



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
pgj@mprs.mp.br

PROCESSO Nº 5258597-43.2024.8.21.7000 – ÓRGÃO ESPECIAL
CLASSE: ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE
PROPONENTE: 3ª CÂMARA CRIMINAL DO TRIBUNAL DE
JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL
INTERESSADOS: DIEGO FRANCISCO FERREIRA DA LUZ E
MINISTÉRIO PÚBLICO
RELATORA: DESEMBARGADORA MARIA DE LOURDES
GALVÃO BRACCINI DE GONZALEZ

PARECER

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. Artigo 5º do Decreto nº 11.302/2022. 1. Preliminares: 1.1 Matéria já submetida ao Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul nos Incidentes de Arguição de Inconstitucionalidade nº 70085820975 e nº 5204784-04.2024.8.21.7000. Necessidade de apensamento dos feitos, na forma do artigo 55, parágrafo 3º, do Código de Processo Civil. 1.2 Tramitação de Ação Direta de Inconstitucionalidade e de Recurso Extraordinário (esse



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
pgj@mprs.mp.br

*com repercussão geral reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal) nos quais há arguição de desconformidade do dispositivo sob lupa com o ordenamento constitucional. Deliberações que terão caráter vinculante em relação aos Tribunais de Justiça Estaduais. Situação a recomendar o sobrestamento do presente feito, inclusive para que se evite a prolação de decisões conflitantes. 2. Mérito: concessão de indulto, pelo Presidente da República, aos condenados por crimes cujo apenamento máximo seja de até cinco anos, que desborda a natureza do instituto e da própria competência do Presidente da República. Inconstitucionalidade por violação aos artigos 2º, 5º, inciso XLVI, 62, § 1º, inciso I, alínea 'b', e 144, caput, todos da Constituição Federal. **PARECER PELO APENSAMENTO DO FEITO AOS INCIDENTES DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 70085820975 E 5204784-04.2024.8.21.7000, BEM COMO PELO SOBRESTAMENTO DO PRESENTE INCIDENTE. NO MÉRITO, PELA PROCEDÊNCIA DA ARGUIÇÃO.***

1. Trata-se de Arguição de Inconstitucionalidade suscitada, à unanimidade, pela 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, incidentalmente ao julgamento do Agravo em Execução nº 5332130-69.2023.8.21.7000/RS, nos seguintes termos:



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
pgj@mprs.mp.br

AGRAVO EM EXECUÇÃO CRIMINAL. INDULTO. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 5º DO DECRETO Nº 11.302/2022. INSURGÊNCIA MINISTERIAL. JULGAMENTO SUSPENSO. RESERVA DE PLENÁRIO. 1. O indulto é ato de vontade discricionária e de competência privativa do Presidente da República que, nos termos do art. 84, inciso XII, da Lei Maior. Todavia, o indulto também é subordinado à Constituição. 2. Entendimento deste órgão fracionário no sentido de que o art. 5º do Decreto Presidencial não passa pelo filtro do controle difuso de constitucionalidade, na medida em que criou verdadeira abolitio criminis para todos os crimes com pena abstrata até 5 anos. 3. Acolhida a arguição de inconstitucionalidade do decreto por ofensa ao art. 5º, XLVI; art. 5º, § 2º; art. 2º, art. 6º, todos da Constituição Federal. 4. Remetida a matéria para julgamento pelo Egrégio Órgão Especial deste Tribunal, nos termos dos art. 948 e 949, inciso II, do CPC, bem como do artigo 253 do Regimento Interno desta Corte. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE ACOLHIDA, POR MAIORIA. ENCAMINHADA MATÉRIA PARA JULGAMENTO PELO ÓRGÃO ESPECIAL DESTA TRIBUNAL. (Agravado em Execução nº 5332130-69.2023.8.21.7000/RS, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator para o acórdão: David Medina da Silva, Julgado em: 21-03-2024)

A questão foi encaminhada ao Órgão Especial da Corte Estadual, na forma do artigo 253 do Regimento Interno, observados o



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
pgj@mprs.mp.br

artigo 97, *caput*, da Constituição Federal, e a Súmula Vinculante nº 10 do Supremo Tribunal Federal.

Autos ao Ministério Público.

É o breve relatório.

2. Em caráter prefacial, imperioso destacar que a discussão sobre a constitucionalidade do artigo 5º do Decreto nº 11.302/2022 já foi submetida à apreciação deste egrégio Órgão Especial do Tribunal de Justiça nos Incidentes de Arguição de Inconstitucionalidade nº 70085820975 e nº 5204784-04.2024.8.21.7000.

Destarte, necessário o apensamento do presente incidente aos acima referidos, de molde a que sejam evitadas decisões conflitantes ou contraditórias, na forma do artigo 55, parágrafo 3º, do Código de Processo Civil¹.

De resto, a matéria já foi objeto de análise no âmbito desta Procuradoria-Geral de Justiça, ocasião em que se salientou ser recomendável o sobrestamento do incidente, visto tratar-se de matéria discutida em dois outros feitos no âmbito do Supremo Tribunal Federal, ainda não julgados, bem como, no mérito, manifestou-se o entendimento pela inconstitucionalidade do dispositivo questionado.

¹ Art. 55. *Reputam-se conexas 2 (duas) ou mais ações quando lhes for comum o pedido ou a causa de pedir.*

(...)

