

Art. 5º do Decreto 11.302/2022 (indulto): discricionariedade ou inconstitucionalidade?

Fernando Hugo Miranda Teles

Especialista em Direito Militar.

Promotor de Justiça Militar.

E-mail: fernando.teles@mpm.mp.br

Revisores: Luciano Moreira Gorrilhas (ORCID: 0009-0005-0678-471X; e-mail: luciano.gorrilhas@mpm.mp.br)

Antonio Carlos Gomes Facuri (ORCID: 0009-0006-8038-8288; e-mail: antonio.facuri@mpm.mp.br)

Data de recebimento: 30/04/2023

Data de aceitação: 02/05/2023

Data da publicação: 30/05/2023

RESUMO: O indulto é um instrumento de política criminal e, em 2022, foi concedido o benefício sem que houvesse a exigência do cumprimento de nenhuma fração de pena. Debate-se aqui a sua inconstitucionalidade.

PALAVRAS-CHAVE: indulto; inconstitucionalidade; discricionariedade.

ENGLISH

TITLE: Art. 5 of Decree 11.302/2022 (pardon): discretion or unconstitutionality?

ABSTRACT: The pardon is an instrument of criminal policy and, in 2022, the benefit was granted without requiring the fulfillment of any fraction of the sentence. Its unconstitutionality is debated here in this work.

KEYWORDS: pardon; unconstitutionality; discretion.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 O indulto e as vedações de natureza objetiva – 3 Vedação à proteção deficiente – 4 Inconstitucionalidade do art. 5º do Decreto 11.302/2022 – 5 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

Existem diversos instrumentos de política criminal que são formulados com finalidades em geral voltadas para o alívio do sistema carcerário.

Embora aqui não se concorde com o simples desencarceramento sem que haja qualquer investimento mais relevante no sentido de conceder dignidade ao preso, fato é que existe um amplo movimento para dificultar o aprisionamento de condenados e facilitar a soltura de parcela significativa dos presos. Também aqui não se concorda com a forma pela qual se aborda o hiperencarceramento, erigido a quase mantra em termos absolutos sem que se permita a correta reflexão em termos relativos. O dito “encarceramento em massa”, quando confrontado com os dados percentuais de apuração de delitos nos grandes centros urbanos, torna-se uma miragem. Vê-se “ao longe” um contingente de aproximadamente setecentos mil indivíduos presos – via de regra em celas superlotadas – e se enxerga a superpopulação carcerária, porém, quando se analisa *cum grano salis* a questão, principalmente comparando com baixíssimos percentuais de apuração de crimes nas grandes cidades brasileiras, verifica-se que a realidade é que faltam pujantes investimentos no sistema carcerário e muitos outros cidadãos brasileiros deveriam estar presos. A questão jamais pode ser vista sob o prisma absoluto, mas sempre comparativo (ou relativo).

O indulto é um instituto de política criminal que seleciona, de acordo com a “discrecionabilidade” do Presidente da República, situações nas quais se pode conceder a extinção da punibilidade. Dessa forma, teria o fito

principal, entre outros, de aliviar a pressão no ambiente penitenciário. Esse instrumento, por ser materializado por decreto, se subordina às vedações decorrentes do controle de juridicidade, principalmente aquelas constantes do texto constitucional.

O presente artigo tem por objetivo mostrar que o art. 5º do Decreto 11.302/2022, que consubstanciou o indulto “natalino” de 2022, foi produzido em contrariedade com preceitos constitucionais, convencionais e legais. Consoante as conclusões a serem feitas ao fim e ao cabo, o referido dispositivo será inválido e, portanto, devem ser rejeitados os pedidos de extinção da punibilidade articulados com fundamento exclusivo nos seus termos, seja na justiça comum ou na especializada. A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica.

