org.br/index.php/projetos/o-direito-do-olhar/>.

⁵. Vencedor do prêmio de público mais importante do 47º Festival de Brasília do Cinema Brasileiro, melhor longa-metragem na opinião do júri popular. Mais informações em: <http://www.iddd.org.br/index.php/projetos/iddoc/>. É possível assistir o documentário na íntegra em <https://www.youtube.com/watch?v=2pctKmjMigQ>.

⁶. Doc. 4 - Cf. nesse sentido: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2015/10/f4787a2be248561964bb3d10a7c3bc22.pdf>

Foi esse caminho de dedicação do IDDD à teratológica realidade prisional brasileira que inspiraram o Instituto a apresentar aos Poderes da República e à sociedade propostas para mitigar a recente crise do sistema penitenciário nacional⁷.

Eis demonstrada a indubitável relação entre a experiência social do IDDD e o tema aqui versado, habilitando-o a participar do debate como amigo da Corte.

Já a *adequacy of representation* comprova-se por diversos documentos e notícias demonstrativos do reconhecimento da sociedade brasileira às ações do Instituto na busca do cumprimento de seus objetivos estatutários⁸.

7. Para aferir a repercussão, cf. <https://s3-sa-east-1.amazonaws.com/multclip/sistemadataclip/videos/02.02%20-%20GLOBONEWS%20-%20EDICAO%20DAS%2018H%20IDDD.mp4>; <https://s3-sa-east-1.amazonaws.com/multclip/sistemadataclip/videos/02.02%20-%20GLOBONEWS%20-%20EDICAO%20DAS%2017%20IDDD.mp4>; https://s3-sa-east-1.amazonaws.com/multclip/sistemadataclip/audio/06-02-2017_JOVEMPAN-NEWS_SP_09H46M_.mp3; https://s3-sa-east-1.amazonaws.com/multclip/sistemadataclip/audio/08-02-2017_ESTADAO-AM_SP_17H18M_.mp3; <https://www.youtube.com/watch?v=8pgW1YSu60k>; <http://www.conjur.com.br/2017-fev-02/idd-apresenta-seis-propostas-melhorar-sistema-penitenciario>.

8. Para não tornar a instrução da presente manifestação muito extensa, o IDDD pede licença para indicar, por meio de *links*, outras notícias que retratam sua atuação no contexto jurídico, social e político: <http://cbn.globoradio.globo.com/editorias/pais/2016/02/20/EM-UM-ANO-BRASIL-TEM-MAIS-DE-48-MILAUDIENCIAS-DE-CUSTODIA-E-QUASE-METADE-DOS-PRESOS-E.htm>; <http://justificando.cartacapital.com.br/2016/05/09/levantamento-revela-que-84-dos-presos-nao-puderam-lerdocumentos-assinados-em-delegacia/>; <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2016-06/violencia-policinalnao-e-questionada-em-mais-de-45-das-audiencias-de-custodia>; <http://www.conjur.com.br/2016-jun-09/prisaoprovisoria-usada-forma-excessiva-brasil-estudo>; <http://www.conjur.com.br/2016-set-01/memoriais-supremoiddd-indica-falhas-julgamentos-penais>; <http://blogdofred.blogfolha.uol.com.br/2016/09/19/direito-de-defesa-naamerica-latina/>; <http://www.acritica.com/channels/manaus/news/sistema-prisional-e-carro-falido-e-ineficaz>; <http://cbn.globoradio.globo.com/programas/jornal-da-cbn/2017/01/04/POLITICA-DE-CONSTRUCAO-DEPRESIDIOS-E-ABSOLUTAMENTE-FALIDA-DIZ-ESPECIALISTA.htm>; <http://jota.info/justica/grandemaioria-de-tribunais-ainda-opta-por-pena-de-prisao-11012017>; <http://www.conjur.com.br/2017-jan-13/entidadeslanam-carta-criticando-sistema-prisional-propondo-solucoes>; <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/01/1850004-pais-superlota-cadeias-com-reus-sem-antecedentes-ena-violentos.shtml>; <http://www.premioinnovare.com.br/ultimas/conheca-os-vencedores-da-vii-edicao-dopremio-innovare/>; <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=288998>; <http://www.olhardireto.com.br/juridico/noticias/exibir.asp?noticia=ministro-lewandowski-participa-deeventoque-destaca-avancos-das-audiencias-de-custodia&edt=0&id=32739>;

Ainda a demonstrar a representatividade do Requerente, importante destacar que ambas as Cortes Superiores já admitiram o instituto como *amicus curiæ*. O E. Superior Tribunal de Justiça já admitiu o peticionário como “amigo da Corte” nos debates travados em incidente de inconstitucionalidade⁹. Já essa C. Corte Suprema admitiu o IDDD como *amicus curiæ* em diversos casos, não sendo demais apontar referências à atuação do Instituto formuladas por Ministros em numerosos julgamentos¹⁰.

<http://www.conjur.com.br/2016-mai-31/audiencia-custodia-nao-contribui-crime-lewandowski>;
<http://ponte.org/violencia-policial-e-ignorada-em-mais-de-45-das-audiencias-de-custodia/>;
<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/82455-evento-em-sao-paulo-destaca-avancos-e-desafios-das-audiencias-de-custodia>; <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=317654>;
<https://www.youtube.com/watch?v=23Q3DXFVpR8>;
<http://www.cartacapital.com.br/sociedade/juizestransgressores-mulheres-encarceradas>;
<http://noticias.terra.com.br/brasil/politica/cidh-elogia-programa-do-brasil-para-reduzir-superlotacao-em-prisoas,f7c10d002f89e5df92db8762b6e06b38j762rdq9.html>;
<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=302172>;
<http://cnj.jus.br/noticias/cnj/80716-presidente-lewandowski-leva-a-cidh-a-experiencia-das-audiencias-de-custodia>;
http://www.eldiario.es/politica/CIDH-medidas-Brasil-encarcelamiento-masivo_0_443406694.html;
<http://usahispanicpress.com/2015/10/21/la-cidh-elogia-las-medidas-de-brasil-para-atajar-el-encarcelamientomasivo/>;
<http://www.conjur.com.br/2016-jun-09/prisao-provisoria-usada-forma-excessiva-brasil-estudo>;
http://www.aasp.org.br/aasp/imprensa/clipping/cli_noticia.asp?idnot=21862;
http://www.maxpressnet.com.br/Conteudo/1,862658,Grupo_RBS_recebe_projeto_Olhar_Critico_da_Abraji,862658,7.htm;
<http://cinema.uol.com.br/noticias/reuters/2014/10/01/estreia-documentario-sem-pena-revigoradiscussao-sobre-justica-criminal-no-pais.htm>; <http://www.anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=29498>;
<http://blogdofred.blogfolha.uol.com.br/2016/09/19/direito-de-defesa-na-america-latina/>.

