



Rômulo Moreira: A inconstitucionalidade (parcial) do indulto natalino

O presidente da República concedeu, por meio do Decreto 10.189, publicado no Diário Oficial da União do último dia 24 de dezembro, o tradicional indulto natalino, que vem sendo adotado no Brasil desde o período de nossa redemocratização. Aliás, no governo do presidente Michel Temer, o indulto natalino, concedido no Decreto 9.246/2017, chegou a ser questionado na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.874, ajuizada pela Procuradoria-Geral da República.

Ao julgar esta ação constitucional, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em sessão realizada no dia 9 de maio deste ano, decidiu, por maioria, pela constitucionalidade do referido decreto, reconhecendo o direito do chefe do Poder Executivo Federal de editar decreto concedendo o benefício. Neste julgamento, o relator da ação, ministro Luís Roberto Barroso, votou pela procedência parcial do pedido, a fim de excluir do âmbito de incidência do indulto natalino os crimes de peculato, concussão, corrupção passiva, corrupção ativa, tráfico de influência, os praticados contra o sistema financeiro nacional, os previstos na Lei de Licitações e os crimes de lavagem de dinheiro.

Do voto do relator discordou o ministro Alexandre de Moraes, divergência que acabou vencedora, afirmando-se que “a concessão de indulto, prevista no artigo 84, XII, da Constituição Federal, é ato privativo do presidente da República e não fere o princípio da separação de Poderes.” Nada obstante reconhecer a constitucionalidade do decreto presidencial, o voto divergente deixou claro que “existem limites à discricionariedade do chefe do Poder Executivo”, não podendo o presidente, por exemplo, “assinar ato de clemência em favor de extraditando, uma vez que o objeto do instituto alcança apenas delitos sob a competência jurisdicional do Estado brasileiro, ou conceder indulto no caso de crimes hediondos, como tortura, terrorismo e tráfico de entorpecentes.”

Assim, conforme consignado no voto vencedor, “se o presidente da República editou o decreto dentro das hipóteses legais e legítimas, mesmo que não se concorde com ele, não se pode adentrar o mérito dessa concessão, pois o ato está vinculado aos ditames constitucionais, mas não pode o subjetivismo do chefe do Poder Executivo ser trocado pelo subjetivismo do Poder Judiciário.”

Acompanharam a divergência a ministra Rosa Weber e os ministros Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Dias Toffoli.

Como se sabe, e em relação a isso não há dúvidas, o artigo 2º. da Constituição Federal estabelece que são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, consagrando-se “um princípio geral do Direito Constitucional que a Constituição inscreve como um dos princípios fundamentais que ela adota.” Importa aqui, conforme o ensinamento de José Afonso da Silva, “não confundir distinção de funções do poder com divisão ou separação de poderes, embora entre ambas haja uma conexão necessária.”[1]

Também se sabe, indubitavelmente, que o artigo 84, XII, da Constituição, estabelece competir, privativamente, ao presidente da República a concessão de indulto e a comutação de penas. Portanto, não há falar-se em afronta à separação dos poderes o fato de se permitir ao Poder Executivo conceder o indulto. Trata-se, na verdade, de uma faculdade quase sempre exercida durante o período do Natal,



sendo uma "tradição mundial o apelo ao chefe da nação. Cabe a ele, qualquer que seja o sistema, examinar se seria ou não o caso de indulto." Trata-se, como se vê, de um "gesto de magnanimidade do chefe da nação", sendo conhecido "de priscas eras, tendo a Constituição de 1988 incorporado regra que não é novidade no Direito pátrio e no comparado." [2]

A propósito, e para ilustrar, conforme está na Bíblia, "por ocasião da festa, costumava o presidente soltar um preso, escolhendo o povo aquele que quisesse." [3]

Ao concedê-lo, certamente, o presidente da República não está aplicando pena, tampouco executando-a, muito menos julgando o condenado que, aliás, já foi processado, julgado e condenado definitivamente pelo Poder Judiciário, em razão de ter infringido uma norma penal oriunda do Poder Legislativo.