2 O INDULTO E AS VEDAÇÕES DE NATUREZA OBJETIVA

A Constituição Federal de 1988 apresenta enunciado normativo que veda a concessão da graça e da anistia, porém não do indulto: art. 5º, XLIII. O texto constitucional apenas versa sobre o indulto quando estabelece as atribuições do Presidente da República: “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: [...] XII – conceder indulto e comutar penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei; [...]”. Embora não haja menção expressa ao indulto nas vedações, não haveria sentido em vedar a graça (indulto individual) e não fazê-lo em relação ao indulto propriamente dito, que tem natureza coletiva.

A vedação ao indulto surge apenas na Lei 8072/90, a chamada Lei dos Crimes Hediondos. O referido diploma legal assim consigna: “Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: I – anistia, graça e indulto; [...]”.

A doutrina, ao conceituar o instituto e delinear suas vedações, dispõe de modo similar. Rogério Greco¹ preceitua que:

A graça e o indulto são da competência do Presidente da República, embora o art. 84, XII, da Constituição Federal

¹ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*, v. I, 25. ed. São Paulo: Editora Gen, 2023, p. 743.

somente faça menção a este último, subentendendo-se ser a graça o indulto individual. A diferença entre os dois institutos é que a graça é concedida individualmente a uma pessoa específica, sendo que o indulto é concedido de maneira coletiva a fatos determinados pelo chefe do Poder Executivo.

[...]

Não é possível conceder a graça (indulto individual) ou o indulto (indulto coletivo) às infrações penais previstas pela Lei nº 8.072/90.

Já o saudoso René Ariel Dotti², de forma precisa, afirma o que se segue:

O indulto é, também, uma das expressões do poder de clemência do Presidente da República, justificando a etimologia da palavra que deriva do latim: *indultus*, de *indulgere*, isto é, perdoar, favorecer.

Embora caracterizado como providência de ordem coletiva, diversamente do que ocorre com a anistia, o indulto também pode ser concedido individualmente. O benefício é expressamente vedado quando se tratar de prática de tortura, de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, do terrorismo e de crime hediondo (CF, art. 5.º, XLIII, e Lei 8.072/90, art. 2.º).

Penalistas antigos e modernos desaprovam a concessão reiterada que possa assumir uma feição perturbadora da ordem jurídica e uma interferência indevida do Executivo no Judiciário. Não se contesta, porém, que a utilização parcimoniosa do instituto atende a objetivos de Política Criminal e atenua os gravíssimos problemas resultantes da superpopulação carcerária.

É exatamente o último parágrafo que o mestre materializou em sua obra que motivará a contestação ao atual decreto de indulto no presente artigo. Será visto que o benefício, na forma pela qual foi estabelecido em 2022, gerou inconstitucionalidades, inconveniência e ilegalidade, bem como interferiu nos dois outros Poderes, especialmente o Legislativo, superando os saudáveis limites de pesos e contrapesos de um Poder sobre o outro.

O indulto deve ter conteúdo compatível tanto com os enunciados normativos explícitos quanto implícitos da Constituição Federal. Dessa

² DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal*. 6. ed. São Paulo: Editora RT, 2018, p. 939.

forma, padecerá de invalidade aquele decreto de indulto que tornar letra morta qualquer princípio ou regra previstos na Carta Maior. Quando se tratar de princípio constitucional, o indulto jamais poderá vulnerar o núcleo essencial daquele enunciado normativo.

Sobre o núcleo dos princípios constitucionais, o Professor e Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso³ assim esclarece com a habitual maestria:

Por fim, a diferença de papéis entre as regras e os princípios, no plano político-ideológico, implica reavivar as duas grandes funções desempenhadas pela Constituição em um Estado democrático de direito: (i) proteger valores fundamentais e consensos básicos contra a ação predatória das maiorias e (ii) garantir o funcionamento adequado da democracia e do pluralismo político. A proteção dos consensos é feita por meio de regras - âmbito no qual se situa o núcleo essencial dos princípios -, ficando limitada, em sua interpretação, quer a ação do legislador quer a de juízes e tribunais.