⁹ Cf. HC 239.363-PR, decisão proferida pelo Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, em 25.2.2014, DJe 28.2.2014.

¹⁰ Cf. julgamentos da Proposta de Súmula Vinculante nº 1 (Pleno, rel. Min. MENEZES DIREITO, j. em 2.2.2009, cf. voto Min. MARCO AURÉLIO, p. 37, DJe 6.6.2007), do HC 85.969 (1ª T., rel. Min. MARCO AURÉLIO, j. em 4.9.2007, p. 384, DJe 14.9.2007) e, na ADI 4.163, às vésperas do julgamento da referida ação direta, em 24.2.2012, o eminente Min. CEZAR PELUSO, ainda que rejeitando a admissão do Instituto como “amigo da Corte” por entender ter sido o pedido formulado a destempo, ressaltou estar “demonstrada a capacidade [do IDDD] de contribuir para o debate da matéria” (DJe 29.2.2012).

Sabedor da inclusão do feito na pauta de julgamentos do Pleno do próximo dia 14 de novembro, o IDDD não ignora a orientação tirada da ADI 4.071, segundo a qual “*o amicus curiæ somente pode demandar a sua intervenção até a data em que o Relator liberar o processo para pauta*”¹¹.

Ocorre que, em diversas outras oportunidades, essa Suprema Corte já admitiu a intervenção de *amicus curiæ* cujos requerimentos foram apresentados antes do início do julgamento do feito, embora já houvesse indicação do Relator para inclusão em pauta¹². Salvo melhor juízo, para admitir os *amici* que se apresentam a destempo, a Corte sempre confiou a decisão à discricionariedade do Relator, cabendo a ele firmar a conveniência da atuação para a instrução do feito – o que, salvo melhor juízo, faz o óbice temporal perder sentido.

No caso concreto, a ADI traz tema momentoso, com importância constitucional indiscutível, já que se decidirá não só sobre eventuais limites a serem dados ao poder concedido ao Presidente da República para editar indultos, como também sobre as próprias regras e alcance do indulto deste ano.

Aliás, especialmente porque o indulto presidencial poderá receber novos contornos já quando do julgamento da presente ADI, o que, conforme já pontuado, deve trazer a participação de diferentes entidades e representantes da sociedade.

Diante da importância de tais temas, é certo que o IDDD poderá, se admitido, trazer para o julgamento o viés do Direito de Defesa e da advocacia criminal.

¹¹. ADI 4071 AgR, Rel. Min. MENEZES DIREITO, j. em 22.4.2009.

¹². Nesse sentido: RE 760.836, rel. Min. ROSA WEBER; ADC's 43/44 e ADPF 46, rel. Min. MARCO AURÉLIO; e ADI 3.345, rel. Min. CELSO DE MELLO.

Adequada, portanto, a admissão do IDDD, *ex vi* da exceção criada à regra assentada na ADI 4.071. Bem porque, conforme obra doutrinária de referência:

“É possível, porém, cogitar de hipóteses de admissão de *amicus curiæ* fora desse prazo, especialmente diante da relevância do caso ou, ainda, em face da notória contribuição que a manifestação possa trazer para o julgamento da causa. Na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.690, o relator admitiu a participação do Distrito Federal, dos Estados de Goiás, Pernambuco, Rio de Janeiro, da Associação Brasileira de Loterias Estaduais (ABLE) e, ainda, determinou-se uma nova audiência da Procuradoria-Geral da República. Igualmente, na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.548 o relator admitiu o ingresso no feito da Federação das Indústrias do Estado do Paraná, na qualidade de *amicus curiæ*, fora do prazo das informações. “Desde a decisão em Questão de Ordem nas ADIs 2.675-PE e 2.777-SP, o Tribunal passou a admitir que entes aceitos como *amici curiæ* podem efetivar sustentação oral por ocasião do julgamento da ação direta. “Em nova orientação parece acertada na medida em que viabiliza, em casos específicos, a possibilidade de que o procedimento de instrução da Ação Direta de Inconstitucionalidade seja subsidiado por novo argumentos e diferentes alternativas da interpretação da Constituição”¹³.

Note-se que, recentemente, os Ministros GILMAR MENDES e RICARDO LEWANDOWSKI admitiram o IDDD para atuar como amigo da corte inclusive em *habeas corpus*¹⁴ que já estava pautado e que havia sido adiado a pedido do impetrante.

No *habeas corpus* 141.478, no qual se discutia prisão decretada com base na Lei de Organizações Criminosas em razão de suposto encontro entre investigados e advogado, visto como embaraço à investigação (§ 1^a do artigo 2^o da Lei 12.850/2013), o Ministro GILMAR MENDES anotou: “E em conclusão pela admissão do Requerente como

13. MENDES, Gilmar. *Controle abstrato de constitucionalidade: ADI, ADC e ADO comentários à Lei n. 9.868/99*, 1^a ed., Saraiva, 2012, p. 241/242.