§ 3º *Serão reunidos para julgamento conjunto os processos que possam gerar risco de prolação de decisões conflitantes ou contraditórias caso decididos separadamente, mesmo sem conexão entre eles.*



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
pgj@mprs.mp.br

Assim sendo, não havendo qualquer modificação no contexto que justificou o parecer anterior, cabe, aqui, apenas, reiterar o entendimento já sufragado, lançado nos moldes que seguem.

Preliminarmente, imperioso destacar que tramitam atualmente no Supremo Tribunal Federal dois feitos em que se questiona o mesmo dispositivo ora sob análise: a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 7390 e o Recurso Extraordinário nº 1.450.100 no qual foi reconhecida a repercussão geral - Tema nº 1267.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 7390, proposta pelo Procurador-Geral de República, questiona-se a constitucionalidade do Decreto nº 11.302/2022 na sua integralidade. O feito encontra-se desde 29 de abril do corrente ano concluso ao relator².

Por sua vez, no Recurso Extraordinário nº 1.450.100, interposto pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios-MPDFT, alegou-se inconstitucionalidade especificamente em relação ao artigo 5º do supracitado Decreto. O Supremo Tribunal Federal, seguindo o voto condutor exarado pela Ministra Rosa Weber, reconheceu que a questão posta *possui índole constitucional e repercussão geral a controvérsia relativa à constitucionalidade da concessão de indulto natalino, com fundamento no art. 5º, caput e § único, do Decreto Presidencial 11.302/2022, às pessoas condenadas por crime cuja pena privativa de liberdade máxima em abstrato não*

² <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6648296>. Consulta realizada no dia 07.06.24.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
pgj@mprs.mp.br

*seja superior a cinco anos*³, gerando o Tema nº 1267⁴. Vale observar que, naquele feito, pende de apreciação pleito do Procurador-Geral da República no sentido de que *'seja determinada a imediata redistribuição deste recurso extraordinário, bem como que seja determinada a suspensão nacional dos processos análogos, nos termos do art. 1.035, § 5º, do CPC, com sugestão de julgamento conjunto deste RE, da ADI 7.390 e da ADI 7.330'*⁵.

Nesse cenário, considerando a tramitação desses processos, que abarcam a mesma discussão vertida nestes autos, cujas deliberações vincularão os Tribunais de Justiça dos Entes Federados, entende-se recomendável o sobrestamento do presente incidente, mormente para evitar a prolação de decisões conflitantes.

Nesse sentido, nos termos do artigo 1.035, § 5º do Código de Processo Civil, requer-se a suspensão da tramitação dos presentes autos. Todavia, caso não seja este o entendimento de Vossas Excelências, desde já se enfrenta o mérito da causa.

3. Avançando, cumpre destacar que o debate proposto está delimitado na decisão proferida pela 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, nos autos do Agravo em Execução nº 5088670-16.2023.8.21.7000/RS, em que fora suscitado o

³ (STF - RE: 1450100 DF, Relator: MINISTRA PRESIDENTE, Data de Julgamento: 01/09/2023, Tribunal Pleno, Data de Publicação: PROCESSO ELETRÔNICO DJe-201 DIVULG 11-09-2023 PUBLIC 12-09-2023)

⁴ Constitucionalidade da concessão de indulto natalino, nos moldes previstos no art. 5º, caput e § 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.

⁵ <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6700736>. Consulta realizada no dia 07.06.2024.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
pgj@mprs.mp.br

Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade nº 70085820975.
Pede-se licença para transcrever, a fim de contextualizar a questão constitucional submetida à análise, o teor do voto condutor, exarado pelo Desembargador **David Medina da Silva**:

Peço vênia para divergir do eminente Relator, com o fim de suspender o julgamento e encaminhar a matéria a apreciação do Egrégio Órgão Especial, em razão da cláusula de reserva de plenário, prevista no art. 97 da Constituição Federal.

Na esteira das razões do Ministério Público, reputo inconstitucional o art. 5º do Decreto 11.302/2022. Conforme o citado dispositivo:

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.

§ 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.

Vislumbro que a matéria envolve sério precedente, o qual, em caso de validade da norma, irá permitir que o Chefe do Executivo, doravante, conceda indulto com base em penas abstratas, quaisquer que sejam, podendo ser de cinco, dez, quinze anos, ou até mais, como bem entenda.

Como se sabe, o indulto é ato de vontade discricionária e de competência privativa do Presidente da República que, nos termos do art. 84, inciso XII, da Lei Maior. Todavia, como salientou o festejado constitucionalista Ingo Wolfgang Sarlet em artigo jurídico publicado na internet, o indulto também é subordinado à Constituição .

Indulto é clemência, concedida pelo Estado, a autores de crimes, por meio de seu mandatário, que é um agente político e, portanto, deve cumprir a Constituição Federal. O indulto é realizado por meio de Decreto, cuja força normativa não pode se sobrepor ou se opor à Constituição, sob pena de subversão



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA

pgj@mprs.mp.br

dos parâmetros de validade e eficácia das normas jurídicas no Estado Democrático de Direito.

No caso dos autos, o art. 5º do Decreto Presidencial, a meu sentir, não passa pelo filtro do controle difuso de constitucionalidade, na medida em que criou verdadeira abolitio criminis para todos os crimes com pena abstrata até 5 anos. Poderia ter sido 10 ou 15, poderia o presidente indultar penas abstratas até 20 anos ou mesmo 30? Se o Poder Judiciário responder afirmativamente a tal pergunta, estará transferindo ao Poder Executivo toda a matéria penal, pois, ao fim e ao cabo, Direito Penal é o conjunto de normas destinadas a limitar o Direito de Punir. Ao admitir indulto sob pena abstrata, o Poder Judiciário transforma o Presidente da República em legislador supremo em matéria penal. Pontuo as anomalias constitucionais do art. 5º do Decreto 11.302/2022, claramente evidenciadas, a meu sentir.

