

Discricionariedade no indulto natalino

Supremo Tribunal Federal (STF)

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
AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
ADV.(A/S) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL
AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADV.(A/S) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADV.(A/S) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS
AM. CURIAE. : GAETS — GRUPO DE ATUAÇÃO DA ESTRATÉGICA DA DEFENSORIA PÚBLICA NOS TRIBUNAIS SUPERIORES
ADV.(A/S) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

- AM. CURIAE.** : ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS —
AMB
- ADV.(A/S)** : ALBERTO PAVIE RIBEIRO E OUTRO(A/S)
- AM. CURIAE.** : INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS —
IBCCRIM
- ADV.(A/S)** : MAURÍCIO STEGEMANN DIETER E OUTRO(A/S)
- AM. CURIAE.** : INSTITUTO DE GARANTIAS PENAIS — IGP
- ADV.(A/S)** : RODRIGO DE BITTENCOURT MUDROVITSCH
- ADV.(A/S)** : GUSTAVO TEIXEIRA GONET BRANCO
- ADV.(A/S)** : FELIPE FERNANDES DE CARVALHO
- AM. CURIAE.** : CONECTAS DIREITOS HUMANOS
- ADV.(A/S)** : MARCOS ROBERTO FUCHS E OUTRO(A/S)
- AM. CURIAE.** : ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MEMBROS DO
MINISTÉRIO PÚBLICO — CONAMP
- ADV.(A/S)** : ARISTIDES JUNQUEIRA ALVARENGA E OUTRO(A/S)
- AM. CURIAE.** : INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA
MÁRCIO THOMAZ BASTOS (IDDD)
- ADV.(A/S)** : DOMITILA KOHLER E OUTRO(A/S)

Voto

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES: Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade, proposta pela Procuradora-Geral da República, em face do art. 1º, I, art. 2º, §1º, I, e dos artigos 8º, 10 e 11 do Decreto nº 9.246, de 21 de dezembro de 2017.

Eis o teor da norma impugnada:

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

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

(...)

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

Sustenta a autora que “*Não há dúvida jurídica de que o indulto é ato discricionário e privativo do Presidente da República, disciplinado no artigo 84, inciso XII da Constituição. O Presidente pode concedê-lo segundo critérios de conveniência e de oportunidade, sob a premissa inafastável, no entanto, da finalidade constitucional do instituto, que é a de prevenir o cumprimento de penas corporais desproporcionais e indeterminadas*”.

Afirma que, “*todavia, discricionariedade não é arbitrariedade, pois esta não tem amparo constitucional, enquanto aquela deve ser usada nos limites da Constituição*” e continua sua argumentação apontando que “*nestes limites, não é dado ao Presidente da República extinguir penas indiscriminadamente, como se seu poder não*

tivesse limites: e o limite do seu poder, no caso do indulto, é o livre exercício da função penal pelo Poder Judiciário, encarregado de aplicar a lei ao caso concreto e, assim produzir os efeitos esperados do Direito Penal: punir quem cometeu o crime, fazê-lo reparar o dano, inibir práticas semelhantes pelo condenado e por outrem, reabilitar o infrator perante a sociedade. Estes objetivos do direito penal, alcançáveis por meio da função penal exercida pelo Poder Judiciário, ficarão frustrados se o indulto anular a atuação judicial, descredenciando-o com uma exoneração ampla, em bases que gerem impunidade e atraíam a desconfiança em torno da capacidade do Estado de punir o crime e os criminosos. Os limites constitucionais do indulto derivam direta e precisamente do princípio constitucional da separação e da harmonia dos poderes”.

Entende 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”.

Argumenta que, “em se tratando de um exercício excepcional de função, o indulto deve fundar-se em critérios compatíveis com a Constituição. O Decreto impugnado, no entanto, não o faz. Sem razão específica, ampliou os benefícios desproporcionalmente e criou um cenário de impunidade no país: reduziu o tempo de cumprimento de pena que ignora a pena aplicada; extinguiu as multas aplicadas; extinguiu o dever de reparar o dano; extinguiu penas restritivas de direito, sem razões humanitárias que justifiquem tais medidas e tamanha extinção da punibilidade”.

Aponta, ainda, “que o Decreto nº 9.246/17, especificamente no artigo 1º — I, §1º — I e nos artigos 2º, 8º, 10 e 11, é inconstitucional por violar, dentre outros, os princípios da individualização da pena, da separação dos poderes e da proteção jurídica suficiente dos bens jurídicos constitucionalmente tutelados”.

Entende que “o Chefe do Poder Executivo não se desincumbiu do ônus de dar concretude ao processo de individualização da pena, devidamente disciplinado na Lei de Execuções Penais, e, em vez de criar meios para o adequado cumprimento das sentenças, de acordo com as características individuais dos apenados, optou por simplesmente extinguir a sanção penal aplicada a crimes extremamente graves como a corrupção, o peculato, a corrupção eleitoral, a associação, entre outros, mediante o cumprimento de apenas um quinto da pena, às vezes, até menos”.

Pede, ao final, que o pedido seja julgado procedente, para declarar a inconstitucionalidade do art. 1º, I, art. 2º, §1º, I e dos artigos 8º, 10 e 11 do Decreto nº 9.246/2017.

Em 28/12/2017, foi deferida a medida cautelar para suspender os efeitos do art. 1º, I, art. 2º, §1º, I, e dos artigos 8º, 10 e 11 Decreto nº 9.246/2017.

Manifestou-se a Advocacia-Geral da União pela constitucionalidade formal e material do Decreto.

É a síntese do necessário.

1. O instituto do indulto na tripartição de poderes

A Constituição Federal, visando, principalmente, a evitar o arbítrio e o desrespeito aos direitos fundamentais do homem, previu a existência dos Poderes do Estado independentes e harmônicos entre si, repartindo entre eles as funções estatais para que bem pudessem exercê-las, bem como criando mecanismos de controles recíprocos, sempre como garantia da perpetuidade do Estado Democrático de Direito (MARCELO CAETANO. *Direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. v. 1, p. 244; NUNO PIÇARRA. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989; JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO. Aspecto da teoria geral do processo constitucional: teoria da separação de poderes e funções do Estado. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, ano 19, n. 76, p. 97, out./dez. 1982; JOSÉ LUIZ DE ANHAIA MELLO. *Da separação de poderes à guarda da Constituição: as cortes constitucionais*. 1969. Tese (Cátedra) — Fadusp, São Paulo; MARILENE TALARICO MARTINS RODRIGUES. Tripartição de poderes na Constituição de 1988. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 3, n. 11, p. 16, abr./jun. 1995; MÁRCIA WALQUÍRIA BATISTA DOS SANTOS. Separação de poderes: evolução até à Constituição de 1988: considerações. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, ano 29, n. 115, p. 209, jul./set. 1999).

Assim, apesar de independentes, os poderes de Estado devem atuar de maneira harmônica, privilegiando a cooperação e a lealdade institucional e afastando as práticas de guerrilhas institucionais, que acabam minando a coesão governamental e a confiança popular na condução dos negócios públicos pelos agentes políticos. Para tanto, a Constituição Federal consagra um complexo mecanismo de controles recíprocos entre os três poderes, de forma que, ao mesmo tempo, um Poder controle os demais e por eles seja controlado. Esse mecanismo denomina-se *teoria dos freios e contrapesos* (WILLIAM BONDY. The Separation of Governmental Powers. In: *History and Theory in the Constitutions*. New York: Columbia College, 1986; JJ. GOMES

CANOTILHO; VITAL MOREIRA. *Os Poderes do Presidente da República*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991; DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO. Interferências entre poderes do Estado (Fricções entre o Executivo e o Legislativo na Constituição de 1988). *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, ano 26, n. 103, p. 5, jul./set. 1989; JAVIER GARCÍA ROCA. Separación de poderes y disposiciones del ejecutivo con rango de ley: mayoría, minorías, controles. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 7, n. 27, p. 7, abr./jun. 1999; JOSÉ PINTO ANTUNES. *Da limitação dos poderes*. 1951. Tese (Cátedra) — Fadusp, São Paulo; ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ. *Conflito entre poderes: o poder congressional de sustar atos normativos do Poder Executivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 2021; FIDES OMMATI. Dos freios e contrapesos entre os Poderes. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, ano 14, n. 55, p. 55, jul./set. 1977; JOSÉ GERALDO SOUZA JÚNIOR. Reflexões sobre o princípio da separação de poderes: o “parti pris” de Montesquieu. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, ano 17, n. 68, p. 15, out./dez. 1980; JOSÉ DE FARIAS TAVARES. A divisão de poderes e o constitucionalismo brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, ano 17, n. 65, p. 53, jan./mar. 1980).