14. STF, HC 141.478/RJ, rel. Min. GILMAR MENDES, decisão monocrática, j. em 4.10.2017, no qual se discutia prisão decretada com base na Lei de Organizações Criminosas em razão de suposto encontro entre investigados e advogado, visto como embaraço à investigação (§ 1^a do artigo 2^o da Lei 12.850/2013) e

amicus curiae em *habeas corpus*, note-se recente decisão da lavra do preclaro Ministro GILMAR MENDES que admitiu a intervenção nessa figura, nos autos do HC 141.478/RJ:

“Tais decisões são anteriores à vigência do art. 138 do CPC, o qual prevê a admissibilidade da intervenção de *amici curiae*, tendo em consideração a ‘relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia’.

“A aplicabilidade da intervenção de *amici curiae*, na forma do art. 138 do CPC, ao processo penal, ainda está por ser apreciada.

“Paralelamente, a jurisprudência atual vê com muitas ressalvas a intervenção de terceiros em ações de *habeas corpus* (...).

“Mesmo reconhecendo a força persuasiva desses precedentes, tenho que nenhum desses óbices é suficiente para afastar o cabimento da intervenção de *amicus curiae* em *habeas corpus*. O CPC valoriza a intervenção do *amicus curiae* como forma de democratizar a formação da jurisprudência.

“As decisões de tribunais em casos individuais estabelecem orientação a ser observada em casos semelhantes. O feito está instruído e a admissão não atrapalhará seu andamento.

“Ante o exposto, admito o INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA (IDDD) como *amicus curiae*, com poder de oferecer razões escritas e realizar sustentação oral”¹⁵.

Já o Ministro LEWANDOWSKI admitiu a atuação do IDDD como *amicus curiae* no *habeas corpus* coletivo que discutia o encarceramento feminino e buscava a prisão domiciliar para gestante e mães de crianças até 12 anos. E mesmo o *writ* já estando pautado, o Peticionário foi admitido “diante da relevância e da pertinência temática”¹⁶.

Por fim, não custa anotar que o critério adotado quanto ao momento da apresentação do requerimento da intervenção do *amicus curiae*, se antes teve por parâmetro um dispositivo vetado que o limitava (art. 7º, § 1º, da Lei nº 9.868/1999), hoje

¹⁵. STF, HC 141.478/RJ, rel. Min. GILMAR MENDES, decisão monocrática, j. em 4.10.2017.

¹⁶. STF, HC 143.641/SP, rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, decisão monocrática, j. em 19.02.2018, DJe 21.02.2018.

deve levar em conta a nova disciplina do instituto trazida pelo art. 138 do CPC, que alarga as hipóteses de cabimento¹⁷.

Assim, uma vez preenchidos os requisitos legais de relevância da matéria e representatividade adequada e sendo essa intervenção “um excelente instrumento de informação para a Corte Suprema”¹⁸, ela há de ser admitida a qualquer momento, tomando o interveniente o processo no estado em que se encontra.

Pelo exposto, ausentes óbices que vedem a habilitação requerida e satisfeitos os requisitos para a admissão do IDDD como *amicus curiæ*, deferimento do presente pedido é o que se aguarda.

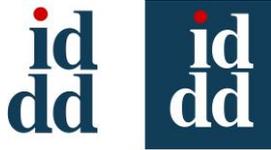
II - O INDULTO COMO RESULTADO DA POLÍTICA CRIMINAL DEFINIDA PELO EXECUTIVO E COMO RESPOSTA À SITUAÇÃO DO SISTEMA PRISIONAL

A falência de nosso sistema penitenciário é notória. É também notícia já antiga (mas não superada, infelizmente).

Ainda em setembro de 2015, ao apreciar o pedido de liminar do Partido Socialismo e Liberdade – PSOL na ADPF 347, esse E. Tribunal assentou a existência do estado de coisas inconstitucional, já que “presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas”. Constatou da ementa daquele julgado:

17. Cf., nesse sentido, NELSON NERY JÚNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, em *Comentários ao Código de Processo Civil – Novo CPC – Lei 13.105/2015*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2015, pp. 576-577.

18. Decisão proferida na ADPF 97, em 1º de fevereiro de 2007.

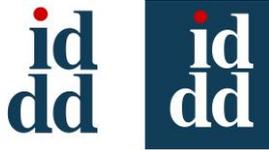


“CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil.

“SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como ‘estado de coisas inconstitucional’”.

O diagnóstico, então, foi o de que “o afastamento do estado de inconstitucionalidades, conforme se pretende nesta ação, só é possível mediante mudança significativa do comportamento do Poder Público, considerados atos de natureza normativa, administrativa e judicial”. Afinal, “há, na realidade, problemas tanto de formulação e implementação de políticas públicas, quanto de interpretação e aplicação da lei penal”.

Contudo, sempre que adentramos o tema das prisões e, especialmente, da necessidade de diminuir o encarceramento no país, invadimos também o perigoso terreno da opinião pública. É sempre um debate “de relevância maior”, mas que, já lembrou o Ministro MARCO AURÉLIO quando do julgamento da cautelar daquela ADPF, não é “tema ‘campeão de audiência’, de agrado da opinião pública. Ao contrário, trata-se de pauta impopular, envolvendo direitos de um grupo de pessoas não simplesmente estigmatizado, e sim cuja dignidade humana é tida por muitos como perdida, ante o cometimento de crimes. Em que pese a atenção que este Tribunal deve ter em favor das reivindicações sociais majoritárias, **não se pode esquecer da missão de defesa de**



minorias, do papel contra majoritário em reconhecer direitos daqueles que a sociedade repudia e os poderes políticos olvidam, ou fazem questão de ignorar”.

Como se vê, reconheceu-se, de forma irretocável, o evidente conflito entre as constatações dessa C. Suprema Corte sobre a situação dos cárceres e a tentativa de adotar discursos punitivistas e puramente retributivos, hoje tão em voga.

A retórica exsurge de balbúrdia ensurdecadora, mas não pode ser confundida com alguma unanimidade. Pelo menos, não sem se lembrar da famosa frase de NELSON RODRIGUES sobre a falta de inteligência desta.

E, por isso mesmo, o punitivismo que causa tanto barulho não pode ser tido como expressão do princípio democrático. Longe disso, deve ter nesse E. Supremo Tribunal Federal a voz dissonante.

