

VOTO

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES: Em complemento ao relatório lançado pelo Ministro FLÁVIO DINO, anoto que o caso em julgamento trata de Ação Direta proposta pelo Procurador-Geral da República em face do Decreto Presidencial 11.302/2022, pelo qual o Presidente da República concedeu indulto natalino a pessoas condenadas conforme condições determinadas.

O art. 5º do referido Decreto dispõe o seguinte:

Art. 5º Será concedido indulto natalino às pessoas condenadas por crime cuja pena privativa de liberdade máxima em abstrato não seja superior a cinco anos.

Parágrafo único. Para fins do disposto no caput, na hipótese de concurso de crimes, será considerada, individualmente, a pena privativa de liberdade máxima em abstrato relativa a cada infração penal.

Alega-se, essencialmente, que o indulto teria sido concedido de forma indevidamente ampla, alcançando de forma indiscriminada e genérica quaisquer crimes com pena inferior a 5 anos, *“independentemente da quantidade de infrações penais praticadas e do montante total de pena concreta imposta na condenação”*.

Dessa circunstância, segundo o Requerente, decorreria a violação aos deveres do Estado de proteção à vida, segurança e integridade das pessoas (arts. 1º, I e II; 2º; 4º, II; 5º, caput, LIV e §§ 2º e 3º; 6º, caput; e 144 da Constituição Federal; o art. 7º do ADCT).

Submetido o caso a julgamento em ambiente virtual, veio o Min. Relator a proferir voto no sentido da IMPROCEDÊNCIA da Ação Direta, assentando, com fundamento em precedentes da CORTE, o caráter excepcional do controle judicial sobre a discricionariedade do Presidente da República na concessão de indulto.

É o relatório.

De início, indico que ACOMPANHO o voto proferido pelo Ministro Relator, no sentido da IMPROCEDÊNCIA da Ação Direta.

Trata-se de novo debate em torno da natureza do indulto presidencial, especialmente sob a perspectiva do princípio da separação dos Poderes, tema anteriormente enfrentado pela CORTE no julgamento

da ADI 5874 (Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Rel. para acórdão Min. ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 9/5/2019); e no julgamento mais recente da ADPF 964 (Rel. Min. ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 10/5/2023).

No caso agora em julgamento, de modo semelhante ao objeto impugnado nessas outras ações, questiona-se o critério adotado pelo Presidente da República na delimitação dos requisitos para concessão do indulto.

Eu afirmei, nos julgamentos referidos, que a concessão de indulto não está vinculada à política criminal estabelecida pelo Poder 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).

Observei que a Jurisprudência da CORTE e a doutrina constitucional a respeito da natureza jurídica do indulto coletivo sempre o caracterizaram, desde o primeiro período republicano, como ato discricionário e privativo do Chefe do Poder Executivo.

CARLOS MAXIMILIANO, por exemplo, apontava 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, 1918, p. 509/510). 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*

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).

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. Nesse sentido: RHC 71400-5 Rel. Min. ILMAR GALVÃO, Primeira Turma, julgado em 7/6/1994; ADI-MC 2795, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 8/5/2003; HC 81565, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 19/2/2002; HC 96431, Rel. Min. CEZAR PELUSO, Segunda Turma, julgado em 14/4/2009; HC 90364, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 31/10/2007.

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, portanto, pacificou a impossibilidade de REVISÃO DO MÉRITO dos decretos de indulto, ou seja, a discricionariedade do Presidente da República – desde que de acordo com a Constituição Federal – não poderá ser substituída pela discricionariedade do Poder Judiciário.

Obviamente, como destaquei nos julgamentos da ADI 5.874 e da ADPF 964, a impossibilidade de análise meritória do decreto de indulto não afasta o controle jurisdicional da constitucionalidade e legalidade do ato presidencial. A CORTE admitiu a possibilidade de análise da constitucionalidade do indulto, perante os requisitos constitucionais, conforme constou expressamente na ADI 5.874, no item 4 da Ementa:

4. Possibilidade de o Poder Judiciário analisar somente a constitucionalidade da concessão da *clementia principis*, e não o mérito, que deve ser entendido como juízo de conveniência e oportunidade do Presidente da República, que poderá," - e saliento aqui - "entre as hipóteses legais e moralmente admissíveis," - repito: hipóteses legais e moralmente para o interesse público no âmbito da Justiça Criminal.

Para a análise do caso em julgamento, portanto, cabe aferir a presença dos requisitos que condicionam a validade da escolha discricionária pelo chefe do Poder Executivo: hipóteses legais e

moralmente admissíveis, interesse público e o âmbito da justiça criminal, não o âmbito da política partidária.

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”.

Por outro lado, o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL já reconheceu a existência de limitações constitucionais implícitas, como assentado no julgamento da EXT 1435/DF (Rel. Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 29/11/2016), como 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*”.

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.

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).

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 général* 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.

Naturalmente, 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.

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

Assim, reafirmo as premissas que enunciei nos julgamentos anteriormente referidos:

(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.

À luz dessas mesmas premissas, mostra-se ausente qualquer conflito entre o art. 5º do Decreto Presidencial 11.302/2022 e os limites constitucionais explícitos e implícitos ao poder presidencial de conceder indultos.

Como salientado pela manifestação do Advogado-Geral da União, também realçado pelo Min. Relator, o alcance do indulto, tal como operado pelo referido dispositivo, atende a motivações válidas de política criminal e carcerária, não demonstrados quaisquer elementos que apontem para desvio de finalidade ou manifesta desproporcionalidade da medida.

Em primeiro lugar, observo que o limite de pena estabelecido – máximo de 5 anos de pena privativa de liberdade – mira a concessão do perdão a crimes com menor reprovabilidade social, mesmo considerada a aplicação para cada crime individualmente, no caso de concurso de crimes.

Além disso, a medida foi corroborada por manifestação técnica do órgão competente – o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, CNPCP – por meio do Parecer de Mérito nº. 3/2022/CNPCP/DEPEN/MJ. Relata o Advogado-Geral da União que a conclusão pelo encaminhamento da medida ao Presidente da República com esse alcance teria atendido ao apelo de entidades da comunidade jurídica e sociedade civil, no sentido da “*necessidade de edição de decreto de indulto amplo como mecanismo de política criminal eficaz para a redução da*

superlotação carcerária, tendo em vista a realidade insatisfatória do sistema penitenciário brasileiro”.

Por fim, o art. 7º do Decreto impugnado expressamente exclui da concessão de indulto um elenco de crimes e agravantes, como crimes hediondos, praticados com grave ameaça ou violência contra pessoa, crimes contra a mulher, crianças e adolescentes, etc, o que demonstra o cuidado do Poder Executivo na correta e proporcional delimitação de seu alcance.

Em vista do exposto, ACOMPANHO o voto proferido pelo Ministro Relator, para julgar IMPROCEDENTE a presente Ação Direta e declarar a constitucionalidade do art. 5º do Decreto 11.302/2022.

É o voto.