Dentro do mecanismo de controles recíprocos constitucionalmente previsto, a Constituição Federal estabelece várias hipóteses em que o *Poder Executivo será controlado pelo Poder Legislativo*. A título exemplificativo, compete ao Legislativo autorizar o Presidente da República a declarar guerra e fazer a paz (CF, art. 48, X e XI); resolver sobre tratados e convenções com países estrangeiros, celebrados pelo Presidente da República (CF, art. 49, I); sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa (CF, art. 49, V); receber o compromisso do Presidente e do Vice-presidente (CF, art. 57, III); deliberar sobre o veto presidencial, podendo derrubá-lo por maioria absoluta (CF, art. 57, IV, e art. 66, §4º); aprovar intervenção federal (CF, art. 36, §1º) e o Estado de defesa (CF, art. 136, §4º) decretados pelo Presidente da República (CF, art. 84, IX e X); autorizar (CF, art. 137) o Presidente da República a decretar o Estado de sítio (CF, art. 84, IX); fiscalizar, com o auxílio do Tribunal de Contas, a administração financeira e a execução do orçamento (CF, arts. 49, IX, e 71); aprovar, por meio de uma de suas Casas Legislativas (Senado Federal), a indicação feita pelo Presidente da República (CF, art. 84, XIV), para nomeação dos Ministros do STF (CF, art. 101, parágrafo único), do STJ (CF, art. 104, parágrafo único), do Procurador-Geral da República (CF, art. 129, §1º), Ministros do Tribunal de

Contas (CF, art. 73, §2º, I), Chefes de missão diplomática em caráter permanente (CF, art. 52, IV); eleger membros do Conselho da República, órgão superior de consulta do Presidente da República (CF, art. 89, VII).

Igualmente, existe a previsão constitucional de um sistema de controles realizado pelo *Poder Legislativo em relação ao Poder Judiciário*. A título exemplificativo: compete ao Congresso Nacional legislar sobre organização judiciária (CF, arts. 48, IV, 93, I, d, II, 124, parágrafo único, 121 e 113); aprovação da nomeação de ministros e juízes pelo Presidente da República (CF, art. 48, VIII); possibilidade de concessão de anistia, apesar de decisão judicial com trânsito em julgado (CF, art. 48, VIII); processo e julgamento do Presidente da República, Ministros de Estado, Ministros do STF e o Procurador-Geral da República, por crimes de responsabilidade (CF, arts. 51, I, 52, I e II); possibilidade da criação de comissões parlamentares de inquérito com “poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas” (CF, art. 58, §3º).

Verificamos, igualmente, alguns exemplos em que o *Poder Executivo realizará controles em relação ao Poder Legislativo*: possibilidade de o Presidente da República exigir o regime de urgência em projetos de lei de sua autoria (CF, art. 63); edição de medidas provisórias, em caso de relevância e urgência, com força de lei (CF, art. 62); participação no processo legislativo ordinário mediante a deliberação executiva (sanção ou veto presidencial — CF, art. 66); nomeação de membros do Tribunal de Contas da União, órgão auxiliar do Poder Legislativo (CF, arts. 61 e 73, §2º, I).

Em relação ao controle exercido pelo *Poder Judiciário sobre o Poder Legislativo*, podemos apontar, exemplificativamente: possibilidade de o STF declarar, em tese, a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou federal (CF, art. 102, I, a); exercício do controle difuso de constitucionalidade das leis ou atos normativos do Poder Público (CF, art. 97); compete ao STF processar e julgar os parlamentares nas infrações penais comuns (CF, art. 102, I, b); a elaboração de seus próprios regulamentos e regimentos internos e a organização de seus serviços (CF, art. 96).

É possível apontarmos hipóteses de controle realizado pelo *Judiciário em relação ao Poder Executivo*: possibilidade de não se permitir que o Presidente da República conceda a extradição, em caso de ausência dos requisitos constitucionais e legais (CF, art. 5º, LI e LII); possibilidade de o STF declarar, em tese, a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou federal (CF, art. 102, I, a); exercício do controle difuso de constitucionalidade das leis ou atos normativos do Poder Público (CF, art. 97); compete ao STF o processo

e julgamento do Presidente e Vice-presidente da República nas infrações penais comuns (CF, art. 102, I, *b*); efetivação do provimento dos cargos de suas secretarias, concedendo licença e férias a seus funcionários (CF, art. 96, I, *f*).

O sistema de freios e contrapesos, todavia, também estabelece mecanismos de controle do Executivo sobre o Poder Judiciário, como, por exemplo, a livre escolha e nomeação dos Ministros do STF (CF, art. 101); escolha e nomeação dos Ministros do STJ (CF, art. 104); e, como na presente hipótese, a possibilidade de concessão de graça, indulto ou comutação de penas (CF, art. 84, XII).

Em regra, portanto, compete ao Presidente da República definir a concessão ou não do indulto, bem como seus requisitos e a extensão desse verdadeiro *ato de clemência constitucional*, a partir de critérios de conveniência e oportunidade; devendo ser, por inoportuna, afastada qualquer alegação de desrespeito à Separação de Poderes ou ilícita ingerência do Executivo na política criminal, genericamente, estabelecida pelo Legislativo e aplicada, concretamente, pelo Judiciário.

Na República, a ideia da possibilidade de intervenção do Chefe do Poder Executivo na aplicação e cumprimento de sanções penais, a partir de um complexo mecanismo de freios e contrapesos, surgiu com o próprio nascimento do Presidencialismo, na Constituição norte-americana de 1787.

MADISON, ao analisar o exame e definição do significado da máxima que impõe a separação de poderes, aponta a necessidade de se “*proibir qualquer um dos braços do governo, em sua globalidade, de exercer os poderes de outro*”, porém admite uma “*mistura parcial de poderes*”, exemplificando com a possibilidade de veto do Executivo sobre os projetos aprovados pelo Legislativo, o julgamento do *impeachment* pelo Senado e o *poder executivo do indulto* (*Federalist papers XLVII*).

Nos mesmos artigos federalistas, ao analisar os poderes do Presidente da República, em relação ao *perdão presidencial*, HAMILTON afirmou que o Chefe do Executivo está autorizado:

a conceder comutação de penas e perdão por crimes contra os Estados Unidos, *exceto em casos de impeachment*. A humanidade e a boa política conspiram para ditar que a benigna prerrogativa do perdão deve ser tão pouco coibida ou complicada quanto possível. (*Federalist papers LXXIV*)

A concessão de indulto não está vinculada à política criminal estabelecida pelo legislativo, tampouco adstrita à jurisprudência formada pela aplicação da legislação penal, muito menos ao prévio parecer consultivo do Conselho

Nacional de Política Criminal e Penitenciária, sob pena de total esvaziamento do instituto, que configura *tradicional mecanismo de freios e contrapesos na tripartição de poderes*.

O exercício do poder de indultar não fere a separação de poderes por supostamente esvaziar a política criminal estabelecida pelo legislador e aplicada pelo Judiciário, uma vez que foi previsto exatamente como mecanismo de freios e contrapesos a possibilitar um maior equilíbrio na Justiça Criminal (PINTO FERREIRA. *Comentários à Constituição brasileira*. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 574 e ss.; ALCINO PINTO FALCÃO. *Constituição Federal anotada*. Freitas Bastos. v. 2, p. 214).

2. Natureza jurídica do indulto

O indulto é previsto no Brasil desde nossa primeira Constituição Imperial de 1824 e, atualmente, estabelecido no artigo 84, XII (conceder indulto e comutar penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei), com a limitação expressa do artigo 5º, XLIII (a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem).

Esse instituto de natureza penal sobreviveu ao período monárquico, estabelecendo-se em todos os regimes republicanos ocidentais, a começar pelos Estados Unidos da América, em sua Constituição de 1787 e em nossa Constituição Republicana de 1891.