1. Ofensa ao art. 5º, XLVI, da Constituição Federal.

Ao dar tratamento isonômico, em termos penais, a todos os condenados por crimes cuja pena abstrata não ultrapasse cinco anos, o Decreto Presidencial viola a individualização da pena.

2. Ofensa ao art. 2º da Constituição Federal.

O Presidente da República, transformado em legislador supremo da matéria penal, ao indultar crime com base em sua pena abstrata e sem vinculação com a execução penal, criando autêntica abolitio criminis, invade a separação dos poderes.

3. Ofensa ao art. 6º da Constituição Federal.

Ao sentir-se autorizado a indultar crime com base em pena abstrata – que hoje é cinco anos, mas no próximo indulto poderá ser dez, quinze ou vinte – o Decreto Natalino ofende o Direito Social da segurança, direito fundamental de segunda geração, de extrema importância na atualidade, especialmente no Brasil.

Neste passo, voltamos a SARLET:

Assim, convém lembrar que, havendo (ou não) menção expressa no âmbito do direito positivo a um direito à segurança jurídica, de há muito, pelo menos no âmbito do pensamento constitucional contemporânea, se enraizou a ideia de que um autêntico Estado de direito é sempre também



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
pgj@mprs.mp.br

– pelo menos em princípio e num certo sentido – um Estado da segurança jurídica.

4. Ofensa ao art. 5º, § 2º, da Constituição Federal:

O constituinte de 1988 deixou aberto o sistema de garantias constitucionais, ao estabelecer, no art. 5º, o seguinte:

§ 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.”

Neste caso, estamos diante do conjunto de direitos fundamentais que estão “fora do catálogo da Constituição”, dos quais são exemplos os sediados em tratados internacionais.

Nesse sentido, ao indultar com base em pena abstrata, o Decreto Presidencial ofende o art. 32 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, que estabelece:

Artigo 32 Os direitos de cada pessoa são limitados pelos direitos dos demais, pela segurança de todos e pelas justas exigências do bem comum, numa sociedade democrática.

Da mesma forma, estamos diante de séria violação do princípio da proporcionalidade, o qual constitui princípio constitucional implícito. Segundo SARLET (2012, p. 406):

Para a efetivação de seus deveres de proteção, o Estado - por meio da atuação de seus órgãos ou agentes - corre o risco de afetar de modo desproporcional outro(s) direito(s) fundamental (is), inclusive o(s) direito(s) de quem esteja sendo acusado de violar direitos fundamentais de terceiros. Esta hipótese corresponde às aplicações correntes do princípio da proporcionalidade como critério de controle de constitucionalidade das medidas restritivas de direitos fundamentais - atuantes, nesta perspectiva, como direitos de defesa. O princípio da proporcionalidade atua aqui, no plano da proibição de excesso, como um dos principais limites às limitações dos direitos fundamentais. Por outro lado, poderá o Estado frustrar seus deveres 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 (ao menos em boa parte) à problemática das omissões inconstitucionais. E neste sentido que - como contraponto à assim designada proibição de excesso - expressiva doutrina e inclusive jurisprudência tem admitido a



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
pgj@mprs.mp.br

existência daquilo que se convencionou chamar de proibição de insuficiência (no sentido de insuficiente implementação dos deveres de proteção do Estado e como tradução livre do alemão Untermaßverbot). É por tal razão que também a doutrina brasileira (e, em alguns casos, a própria jurisprudência), em que pese não ser pequena a discussão a respeito, em geral já aceitam a ideia de que o princípio da proporcionalidade possui como que uma dupla face, atuando simultaneamente como critério para o controle da legitimidade constitucional de medidas restritivas do âmbito de proteção de direitos fundamentais, bem como para o controle da omissão ou atuação insuficiente do Estado no cumprimento dos seus deveres de proteção. Em suma, desproporções para mais ou para menos caracterizam violações ao princípio em apreço e, portanto, antijuridicidade.

Saliento que deve a norma em questão ser objeto de controle difuso de constitucionalidade pela via incidental, sendo aplicável, in casu, o princípio de reserva de plenário, previsto no art. 97 da Constituição Federal e disposto na Súmula Vinculante nº 10 do STF, cuja solução judicial atinge tão somente o plano da eficácia da norma e não a sua validade.

Em se tratando de controle difuso, peço vênia para transcrever lição do Ministro Luis Roberto Barroso em obra acadêmica:

O controle incidental de constitucionalidade pode ser exercido em relação a normas emanadas dos três níveis de poder, de qualquer hierarquia, inclusive as anteriores à Constituição. O órgão judicial, seja federal ou estadual, poderá deixar de aplicar, se considerar incompatível com a Constituição, lei federal, estadual ou municipal, bem como quaisquer atos normativos, ainda que secundários, como o regulamento, a resolução ou a portaria. Não importa se o tribunal estadual não possa declarar a inconstitucionalidade de lei federal em via principal e abstrata ou se o Supremo Tribunal Federal não possa, em ação direta, invalidar lei municipal. Se um ou outro estiver desempenhando o controle incidental e concreto, não há limitações dessa natureza.