Ainda sobre o núcleo essencial, pode-se aqui transcrever relevante trecho do estudo de Ana Paula de Barcellos⁴ sobre o tema:

Ainda nesta fase de decisão, uma última diretriz a ser observada pelo intérprete diz respeito ao núcleo ou conteúdo essencial dos direitos fundamentais. Como se sabe, a ideia de núcleo ou conteúdo essencial foi introduzida em várias constituições contemporâneas como uma forma de proteger os direitos contra a ação do legislador e também, de certa forma, do aplicador do direito. Mesmo onde não há uma previsão formal nesse sentido, como no Brasil, entende-se que os direitos fundamentais não podem ser restringidos (pelo legislador ou pelo juiz) a ponto de se tornarem invólucros vazios de conteúdo, sobretudo em sistemas onde desfrutem do status de cláusulas pétreas.

Paralelamente a essa garantia ao núcleo, admite-se correntemente na prática jurídica que os direitos possam sofrer conformações (mesmo porque o sentido e os contornos precisos dos direitos não decorrem automaticamente do texto que os prevê) e até mesmo algum grau de restrição, tendo em

³ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2022, p. 213.

⁴ BARCELLOS, Ana Paula. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. São Paulo: Renovar, 2005, p. 139/141.

conta conflitos específicos envolvendo direitos entre si ou direitos e enunciados que consagram fins coletivos. Da conjugação desses dois elementos tem-se a seguinte conclusão: não se pode admitir que conformações ou restrições possam chegar a esvaziar o sentido essencial dos direitos, que, afinal, formam o conjunto normativo de maior fundamentalidade, tanto axiológica, quanto normativa, nos sistemas jurídicos contemporâneos. Nesse sentido, o núcleo deve funcionar como um limite último de sentido, invulnerável, que sempre deverá ser respeitado.

Essa área interna dos princípios constitucionais compreende, portanto, o chamado “núcleo duro”, que é inderrogável e irreduzível, ou seja, não pode ser ponderado ou mitigado, sob pena de violar-se a força normativa da Constituição Federal. Caso fosse permitido reduzir a eficácia de um princípio para aquém de seu núcleo essencial, a Carta Federal possuiria um enunciado sem qualquer expressão normativa.

No próximo capítulo, será apresentado o chamado Princípio da Proteção Deficiente, que encontra guarida na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) e de cortes constitucionais de diversos países, bem como na doutrina nacional e estrangeira.

3 VEDAÇÃO À PROTEÇÃO DEFICIENTE

Como corolário das duas faces do Princípio da Proporcionalidade no âmbito penal, verifica-se que o viés negativo visa proteger o investigado, denunciado ou acusado, enquanto o viés positivo visa proteger a vítima em potencial e, em sentido amplo, a sociedade como um todo. De um lado estão os deveres de abstenção por parte do Estado, que deve preservar os direitos fundamentais do investigado ou acusado e não violar tais preceitos. Na outra face estão os deveres de proteção pelo Estado, que deve proteger a sociedade e vítimas reais e potenciais. É neste último escopo que reside o chamado Princípio da Vedação à Proteção Deficiente.

No cenário nacional, Gilmar Mendes é um dos doutrinadores que defende a tese do garantismo positivo, mencionando que a Corte

Constitucional Alemã tem reconhecido a lesão ao chamado Princípio da Proteção Deficiente⁵.

Essa lesão ao Princípio da Vedação à Proteção Deficiente pode ocorrer pelas mãos do legislador, pelo intérprete da norma e até mesmo pelos responsáveis pela execução da pena. Todos aqueles que atuam ou interferem no sistema persecutório, inclusive o Presidente da República com o indulto, são potenciais violadores de direitos fundamentais, neste caso da sociedade.