Diferentemente do modelo norte-americano, que aplica a *clemência penal* somente na espécie individual (perdão presidencial), no Brasil, consolidou-se a incidência do indulto tanto individual (graça ou perdão presidencial), quanto coletivo (decretos genéricos de indultos), como o analisado na presente hipótese.

A edição de decretos genéricos de indultos, portanto, é tradição do direito constitucional brasileiro, em que pese possa estar sujeito a diversas críticas.

No Brasil, por exemplo, antes da Constituição de 1988, houve vários indultos coletivos.

Em 4 de dezembro de 1945, José Linhares, Presidente do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, que exerceu a presidência da República por convocação das Forças Armadas, após a derrubada de Getúlio Vargas, de 29 de

outubro de 1945 a 31 de janeiro de 1946, editou o Decreto 20.082/1945 concedendo o benefício aos praças da Força Expedicionária Brasileira, que praticaram certos crimes quando incorporados à tropa, na Itália.

O referido Decreto previu tanto o indulto coletivo total, ou seja, afastando integralmente a aplicação da pena (art. 1º), quanto o perdão presidencial específico, porém parcial, com a comutação da pena (arts. 2º e 3º):

DECRETO Nº 20.082, DE 3 DE DEZEMBRO DE 1945

Concede indulto a oficiais, praças e civis, que fizeram parte integrante da FEB ou a ela prestaram serviços quando em operações na Itália, já condenados ou não, e cujos crimes não são natureza infamante.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, usando da atribuição que lhe confere o artigo 75, letra f, da Constituição Federal, DECRETA:

Art. 1º Fica concedido indulto aos oficiais e praças que, como partes integrantes da F. E. B., na Itália, hajam cometido crimes que não os de homicídio doloso ou de deserção para o inimigo, tenham sido ou não julgados e condenados.

Art. 2º Fica comutada, de dez anos e três meses de reclusão e dois meses e vinte e seis dias de detenção para cinco anos, um mês e quinze dias de reclusão e um mês e treze dias de detenção a pena a que foi condenado por homicídio doloso e lesões corporais culposas, o cabo Rômulo Testa e de oito anos e oito meses de reclusão para quatro anos e quatro meses de reclusão a pena a que foi condenado por homicídio doloso o soldado Domingos Cabral, ambos condenados por crimes praticados na Itália, quando a serviço da F. E. B.

Art. 3º Fica concedido indulto aos civis de nacionalidade italiana Di Bartolomeo Ader e Ranzzette Soliere, empregados do Serviço de Intendência da F. E. B., da Itália e do Posto Regulador de Livorno, condenados pela Justiça da F. E. B., como incursos respectivamente nos arts. 198, §4º, V, 181, §3º e 182, §5º combinado com os artigos 66, §1º, e 314 tudo do C. P. M.

Rio de Janeiro, 3 de dezembro de 1945; 124º da Independência e 57º da República.

JOSÉ LINHARES

Canrobert Pereira da Costa

A. de Sampaio Doria

Em abril de 1960, foi concedido indulto pelo Decreto 48.136/1960, pelo presidente Juscelino Kubitschek, que atingiu mais de dois mil beneficiados, abrangendo não só as penas privativas de liberdade, mas também as penas pecuniárias.

DECRETO nº 48.136, de 20 de Abril de 1960

Concede indulto a todos os sentenciados na forma que menciona.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, usando da atribuição que lhe confere o art. 87, nº XIX, da Constituição e,

CONSIDERANDO que a transferência da Capital da República para Brasília constitui acontecimento de singular relevância para a Nação Brasileira;

CONSIDERANDO que todos os brasileiros devem participar desse acontecimento, inclusive os que estão em cumprimento de penas;

CONSIDERANDO, porém, que o perdão só deve ser concedido quando o procedimento posterior à infração da pena durante o tempo de prisão autoriza a suposição de que o indultante não voltará a delinquir de modo que não enfraqueça o dever de repressão nem a eficácia a preventiva da lei penal.

CONSIDERANDO que, de acôrdo o artigo 87, nº XIX, da Constituição, a concessão do indulto deve ser precedida de audiência dos órgãos técnicos instituídos, em lei,

DECRETA:

Art. 1º Ficam indultados todos os sentenciados primários, considerados a penas que não ultrapassem a 3 anos de prisão e que, até a presente data, tenham cumprido um terço das mesmas com boa conduta.

Parágrafo único. O benefício é extensivo aos condenados a pena pecuniária isolada ou cumulativamente imposta.

Art. 2º Os Conselhos Penitenciários examinarão de ofício, independente da solicitação dos interessados, a situação daqueles que preencheram as condições mencionadas no artigo 1º do presente decreto.

Art. 3º O parecer do Conselho Penitenciário sobre cada caso será remetido ao Ministério da Justiça.

Rio de Janeiro, em 20 de abril de 1960; 139º da Independência e 72º da República.

JUSCELINO KUBITSCHEK

Armando Ribeiro Falcão

Em agosto de 1963, o Presidente João Goulart, em comemoração ao “Dia do Encarcerado”, concedeu indulto e comutação de pena com a edição do Decreto 52.377.

Anos mais tarde, em junho de 1980, a visita do Papa João Paulo II motivou nova concessão do indulto pelo presidente João Figueiredo. Pela primeira vez, o Decreto de indulto estabeleceu requisitos especiais aos maiores de 60 anos.

Em 1982, o Decreto 87.833/1982 — Indulto de Natal —, editado pelo Presidente João Figueiredo, beneficiou, pela primeira vez, as mulheres que tivessem filhos menores de 14 anos e os que tivessem cometido crime entre os 18 e 21 anos, estabelecendo requisitos inéditos para sua concessão e estendendo o benefício às penas pecuniárias, novamente.

DECRETO nº 87.833, de 17 de Novembro de 1982

Concede indulto, reduz penas, e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da faculdade que lhe confere o artigo 81, nº XXII, da Constituição, e considerando a proximidade da Festa do Natal,

DECRETA:

Art. 1º É concedido indulto aos condenados a penas privativas de liberdade não superiores a quatro anos que, até 25 de dezembro de 1982, tenham efetivamente cumprido, no mínimo, um terço da pena aplicada, se primários, ou metade, se reincidentes.

Parágrafo único — É, igualmente, concedido indulto aos condenados a penas superiores a quatro anos que tenham completado sessenta anos de idade até a data fixada neste artigo, bem como aos menores de vinte e um anos de idade na data do crime, e às mães de filhos menores de quatorze anos de idade, desde que hajam cumprido um terço da pena, se primários, ou metade, se reincidentes.

Art. 2º O indulto previsto no artigo anterior estende-se às penas pecuniárias aplicadas cumulativamente, não abrangendo, contudo, as penas acessórias.

Parágrafo único — O condenado ficará indultado da pena pecuniária quando a redução prevista no artigo 4º ensejar imediata soltura ou livramento condicional.

Art. 3º Para efeito de indulto ou redução somam-se as penas que correspondam a infrações diversas.

Parágrafo único — Sem prejuízo do disposto no art. 7º, o presente Decreto aplica-se ao somatório das penas das demais infrações.

Art. 4º São reduzidas as penas privativas de liberdade impostas aos condenados que, até a data mencionada no artigo 1º, tenham efetivamente

cumprido, no mínimo, um terço da pena, se primários, ou metade, se reincidentes, observadas as seguintes proporções:

I — pena superior a quatro até oito anos: redução de um terço, se primários, ou de um quarto, se reincidentes;

II — pena superior a oito anos: redução de um quarto, se primários, ou de um quinto, se reincidentes.

Art. 5º O disposto nos artigos anteriores aplica-se, também, quando a sentença esteja em grau de recurso interposto somente pela defesa, sem prejuízo do respectivo julgamento pela instância superior. Não impedirá, igualmente, a concessão do indulto, o recurso da acusação, quando improvido.