Também por isso, aliás, a tarefa do magistrado e a função maior do Judiciário mostram-se muitas vezes ingratas. Não raro, o que as vozes pedem em brados é exatamente o contrário do que o Estado Democrático de Direito precisa para permanecer intacto e se fortalecer.

Apesar de precisa e histórica, a ADPF 347 não foi capaz de mudar esse “Estado de coisas inconstitucional” que se perpetua até hoje e que, de lá para cá, apenas piorou.

Ainda vivemos em sociedade e realidade punitivistas; no auge da chamada cultura do encarceramento. Uma visão popular e populista que vem sendo alimentada por diferentes esferas do poder e da sociedade.

Não se trata apenas de prender ou soltar este ou aquele condenado ou de escolher o mais grave entre os crimes previstos. Trata-se de propagandear a ideia de que há pessoas que devem ser presas, jogando-se a chave fora (ou quase). É este o recado que vem sendo insistentemente passado pelo Estado e pelo poder Judiciário que é quem mantém a chave de acesso ao cárcere. Seja com a revogação de um indulto que permitiria a liberdade para diversas pessoas, seja pelas milhares de decisões que decretam e mantêm prisões provisória que se arrastam por anos...

A esse respeito, não pode o peticionário deixar de trazer a essa C. Corte exemplo representativo dessa cultura punitivista. Recentemente os jornais noticiaram que o homem condenado pelo rumoroso sequestro de Washington Olivetto, hoje, “é o preso há mais tempo mantido em solitária no Brasil: 16 anos”¹⁹. Dezesesseis anos!

É esta cultura que permite abusos dessa magnitude. Ela já está imiscuída em tantas esferas do Judiciário, assim, consegue alimentar as caças as bruxas que apenas lotam mais nossos presídios.

A voz dissonante, tão necessária, vem sendo silenciada, por adesão ao discurso popular. Decisões como a acima mencionada, ou aquela que conheceu *habeas corpus* coletivo a fim de garantir que mulheres grávidas ou mães de crianças de até 12 anos de idade possam permanecer em prisão domiciliar, são ainda exceções. E são rapidamente encobertas pelo falacioso raciocínio que lota presídios e, ao mesmo tempo, esvazia toda a lógica da pena privativa de liberdade, transformando-as em “escolas do crime”.

19. <https://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,norambuena-recorde-de-16-anos-na-solitaria,70002514704>, grifamos.

Ainda limitamos o *habeas corpus*, adiantamos o cumprimento da pena, respondemos à sociedade e à turba... E ainda que estejamos falando de apenas alguns crimes, a ideia é sempre diminuir ou eliminar o conceito de ressocialização, exaltando a punição (cada vez maior) aos pecadores da vez.

Esta colisão – entre a resposta que se espera desse E. Supremo Tribunal Federal e aquela que muitos supostamente preferem ouvir – é uma marca indelével da presente ADI.

Em 2016 nos tornamos a terceira nação a mais encarcerar. Já éramos mais de 725 mil pessoas presas em um sistema penitenciário que, então, era suficiente para apenas metade destes presos.

O ano de 2017 começou com a má notícia de atos bárbaros em presídios da Região Norte do país. Contaram-se quase uma centena de mortos por decapitação, por estripação, arremessados de telhados, espancados e seviciados sexualmente antes de acabarem retalhados. A imprensa informou que o morticínio se deu em virtude de disputa pelo controle do sistema penitenciário por facções criminosas²⁰, espalhadas por

²⁰. A mídia relaciona Primeiro Comando da Capital, Comando Vermelho, Família do Norte, Terceiro Comando da Capital (SP, RJ), Comando Revolucionário Brasileiro da Criminalidade (SP), Comando Democrático da Liberdade (SP), Seita Satânica (SP), Primeiro Comando do Mato Grosso do Sul (MS, ligada ao PCC), Manos (MS, RS), Terceiro Comando (RJ, BA), Amigos dos Amigos (RJ, CE, ES), Inimigos dos inimigos (RJ), Amigos de Israel (RJ), Bonde dos 40 (AM, PI), Primeiro Comando do Norte (AM, RR, CE), 300 Espartanos (AM), Primeiro Comando da Mariola (RR), Equipe Rex (PA), Bonde dos 30 (PA), Comando Classe A (PA), Gangue da Ponte (AP), Primeiro Comando do Maranhão (MA), Bondinho da Ilha (MA), Primeiro Grupo do Estreito (MA), Bando dos 40 (MA), Anjos da Morte (MA), Comando Organizado do Maranhão (MA), Bonde dos 300 (MA), Primeiro Comando de Campo Maior (PI), Primeiro Comando de Esperantina (PI), Facção Criminosa de Teresina (PI), Guardiões do Estado (CE), Primeiro Comando de Natal (RN), Sindicato do Crime (RN, PB), Al-Qaeda (PB), Estados Unidos (PB), Comando Norte/Nordeste (PE), Firma (AL), Primeiro Comando Metropolitano (SE), Comando da Paz (SE, BA), Bonde do Maluco (BA), DPM (BA), MPA (BA), Bonde do Ajeita (BA), Katiara (BA), Comando da Perna (BA), Caveira (BA), Comando Mineiro de Organizações Criminosas (MG), Paz, Justiça e Liberdade (MG), Primeiro Comando Mineiro (MG), Primeiro Comando das Minas

todo o Brasil²¹. O ano continuou com repetidas notícias sobre a brutalidade cada vez maior de nossos presídios, com repetidas rebeliões em diferentes estados da federação.

E 2018 não segue um caminho diferente: mais notícias de rebeliões e mortes nos presídios insistem em aparecer nos jornais. Ninguém pode duvidar de que se está diante do caos.

Os marcos temporais aqui citados, todavia, foram todos acompanhados de decretos presidenciais que alargavam as normas do indulto natalino.