Vale mencionar também a doutrina sempre coerente do Prof. Ingo Sarlet⁶:

O Estado – também na esfera penal – poderá frustrar o seu dever de proteção atuando de modo insuficiente (isto é, ficando aquém dos níveis mínimos de proteção constitucionalmente exigidos) ou mesmo deixando de atuar, hipótese por sua vez vinculada (pelo menos em boa parte) à problemática das omissões inconstitucionais. É nesse sentido que – como contraponto à assim designada proibição de excesso – expressiva doutrina e inclusive jurisprudência têm admitido a existência daquilo que se convencionou batizar de proibição da insuficiência (no sentido de insuficiente implementação dos deveres de proteção do Estado e como tradução livre do alemão *Untermassverbot*).

O *leading case* em que o Tribunal Constitucional Alemão (*Bundesverfassungsgericht - BVerfG*) tratou do contraponto entre proibição do excesso e vedação à proteção deficiente foi em 28/5/1993 (BVerfGE 88,203), ao apreciar a uma lei datada de 1975 sobre descriminalização do aborto.

Enquanto o viés negativo do Princípio da Proporcionalidade exige um dever geral de abstenção estatal em relação a praticar excessos, o seu aspecto positivo impõe um atuar positivo do Estado no sentido de proteger a

⁵ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. Série IDP. São Paulo: Saraiva, 2015.

⁶ SARLET, I. W. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição do excesso e de insuficiência. In: *Revista de Estudos Criminais*, n. 12, ano 3, 2003, p. 88.

segurança e a liberdade da coletividade em relação àquelas condutas mais graves.

Essa obrigação positiva ou dever de proteção já foi objeto de deliberação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em todas as condenações impostas ao Brasil. Nesses casos, o Brasil não foi capaz de investigar e, se fosse o caso, punir violadores de direitos fundamentais. O Estado foi omissivo ou ineficiente na atividade persecutória e, portanto, deixou de proteger vítimas de seus alcoses, bem como desrespeitou o direito de os ofendidos ou seus familiares receberem uma resposta estatal a contento. Esse fato gerou enorme perplexidade na doutrina, que pelas mãos do advogado Valério Mazzuoli, um dos maiores nomes do Direito Internacional, materializou um pensamento de resumo a necessidade de o Estado proteger a sociedade de modo eficiente e sancionar os responsáveis por violações de direitos fundamentais: punir é um *standard* de direitos humanos⁷.

4 INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 5º DO DECRETO 11.302/2022

O Decreto 11.302/2022 foi exarado pelo Presidente da República e concedeu indulto em diversas situações nele descritas.

Logo de início houve debate acerca da constitucionalidade ou não de um dos dispositivos desse indulto que se atribuiu destinar-se ao Caso Carandiru, o que ensejou inclusive a propositura da ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade) 7330, da relatoria do Min. Luiz Fux, pelo Procurador-Geral da República (PGR).

Nessa ADI, o PGR ressaltou na petição inicial que somente os limites materiais previstos na Constituição Federal são capazes de restringir os efeitos do indulto presidencial, consoante o já decidido na ADI 5874, de

⁷ MAZZUOLI, Valério; FACHIN, Melina. Um dia que dura décadas. *GEN Jurídico*. 2023. Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/um-dia-que-dura-duas-decadas/1119850160/amp>. Acesso em: 30 abr. 2023.

modo que não cabe ao Judiciário analisar o mérito (conveniência e oportunidade) do decreto clemencial.

Sobre esses limites, situam-se não só aqueles expressos, mas também todos os preceitos implícitos reconhecidos como tendo matriz constitucional. Desta forma, formam o bloco de constitucionalidade para análise de compatibilidade do referido decreto o art. 5º, XLIII e § 2º (“Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”), bem como o Princípio da Proporcionalidade sob o prisma da Vedação à Proteção Deficiente, que por sua vez é reconhecido doutrinária e jurisprudencialmente como enunciado normativo implícito.

A necessidade de compatibilidade com o texto constitucional decorre do fato de que qualquer ato normativo encontra seu fundamento de validade na Constituição Federal.