Art. 6º Constituem, também, requisitos para que o condenado obtenha o indulto ou redução da pena:

I — não ter sido beneficiado por graça, indulto, redução ou comutação da pena nos dois anos anteriores à data da publicação deste Decreto;

II — ausência de periculosidade, ou sua cessação, caso tenha sido imposta medida de segurança;

III — ter conduta reveladora de condições pessoais para a reintegração no convívio social;

IV — ter, na forma de inciso anterior, boa conduta também na comunidade, quando beneficiado por quaisquer concessões previstas no artigo 30, §6º, incisos II, IV, VI e VII, do Código Penal;

V — ter boa conduta, reveladora de condições pessoais para a permanência no convívio social, se, beneficiado com a suspensão condicional, já cumpriu, pelo menos, metade do respectivo prazo, com perfeita observância das condições impostas e da pena acessória, se for o caso, sem haver sofrido modificação exacerbadora das condições ou prorrogação do prazo, nem suspensão ou revogação do benefício;

VI — ter boa conduta, reveladora de condições pessoais para a reintegração no convívio social, se, beneficiado com o livramento condicional, já cumpriu, pelo menos, um quinto do respectivo prazo, com perfeita observância das condições impostas e da pena acessória, quando for o caso, sem advertência ou exacerbação das condições.

Parágrafo único — Para os fins deste Decreto, poderá o juiz da execução ordenar o exame para a verificação da cessação da periculosidade.

Art. 7º Este Decreto não beneficia os condenados por crime:

I — de roubo, nas modalidades previstas nos parágrafos 2º e 3º do artigo 157, do Código Penal;

II — de extorsão, nas modalidades previstas nos parágrafos 1º e 2º do artigo 158, e no artigo 159 e seus parágrafos, do Código Penal;

III — de estupro e atentado violento ao pudor;

IV — de quadrilha ou bando;

V — contra a Segurança Nacional;

VI — relativo a entorpecente ou substância que cause dependência física ou psíquica, quando reconhecida na sentença a condição de traficante.

Art. 8º Caberá ao Conselho Penitenciário, de ofício ou por provocação de qualquer interessado, verificar qualquer interessado, verificar quais os condenados que preenchem os requisitos estabelecidos por este Decreto, emitindo, desde logo, parecer, nos termos do artigo 736 do Código de Processo Penal, que será remetido ao juiz da execução, para os fins do artigo 738 do mesmo Código.

§1º — Se o Conselho Penitenciário não se pronunciar até 15 de janeiro de 1983, caberá ao juiz da execução a verificação dos requisitos estabelecidos por este Decreto.

§2º — As autoridades que custodiarem os condenados encaminharão aos Conselhos Penitenciaros, até 30 dias após à publicação deste Decreto, relação dos presos que satisfaçam os requisitos objetivos, prestando, desde logo, informações circunstanciadas sobre a vida prisional e a conduta de cada um.

§3º — A relação e as informações concernentes aos sentenciados em gozo de suspensão condicional ou de livramento condicional deverão ser enviadas pela entidade incumbida de fiscalização do cumprimento das condições do benefício, ou da observação cautelar e proteção do liberado. Na falta da entidade, tais informações poderão ser supridas por outro documento idôneo.

Art. 9º Quando se tratar de condenados pela Justiça Militar, que não estejam cumprindo pena em estabelecimento civil, o parecer do Conselho Penitenciário será substituído pela informação da autoridade sob cuja custódia estiver o preso.

Art. 10. Os Órgãos Centrais da Administração Penitenciária informarão ao Conselho Nacional de Política Penitenciária, até junho de 1983, o número de presos cumprindo penas, de processos apreciados e o número de beneficiados pelo presente Decreto, por indulto ou redução, separadamente.

Parágrafo único — As autoridades que custodiarem presos e que não se subordinarem aos Órgãos Centrais da Administração Penitenciária encaminharão a estes, por intermédio das Secretarias respectivas, até 31 de maio de 1983, os elementos acima indicados.

Art. 11. Este Decreto entrará em vigor na data de sua publicação.

Art. 12. Revogam-se as disposições em contrário.

Brasília, em 17 de novembro de 1982; 161ª da Independência e 94ª da República.

JOÃO FIGUEIREDO

Ibrahim Abi-Ackel

No primeiro decreto após a promulgação da CF/1988 (Decreto 97.164/1988), que estabeleceu, em seu art. 84, a competência privativa do presidente da República para concessão do indulto, o então presidente José Sarney excluiu do benefício os condenados que tivessem deixado de reparar o dano que causaram e os autores de crimes considerados graves. Esse Decreto já estabelecia sua aplicabilidade antes do trânsito em julgado — previsão repetida no decreto ora impugnado —, fixando, em seu artigo 4º, que o indulto poderia ser concedido *“ainda que a sentença esteja em grau de recurso interposto pela defesa, sem prejuízo do respectivo julgamento pela instância superior. O recurso da acusação, a que se negar provimento, não impedirá a concessão do benefício”*.

DECRETO nº 97.164, de 7 de Dezembro de 1988

Concede indulto, reduz penas e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, item XII, da Constituição, e considerando o advento do Natal, DECRETA:

Art. 1º É concedido indulto:

I — aos condenados a penas privativas de liberdade não superiores a quatro anos, que cumprirem, com boa conduta prisional, até 25 de dezembro de 1988, no mínimo, um terço da pena, se não reincidentes, ou metade, se reincidentes;

II — aos condenados a penas superiores a quatro anos que satisfaçam as condições de uma das letras seguintes:

a) tenham completado setenta anos de idade, hajam praticado o crime com menos de vinte e um anos de idade, ou sejam mães de filhos menores de quatorze anos, desde que, nas três hipóteses, hajam cumprido um terço da pena, se não reincidentes, ou metade, se reincidentes;

b) encontrem-se em estado avançado de qualquer doença grave, ou de moléstia incurável e contagiosa, assim diagnosticadas por laudo médico oficial.

Art. 2º Os condenados que hajam cumprido, no mínimo, um terço da pena, se não reincidentes, ou metade, se reincidentes, e não preencham os requisitos das letras a e b do item II do artigo anterior, terão reduzido suas penas privativas de liberdade na seguinte forma:

I — pena superior a quatro e até oito anos, redução de um terço, para os não reincidentes, em um quinto para os reincidentes;

II — pena superior a oito anos e até vinte anos, um quarto para os não reincidentes, e um sexto para os reincidentes.

Art. 3º Este Decreto não beneficia:

I — os condenados que, embora solventes, hajam deixado de reparar o dano causado pela penal;

II — os sentenciados por crimes:

a) de sequestro e cárcere privado;

b) extorsão, em todas as suas modalidades;

c) mediante sequestro;

d) de receptação dolosa;

e) atentado violento ao pudor;

f) de corrupção de menores (Lei nº 2.252, de 1º de julho de 1954);

g) de perigo comum, em sua modalidade dolosa;

h) de quadrilha ou bando;

i) relativos a entorpecentes ou substâncias que causam dependências física ou psíquica, quando reconhecida na sentença a condição de traficante;

j) de homicídio qualificado;

k) de abuso de autoridade (Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965);

l) de sonegação fiscal (Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965); e

m) contra a economia popular (Lei nº 1.521, de 26 de dezembro de 1951).

Art. 4º O disposto nos artigos anteriores aplica-se ainda que a sentença esteja em grau de recurso interposto pela defesa, sem prejuízo do respectivo julgamento pela instância superior. O recurso da acusação, a que se negar provimento, não impedirá a concessão do benefício.

Art. 5º Constituem requisitos para que o condenado obtenha indulto ou redução da pena:

I — não ter sido beneficiado por graça ou indulto, à data referida no art. 1º, item I:

a) nos dois anteriores, se não reincidente;

b) nos quatro anos anteriores, se reincidente;

II — haver participado, nos limites de suas possibilidades pessoais, do processo de ressocialização, quando realizado no estabelecimento em que esteja cumprido pena;

III — ter revelado, por sua conduta, condições pessoais favoráveis à permanência na comunidade, quando beneficiado por suspensão condicional, cumprida pelo menos a metade do respectivo prazo, com exata observância das condições impostas e da pena restritiva de direitos, se for o caso, desde que não tenham havido agravamento das condições, prorrogação do prazo, suspensão ou revogação do benefício;

IV — ter conduta reveladora de condições pessoais que assegurem sua reinserção social, quando beneficiado pelo livramento condicional, cumpridos, pelo menos, dois quintos do respectivo prazo, com exata observância das condições impostas, sem advertência ou agravamento das condições;

V — haver demonstrado possuir comportamento satisfatório durante a execução da pena, bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído e aptidão para prover a própria subsistência mediante trabalho honesto;

VI — evidenciar, especialmente se condenado por crime doloso, cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, condições pessoais que façam presumir que não mais voltará a delinquir.