Em 2015, quando o estado de coisas inconstitucional foi reconhecido por essa C. Corte, foram perdoados aqueles que, tendo recebido penas de até 12 anos, haviam cumprido um terço. Em 2016, ano em que nos tornamos a terceira nação que mais encarcera no mundo, o indulto foi concedido aos que haviam cumprido um quarto de penas até 12 anos – e, ainda assim, mostrou-se insuficiente. Em 2017, com toda a violência que o marcou, o decreto de indulto não colocou a limitação de uma pena máxima para o alcance do perdão.

No entanto, 2018 iniciou com a suspensão do decreto de indulto natalino, tido como benéfico demais pela Procuradoria, que então conquistou a concessão de liminar.

Gerais (MG), Milícias (RJ), Povo de Israel (RJ), Primeiro Comando de Vitória (ES), Comando Jovem Vermelho da Criminalidade (SP), Gaviões da Fiel (SP), Cerol Fino (SP), Comissão Democrática da Liberdade (SP), Primeiro Grupo Catarinense (SC), Primeiro Crime Revolucionário Catarinense (SC), Comando Leal (SC), Serpente Negra (SC), País Livre (SC), Primeiro Grupo de Oposição (SC), FRC (Força Revolucionária Catarinense), Bala na Cara (RS), Os Taurus (RS), V7 (RS), Os Abertos (RS), Unidos Pela Paz (RS), Comando Pelo Certo (RS), Amigos Leais (RS), Primeiro Comando do Paraná (PR), Primeiro Comando da Liberdade (MS), Grupo G (MS), Paz, Liberdade e Direito, Bad Boys (MT), Baixada Cuiabana (MT), Comando Verde (MT), Amigos Leais (RO), Crime Popular (RO), Bonde dos 13 (AC).

²¹. Foi elaborado até um mapa com a indicação de quais facções dividem o poder pelas unidades da Federação: <http://infograficos.oglobo.globo.com/brasil/onde-atuam-as-faccoes.html>

Não há lógica. O indulto (e seu alargamento) era uma das poucas medidas governamentais que, de fato, tinham por alvo a superpopulação carcerária e por mote uma tentativa de suavizá-la. Foi elaborado dentro das normas que garantem o equilíbrio entre os três poderes. E apesar da impopularidade do tema, visava a enfrentar o estado de coisas antes tristemente anunciado por essa C. Suprema Corte.

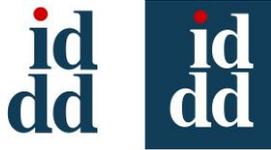
Bem porque, o que se reconheceu no precedente insistentemente aqui citado não foi só o estado inconstitucional de nosso falido sistema penitenciário. Para tanto, não era preciso um debate tão longo, bastava olhar para qualquer presídio do país. A discussão da ADPF 347 tinha (e tem) também como pauta a dicotomia entre o muito pouco que o Poder Executivo faz e os limites de atuação do Poder Judiciário, mesmo diante de tão fatídica realidade:

“(...) Cabe ao Supremo catalisar ações e políticas públicas, coordenar a atuação dos órgãos do Estado na adoção dessas medidas e monitorar a eficiência das soluções.

Não lhe incumbe, no entanto, definir o conteúdo próprio dessas políticas, os detalhes dos meios a serem empregados. Em vez de desprezar as capacidades institucionais dos outros Poderes, deve coordená-las, a fim de afastar o estado de inércia e deficiência estatal permanente. Não se trata de substituição aos demais Poderes, e sim de oferecimento de incentivos, parâmetros e objetivos indispensáveis à atuação de cada qual, deixando-lhes o estabelecimento das minúcias. Há de se alcançar o equilíbrio entre respostas efetivas às violações de direitos e as limitações institucionais reveladas na Carta da República”²².

Mas a suspensão do indulto, ou mesmo sua expressiva limitação, induz o oposto do que essa C. Corte Suprema afirmou ser necessário. Ao invés de catalisar uma

22. STF, ADPF 347, voto do Rel., Min. MARCO AURÉLIO quando do julgamento da cautelar.



solução, alarga-se o problema. E o faz sem trazer ao horizonte alguma esperança ou proposta para o que é apontado como a causa da norma questionada.

Tal contradição não pode escapar ao debate aqui mais uma vez colocado. Esse E. Supremo Tribunal Federal não pode ser a origem de comandos opostos.

Ainda que se entenda que o indulto não poderia ser tão largo, os diferentes parâmetros utilizados agora não são mais corretos ou constitucionais.

Não há lei que limite o indulto aos valores presentes na parte geral do Código Penal. Assim como não há norma que permita a construção de novos parâmetros para o indulto, muito menos de forma artificial.

O único limite ao indulto são os crimes enumerados pela própria Constituição. A mesma que outorga ao Poder Executivo sua elaboração.

E a verdade é que o indulto, por falta de outros mecanismos e recursos, é uma das formas mais usadas pelo Poder Executivo para enfrentar o encarceramento desumano que essa C. Corte reconhece como alvo obrigatório de imediata atuação.

Não é necessário repetir aqui a origem e a história do indulto. Mas é preciso apontar que hoje, ao invés de um favor pessoal ao amigo do rei, o instituto representa medida genérica, o que então lhe dá os contornos democráticos que permitem sua manutenção no sistema normativo constitucional.

Para o bem ou para o mal, este perdão não tem marca, não tem cor e não tem alvo específico. E, exatamente porque hoje vivemos em um Estado Democrático



de Direito, sua existência na Constituição Federal não pode ser interpretada tendo como limite determinados alvos (do perdão ou de punição), tal como quer a d. Procuradoria-Geral da República.

Em poucas palavras, o sucesso ou não da Operação Lava Jato não pode ser parâmetro de interpretação da Constituição. Afinal, o estado inconstitucional de nossos cárceres, já reconhecido e reiterado por essa C. Suprema Corte, sobrepõe-se à discussão ora trazida pela Procuradoria-Geral da República.

A uma, porque o discurso que prega a punição maior (ou acima de tudo) deste ou daquele determinado crime ou grupo de acusados é ladainha antiga que tem como consequência a atual superlotação de nossos presídios.