Não desconheço, entretanto, que a controvérsia constitucional aqui discutida teve Repercussão Geral reconhecida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 1.450.100/DF - Tema 1.267. Contudo, não houve, até o presente momento, qualquer deliberação pela Suprema Corte acerca da aventada inconstitucionalidade do dispositivo questionado, embora haja pedido, formulado pela Procuradoria-Geral da



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
pgj@mprs.mp.br

República e ainda não examinado, de suspensão nacional dos processos.

A hipótese de acolhimento da arguição de inconstitucionalidade impõe, nos termos dos artigos 948 e 949, inciso II, do Código de Processo Civil, bem como do artigo 253 do Regimento Interno desta Corte, que a matéria seja examinada pelo Órgão Especial desta Corte.

Isso posto, voto por ACOLHER a arguição de inconstitucionalidade e encaminhar a matéria a julgamento pelo Egrégio Órgão Especial deste Tribunal.

Com o presente incidente de arguição de inconstitucionalidade, portanto, se debate acerca da constitucionalidade do artigo 5º do Decreto nº 11.302/2022, que concedeu indulto às pessoas condenadas por crime cuja pena privativa de liberdade máxima em abstrato não ultrapasse o patamar de cinco anos.

Para melhor compreensão da temática posta em causa, cumpre traçar breves linhas acerca dos institutos de clemência dispostos no ordenamento jurídico, à luz dos ditames constitucionais.

Consoante lição de Avelar⁶, a anistia, a graça e o indulto são formas de renúncia do Estado ao direito de punir, configurando-se como causas de extinção da punibilidade, fundadas em critérios de política criminal.

O indulto, como esclarecem Engelmann e Leal⁷, é *instituto oriundo da Constituição da República e considerado na*

⁶ AVELAR, Michael Procopio. *Manual de Direito Penal*. Volume único. Parte Geral e Especial. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPodvm, 2023, p. 422-423.

⁷ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 39ª ed. São Paulo: Atlas, 2023, p. 575.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
pgj@mprs.mp.br

legislação infraconstitucional como causa de extinção da pena. Trata-se de verdadeira renúncia do poder estatal do exercício de punir, o qual se distingue da graça por conta da sua amplitude coletiva, enquanto essa possui caráter individual, dependendo de provocação do interessado. Todavia, ambos são concedidos mediante a edição de decreto do Presidente da República, o qual pode delegar o ato aos Ministros de Estado, ao Advogado-Geral da União ou ao Procurador-Geral da República.

Por seu turno, a anistia⁸ é um *ato político, pelo qual se faz esquecer o delito cometido contra a ordem, o atentado contra as leis e as instituições nacionais*, abrangendo, quase sempre, um amplo grupo de pessoas, sendo o Congresso Nacional competente, nos termos do artigo 48, inciso VIII, da Constituição Federal⁹, para legislar sobre a sua concessão.

Ainda que tais institutos sejam causas de extinção da punibilidade, cada um deles possui contornos bem delimitados e diferenciadores, os quais devem ser observados sob a égide da separação dos poderes instituída pela Constituição Federal¹⁰:

O “direito de graça” abrange a anistia, a graça em sentido estrito e o indulto. Estas espécies de indulgência soberana apresentam distinções: a anistia é prerrogativa do Congresso Nacional; já as duas outras espécies são atos privativos do

⁸ BARBOSA, Rui. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*. Vol II, p. 402.

⁹ Art. 48. *Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre:*

(...)

VIII - concessão de anistia;

¹⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes *et al.* *Comentários à Constituição do Brasil* [Livro digital]. São Paulo: SaraivaJur, 2023, n.p.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA

pgj@mprs.mp.br

Presidente da República. *A graça tem caráter individual e o indulto, em regra, apresenta caráter coletivo. O indulto é espontâneo e não pressupõe solicitação. Apesar disto, o art. 188 da LEP prevê a possibilidade de indulto individual, o qual deverá ser solicitado por petição pelo próprio condenado, por iniciativa do Ministério Público, do Conselho Penitenciário ou da autoridade administrativa.*

O indulto pode ser pleno ou parcial. No primeiro caso, extingue totalmente a pena; no segundo, diminui a pena e se chama de comutação, conforme se verificou na jurisprudência. O indulto não poderá ser recusado, salvo quando for parcial ou condicionado. O indulto exige o trânsito em julgado da decisão e não extingue os efeitos penais da condenação (a reincidência e os efeitos civis da sentença condenatória). A comentada indulgência abarca os crimes comuns e apresenta natureza mista, pois avalia, em relação à pena, o quantum e a espécie, além do comportamento do apenado.

II. O “poder de graça”, especialmente no caso em comento – o indulto, visa a minorar os efeitos e rigores da aplicação da lei punitiva. *Aliás, esta característica apareceu em alguns momentos do contexto histórico acima apresentado. No exercício do indulto não se perquire sobre a legalidade da pena, pois foge do âmbito do instituto. No entanto, pretende evitar, em determinados casos, a transformação do summum jus em summa injuria; tendo em vista que está em jogo a liberdade das pessoas e o próprio exercício da dignidade da pessoa humana. Por isso, o Estado tem o dever de tomar a máxima cautela, abrindo-se a possibilidade da intervenção do Poder Executivo e a ponderação dos princípios constitucionais. **Aí a justificativa do indulto: “a apreciação de condenações criminais onde o rigor da lei, além de contrariar os objetivos procurados pela ordem jurídica, vai submeter um homem a restrições desaconselháveis”.***

III. O indulto não se esgota no conceito definido por Rudolf von Ihering como uma “válvula de segurança do Direito”, mas representa o reconhecimento da fragilidade do próprio Direito. Por isso, sempre foi alvo de crítica, especialmente das tendências dogmáticas, que prestavam culto à soberania absoluta e única da razão, representadas principalmente pela Escola Positivista.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA

pgj@mprs.mp.br

Apesar das críticas, o certo é que o indulto procura uma saída para diversos antagonismos no Direito: “as contraditórias exigências formuladas pela ideia de justiça, pelo fim do Direito e pela da sua segurança e certeza – e ainda a impossibilidade de existir um critério superior a estes três lados da ideia de Direito que permita resolver os seus conflitos”. No fundo, o indulto busca amenizar a possibilidade de se cometer a injustiça quando a lei é aplicada ao caso concreto, ante a ausência de uma fórmula capaz de garantir a segurança, especialmente por se tratar do exercício do direito subjetivo de punir, cujo titular é o Estado.