Por sua vez, a restrição à análise dos aspectos inerentes à conveniência e oportunidade do Presidente da República na formulação do decreto de indulto também encontra abrigo na moderna teoria do Direito Administrativo acerca da discricionariedade dos atos do Poder Público. Ela preconiza que os atos discricionários, na verdade, possuem diferentes graus de vinculação à juridicidade, ou seja, mesmo os atos discricionários não podem ser arbitrários, eis que se vinculam à juridicidade (legalidade, convencionalidade e constitucionalidade) como face de compatibilidade ao ordenamento jurídico como um todo. Malgrado o decreto de indulto seja uma face do exercício do poder discricionário de clemência do Presidente da República e tenha natureza de ato primário dotado de generalidade e abstração, isso não o isenta de ser analisado sob o prisma da juridicidade.

Cabe ressaltar o que preceitua Gustavo Binenbojm⁸:

⁸ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2008, p. 232/233.

No último degrau da escala de vinculação da Administração ao direito, encontram-se os atos vinculados diretamente por princípios (constitucionais, legais ou regulamentares), impropriamente denominados de atos discricionários. Aqui, à míngua de regras ou conceitos indeterminados a preordenar a atuação administrativa, recairá sobre o administrador a tarefa de escolher, dentre as opções jurídica e materialmente disponíveis, aquela que melhor concreta os fins colimados pela norma de competência (constitucional, legal ou regulamentar). A vinculação direta a princípios proporciona o mais baixo grau de vinculação administrativa à juridicidade. Assim, após o exame dos elementos vinculados (competência, forma, finalidade e motivos determinantes), **deverá o Judiciário averiguar se o administrador, na aplicação de uma norma que lhe permite atuar com certa liberdade de decisão, observou os princípios constitucionais gerais** e os princípios setoriais da Administração pública (como publicidade, impessoalidade, igualdade, moralidade, eficiência, confiança legítima).

[...]

Segundo Hartmut Maurer⁹, os vícios de discricionariedade podem ser divididos em quatro grupos: (i) não-utilização ou subutilização do exercício do poder discricionário, verificado quando a autoridade não usa ou subutiliza o poder discricionário de que dispõe por inadvertência ou por estimar equivocadamente que é titular de competência vinculada; (ii) excesso do poder discricionário, verificado quando a autoridade opta por uma consequência jurídica não prevista na norma de competência atributiva de tal poder, ou seja, quando o ato administrativo contém um efeito não previsto nem autorizado na norma de competência discricionária; (iii) uso defeituoso do poder discricionário (desvio), verificado quando a ação administrativa não está orientada por fundamentos objetivos ou não está orientada para o fim contemplado na lei; **(iv) violação aos direitos fundamentais e aos princípios gerais de direito.**

Constatado um desses vícios, deve o Poder Judiciário determinar a invalidação do ato ou, se for o caso, a sua substituição. Esta última ocorrerá quando se verificar o que se convencionou chamar de “redução da discricionariedade a zero”. (grifo nosso)

⁹ MAURER, Hartmut. *Elementos de direito administrativo alemão*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001, p. 51.

Embora exista o entendimento, por parte do STF, de que não cabe ao Judiciário avaliar critérios de conveniência e oportunidade do Presidente da República ao conceder indulto, salvo se o dispositivo atacado vulnerar as vedações previstas na Constituição Federal, foi concedida cautelar para suspender os efeitos dos dispositivos questionados na ADI 7330, que questionou outros dispositivos do Decreto 11.302/2022, mas não o seu art. 5º. Qualquer que seja a decisão nessa ADI, não impossibilita o estudo e análise da inconstitucionalidade do art. 5º, que aqui se defenderá.

O dispositivo legal do decreto de indulto que é objeto do presente texto é o art. 5º, que possui a seguinte redação:

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.

Passa-se a analisar a incompatibilidade do referido art. 5º com dispositivos constitucionais (inclusive o Princípio da Vedação à Proteção Deficiente), com a orientação atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos e até mesmo com o Código Penal Militar.