O indulto, como já ensinava Basileu Garcia, objetiva "simplesmente – ou a correção de erros ou demasias do rigor da Justiça, ou premiar o sentenciado exemplar, para quem a pena, antes do livramento condicional, já se mostrou manifestamente desnecessária ou acomodar situações que normas penais inadequadas tornaram iniquamente gravosas." [4]

Trata-se, conforme Aníbal Bruno, de um "instrumento de moderação e equilíbrio à atuação do Poder judicante, que, estritamente sujeito aos termos da lei, não pode atender as circunstâncias que singularizam o fato e reclamam para ele tratamento diverso do normal." [5]

A concessão do indulto tampouco afronta o artigo 5º., XLVI, da Constituição Federal, que trata da individualização da pena, englobando-se a sua aplicação propriamente dita e a posterior execução, com a garantia, por exemplo, da concessão de graça, anistia ou indulto.

Como ensina Luiz Luisi, "o processo de individualização da pena se desenvolve em três momentos complementares: o legislativo, o judicial, e o executório ou administrativo. Tendo presente as nuances da espécie concreta e uma variedade de fatores que são especificamente previstas pela lei penal, o juiz vai fixar qual das penas é aplicável, se previstas alternativamente, e acertar o seu quantitativo entre o máximo e o mínimo fixado para o tipo realizado, e inclusive determinar o modo de sua execução. Aplicada a sanção penal pela individualização judiciária, a mesma vai ser efetivamente concretizada com sua execução. Esta fase da individualização da pena tem sido chamada individualização administrativa. Outros preferem chamá-la de individualização executória. Esta denominação parece mais adequada, pois se trata de matéria regida pelo princípio da legalidade e de competência da autoridade judiciária, e que implica inclusive o exercício de funções marcadamente jurisdicionais." [6]

Aqui, porém, a questão é outra.

Com efeito, pelo novíssimo decreto presidencial, foi concedido indulto natalino também aos agentes públicos que compõem o sistema nacional de segurança pública[7] que, até 25 de dezembro de 2019, no exercício da sua função ou em decorrência dela, tenham sido condenados por crime praticado com excesso culposos, ou por crimes culposos, e tenham cumprido um sexto da pena, sendo este prazo reduzido à metade em caso de condenado primário. Aplica-se, outrossim, aos agentes que tenham sido condenados por ato cometido, mesmo que fora do serviço, em face de risco decorrente da sua condição funcional ou em razão do seu dever de agir.

Ademais, foram perdoados os militares das Forças Armadas que atuaram em operações de garantia da lei e da ordem, e que tenham sido condenados por crime cometido com excesso culposos.

Eis, então, o óbice de natureza constitucional: será que poderia o presidente da República, ainda que atuando dentro de suas atribuições constitucionais, conceder o indulto a determinadas categorias de condenados? A mim, parece-me que não.

Aliás, certamente, foi a primeira vez, desde a redemocratização do país, que um decreto presidencial, concedendo o indulto natalino, fê-lo com uma tal peculiaridade, o que se nos afigura inconstitucional, pois, afinal, trata-se de um perdão admitido pela Constituição Federal que possui um caráter eminentemente humanitário, vedando-se, obviamente, certas particularizações e determinadas casuísticas.

Neste aspecto, houve uma clara violação aos preceitos constitucionais da isonomia ou da igualdade, previstas na Constituição. Como afirma Willis Santiago Guerra Filho, o princípio da igualdade é uma engrenagem essencial “do mecanismo político-constitucional de acomodação dos diversos interesses em jogo, em dada sociedade, sendo, portanto, indispensável para garantir a preservação de direitos fundamentais, donde poderemos incluí-lo na categoria, equiparável, das ‘garantias fundamentais’.”[8]

Sobre este princípio, Humberto Ávila (que o classifica como um postulado), explica que ele “estrutura a aplicação do Direito quando há relação entre dois sujeitos em função de elementos (critério de diferenciação e finalidade da distinção) e da relação entre eles (congruência do critério em razão do fim).”[9]