Dentro deste contexto, se renovam as críticas à concessão do indulto, especialmente quando ele se mantém na estrutura do Estado Democrático de Direito, onde prevalece a aplicação igualitária da lei. No entanto, na atualidade, o indulto já não está mais fundamentado na graça divina ou no carisma do chefe. Pelo contrário, busca-se atenuar a desproporcionalidade da aplicação do Direito em confronto com o caso concreto e se considera uma competência excepcional do Poder Executivo, a fim de corrigir pontualmente a decisão judicial.

IV. A concessão do indulto carrega consigo a possibilidade de mitigar as incorreções legislativas ou o erro judiciário, apontando a necessidade de reforma legislativa, mas tendo como preocupação maior a (re)inserção social do apenado. Aí se apresenta como um ingrediente de efetiva “política criminal”. “A legitimidade das medidas de clemência deve afirmar-se sempre e apenas quando ocorrerem situações em que a defesa da comunidade sociopolítica seja mais bem realizada através clemência que da punição. Estes os desafios que, na aplicação ao caso concreto, o indulto deverá levar em consideração. Trata-se de um verdadeiro “poder moderador” que deve olhar para o apenado e avaliá-lo, assim como deverá levar em consideração o texto legal que lhe atribuiu esta qualificação.

V. O indulto não deverá ser confundido com a comutação da pena, pois ambos estão no inciso XXII do art. 84 da Constituição da República. O primeiro apaga a pena e a segunda apenas atenua a pena. A comutação não tem o efeito de extinguir a punibilidade, eis que reflete apenas sobre o grau da pena, ou seja, “a comutação é a substituição de uma pena por outra, menos dura”. Portanto, os efeitos da comutação da pena



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA

pgj@mprs.mp.br

são bastante distintos daqueles atribuídos ao indulto, embora estejam reunidos no mesmo dispositivo constitucional.

Antes de autorizar o indulto ou a comutação da pena, o Presidente da República, caso julgue necessário, poderá solicitar audiência com os órgãos instituídos em legislação regulamentadora, não expedida até o momento.

Como decorrência desta não regulamentação, vige em sua plenitude a ideia de que o indulto e a comutação da pena configuram típico ato de governo, que se caracteriza pela discricionariedade. Apesar disto, é necessário observar que este ato está sujeito ao controle de constitucionalidade, pois “enquanto a Constituição é o fundamento de validade (superior) do ordenamento e consubstanciadora da própria atividade político-estatal, a jurisdição constitucional passa a ser a condição de possibilidade do Estado Democrático de Direito” Com isto, o exercício destes atos deverão adequar-se aos princípios constitucionais, cabendo ao Chefe do Poder Executivo Federal a observância, dentre outros, do princípio da razoabilidade, como um modo de temperar o poder discricionário de clemência concedido pelo texto constitucional.

VI. Na Constituição Brasileira o indulto, em regra, tem o caráter geral. Tal é o modelo, por exemplo, adotado na Itália, onde a concessão representa um ato administrativo, isto é, um decreto geral e impessoal. Constituição alemã e a Constituição espanhola referem expressamente a necessidade da individualização do ato de concessão do indulto. E mais. A Constituição da Espanha proíbe o indulto geral. Segundo constatação trazida por Jose Maria Rodriguez Devesa e Alfonso Serrano Gómez, existe uma relação entre o aumento da criminalidade e os indultos gerais. Além disso, a Constituição de 1931, no seu art. 102, também proibia os indultos gerais. No entanto, estabeleceu-se a seguinte prática: o uso da anistia, que provocava o desaparecimento dos antecedentes penais de delinquentes profissionais e perigosos. Isto mostra que o modo de construir as condições de possibilidade para a eficácia do indulto deverá inserir-se numa política criminal, em condições de avaliar eventuais perigos de sua aplicação, pois se trata de um ato de renúncia da pretensão punitiva por parte do Estado, a qual poderá colocar em risco toda a sociedade.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
pgj@mprs.mp.br

Jorge de Figueiredo Dias também considera que, no caso do indulto, deverá prevalecer a análise da consequência jurídica sobre o fato ou o crime praticado; ele deve ter o caráter individual, pois dirigido a pessoas concretas. Se bem analisada a situação, a concessão do indulto se origina na aplicação de uma lei geral e abstrata a um caso concreto. Neste percurso, que vai do texto à norma, podem surgir exageros e incorreções que o indulto pretende sanar. Por isso, o indulto deverá ser “o direito de cada caso singular, e não novas normas jurídicas gerais”. Desta forma, está localizada a raiz da necessária individualização do ato de concessão do indulto.

