

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.450.100 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. FLÁVIO DINO
RECTE.(S) : MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS
RECDO.(A/S) : LEANDRO DE MATOS FERREIRA
ADV.(A/S) : VERONICA DIAS LINS
INTDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA
AM. CURIAE. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
AM. CURIAE. : INSTITUTO BRASILEIRO DE EXECUCAO PENAL - IBEP
ADV.(A/S) : AMANDA BESSONI BOUDOUX SALGADO E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE RONDÔNIA
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE RONDÔNIA
AM. CURIAE. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
AM. CURIAE. : INSTITUTO BRASILEIRO DE CIENCIAS CRIMINAIS
ADV.(A/S) : RENATO STANZIOLA VIEIRA E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : GAETS ; GRUPO DE ATUAÇÃO ESTRATÉGICA DAS DEFENSORIAS PÚBLICAS ESTADUAIS E DISTRITAL NOS TRIBUNAIS SUPERIORES
PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO DISTRITO FEDERAL
AM. CURIAE. : ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL CONSELHO FEDERAL
ADV.(A/S) : ALEX SOUZA DE MORAES SARKIS
ADV.(A/S) : JOSE ALBERTO RIBEIRO SIMONETTI CABRAL
ADV.(A/S) : MARCUS VINICIUS FURTADO COELHO
ADV.(A/S) : LIZANDRA NASCIMENTO VICENTE

VOTO:

Trata-se de Recurso Extraordinário com Repercussão Geral reconhecida (Tema 1267) nos termos da seguinte ementa (eDoc. 16):

Constitucional e Penal. Indulto natalino. Ato discricionário do Presidente da República. Art. 84, XII, da Constituição Federal. Observância aos limites materiais do texto constitucional. Análise quanto à compatibilidade do art. 5º do Decreto 11.302/2022 com a Carta Política. ADI 7.390/DF. Questão constitucional. Potencial multiplicador da controvérsia. Repercussão geral reconhecida. 1. Possui índole constitucional e repercussão geral a controvérsia relativa à constitucionalidade da concessão de indulto natalino, com fundamento no art. 5º, caput e parágrafo único, do Decreto Presidencial 11.302/2022, às pessoas condenadas por crime cuja pena privativa de liberdade máxima em abstrato não seja superior a cinco anos. 2. Repercussão geral reconhecida.

Confira-se o teor do Tema de Repercussão Geral 1267: *“Constitucionalidade da concessão de indulto natalino, nos moldes previstos no art. 5º, caput e parágrafo único, do Decreto Presidencial 11.302/2022, às pessoas condenadas por crime cuja pena privativa de liberdade máxima em abstrato não seja superior a cinco anos”*.

O art. 5º do Decreto Presidencial 11.302/2022 dispõe que *“[s]erá concedido indulto natalino às pessoas condenadas por crime cuja pena privativa de liberdade máxima em abstrato não seja superior a cinco anos”*. E, segundo o seu parágrafo único, *“[p]ara 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”.

No caso, o Recurso Extraordinário foi interposto pelo Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios, contra acórdão proferido em Agravo de Execução pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, o qual manteve decisão do Juízo da Vara de Execuções Penais do Distrito Federal que concedeu indulto natalino ao apenado com base no art. 5º do Decreto nº 11.302/2022 e declarou “*extinta a execução quanto à pena privativa de liberdade relativa à condenação pelos crimes dos nos arts. 25, caput, Lei 3688/41; 180, caput, Lei 2848/40 - Código Penal ; art. 307, caput, Lei 2848/40 e 180, caput, Lei 2848/40 - Código Penal, relacionados aos processos criminais 0016578-70.2013.8.07.0015, 0004367-26.2018.8.07.0015 e 0021561-83.2011.8.07.0015*” (eDoc. 2, fls. 9-11).