A primeira observação que salta aos olhos é que não foi exigido, para a concessão de indulto, o cumprimento de nenhuma fração de pena. Note-se que no âmbito da ADI 5874/DF, em que se questionava a constitucionalidade de dispositivos do indulto concedido pelo ex-Presidente Temer (Decreto 9246/2017), o Ministro Luís Roberto Barroso, com a precisão habitual, criticou o percentual de um quinto da pena e assim ficou consignado nas notas taquigráficas de seu voto esclarecedor¹⁰:

¹⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.874/Distrito Federal*. Plenário, 09/05/2019. Relator: ministro Roberto Barroso. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344879024&ext=.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2023.

Confira-se a série histórica do indulto no Brasil, com os seus requisitos, a partir da Constituição de 1988.

Governo do Presidente Sarney, prazo mínimo: 1/3 de cumprimento da pena e quatro anos de pena máxima. Governo do Presidente Fernando Collor, prazo mínimo: 1/3 da pena; pena máxima, quatro anos. Governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso: prazo mínimo, 1/3 da pena; pena máxima, seis anos. Primeiro governo do Presidente Lula: 1/3 da pena; seis anos, como pena máxima, durante todo o período em que foi Ministro da Justiça o grande e saudoso advogado Márcio Thomaz Bastos, insuspeito de quaisquer exageros punitivistas. No segundo governo Lula, já sem Marcio: mantém-se prazo mínimo, 1/3; pena máxima, oito anos.

Portanto, começamos em quatro e, no segundo governo Lula, chegamos a oito anos de pena máxima, para fins de indulto.

Depois, no governo da Presidente Dilma Rousseff: prazo mínimo de cumprimento da pena, 1/3.

Portanto, Presidente Sarney, Presidente Collor, Presidente Fernando Henrique, Presidente Lula e Presidente Dilma, o prazo era 1/3.

No governo do Presidente Fernando Henrique, houve um ano em que baixou para quatro, depois subiu para seis. No governo da Presidente Dilma, a pena máxima, o teto, passou para doze anos. No governo do Presidente Temer, no primeiro ano, aí temos o prazo mínimo de 1/4 da pena e pena máxima de doze anos. Manteve o que vinha.

E este indulto específico, que estamos discutindo, o prazo mínimo de cumprimento cai para 1/5, portanto 20% da pena, e suprime-se o limite máximo de condenação. Portanto, independentemente do prazo da condenação, o condenado vai ter indulto.

O que se percebe é que, enquanto o mundo, de uma maneira geral, aboliu a possibilidade do indulto coletivo, e no Brasil, fomos expandindo o alcance desse indulto coletivo.

(...)

Não se ignora que esta Corte tradicionalmente adota postura de deferência em relação aos decretos de indulto natalino, reconhecendo como discricionário e associado à política criminal.

Entendo, contudo, que este caso traz ao Tribunal um ponto de inflexão. O decreto aqui impugnado se choca com princípios constitucionais básicos e com parâmetros legislativos definidos pelo Congresso Nacional.

Portanto, procuro demonstrar a seguir, passando para parte dois do meu voto, que o indulto não pode conflitar com a política criminal adotada no país, que foi traçada pelo legislador, e que o indulto não pode significar a

abdicação, pelo Estado, de determinados deveres de proteção que a ele compete.

(...)

Vejam, então, que o legislador penal estabeleceu, na mais benevolente das hipóteses, a exigência do cumprimento mínimo de 1/3 da pena para o desfrute de liberdade antecipada. Essa posição, que já é relativamente branda, é nuclear à política criminal definida pelo Poder Legislativo.