Para a adequada mensuração dos efeitos deste instituto, deverão ser levadas em consideração as características do caso concreto e não simplesmente determinada categoria de delito. Dentro da categoria delituosa que será objeto do indulto, é necessário o exame do apenado e do caso. A partir disto, deverá ser tomada a decisão de conceder ou não o indulto e mesmo a comutação da pena.

Sob este viés, o ato de clemência emanado pelo Presidente da República, no âmbito do seu poder discricionário, deve observar os princípios e postulados normativos do texto constitucional. Como bem destaca o Ministro Alexandre de Moraes, a natureza do decreto de indulto não afasta a sua submissão ao controle dos órgãos do Poder Judiciário ¹¹:

O Estado de Direito exige a vinculação das autoridades ao Direito, e, portanto, o Presidente da República ao exercer sua competência constitucional de clemencia principis deve respeito às exigências constitucionais, pois, obviamente, em um sistema republicano não existe poder absoluto e ilimitado, pois seria a negativa do próprio Estado de Direito, que vincula a todos – inclusive os exercentes dos poderes estatais – às exigências constitucionais.

¹¹ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 39ª ed. São Paulo: Atlas, 2023, n.p.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA

pgj@mprs.mp.br

Assim, apesar dos atos de clemência constitucional serem discricionários e privativos do Chefe do Poder Executivo, não constituem atos imunes ao absoluto respeito à Constituição Federal sendo, excepcionalmente, passível de controle jurisdicional; cabendo ao Poder Judiciário, realizar o juízo de verificação de exatidão do exercício da conveniência e oportunidade perante a constitucionalidade do ato presidencial.

A análise da constitucionalidade dos atos presidenciais de clemência constitucional deverá, igualmente, verificar a realidade dos fatos e também a coerência lógica da decisão discricionária. Se ausente a coerência, o ato presidencial 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. A opção conveniente e oportuna para o exercício dessa competência constitucional deverá ser feita legal e moralmente pelo Presidente da República, e somente sua constitucionalidade poderá ser apreciada pelo Poder Judiciário, conforme teoria já consagrada em relação a todos os atos discricionários do Poder Público.

3.1. Feitas tais considerações introdutórias, adentra-se na análise do Decreto nº 11.302/2022, concedido pelo Presidente da República, no âmbito da sua competência constitucional, fixada nos termos do artigo 84, inciso XII, da Constituição Federal:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

(...)

*XII - **conceder indulto** e comutar penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei;*

Consoante lição da Ministra Rosa Weber, o decreto de indulto deve compreender pressupostos subjetivos e objetivos a serem



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
pgj@mprs.mp.br

cumpridos pelo apenado, a fim de que lhe possa ser concedida a clemência estatal. O indulto é, em síntese, uma espécie de perdão da pena que se dirige àqueles condenados que preenchem os requisitos previstos pelo Chefe do Poder Executivo no decreto concessivo:

(...) Na tradição constitucional brasileira, o indulto destina-se aos condenados que preenchem os requisitos objetivos e subjetivos estabelecidos e disciplinados pela norma presidencial, como, por exemplo, o tempo de cumprimento da pena e o comportamento carcerário, salvo os crimes que a própria Constituição excepciona, nos termos do art. 5º, XLIII.

Com efeito, o decreto de indulto delimita o escopo do instituto conforme a natureza do crime e o quantum da pena aplicado.

Compete, assim, ao Juízo da Execução, nos termos dos arts. 192 e 193 da Lei de Execução Penal, analisar o preenchimento dos requisitos estabelecidos em referido decreto para, então, declarar extinta a punibilidade (...) (ADPF 964, Relator(a): ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 10-05-2023, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 16-08-2023 PUBLIC 17-08-2023)

Na mesma dicção, Masson¹² refere que essa modalidade de clemência, concedida de forma espontânea pelo Presidente da República, deve abranger os condenados que preenchem os requisitos estabelecidos no decreto, levando em consideração a pena aplicada, *bem como o preenchimento de determinados requisitos subjetivos (exemplo: primariedade) e objetivos (exemplo: cumprimento de parte da pena).*

O Decreto nº 11.302/2022, assim dispôs, em seu artigo 5º:



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
pgj@mprs.mp.br

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.

§ 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.

É possível, de pronto, afirmar que o conteúdo da norma atacada não se molda à espécie de clemência a ser veiculada pelo instituto do indulto.

Veja-se que o Decreto 11.302/2022, em seu artigo 5º, não estabelece critério algum a ser cumprido pelo apenado com o fito de obter o perdão estatal. A norma em tela está totalmente desprovida de condições objetivas ou subjetivas impostas ao apenado. Dirige-se, de modo exclusivo, ao autor de crime que foi condenado pela prática de delito com apenamento máximo de cinco anos.

Ao dispor de modo exclusivo sobre o preceito secundário da norma penal, como critério à concessão do indulto, desbordou o decreto presidencial da sua finalidade, eis que conferiu ao referido instituto roupagem diversa da sua natureza.

Conceder-se clemência utilizando como critério balizador exclusivamente o *quantum* de pena cominada ao crime, constitui medida que melhor se amolda aos institutos da anistia ou da *abolitio criminis temporária* (tendo como marco a data de 25 de dezembro de 2022), cuja competência para a concessão é

¹² MASSON, Cléber. *Código Penal Comentado*. 8ª ed. São Paulo: Método. 220, p. 549.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
pgj@mprs.mp.br

constitucionalmente confiada ao Poder Legislativo, e não ao Presidente da República.