Enquanto um esgarçado conceito de “ordem pública” justifica a *indecente* quantidade de prisões provisórias, não são os crimes da Lava-Jato os responsáveis pelo crescimento exponencial da população carcerária. É o crime comum, cometido por uma parcela machucada do povo, esquecida enquanto criança, reprimida quando adolescente e encarcerada na fase adulta. O resultado dessa política pública de repressão pura e de absoluta falência do Estado em todo o restante não pode ser diferente do caos.

E, a duas, porque, antes de afetar os acusados por crimes de corrupção e/ou financeiros, o indulto mira toda a ilegal realidade dos presídios brasileiros.

Eis porque destacar os números e as notícias de nosso sistema carcerário não é apenas chover no molhado ou repetir um clichê. Mais do que isso, é apresentar a

realidade sobre a qual é preciso agir. E sobre a qual o Poder Executivo agiu, alargando o alcance de um indulto que então já não se mostrava suficiente²³.

Abra-se um importante parêntese para anotar que o indulto de 2015 (que repetia os mesmos parâmetros desde 2010) e que alcançava penas de até 12 anos (*sem questionamentos sobre sua constitucionalidade*) não impediu que nos tornássemos a terceira maior população carcerária do mundo ou que tivéssemos o dobro de presos do que vagas disponíveis.

Ademais, o indulto não se resume à quantidade de pena. Em 2009 – último indulto a ter como limite penas de até 8 anos, ora recuperado por V. Exa. – não havia qualquer limitação em torno da natureza do crime. Ou seja, crimes violentos, que passaram a ser excluídos do indulto ou merecer condições mais restritivas, eram então indultados sem qualquer crítica.

Mas, é certo, o indulto de 2009 não é adequado para alcançar o atual sistema penitenciário, com déficit e desumanidade muitos maiores hoje do que os existentes há uma década.

Feche-se o parêntese, pois, de todo modo, é para esse sistema penitenciário desumano que irão todos e quaisquer presos. Condenados por tráfico (o pior dos crimes das últimas décadas) e condenados por corrupção (os moinhos de vento do Dom Quixote moderno).

²³. Imperioso esclarecer que o IDDD não acredita que o indulto seja, sozinho, a solução para o problema carcerário. Mas é inegável que é um de seus elementos, um dos componentes necessários à construção de um Estado eficiente, que respeite a dignidade humana e que valorize a ressocialização como aspecto mais relevante do Direito Penal.



Todos vão cumprir penas que, mesmo em um Estado Democrático de Direito, são desumanas e degradantes.

Os crimes podem ou não ser definidos como hediondos; os fatos podem ser mais ou menos graves. As penas, ainda assim, serão ilegais, inconstitucionais e repletas de iniquidades que o Estado Democrático de Direito gostaria de tê-las deixado para trás, mas não o fez ainda.

Serão penas que mantêm os alvos do Direito Penal em condições desumanas, cruéis e degradantes, supostamente vedadas pelo art. 5º, ns. III, XLVII, “e”, e XLIV, da Constituição Federal; que inegavelmente afrontam o princípio da dignidade humana – que, por sua inequívoca importância, também merece destaque.

Assim como a proporcionalidade, também o princípio da humanidade apresenta facetas não só proibitivas, mas também positivas. Nesse sentido, leciona o Prof. ALBERTO SILVA FRANCO:

“Assim, o princípio da humanidade da pena, na Constituição brasileira de 1988, encontrou formas de expressão em normas proibitivas tendentes a obstar a formação de um ordenamento penal de terror e em normas asseguradoras de direitos de presos ou de condenados, objetivando tornar as penas compatíveis com a condição humana (...). O princípio da humanidade da pena implica, portanto, não apenas na proposta negativa caracterizadora de proibições, mas também, e principalmente, na proposta positiva, de respeito à dignidade da pessoa humana, embora presa ou condenada”²⁴.

No entanto, diante da situação do sistema prisional brasileiro, vê-se reiterada violação a esses direitos. E, mediante a presente ação de inconstitucionalidade,

²⁴. *Crimes Hediondos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 5ª. Edição, 2005. p. 64

a criação de novos obstáculos e, ainda, o enaltecimento da condenável “cultura do encarceramento”.

Ainda mais grave, prega-se no Brasil um encarceramento torturante, que nem de longe cumpre os requisitos mais básicos da pena, positivos ou negativos.

Aliás, falar das funções da pena, diante dessa realidade, é ainda bradar teorias ao invés de ações eficazes. É argumentar contra fatos já exaustivamente conhecidos e reconhecidos.

Nesse sentido, o voto do eminente Ministro CELSO DE MELLO quando do julgamento do RE 641.320 é, como de costume, irretocável, devendo suas premissas e conclusões ser atraídas ao caso presente:

“Insista-se, portanto, Senhor Presidente, na seguinte asserção: o fato preocupante é que o Estado, agindo com absoluta indiferença em relação à gravidade da questão penitenciária, tem permitido, em razão de sua própria inércia, que se transgrida o direito básico do sentenciado de receber tratamento penitenciário justo e adequado, vale dizer, tratamento que não implique exposição do condenado a meios cruéis ou moralmente degradantes, fazendo-se respeitar, desse modo, um dos mais expressivos fundamentos que dão suporte ao Estado Democrático de Direito: a dignidade da pessoa humana. (...)

“Não se revela aceitável, desse modo, que, por (crônicas) deficiências estruturais do sistema penitenciário ou por incapacidade de o Estado prover recursos materiais que viabilizem a implementação das determinações impostas pela Lei de Execução Penal – que constitui exclusiva obrigação do Poder Público –, venha a ser frustrado o exercício, pelo sentenciado, de direitos subjetivos que lhe são conferidos pelo ordenamento positivo” (grifamos).

Por isso, fácil ver que o desencarceramento não é uma resposta inédita diante da situação calamitosa e ilegal de nossos presídios. Inclusive nesse E. Supremo Tribunal Federal.