Art. 6º Este Decreto não abrange nem afeta as penas restritivas de direitos, ou as de multa, aplicadas isolada ou cumulativamente.

Art. 7º Para efeito da aplicação do presente Decreto, somam-se as penas que correspondam a infrações diversas.

Art. 8º As autoridades que custodiarem os condenados encaminharão aos juízos da execução, até trinta dias após a publicação deste Decreto, relação dos presos que satisfaçam os requisitos objetivos, prestando desde logo informações circunstanciadas sobre a vida prisional e a conduta de cada um, para os fins do art. 193 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, e consequente parecer do Conselho Penitenciário.

Parágrafo único. A relação e as informações concernentes aos condenados em gozo de suspensão condicional ou de livramento condicional deverão ser enviadas pela entidade incumbida da fiscalização do cumprimento das condições do benefício ou da observação cautelar e

proteção do liberado. Na falta da entidade, tais informações poderão ser supridas por outro documento idôneo.

Art. 9º Os órgãos centrais da Administração Penitenciária preencherão, até 30 de abril de 1989, quadro de acordo com o modelo anexo, encaminhando-o à Secretaria de Justiça e Segurança Pública, do Ministério da Justiça.

Art. 10. Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 7 de dezembro de 1988; 167ª da Independência e 100ª da República.

JOSÉ SARNEY

Paulo Brossard

No tocante à natureza jurídica do indulto coletivo, em todo o período republicano, vigente a clássica Tripartição de Poderes, tanto a doutrina, quanto o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL sempre consideraram o indulto como ato discricionário e privativo do Chefe do Poder Executivo.

Analisando o instituto antes da previsão constitucional de 1988, FRANCISCO SÁ FILHO, embora crítico do instituto, afirma tratar-se de um poder discricionário e privativo do Presidente, tanto no direito brasileiro como no norte-americano, ressaltando que, neste último, com a ressalva expressa dos casos de “impeachment”, “*não tem limite, nem quanto às infrações, nem quanto aos infratores (unlimited)*” (*Relações entre Poderes do Estado*. Rio de Janeiro, Borsoi, 1959. p. 284).

ALOYSIO DE CARVALHO FILHO salientou que o perdão e a comutação de penas são “*exteriorizações de soberania*”, exercidos em caráter discricionário pelo Presidente da República (*Comentários ao Código Penal*. Forense, 5a. ed., v. 4, p. 202).

CARLOS MAXIMILIANO, por sua vez, apontou que só o texto constitucional poderia limitar a discricionariedade do Presidente da República: “*O poder executivo de perdoar não tem outros limites senão os fixados no texto fundamental*” (*Comentários à Constituição Brasileira de 1891*. Rio de Janeiro, Jacinto Ribeiro dos Santos editor, 1918. p. 509/510).

CELSO RIBEIRO BASTOS e IVES GANDRA MARTINS consideram *absoluta* a faculdade de indulto concedida ao Presidente da República, salientando inclusive que não está vinculado “à convicção daqueles que foram ouvidos”, na hipótese de participação de órgãos consultivos (*Comentários à Constituição do Brasil*. vol. 4. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 316).

Igualmente, o Professor PINTO FERREIRA apontou tanto a discricionariedade, quanto a amplitude do instituto, ensinando que:

O Presidente da República tem competência para conceder indulto e comutar penas, quaisquer que sejam as infrações penais praticadas, salvo as proibidas pelo Código Magno, tratando-se de crime ou contravenção penal, qualquer que seja a sanção cominada. (Comentários à Constituição Brasileira, 3. vol. Saraiva, 1992. p. 579).

J.J. GOMES CANOTILHO, GILMAR FERREIRA MENDES, INGO WOLFGANG SARLET, LENIO STRECK, igualmente, salientam que “*o indulto e a comutação da pena configuram típico ato de governo, que se caracteriza pela discricionariedade*” (Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1254). De forma semelhante, aponta o jurista argentino GREGORIO BADENI que essa faculdade do Poder Executivo “*(...) não é suscetível de revisão judicial*”, salvo o descumprimento dos requisitos expressamente previstos no texto da Constituição (*Tratado de Derecho Constitucional*. Buenos Aires, ed. La Ley, 2a. ed., 2006, tomo II, p. 1728/1732).

Importante ressaltar que nosso DECANO, Ministro CELSO DE MELLO, já nos ensinava, em sede doutrinária, que:

A decisão do Presidente da República, concedendo ou denegando a graça pleiteada, é insuscetível de revisão judicial. O poder de agraciar constitui liberalidade do Estado. Trata-se de favor concedido, em caráter absolutamente excepcional, aos agentes de práticas delituosas. O Presidente da República, ao exercer essa competência constitucional, pratica ato de evidente discricionariedade. (Constituição Federal Anotada. Saraiva, 2a. ed. 1986. p. 266).

É o mesmo entendimento pacificado por esta SUPREMA CORTE, que prevê a possibilidade constitucional de o Presidente da República, discricionariamente, conceder clemência individual ou coletiva, seja de maneira total, seja de maneira parcial, conforme podemos conferir, a título exemplificativo, em diversos julgados analisando o texto atual da Constituição Federal de 1988, **sempre em decisões unânimes**:

EMENTA: PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. INDULTO CONDICIONADO (DECRETO N. 953, DE 08.10.93). REPARAÇÃO DO DANO.

LEGITIMIDADE. O indulto, em nosso regime, constitui faculdade atribuída ao Presidente da República (art. 84, XII, da CF), que aprecia não apenas a conveniência e oportunidade de sua concessão, mas ainda os seus requisitos. A fixação do ressarcimento do dano como condição para o indulto não destoa da lógica de nosso sistema legal, que estimula a composição dos prejuízos causados pelo delito, mesmo antes do seu julgamento definitivo (v.g., arts. 16 e 312, par. 2., do CP), sem conferir-lhe, no entanto, caráter de obrigatoriedade, mas apenas de pressuposto para o gozo de determinado benefício. O sequestro de bens não tem o condão de tornar insolvente o réu para efeito de eximi-lo da satisfação do dano, erigida como condição para o indulto. Se o beneficiário não cumpre todos os requisitos do indulto, seu indeferimento não constitui constrangimento ilegal. Recurso a que se nega provimento. (RHC 71400-5 Rio de Janeiro. Relator Ministro ILMAR GALVÃO. Primeira Turma. Julgado em 7/6/1994)

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DECRETO FEDERAL. INDULTO. LIMITES. CONDENADOS PELOS CRIMES PREVISTOS NO INCISO XLIII DO ARTIGO 5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. IMPOSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO CONFORME. REFERENDO DE MEDIDA LIMINAR DEFERIDA. 1. A concessão de indulto aos condenados a penas privativas de liberdade insere-se no exercício do poder discricionário do Presidente da República, limitado à vedação prevista no inciso XLIII do artigo 5º da Carta da República. A outorga do benefício, precedido das cautelas devidas, não pode ser obstada por hipotética alegação de ameaça à segurança social, que tem como parâmetro simplesmente o montante da pena aplicada. 2. Revela-se inconstitucional a possibilidade de que o indulto seja concedido aos condenados por crimes hediondos, de tortura, terrorismo ou tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, independentemente do lapso temporal da condenação. Interpretação conforme a Constituição dada ao §2º do artigo 7º do Decreto 4495/02 para fixar os limites de sua aplicação, assegurando-se legitimidade à *indulgencia principis*. Referendada a cautelar deferida pelo Ministro Vice-Presidente no período de férias forenses. (Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade 2795-6 Distrito Federal. Relator MAURÍCIO CORRÊA. Tribunal Pleno. Julgado em 8/5/2003)