Portanto, a competência do Presidente da República para a concessão de indulto deve ser interpretada de modo sistemático e em harmonia com as previsões legislativas definidas pelo legislador penal, do contrário haverá usurpação da competência legislativa do Congresso e violação da separação de Poderes, como anotou, com felicidade, na sua decisão, a Ministra Carmen Lúcia, quando escreveu:

“Maquiando a descriminalização sob a forma de indulto, o que se estaria a praticar seria o afastamento do processo penal e da pena definida judicialmente.” (grifo nosso)

Ao suprimir qualquer percentual de cumprimento de pena para a concessão do indulto aos condenados por crimes cujas penas máximas sejam não superiores a cinco anos, o Presidente da República tornou seu decreto incurso justamente na hipótese mencionada pelo Min. Luís Roberto Barroso, eis que, se o condenado fosse pleitear sua liberdade pela via do instituto do livramento condicional, teria que aguardar no mínimo um terço do cumprimento da pena, na melhor das hipóteses. Essa foi uma escolha do Legislativo que – cabe frisar – é um Poder com a legitimidade popular para estabelecer as diretrizes gerais de política criminal do país.

Quando o decreto de indulto deixa de condicionar o benefício ao cumprimento de uma parcela de pena para condenações a crimes cujas sanções máximas sejam não superiores a cinco anos, na verdade veicula uma espécie de *abolitio criminis* pela via transversa e, assim, viola o Princípio da Separação dos Poderes (art. 2º da Constituição Federal). Nesse sentido, mostra-se primorosa a lição da Ministra Carmen Lúcia, mencionada pelo Ministro Luís Roberto Barroso e que aqui se transcreve novamente: “Maquiando a descriminalização sob a forma de indulto, o que se estaria a

praticar seria o afastamento do processo penal e da pena definida judicialmente”.

Essa violação à Separação dos Poderes se deve à indevida interferência nas condenações impostas pelo Judiciário, à extrapolação do limite implícito estabelecido pelo Legislativo para o livramento condicional nos casos em que não há reincidência e inexistência de violência ou grave ameaça, e também ao fato de que, na prática, se trata de *abolitio criminis*, que só pode ocorrer pela via legal (lei em sentido estrito).

Cabe mencionar também a violação ao Princípio da Proporcionalidade sob o prisma da Vedação à Proteção Deficiente, que é preceito implícito e tem reconhecido *status* constitucional. Ao simplesmente extinguir a pena sem que fosse exigido um dia sequer de cumprimento, o decreto de indulto também vulnera o Princípio da Vedação à Proteção Deficiente, pois torna letra morta a condenação nos termos legais, definidos pelo Legislativo com base na política criminal brasileira. Não se olvida que o indulto é instrumento de política criminal, pois pode fornecer alívio para o sistema carcerário e penal de um modo geral, porém jamais poderá superar os parâmetros estabelecidos pelo legislador para situações com resultado equivalente. É um recado desalentador para a sociedade brasileira, pois a sociedade espera que haja um mínimo de reprimenda ao desvio social pela via delituosa.

Cabe ressaltar que mesmo uma condenação com regime aberto ou semiaberto (algo plausível para crimes com penas máximas até cinco anos) precisaria de minimamente um sexto da pena cumprida para que houvesse uma progressão para o aberto ou a liberdade plena. Nem mesmo essa fração de cumprimento de pena foi empregada no indulto, no caso do art. 5º.

As questões técnicas supracitadas somam-se às consequências de ordem prática, eis que diversas condutas bastante reprováveis, como por exemplo a injúria racial, crimes ambientais e lesões corporais no âmbito da violência doméstica e familiar contra a mulher e o idoso, ficariam

absolutamente impunes sem que houvesse o cumprimento de um dia sequer de pena.

Sob o prisma convencional, não tem melhor sorte o art. 5º do Decreto 11.302/2022, pois a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), nas onze condenações impostas ao Brasil até hoje, mencionou que o sistema de persecução penal pátrio deve agir com eficiência e efetividade para punir violadores de direitos humanos, de modo que em todos os casos as decisões encaminhadas mostram descumprimento de cláusulas do Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos – CADH) por violações aos direitos humanos das vítimas, não dos investigados, acusados ou condenados. Em todas as condenações o Brasil agiu desidiosamente ou demorou a exercer seu poder-dever de punir, gerando impunidade e descrédito internacional. Apenas para fins exemplificativos, os artigos 11, 19, 21 e 25 são importantes mecanismos de proteção a direitos humanos da coletividade e periclitam caso prospere a validade do art. 5º do decreto de indulto de 2022, já que violadores de bens dotados de essencialidade, como patrimônio, liberdade, honra e proteção judicial (neste caso, a atuação como vítima no processo penal) restarão livres sem cumprirem um só dia de pena. É digno de nota que as convenções e tratados que não obedecem ao critério exposto no art. 5º, parágrafo 3º da Constituição Federal – caso da CADH – têm *status* supralegal, de modo que, ainda assim, o decreto lhes deve compatibilidade.