De fato, a anistia, como já antes explanado, é da competência exclusiva do Congresso Nacional. Já a abolição de infrações penais, no atual ordenamento constitucional - à diferença do que ocorria sob a égide de constituições anteriores - é atribuição exclusiva do Poder Legislativo, como já assentou o Superior Tribunal de Justiça:

*(...) Também não prospera a alegação de que os Códigos em questão, editados por meio de decreto-lei, padeceriam de vício de iniciativa, tendo em conta que o art. 8º, XVIII, “b”, da CF/1967 atribuía à União a competência para legislar sobre direito penal e direito processual. **É que, diferentemente do que ocorre na Constituição de 88 (art. 22, I), tal competência não era exclusiva da União, autorizando que também o Presidente da República legislasse sobre o tema Direito Penal, na forma de Decretos-leis. Tanto é assim que o Código Penal em vigor também veio a lume no ordenamento jurídico nacional na forma de decreto-lei (Decreto-Lei n. 2.848/1.940) recepcionado e em vigor, sem que se conteste qualquer vício de iniciativa no seu nascedouro. (...)** (STJ - HC: 555931 MG 2020/0000009-4, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Publicação: DJ 19/02/2020)*

A decisão monocrática supraespecificada foi objeto de recurso ao Supremo Tribunal Federal que referendou o entendimento adotado pela Corte Cidadã¹³.

Desse modo, estando o Decreto nº 11.302/2022 em descompasso com os limites que lhes foram impostos pela Carta Política, verifica-se que o ato normativo está eivado de

¹³ (STF - RHC: 187972 MG - MINAS GERAIS 0000009-07.2020.3.00.0000, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 03/08/2020, Data de Publicação: DJe-194 05/08/2020)



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
pgj@mprs.mp.br

inconstitucionalidade diante da usurpação da prerrogativa constitucional conferida ao Congresso Nacional, nos termos do artigo 62, § 1º, inciso I, alínea *b*, da Constituição Federal¹⁴, de legislar em matéria de Direito Penal.

Como corolário, o dispositivo objurgado positiva flagrante desrespeito ao princípio da harmonia e independência entre os poderes, consignado no artigo 2º da Constituição Federal¹⁵. Quis o constituinte permitir, por meio de reserva quanto à deflagração do processo legislativo em certas matérias, a própria materialização do princípio da independência e da harmonia entre os poderes.

Portanto, ao Chefe do Poder Executivo inexiste liberdade absoluta ou plenitude legislativa, face às limitações impostas pelo ordenamento constitucional. A legitimidade da iniciativa legislativa é condição de validade do próprio ato normativo decorrente, do que resulta, uma vez não observada, a ocorrência de inconstitucionalidade formal.

3.2. O dispositivo em exame também afronta o princípio da individualização da pena, previsto no artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal¹⁶. Aludido princípio, nas palavras do

¹⁴ Art.62, § 1º é vedada da edição de medidas provisórias sobre a matéria: I – relativa a: b) direito penal, processual penal e processual civil;

¹⁵ Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

¹⁶ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XLVI - a lei regulará a individualização da pena (...)



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
pgj@mprs.mp.br

Ministro Alexandre de Moraes, *exige a estreita correspondência entre a responsabilização da conduta do agente e a sanção a ser aplicada, de maneira que a pena atinja suas finalidades de prevenção e repressão*¹⁷.

O princípio da individualização da pena, como destaca Salo de Carvalho¹⁸, se dá em três dimensões: a) na tipificação, pelo legislador, dos delitos; b) na aplicação da pena, e c) por ocasião da execução da pena:

A doutrina aponta três dimensões do princípio da individualização da pena. A primeira, denominada individualização legislativa, seria identificada no processo de criação dos tipos penais incriminadores, com a delimitação da conduta ilícita e a definição da espécie de pena cabível a as suas quantidades mínima e máxima. Trata-se, portanto, nesta fase, de princípio orientador da atividade do legislador em matéria criminal que determina a necessidade de previsão de sanções adequadas e proporcionais às condutas incriminadas.

Embora a Constituição não tenha definido expressamente uma fórmula de determinação legal das sanções criminais, a tradição do direito penal brasileiro consagrou como critério o estabelecimento de tempo mínimo e máximo de pena de prisão. Assim, mesmo com a Constituição e as leis penais complementares prevendo penas alternativas ao encarceramento, sua efetiva aplicação resta subordinada ao procedimento de determinação judicial, segunda dimensão do princípio da individualização.

Definidos pelo legislador os limites e as causas de aumento e diminuição, a concretização do princípio da individualização é realizada na sentença. A sentença criminal condenatória exige, como etapa final do juízo de responsabilização, a

¹⁷ (AO 1833, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 10-04-2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-088 DIVULG 07-05-2018 PUBLIC 08-05-2018)

¹⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes *et al.* *Comentários à Constituição do Brasil* [Livro digital]. São Paulo: SaraivaJur, 2023, n.p.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA

pgj@mprs.mp.br

determinação da pena, em uma operação altamente complexa decorrente da exigência legal de análise de inúmeras circunstâncias (CARVALHO, 2013). Para regradar a aplicação, o Código elencou quatro etapas de individualização judicial: (1ª) o estabelecimento da pena aplicável entre as cominadas (art. 59, I) – casos de previsão alternativa de penas; (2ª) a quantificação da pena nos limites previstos (art. 59, II c/c art. 68) a partir da avaliação das circunstâncias judiciais (art. 59, caput), das circunstâncias agravantes e atenuantes (arts. 61 a 66) e das causas especiais de aumento (majorantes) e de diminuição (minorantes) dispostas na parte geral e especial do Código e nas leis extravagantes; (3ª) a definição do regime inicial de cumprimento (art. 59, III c/c art. 33); e, se cabível, (4ª) a substituição da pena de prisão (art. 59, IV c/c arts. 44 e 60, § 2º).