O acórdão proferido pelo TJDFT no Agravo de Execução foi assim ementado (eDoc. 7):

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. DIREITO PENAL. RECURSO DA ACUSAÇÃO. PRELIMINAR DE INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL. REJEIÇÃO. INDULTO NATALINO. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA. RESPEITO AOS LIMITES MATERIAIS. DECRETO PRESIDENCIAL Nº 11.302/2022. USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA LEGISLATIVA. NÃO VERIFICAÇÃO. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA, DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. INOCORRÊNCIA. A escolha dos critérios estabelecidos como necessários para o enquadramento no ato normativo concessivo do indulto incumbe exclusivamente ao Presidente da República, que, nos termos do artigo 84, inciso XII, da Constituição, detém a competência privativa para a sua edição, respeitados os limites materiais impostos pelo próprio texto constitucional e pela legislação ordinária. O Decreto Presidencial n. 11.302/22 previu a concessão de indulto natalino às pessoas condenadas por

crime cuja pena privativa de liberdade máxima em abstrato não seja superior a cinco anos. Verificando-se que o apenado obedece às condições elencadas, o benefício deve ser concedido. Não se verifica usurpação de competência legislativa na edição de decreto, pelo Presidente da República, concedendo indulto, tendo em vista o amparo encontrado no artigo 84, inciso XII, da Constituição Federal. Constatado que o direito de concessão de indulto possui restrições explícitas e implícitas, não há, no presente caso, violação aos princípios da individualização da pena, da razoabilidade e da proporcionalidade.

Inconformado, o MPDFT interpõe Recurso Extraordinário, com fundamento no art. 102, inciso III, alínea “a”, da Constituição Federal, ao argumento de que o acórdão recorrido *“contraria o art. 2º; art. 48, VIII; art. 60, § 4º, III; art. 62, § 1º, I, ‘b’; e art. 68, § 1º, II, todos da Constituição da República”* (eDoc. 9, fl. 1).

Alega, essencialmente, que o Decreto nº 11.302/2022, no seu art. 5º, não fixou qualquer lapso temporal mínimo de cumprimento de pena como requisito para a concessão do benefício, nem estabeleceu requisitos vinculados ao beneficiário, de modo que o Presidente da República *“exorbitou dos limites constitucionais de sua competência, ao criar casos de desfazimento jurídico da própria ilicitude do comportamento, atingindo os próprios efeitos secundários da sanção penal, o que está a caracterizar verdadeira anistia, matéria cuja competência para legislar é do Congresso Nacional (art. 48, VIII, CF)”*. Assim, *“não considerando a pena fixada no caso concreto mas a pena em abstrato, criou uma abolitio criminis generalizada, usurpando a competência do Congresso Nacional, violando os princípios constitucionais da separação dos poderes, da individualização da pena, da proporcionalidade e razoabilidade, da segurança pública e da vedação à proteção insuficiente”* (eDoc. 9, fls. 6-7).

Requer, desse modo, o conhecimento e provimento do recurso, para que seja reformado o acórdão impugnado, *“afastando-se a aplicação do indulto pleno ao sentenciado, diante da inconstitucionalidade do artigo 5º do*

RE 1450100 / DF

Decreto nº 11.302/22 (eDoc. 9, fl. 8).

Submetido o caso a julgamento em ambiente virtual, o Min. Relator proferiu voto no sentido do DESPROVIMENTO do Recurso Extraordinário, reiterando as razões de decidir por ele encampadas no julgamento da ADI 7390/DF, em que o TRIBUNAL, por unanimidade, declarou constitucional o art. 5º do Decreto Presidencial nº 11.302/2022.

É o relatório.

De início, indico que ACOMPANHO o voto proferido pelo Ministro Relator, no sentido do DESPROVIMENTO do Recurso Extraordinário. Reitero, igualmente, os termos do voto por mim proferido no julgamento da ADI 7390/DF.

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 Brasileira*, 3o. 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).

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 pelo Min. Relator, o alcance do indulto, tal como operado pelo referido dispositivo, atende a motivações válidas de política

RE 1450100 / DF

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, conforme relatado pelo Advogado-Geral da União na ADI 7390/DF, 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. Segundo a manifestação, 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.

Portanto, tendo em vista que o indulto foi concedido em observância às limitações constitucionais expressas e implícitas anteriormente apontadas, presentes os requisitos que condicionam a validade da escolha discricionária pelo chefe do Poder Executivo, não havendo ofensa às normas da Constituição Federal invocadas pelo recorrente, deve ser mantido o acórdão recorrido.

Em vista do exposto, ACOMPANHO o voto proferido pelo Ministro Relator, para DESPROVER o presente Recurso Extraordinário e declarar a

RE 1450100 / DF

constitucionalidade do dispositivo impugnado, nos termos da Tese sugerida para o Tema 1267: *“É constitucional o indulto natalino do art. 5º, caput e parágrafo único, do Decreto Presidencial nº 11.302, de 22/12/2022”*.

É como voto.