Por fim, no plano da legalidade, o decreto não atende ao disposto no art. 2º do Código Penal Militar, que assim preceitua: “Ninguém pode ser punido por fato que **lei posterior** deixa de considerar crime, cessando, em virtude dela, a própria vigência de sentença condenatória irrecorrível, salvo quanto aos efeitos de natureza civil” (grifo nosso). Como já foi mencionado, pelo fato de não exigir o cumprimento de qualquer parcela de pena no caso do art. 5º, o indulto se assemelha ao instituto da *abolitio criminis*, que somente pode ocorrer pela via da lei em sentido estrito.

O art. 5º, portanto, vulnera dispositivos nos planos constitucional, convencional e legal.

5 CONCLUSÃO

O indulto, especialmente aquele chamado de “natalino”, se mostra como instrumento de política criminal e, como tal, deve ser subordinado aos parâmetros estabelecidos pelo Legislativo para a condução do sistema carcerário.

Apesar de ser mecanismo dotado de – dita – discricionariedade, tal poder de escolha das cláusulas de política criminal deve obediência à juridicidade e aos parâmetros legalmente definidos para a gestão do sistema prisional. Assim, o decreto de indulto encontra limites nas vedações explícitas e implícitas dispostas na Constituição Federal e também deve manter compatibilidade com os planos convencional e legal.

O decreto de indulto de 2022 padece de incompatibilidades nos três planos de análise: constitucional, convencional e legal. Não custa lembrar que o modelo de controle de constitucionalidade adotado no ordenamento jurídico brasileiro admite o chamado controle difuso, entendido como sendo aquele que cada juiz exerce ao proferir suas decisões. Da mesma forma, no prisma convencional, o Ministério Público pode e deve exercer controle de convencionalidade em suas manifestações, algo corroborado pela Recomendação 96/2023, do Conselho Nacional do Ministério Público, que recomenda a todos os ramos do MP brasileiro que observem os tratados e convenções de direitos humanos, principalmente o Pacto de São José da Costa Rica.

Portanto, reconhecida a inconstitucionalidade (sem prejuízo da inconvenção e ilegalidade) do indulto materializado pelo Decreto 11.302/2022, qualquer Juízo que deve se manifestar sobre a concessão desse benefício pode, inclusive por provocação do Ministério Público, reconhecer a

invalidez do já mencionado art. 5º, sem excluir a possibilidade – ideal – do controle concentrado pelo Supremo Tribunal Federal. Trata-se de dispositivo que viola a Separação dos Poderes, o Princípio da Vedação à Proteção Deficiente, o Pacto de São José da Costa Rica e o art. 2º do CPM.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. São Paulo: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2008.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. Série IDP. São Paulo: Saraiva, 2015.

DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal*. 6. ed. São Paulo: Editora RT, 2018.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. V. I, 25. ed. São Paulo: Editora Gen, 2023.

MAURER, Hartmut. *Elementos de direito administrativo alemão*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

MAZZUOLI, Valério; FACHIN, Melina. Um dia que dura décadas. *Gen Jurídico*, 2023. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/um-dia-que-dura-duas-decadas/1119850160/amp>. Acesso em: 30 abr. 2023.

SARLET, I. W. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição do excesso e de insuficiência. *In: Revista de Estudos Criminais*, n. 12, ano 3, 2003.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.874/Distrito Federal*. Plenário, 09/05/2019. Relator: ministro Roberto Barroso. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344879024&ext=.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2023.