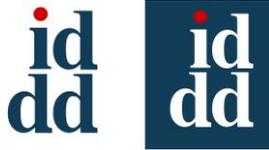
Quando do julgamento do RE 580.252/MS, da lavra do Ministro TEORI ZAVASCKI, V. Exa. não só se manifestou a favor de reconhecer o dever do Estado em indenizar presos que sofrem danos morais ao cumprir penas em condições degradantes, como também manifestou-se sobre o cabimento de remissão de dias da pena em razão dessa situação:

“Nesse contexto, parece evidente que o fenômeno do encarceramento em massa, com a submissão dos presos a condições degradantes de detenção, não atende aos objetivos das políticas de segurança pública ou aos interesses da sociedade na redução da criminalidade. Ainda assim, a população e as autoridades públicas continuam a apostar no endurecimento das penas e no aprisionamento como únicas formas de combater a delinquência. Conforme destacou Daniel Sarmento, o êxito desse discurso de ‘lei e ordem’ resulta em um perverso círculo vicioso, no qual a demanda por maior encarceramento alimenta a superlotação prisional, que, por sua vez, produz o agravamento da criminalidade, em prejuízo da própria segurança pública. (...)

Todos esses dados revelam a profundidade do problema prisional, nitidamente insustentável do ponto de vista humanitário, social e financeiro. É preciso urgentemente repensar a atual política de encarceramento e reestruturar inteiramente o sistema de justiça criminal. Caso contrário, além de perpetuar a inconstitucionalidade e inaceitável violação à dignidade dos presos, corremos o sério risco de um ‘colapso’ do sistema penitenciário, com graves repercussões financeiras e de segurança pública para os Estados.”²⁵ (grifamos).

Em diversos exemplos citados nesse r. voto (como nos casos da Itália e da Califórnia) parte da solução para a crise carcerária foi, exatamente, as medidas de

²⁵ STF, RE 580.252/MS, Rel. Min. Teori Zavascki, voto-vista Min. LUÍS ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, j. em 16.02.2017, DJe 11.09.2017



desencarceramento: desde uma nova regra de remição até a imposição de um limite máximo de presos.

Soluções que, contudo, foram aqui afastadas ao impedir que o Poder Executivo exercesse de forma livre suas prerrogativas de perdão com o exato fim de diminuir a população carcerária.

Vossa Excelência também está entre os que afirmam que o indulto é “prerrogativa de perdoar penas como forma de aliviar os excessos do direito penal”. Mostra de que não se pode tirar da análise do indulto sua proporcionalidade. Mas não só a proporcionalidade com a lei, mas com a realidade do sistema carcerário.

Ademais, dentro do equilíbrio dos poderes e do regramento constitucional, o indulto é ato do presidente e não dos Poderes Legislativo e Judiciário exatamente porque, de forma excepcional, pode aquele valer-se de outros parâmetros, externos ao Código Penal. Aliás, como tem feito há quase uma década.

Impor tais limites ao Poder Executivo – alguns retirados do Código Penal redigido em 1984, outros de uma minuta que não pode substituir o poder discricionário do Presidente – é impedir que o Poder Executivo atue sobre a realidade aqui já condenada.

Repita-se, então: não há lógica. Pois conforme observado pela própria Procuradoria-Geral, este último decreto de indulto não foi uma surpresa, mas a continuidade de uma corrente de maior alcance que já dura há mais de uma década. Curva esta paralela ao constante aumento de prisões decretadas.

Se o Poder Legislativo pune cada vez mais, criando novos crimes, se Poder Judiciário prende cada vez mais, e se não há presídios, o alargamento do indulto não é desrespeito à lei ou à vontade popular, mas o contraponto necessário e a forma de buscar algum equilíbrio (que nem assim é adequadamente alcançado).

III - O INDULTO COMO ATO PRIVATIVO DO PODER EXECUTIVO

Ademais, o indulto não é apenas a resposta possível ao estado inconstitucional dos cárceres nacionais. É ele também uma resposta exclusiva do Poder Executivo.

Afinal, a Constituição Federal prevê que “*compete privativamente* ao Presidente da República” a concessão do indulto. Sem outros limites além dos crimes expressamente enumerados também na Carta Magna.

Esta delimitação tem mais nuances e importâncias do que uma mera distribuição de competências entre diferentes órgãos. Trata-se de representação essencial ao equilíbrio capaz de preservar a Democracia.

Em salutar artigo, o Des. NÉVITON GUEDES, do E. Tribunal Regional Federal da 1ª Região, alertou que a “separação de Poderes não é um princípio que se possa mitigar ou desconsiderar sem maior consequência”²⁶. Em 2013, o Desembargador já acentuava que:

“Assim, por exemplo, o procurador do Estado, por mais que pretenda defender os poderes da administração pública, não pode negar alguma esfera de intervenção do Poder Judiciário nas escolhas e decisões eventualmente

²⁶. <https://www.conjur.com.br/2013-jan-21/constituicao-poder-tomemos-serio-principio-separacao-poderes>

dispostas num ato administrativo. O magistrado, por sua vez, por mais que entenda necessária a intervenção do Poder Judiciário, mesmo em escolhas de natureza política, do Executivo e do Legislativo, não pode negar, sob pena de nada remanescer do princípio da separação de Poderes, que haverá sempre alguma esfera de liberdade que a Constituição indiscutivelmente outorga à avaliação política dos demais Poderes.

Hoje, no Brasil, de forma positiva, é fato que remanesce nas escolas de Direito pouca dúvida quanto ao poder de intervenção do Judiciário nas decisões dos demais Poderes. Contudo, não se pode entrever a mesma (auto)compreensão quando se cuida de aceitar que, da mesma forma, há no regime de separação de Poderes espaços de liberdade para atuação da administração pública e do legislador. Com efeito, a acreditar no que se diz por aí, todo o esforço que os juristas têm desenvolvido, no âmbito sobretudo do Direito Administrativo, para distinguir esferas de intervenção do Poder Judiciário não teria qualquer sentido, pois bastaria afirmar que o Poder Judiciário pode, de tudo e em tudo, perscrutar e anular atos dos demais Poderes, não importa a extensão ou a profundidade”²⁷.