EMENTA: Crime hediondo: vedação de graça: inteligência. I. Não pode, em tese, a lei ordinária restringir o poder constitucional do Presidente da República de “conceder indulto e comutar penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei” (CF, art. 84, XII), opondo-lhe vedações materiais não decorrentes da Constituição. II. Não obstante, é constitucional o art. 2º, I, da L. 8.072/90, porque, nele, a menção ao indulto é meramente expletiva da proibição de graça aos condenados por crimes hediondos ditada pelo art. 5º, XLIII, da Constituição. III. Na Constituição, a graça individual e o indulto coletivo — que ambos, tanto podem ser totais ou parciais, substantivando, nessa última hipótese, a comutação de pena — são modalidades do poder de graça do Presidente da República (art. 84, XII) — que, no entanto, sofre a restrição do art. 5º, XLIII, para excluir a possibilidade de sua concessão, quando se trata de condenação por crime hediondo. IV. Proibida a comutação de pena, na hipótese do crime hediondo, pela Constituição, é irrelevante que a vedação tenha sido omitida no D. 3.226/99. (HC 81565-1 Santa Catarina. Relator Min. SEPÚLVEDA PERTENCE. Primeira Turma. Julgado em 19/2/2002)

EMENTA: CRIME. Condenação. Pena. Comutação. Indulto parcial. Caráter condicional. Legalidade reconhecida. Exclusão do benefício a condenado por crime hediondo. Ato discricionário do Presidente da República. HC denegado. Precedente. Aplicação dos arts. 2º, I, da Lei nº 8.072/90, e 7º, I, do Dec. 3.226/99. Anistia, indulto, graça e comutação de pena constituem objeto do exercício do poder discricionário do Presidente da República, cujo Decreto pode, observando as limitações constitucionais, prever a concessão do benefício apenas a condenados que preencham certas condições ou requisitos. (HC 96431 Relator Ministro CEZAR PELUSO. Segunda Turma. Julgado em 14/4/2009)

INDULTO — CONDIÇÃO. O indulto está no campo da discricionariedade, razão pela qual é possível a imposição de condições para tê-lo como aperfeiçoado, presente a harmonia com a Constituição Federal (HC 84829. Ministro MARCO AURÉLIO. Primeira Turma. Julgado em 22/2/2005)

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. INDULTO E COMUTAÇÃO DE PENA. EXTORSÃO MEDIANTE

SEQUESTRO. CRIME HEDIONDO. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 5º, XLII, E 84, XII, AMBOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ALEGADA ILEGALIDADE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI 8.072/90 E DO DECRETO 5.993/06. INOCORRÊNCIA. CONCESSÃO DE FAVORES QUE SE INSEREM NO PODER DISCRICIONÁRIO DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA. NÃO CABIMENTO DE HC CONTRA LEI EM TESE. IMPETRAÇÃO NÃO CONHECIDA I — Não cabe habeas corpus contra ato normativo em tese. II — O inciso I do art. 2º da Lei 8.072/90 retira seu fundamento de validade diretamente do art. 5º, XLII, da Constituição Federal. III — O art. 5º, XLIII, da Constituição, que proíbe a graça, gênero do qual o indulto é espécie, nos crimes hediondos definidos em lei, não conflita com o art. 84, XII, da Lei Maior. IV — O decreto presidencial que concede o indulto configura ato de governo, caracterizado pela ampla discricionariedade. V — Habeas corpus não conhecido. (HC 90364. Relator Ministro RICARDO LEWANDOWSKI. Tribunal Pleno. Julgado em 31/10/2007)

3. Controle jurisdicional do Poder Executivo de indultar

Obviamente, em um sistema republicano, não existe poder absoluto, ilimitado, pois seria a negativa do próprio ESTADO DE DIREITO, que vincula a todos — inclusive os exercentes dos poderes estatais — com a exigência de observância às normas constitucionais.

Essa advertência, quanto à inexistência de poder ilimitado para a concessão de indulto, foi feita por HAMILTON, quando afirmou:

Caso se sugira que um poder ilimitado poderia ser ocasionalmente conferido ao Presidente, em face de contingências como esta, podemos responder, em primeiro lugar, que é duvidoso que, numa Constituição limitada, esse tipo de poder pudesse ser delegado por lei; em segundo, que geralmente seria imprudente tomar de antemão qualquer passo que pudesse prometer a perspectiva de impunidade. Um procedimento deste tipo, fora do curso usual, seria provavelmente interpretado como prova de intimidação e fraqueza e tenderia a estimular os culpados. (*Federalist papers LXXIV*)

Em relação ao INDULTO, há LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS EXPRESSAS no artigo 5º, XLIII, ao estabelecer que:

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

Em cumprimento ao mandamento constitucional, o artigo 3º do Decreto 9.246, de 21 de dezembro de 2017, exclui expressamente os casos de tortura, de terrorismo e de crimes hediondos.

Também o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL já reconheceu como limitação constitucional implícita, no julgamento da EXT 1435/DF (2ª Turma, j. 29/11/2016), de relatoria do Ministro CELSO DE MELLO, a concessão de indulto a crimes objeto do pedido extradicional, salientando que:

O exercício da clemência soberana do Estado não se estende, em nosso direito positivo, aos processos de extradição, eis que o objeto da *indulgentia principis* restringe-se, exclusivamente, ao plano dos ilícitos penais sujeitos à competência jurisdicional do Estado *brasileiro*.

Na doutrina constitucional argentina, BIDART CAMPOS e HELIO JUAN ZARINI consideram que não podem ser indultados os crimes previstos na própria Constituição, como o tráfico de pessoas ou delito de traição; o raciocínio é que os delitos sancionados pelo próprio poder constituinte não podem ser passíveis de modificação pelos poderes constituídos (ZARINI, *Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992. p. 689).

Na doutrina mais atual, HORACIO ROSATTI exclui da possibilidade de indulto também os crimes de “lesa humanidade”, cuja persecução o Estado obrigou-se por compromissos internacionais (Tratado de Derecho Constitucional, tomo II. 2a. ed. Buenos Aires, 2017, Rubinzel-Culzoni Editores. p. 393/394).

Assim, apesar de o indulto ser ato discricionário e privativo do Chefe do Poder Executivo, a quem compete definir os requisitos e a extensão desse verdadeiro *ato de clemência constitucional*, a partir de critérios de conveniência e oportunidade, não constitui ato imune ao absoluto respeito à Constituição Federal e é, excepcionalmente, passível de controle jurisdicional.

Esse exercício de hermenêutica, conforme tenho defendido academicamente ao comentar o artigo 5º, inciso XLIII, leva-nos à conclusão de que compete, privativamente, ao Presidente da República conceder indulto, desde que não haja proibição expressa ou implícita no próprio texto constitucional, como ocorre em relação aos crimes hediondos e assemelhados, para quem a própria Constituição Federal entendeu necessário o afastamento das espécies de *clemencia principis* (*Constituição do Brasil Interpretada*. 9. Ed. São Paulo: Atlas, 2003).

Portanto, em relação ao Decreto Presidencial de Indulto, será possível ao Poder Judiciário analisar somente a *constitucionalidade* da concessão da *clemencia principis*, e não o mérito, que deve ser entendido como juízo de conveniência e oportunidade do Presidente da República, que poderá, entre as hipóteses legais e moralmente admissíveis, escolher aquela que entender como a melhor para o interesse público no âmbito da Justiça Criminal (GEORGES VEDEL. *Droit administratif*. Paris: Presses Universitaires de France, 1973. p. 318; MIGUEL SEABRA FAGUNDES. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 131).

A concessão de indulto, mesmo tendo caráter discricionário quanto ao mérito, está vinculada ao império constitucional, pois, como muito bem ressaltado por JACQUES CHEVALLIER, “o objetivo do Estado de Direito é limitar o poder do Estado pelo Direito” (*L’Etat de droit*. Paris: Montchrestien, 1992. p. 12).

O Estado de Direito exige a vinculação das autoridades ao Direito (KARL LARENZ. *Derecho justo: fundamentos de ética jurídica*. Tradução de Luis Díez-Picazo. Madri: Civitas, 1985. p. 154), e, portanto, o Presidente da República, ao editar o Decreto de Indulto, deve respeito às exigências constitucionais.

Assim como nos demais atos administrativos discricionários, como apontado por VEDEL, há a existência de um controle judicial mínimo, que deverá ser sob o ângulo de seus elementos, pois, embora possa haver competência do agente, é preciso, ainda, que os motivos correspondam aos fundamentos fáticos e jurídicos do ato, e o fim perseguido seja legal (GEORGES VEDEL. *Droit administratif*. Paris: Presses Universitaires de France, 1973. p. 320).

