

## Opinião: Indulto natalino é parcialmente inconstitucional

O Presidente da República concedeu, por meio do Decreto nº. 10.189, publicado no Diário Oficial da União do dia 24 de dezembro, o tradicional indulto natalino, que vem sendo adotado no Brasil desde o período de redemocratização. Aliás, no Governo do Presidente Michel Temer, o indulto natalino, concedido no Decreto nº. 9.246/2017, chegou a ser questionado na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 5874, ajuizada pela Procuradoria-Geral da República.

Ao julgar esta ação constitucional, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em sessão realizada no dia 09 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 art. 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.”*<sup>[1]</sup>

Também se sabe, indubitavelmente, que o art. 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."*<sup>[2]</sup>

A propósito, conforme está na Bíblia, *"por ocasião da festa, costumava o presidente soltar um preso, escolhendo o povo aquele que quisesse."*<sup>[3]</sup>

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."*<sup>[4]</sup>

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."*<sup>[5]</sup>

A concessão do indulto, tampouco, afronta o art. 5º., XLVI, da Constituição Federal, que trata da individualização da pena. Lembre-se que a individualização da pena engloba a sua aplicação propriamente dita e a sua 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. Relevante, todavia no tratamento penitenciário em que consiste a individualização da sanção penal são os objetivos que com ela se pretendem alcançar."*<sup>[6]</sup>

Portanto, a questão aqui 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 com um caráter eminentemente humanitário, vedando-se, obviamente, certas particularizações e determinadas casuísticas.

Ademais, não esqueçamos que é próprio do ato administrativo, qualquer que seja ele, obedecer-se ao Princípio da Impessoalidade, não se admitindo que um decreto presidencial concessivo de indulto preveja que integrantes de determinadas e específicas corporações sejam beneficiados.[8]

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 nº. 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] Os policiais federais, rodoviários federais, civis, militares, bombeiros militares, guardas municipais, agentes penitenciários, integrantes de institutos de criminalística e medicina legal, agentes de trânsito e guardas portuários, entre outros.

[8] Sobre o assunto: MELLO, Celso Antônio Bandeira de, Curso de Direito Administrativo, São Paulo: Malheiros, 28ª. edição, 2011; FAGUNDES, Miguel Seabra, O controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário, Rio de Janeiro: Forense, 8ª. edição, 2010; MEDAUAR, Odete, Controle da Administração Pública, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2ª. edição, 2012.

**Date Created**

29/12/2019