Este princípio, previsto expressamente no artigo 5º, caput, da Constituição Federal, estabelece “a proibição, para o legislador ordinário, de discriminações arbitrárias: impõe que a situações iguais corresponda um tratamento igual, do mesmo modo que a situações diferentes deve corresponder um tratamento diferenciado. Ordena ao legislador que preveja com as mesmas consequências jurídicas os fatos que em linha de princípio sejam comparáveis, e lhe permite realizar diferenciações apenas para as hipóteses em que exista uma causa objetiva – pois caso não se verifiquem motivos desta espécie, haverá diferenciações arbitrárias.”[10]

Para Ignacio Ara Pinilla, “*la preconizada igualdad de todos frente a la ley ha venido evolucionando en un sentido cada vez más contenutista, comprendiéndose paulatinamente como interdicción de discriminaciones, o, por lo menos, como interdicción de discriminaciones injustificadas.*”[11]

Como ensina Celso Antônio Bandeira de Mello, “há ofensa ao preceito constitucional da isonomia



quando a norma singulariza atual e definitivamente um destinatário determinado, ao invés de abranger uma categoria de pessoas, ou uma pessoa futura e indeterminada.”[12]

Canotilho, por sua vez, explica que são “princípios jurídicos fundamentais os princípios historicamente objetivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional. Pertencem à ordem jurídica positiva e constituem um importante fundamento para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo.”[13]

Ademais, não esqueçamos que é próprio do ato administrativo, qualquer que seja ele, obedecer a regra da objetividade, que está em estreita ligação com a impessoalidade do ato administrativo, não se admitindo, portanto, que um decreto presidencial concessivo de indulto preveja que integrantes de determinadas e específicas corporações sejam beneficiados.[14]

Outrossim, não se pode confundir o indulto – que tem um caráter genérico – com a graça, que possui a marca da particularização do respectivo beneficiário. Assim, ao assinar o referido decreto, o presidente da República excedeu as suas prerrogativas constitucionais, observando-se que “existem limites à discricionariedade do chefe do Poder Executivo”, conforme salientado no voto acima referido. Portanto, neste aspecto, a inconstitucionalidade do Decreto 10.189/19 é patente.

[1] SILVA, José Afonso, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, São Paulo: Malheiros Editores, 1995, 10ª. edição, páginas 107, 109, 112 e 113.

[2] MARTINS, Ives Gandra, *Comentários à Constituição do Brasil*, Volume IV, Tomo II, São Paulo: Saraiva, 1997, 1ª. edição, página 315.

[3] Mateus 27:15

[4] GARCIA, Basileu, *Instituições de Direito Penal*, Volume I, Tomo II, São Paulo: Max Limonad, 1962, 4ª. edição, página 672.

[5] BRUNO, Aníbal, *Direito Penal*, Parte Geral, Tomo III, Rio de Janeiro: Forense, 1967, 3ª. edição, páginas 204 e 205.

[6] LUISI, Luiz, *Os Princípios Constitucionais Penais*, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991, pp. 37 e segs.

[7] Polícias federal, rodoviária federal, ferroviária federal, civis, militares, corpos de bombeiros militares, além dos policiais penais federal, estaduais e distrital (artigo 144, da Constituição Federal).

[8] FILHO, Willis Santiago Guerra, *Introdução ao Direito Processual Constitucional*, Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 46.

[9] ÁVILA, Humberto, *Teoria dos Princípios*, São Paulo: Malheiros, 4ª. ed., 2004, p. 131.

[10] GOMES, Mariângela Gama de Magalhães, *O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal*,



São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 67.

[11] PINILLA, Ignacio Ara, *Reflexiones sobre el significado del principio constitucional de igualdad*, artigo que compõe a obra coletiva denominada *El Principio de Igualdad*, coordenada por Luis García San Miguel, Madri: Dykinson, 2000, p. 206.

[12] MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, São Paulo: Malheiros, 1999, 3ª. ed., 6ª. tiragem, p. 47.

[13] CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra: Almedina, 6ª. ed., p. 1.151.

[14] SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, São Paulo: Malheiros, 10ª. ed., p. 615.

Meta Fields