O Poder Judiciário deve exercer somente o juízo de verificação de exatidão do exercício de oportunidade perante a constitucionalidade do Decreto de Indulto.

A análise da constitucionalidade do Decreto de Indulto deverá, igualmente, verificar a realidade dos fatos e também a coerência lógica da decisão discricionária com os fatos. Se ausente a coerência, o indulto estará viciado por infringência ao ordenamento jurídico constitucional e, mais especificamente,

ao princípio da proibição da arbitrariedade dos poderes públicos que impede o extravasamento dos limites razoáveis da discricionariedade, evitando que se converta em causa de decisões desprovidas de justificação fática e, conseqüentemente, arbitrárias (TOMAS-RAMON FERNÁNDEZ. *Arbitrariedad y discrecionalidad*. Madri: Civitas, 1991. p. 115).

A opção conveniente e oportuna para a edição do Decreto de Indulto deve ser feita legal e moralmente pelo Presidente da República, e somente sua constitucionalidade deve ser apreciada pelo Poder Judiciário, conforme teoria já consagrada em relação a todos os atos discricionários do Poder Público (RENÉ CHAPUS. *Droit administratif general*. 6. ed. Paris: Montchrestien, 1992. t. 1, p. 775).

Esta SUPREMA CORTE tem o dever de analisar se as normas contidas no Decreto de Indulto, no exercício do caráter discricionário do Presidente da República, estão vinculadas ao império constitucional.

Nada mais do que isso!!!

Não é possível transferir a redação do indulto para o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, de maneira que, a cada nova edição pelo Presidente da República, a CORTE possa reanalisar o mérito do decreto e as legítimas opções realizadas.

Com o devido respeito às posições em contrário, não compete ao SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL reescrever o decreto de indulto, pois, ou o Presidente da República extrapolou o exercício de sua discricionariedade, e, conseqüentemente, a norma é inconstitucional; ou, entre as várias opções constitucionalmente lícitas, o Presidente da República escolheu validamente uma delas, e, conseqüentemente, esta opção válida não poderá ser substituída por uma escolha discricionária do Poder Judiciário, mesmo que possa parecer melhor, mais técnica ou mais justa.

Ao Poder Judiciário também se impõe o Império da Constituição Federal.

A interpretação judicial deve estar lastreada na Constituição, pois não há e não pode existir, como lembra ROSCOE POUND, poder sem limites, nem mesmo do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, uma vez que,

a democracia não permite que seus agentes disponham de poder absoluto e sejam, como os imperadores romanos orientais, isentos das leis. Uma geração que esteja disposta a abandonar a herança jurídica dos americanos para estabelecer regime absoluto de certa maioria verificada afinal que está sob o domínio absoluto do chefe da maioria. (*Liberdade e garantias constitucionais*. Ibrasa: São Paulo, 1976. p. 83)

Essa limitação independe de se tratar de qualquer dos três ramos de poder do Estado; repito: inclusive do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL; a que, não tenho dúvidas, compete o controle dos abusos, mas não o poder de reeditar o indulto, em substituição ao Chefe do Poder Executivo. Importante, nesse aspecto, relembrar o célebre ensinamento de MONTESQUIEU: “quando o poder de julgar se une ao de legislar, a vida e a liberdade do súdito ficam expostas a controle arbitrário, pois o juiz poderia agir com toda a violência de um opressor”.

O decreto presidencial de indulto não pode inconstitucionalmente extrapolar sua discricionariedade, assim como o Poder Judiciário não possui legitimidade para substituir legítimas opções do Chefe do Executivo, por aquelas que entende mais benéficas, eficientes ou justas.

São sábias as palavras do JUSTICE STONE, da Suprema Corte norte-americana, quando afirmou: “*embora o exercício inconstitucional do poder pelos ramos executivo e legislativo do governo esteja sujeito a revisão judicial, único controle sobre nosso próprio exercício do poder é nosso senso de auto coibição*” (297 US 1 1937), pois, apesar de existirem problemas relacionados com a supremacia judicial, ocasionalmente os juízes precisam ser lembrados, como o fez o referido magistrado no caso *Estados Unidos versus Burle* (1936), de que “*os tribunais não são único órgão do governo que se deve presumir ter capacidade para governar*”.

Conforme salientam os professores ingleses GARY SLAPPER e DAVID KELLY, o reexame judicial é um exercício delicado e necessariamente traz o Judiciário para a arena política, usando a palavra política em seu sentido amplo e apartidário, exigindo extremo equilíbrio e ponderação, como na presente hipótese, para garantir o próprio equilíbrio entre os poderes da República, pois, como destacado pelo antigo juiz decano da Câmara dos Lordes, LORD BINGHAM, de Cornhill, em novembro de 2006,

inovação excessiva e aventura judiciais devem ser evitadas. Sem negar o valor ou a legitimidade do desenvolvimento judicial do direito, levado a extremos, tal criatividade judicial pode ela mesma destruir o estado de direito. (GARY SLAPPER, DAVID KELLY. *O sistema jurídico inglês*. Forense: Rio de Janeiro, 2011. p. 24).

Em sua tradicional obra *Liberdade e garantias constitucionais*, ROSCOE POUND discute a grande problemática da interpretação de o direito basear-se tão somente em uma suposta moralidade de época em questão, pois podemos afirmar que nem tudo que é imoral em determinada época pode ser considerado automaticamente ilegal, sem o devido processo legal, e salientou

que, juntamente com a declaração de direitos, a separação dos poderes é essencial para a caracterização da liberdade (Ibrasa: São Paulo, 1976. P. 70-71).

Em outras palavras, a CORTE pode não concordar com a própria existência do instituto do indulto coletivo, ou mesmo, com um ou alguns requisitos estabelecidos pelo Presidente da República, por entendê-los ineficientes ou injustos, mas, sem a existência de dispositivo inconstitucional, a CORTE não deverá desrespeitar a distribuição de poderes governamentais realizada pelo legislador constituinte, como bem lembrado pelo JUSTICE BRANDEIS, “a convenção de 1787 adotou a doutrina da separação dos poderes não com o fito de promover eficiência, mas para evitar o exercício do poder arbitrário. O objetivo não é evitar atrito, mas garantir o povo contra a autocracia por meio do atrito inevitável resultante da distribuição dos poderes governamentais entre três departamentos”, impedir a autocracia de qualquer dos poderes, inclusive do próprio Judiciário, pois a possibilidade de controlar os atos dos que manejam o poder governamental deve ser razoável, não arbitrária e desarrazoada, como exigência legal que se torna efetiva no curso dos processos ordinários nos tribunais; tendo sido uma das principais garantias que contribui para a permanência do equilíbrio democrático com o constitucionalismo (Conferir: ROSCOE POUND, *Liberdade e garantias constitucionais*. Ibrasa: São Paulo, 1976. p. 72-79).

Obviamente, ninguém ousa mais afirmar hoje que o juiz é apenas “a boca da lei”, sem poder exercer sua essencial função de ampla revisão judicial, mas com a necessidade de expressar suas limitações, para que o Poder Judiciário não se transforme em “pura legislação”, inclusive derogatória de competências constitucionais expressas do Chefe do Poder Executivo. (FRANÇOIS RIGAUX. *A lei dos juízes*. Martins Fontes: 2003. p. 71).

Entendo que o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, assim como o faz o TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÃO, deve distinguir sua importantíssima missão de guardião e intérprete da Constituição Federal do denominado “poder de apreciação”, que reserva os subjetivismos inerentes à edição de atos normativos aos poderes competentes, como na presente hipótese, a Constituição Federal reserve o poder de indultar ao Executivo (FRANÇOIS RIGAUX. *A lei dos juízes*. Martins Fontes: 2003. p. 326/327).

Dessa maneira, ressalto as seguintes premissas anteriormente detalhadas:

- (1) É competência discricionária do Presidente da República a definição dos requisitos e da extensão do *ato de clemência constitucional*, a partir de critérios de conveniência e oportunidade.