É impossível entender que absolutamente “tudo o que o Estado, ou a sociedade, faz ou promove pode ser ‘corrigido’ pelo Poder Judiciário. Assim, não haveria escolhas políticas, não haveria liberdade de avaliação, não haveria possibilidade de adaptação do Direito ou do Estado à realidade. Tudo já se encontraria predisposto na Constituição, em todas as suas peculiaridades e especificidades, não havendo espaço para decisões do administrador ou do legislador. Esse totalitarismo constitucional também abarcaria esferas de liberdade da sociedade, como é o caso da família, da igreja e dos relacionamentos interpessoais”. Eis porque, é preciso “saber até onde o Judiciário poderá ir para atuar, por assim dizer, além de suas próprias fronteiras, sem que isso comprometa a sua própria condição de garantidor privilegiado do Regime Democrático e do princípio da separação de Poderes”²⁸.

²⁷. Ob. cit.

²⁸. Ob. cit.



Trata-se de debate primordial não só na presente ADI, mas para a manutenção do atual sistema democrático. Como o princípio da separação dos poderes é sagrado a este, ter um super poder capaz de influenciar todas as esferas (e demais poderes) seria, por definição, também inconstitucional. É algo a ser temido, porque indica ausência de equilíbrio.

Pois bem.

Dentro da “esfera de liberdade”, citada pelo Desembargador NÉVITON GUEDES em seu artigo, se encontra inserido o indulto presidencial. Não há muito espaço para dúvidas, tal a clareza do texto constitucional (artigo 84, XII).

Eis porque, esse E. Supremo Tribunal Federal afirma a competência do Poder Executivo na definição dos limites e regras do indulto.

Nesse sentido, recentemente o Ministro LEWANDOWSKI consignou que “tem sido firmada nesta Corte a orientação de que a concessão do indulto por meio de decreto presidencial configura ato de governo, caracterizado pela ampla discricionariedade, logo, não há falar em ofensa constitucional”. E depois de listar precedentes, S. Exa. concluiu que “o entendimento deste Supremo Tribunal, formalizado sob a sistemática da Repercussão Geral, no RE 628.658/RS (Tema 371), de relatoria do Ministro Marco Aurélio, é no sentido de que o indulto abrange, indistintamente, todas as espécies de sanção penal. Assim, em razão do caráter sancionatório das penas restritivas de direito, estas também podem ser abrangidas pelo indulto”²⁹.

²⁹. Decisão monocrática no RE 1090895/PR, j. em 31.08.2018.

A tese de repercussão geral lembrada pelo Ministro, por sua vez, restou assim redigida:

“Reveste-se de legitimidade jurídica a concessão, pelo Presidente da República, do benefício constitucional do indulto (CF, art. 84, XII), que traduz expressão do poder de graça do Estado, mesmo se se tratar de indulgência destinada a favorecer pessoa que, em razão de sua inimizabilidade ou semi-inimizabilidade, sofre medida de segurança, ainda que de caráter pessoal e detentivo.”

Reconheceu-se que o indulto pode e deve alcançar qualquer pessoa, pois trata-se de escolha privativa do Poder Executivo.

Não se está a dizer que o Judiciário não pode fiscalizar a constitucionalidade dos diferentes decretos de indulto. Contudo, assim como não pode avaliar o todo sob o prisma da exceção, não pode também limitar uma faculdade que o constituinte fez questão de conceder exclusivamente ao Presidente da República.

Daí que, ainda que se queira ver excessos nos parâmetros do indulto, a solução não é substituir os valores por normativa criada por essa C. Corte, apoderando-se de ato que a Carta da República estabelece ser privativo do Presidente da República (art. 84, XII). Pois é cediço que os únicos limites que a Constituição impõe ao exercício desta função são aqueles estipulados por ela mesma (art. 5º, XLIII).

Dentro do equilíbrio entre os Poderes, o indulto é uma das maneiras pelas quais o Poder Executivo pode, inclusive, traçar e implementar sua política criminal. E, *data maxima venia*, a alargada intromissão desse E. Supremo Tribunal Federal na definição dos parâmetros do indulto presidencial altera esse equilíbrio, tão necessário para o funcionamento adequado do Estado.

Em poucas palavras, cabe ao Poder Judiciário apontar a ilegalidade da situação dos cárceres, ou mesmo provocar os demais Poderes para solucionar a questão. Mas, com a devida vênia, é defeso a esse E. Supremo Tribunal Federal *substituir* o Poder Executivo. Eis porque, sob qualquer prisma que se analise, prático ou teórico, não há razão válida para que essa C. Corte adentre as funções de outro Poder e substitua o decreto de indulto, que deve então permanecer integralmente válido.

IV – CONCLUSÃO E PEDIDOS

Diante de todo o exposto, o IDDD requer sua admissão como *amicus curiæ* no presente procedimento, fazendo juntar aos autos esta manifestação, intimando-se doravante os advogados constituídos pelo Instituto dos atos processuais.

E assim, IDDD igualmente requer a essa Colenda Suprema Corte que julgue improcedente a presente Ação Direta de Inconstitucionalidade, cassando a r. decisão liminar (e sua confirmação) com o consequente restabelecimento dos dispositivos *** do Decreto 9.246/2017.

Pede deferimento.

DORA CAVALCANTI CORDANI
PRESIDENTE DO CONSELHO DELIBERATIVO
OAB/SP 131.054

FÁBIO TOFIC SIMANTOB
PRESIDENTE DA DIRETORIA EXECUTIVA
OAB/SP 220.540



34.

GUILHERME ZILIANI CARNELÓS

DIRETOR DE LITIGÂNCIA ESTRATÉGICA
OAB/SP 220.558

DOMITILA KÖHLER

MEMBRO DO GRUPO DE LITIGÂNCIA ESTRATÉGICA
OAB/SP 207.669

Instituto de Defesa do Direito de Defesa

Avenida Liberdade, 65 - cj. 1101 - Cep 01503-000 - Centro - São Paulo
Fone/Fax: (11) 3107-1399