(2) O exercício do poder de indultar não fere a separação de poderes por supostamente esvaziar a política criminal estabelecida pelo legislador e aplicada pelo Judiciário, uma vez que foi previsto exatamente como mecanismo de freios e contrapesos para possibilitar um maior equilíbrio na Justiça Criminal, dentro da separação de poderes, que é uma das cláusulas pétreas de nossa Carta Magna (CF, art. 60, §4º, III)

(3) O Decreto de Indulto não é um ato imune ao absoluto respeito à Constituição Federal e, conseqüentemente, torna-se passível de controle jurisdicional para apuração de eventuais inconstitucionalidades, cujos limites estabelecidos nos artigos 2º e 60, §4º, III da CF, ao definir a separação de poderes, impedem a transformação do Poder Judiciário em “*pura legislação*”, derogando competências constitucionais expressas do Chefe do Poder Executivo e substituindo legítimas opções pelas suas.

Conseqüentemente:

Em relação ao artigo 8º, a partir das premissas analisadas, não há nenhuma inconstitucionalidade nessa legítima opção do Poder Executivo. O indulto não se direciona somente às penas privativas de liberdade, mas sim ao afastamento das sanções impostas pela condenação judicial. Não haveria sentido em se poder perdoar os crimes mais graves, apenados com restrição a liberdade, e impedir a clemência aos delitos mais leves, apenados com penas restritivas de direitos.

Igualmente, é constitucional o **artigo 10**, pois a possibilidade de indulto ou comutação de pena alcançarem a pena de multa aplicada cumulativamente é tradicional em nosso ordenamento jurídico e, igualmente, independentemente de concordarmos ou não com a opção discricionária do Presidente da República, não é possível entendermos que se trata de uma inconstitucionalidade. Com relação à pena de multa, PONTES DE MIRANDA não só admite o indulto, como também entende que “se o decreto não exclui a pena pecuniária, entende-se que também a perdoou” (Comentários à Constituição de 1946, tomo III, Rio de Janeiro, Borsoi, 3a. ed. 1960. p. 119).

Da mesma maneira, em relação ao **artigo 11**, a Constituição Federal não limita o momento em que o Presidente da República pode conceder o indulto, sendo possível isentar o autor de punibilidade, mesmo antes de qualquer condenação criminal. Não está ausente a razoabilidade como pretende a Procuradoria-Geral da República. Ressalto que estranha interpretação seria

aquela que permitisse ao Ministério Público afastar a punibilidade penal, por meio de delação premiada, antes de qualquer condenação criminal ou constatação e verificação de eficácia; e proibisse o Presidente da República, com base em competência expressa, histórica e tradicional do constitucionalismo brasileiro, de aplicar o indulto *ab initio*. Não se trata de novidade no direito brasileiro, conforme foi demonstrado anteriormente.

Da mesma maneira, os requisitos previstos nos artigos 1º, inciso I e 2º, §1º, do Decreto de Indulto encontram-se na órbita de discricionariedade do Chefe do Poder Executivo, não havendo, portanto, qualquer inconstitucionalidade, pois não se vislumbrou abuso no direito de legislar ou desvio de finalidade.

Por fim, analiso a questão da exclusão do âmbito de incidência deste Decreto aos crimes de corrupção *lato sensu* e lavagem de dinheiro.

O aperfeiçoamento do combate à corrupção no serviço público foi uma grande preocupação do legislador constituinte, ao estabelecer, no art. 37 da Constituição Federal, verdadeiros códigos de conduta à Administração Pública e aos seus agentes, prevendo, inclusive, pela primeira vez no texto constitucional, a possibilidade de responsabilização e aplicação de graves sanções pela prática de atos de improbidade administrativa (art. 37, §4º, da CF).

A Constituição de 1988 privilegiou o combate à improbidade administrativa, para evitar que os agentes públicos atuem em detrimento do Estado, pois, como já salientava PLATÃO, na clássica obra REPÚBLICA, a punição e o afastamento da vida pública dos agentes corruptos pretendem fixar uma regra proibitiva para que os servidores públicos não se deixem “*induzir por preço nenhum a agir em detrimento dos interesses do Estado*”.

Não há dúvidas de que a corrupção é a negativa do Estado Constitucional e seus reflexos são sentidos por toda a coletividade, que tem por missão a manutenção da retidão e da honestidade na conduta dos negócios públicos, pois não só desvia os recursos necessários para a efetiva e eficiente prestação dos serviços públicos, mas também corrói os pilares do Estado de Direito e contamina a necessária legitimidade dos detentores de cargos públicos, vital para a preservação da Democracia representativa, pois, como afirmado por MARCO TÚLIO CÍCERO (*Manual do candidato às eleições*):

fazem muito mal à República os políticos corruptos, pois não apenas se impregnam de vícios eles mesmos, mas os infundem na sociedade, e não apenas a prejudicam por se corromperem, mas também porque a corrompem, e são mais nocivos pelo exemplo do que pelo crime. (As leis, III, XIV, 32).

O combate à corrupção, à ilegalidade e à imoralidade no seio do Poder Público, com graves reflexos na carência de recursos para implementação de políticas públicas de qualidade, deve ser prioridade absoluta no âmbito de todos os órgãos constitucionalmente institucionalizados.

Porém, o texto constitucional não instituiu os delitos relacionados à corrupção como insuscetíveis de graça ou indulto; tampouco, até o presente momento, o Congresso Nacional classificou-os como *crimes hediondos*, o que, consequentemente, impediria a *clemência soberana*.

É possível discordar da opção feita pelo Presidente da República, porém entendendo não ser possível afastá-la com base em superficial interpretação principiológica, sem afetar toda a estrutura da Separação de Poderes e do próprio Direito Penal, que baseia a gravidade do crime em sua sanção e no regime de cumprimento de pena, e não nas pessoas condenadas.

Da mesma maneira, não é possível negar a aplicação do Decreto de indulto aos crimes relacionados à corrupção *lato sensu* e lavagem de dinheiro, excluindo-os de sua incidência sob a alegação de ausência de razoabilidade.

Na presente hipótese, não houve desrespeito ao *princípio da razoabilidade*, uma vez que não se vislumbra o desrespeito às necessárias proporcionalidade, justiça e adequação entre o expresso mandamento constitucional (artigos 5º, XLIII e 84, XII da Constituição Federal) e o decreto de indulto; e, consequentemente, não há inconstitucionalidade da norma, pois, como salientado por AUGUSTIN GORDILLO (*Princípios gerais do direito público*. São Paulo: RT, 1977. p. 183), a atuação do Poder Público será sempre legítima, quando apresentar racionalidade, ou ainda, no dizer de ROBERTO DROMI (*Derecho administrativo*. 6. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1997. p. 36), a razoabilidade engloba a prudência, a proporção, a indiscriminação à proteção, a proporcionalidade, a causalidade, em suma, a não arbitrariedade perante o texto constitucional.

Ressalte-se que a própria Procuradoria-Geral da República, autora da presente ação, apesar de pretender obter a negativa do exercício de uma legítima e expressa competência constitucional ao Chefe do Poder Executivo por afronta à razoabilidade e necessidade de combate à corrupção, editou, no Conselho Nacional do Ministério Público, a possibilidade de acordos de não persecução penal — não se trata de acordos de colaboração premiada — para os mesmos delitos de corrupção *lato sensu* de lavagem de dinheiro analisados na presente ADI.

O artigo 18 da Resolução nº 181, de 7 de agosto de 2017, expressamente permite ao Ministério Público, não sendo caso de arquivamento, “*proponer ao*

investigado acordo de não persecução penal quando, cominada pena mínima inferior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça a pessoa”.

O Conselho Nacional do Ministério Público, sem expressa previsão constitucional ou legal, passou a admitir que, *discricionariamente*, o titular da ação penal — por opção de política criminal da Instituição — possa deixar de promover a ação penal, mesmo não sendo caso de arquivamento, nos crimes de corrupção *lato sensu*, organização criminosa e lavagem de dinheiro; todos tipos penais com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos. Não guarda coerência lógica que a mesma Procuradoria-Geral da República, mesmo sem expressa previsão constitucional ou legal, se permita, *discricionariamente*, deixar de promover a devida ação penal por crimes de corrupção *lato sensu*, organização criminosa e lavagem de dinheiro, e pretenda — na presente ADI — retirar essa possibilidade do Presidente da República, que foi expressamente prevista no artigo 84, XII, da Constituição Federal pelo legislador constituinte originário.

Diante de todo o exposto, DECLARO CONSTITUCIONAL O DECRETO 9.246/2017 e JULGO IMPROCEDENTE A PRESENTE AÇÃO.