(...)

A última dimensão do processo de individualização da pena é o da individualização executiva. A Reforma de 1984 estabeleceu o controle jurisdicional da execução penal para garantir a efetividade dos direitos que decorrem do cumprimento da pena (progressão de regime, livramento condicional, detração, remissão e conversões de pena), bem como para tutelar os condenados dos desvios e dos excessos praticados pela administração penitenciária, tendo em vista a constatação histórica de se observar, na última fase da persecução criminal, as maiores lesões aos direitos e garantias individuais (BITENCOURT, 1993).

O dispositivo sob lupa, ao conceder indulto de maneira indiscriminada, apenas lastreado na pena abstratamente cominada, sem qualquer referência a circunstâncias concretas que legitimem o beneplácito, inequivocamente afronta o princípio da individualização da pena em todas as suas dimensões, uma vez acaba por abarcar em igual medida apenados que cometeram crimes que tutelam bens jurídicos distintos e em contextos totalmente diversos, sem apresentar o *discrimen* adequado.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
pgj@mprs.mp.br

Também afigura-se uma intervenção do Poder Executivo nos Poderes Legislativo e Judiciário, com invasão das atribuições constitucionalmente delimitadas a cada um dos Poderes. Isto porque, vale-se o Presidente da República da decretação de um ato normativo para exercer função legislativa retirando da norma de direito penal o seu preceito sancionador. Igualmente, invade competência do Poder Judiciário, afrontando a individualização da reprimenda quando da fixação da pena (em sede de condenação criminal) e da execução penal (fase de cumprimento da pena).

3.3. Por fim, cumpre apontar a existência de violação ao princípio da proporcionalidade, na sua face da vedação à proteção deficiente, uma vez que o Decreto Presidencial *sob lupa* extingue a punibilidade de inúmeros condenados tendo por balizamento exclusivamente o quantum de pena abstratamente cominada ao delito por eles perpetrados, ou seja, indulta autores de inúmeros delitos (dentre eles, delitos contra o patrimônio, contra a incolumidade física, contra a vida), em afronta ao direito constitucional à segurança e à manutenção da ordem pública, consoante dispõe artigo 144 da Constituição Federal, *in verbis*:

A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida pela preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, sob a égide dos valores da cidadania e dos direitos humanos, através dos órgãos instituídos pela União e pelos Estados.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
pgj@mprs.mp.br

Como bem traduz o Ministro Gilmar Mendes, o controle de constitucionalidade de leis em matéria penal se norteia por três níveis de intensidade:

a) controle de evidência (Evidenzkontrolle); b) controle de sustentabilidade ou justificabilidade (Vertretbarkeitskontrolle); c) controle material de intensidade (intensivierten inhaltlichen Kontrolle). O Tribunal deve sempre levar em conta que a Constituição confere ao legislador amplas margens de ação para eleger os bens jurídicos penais e avaliar as medidas adequadas e necessárias para efetiva proteção desses bens. Porém, uma vez que se ateste que as medidas legislativas adotadas transbordam os limites impostos pela Constituição – o que poderá ser verificado com base no princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (Übermassverbot) e como proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) –, deverá o Tribunal exercer rígido controle sobre a atividade legislativa, declarando a inconstitucionalidade de leis penais transgressoras de princípios constitucionais. (HABEAS CORPUS 106.163 RIO DE JANEIRO, Relator: Ministro Gilmar Mendes, DJe publicado em 14 de setembro de 2012)

Nessa linha, segundo Pulido¹⁹ *toda ley penal representa una medida que el Estado adopta para proteger los derechos fundamentales y los demás bienes constitucionales que se lo ordenan*²⁰. Consequentemente, ainda que utilizando critérios de política criminal para a edição do decreto, possui o Chefe do Poder Executivo o dever de equacionamento das colisões entre os princípios constitucionais, objetivando-se que o ato normativo atenda a

¹⁹ Bernal, Pulido. *El Derecho de Los Derechos*. Universidad Externado de Colombia: Colombia, Cap. IV, 2012, p. 125-165.

²⁰ Toda lei penal representa uma medida adotada pelo Estado para proteger os direitos fundamentais e os demais bens constitucionais que lhes são ordenados (tradução nossa).



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA

pgj@mprs.mp.br

proporcionalidade da restrição de bens jurídicos constitucionalmente protegidos e contrapostos.

A lição dos preceitos balizadores insculpidos na Magna Carta, os critérios de política criminal definidores dos requisitos a serem elencados no decreto de indulto devem estar em compasso com o direito fundamental à segurança pública e a preservação da ordem pública com a proteção às pessoas, bem como ao patrimônio. Ainda, devem atentar aos objetivos norteadores do Direito Penal, dentre eles a finalidade da pena, de retribuição, prevenção e de ressocialização.

Conforme lição de Teles²¹, em observância ao Princípio da Vedação da Proteção Deficiente, o Estado possui o dever de proteger as vítimas (reais e potenciais) e a sociedade, de modo a servir de anteparo e segurança à coletividade frente a condutas gravosas potencialmente aptas a causarem-lhes danos. Quando o Estado frustra esse dever de tutela tem-se a presença da lesão que

(...) pode ocorrer pelas mãos do legislador, pelo intérprete da norma e até mesmo 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 a sociedade.

Conceder-se indulto, com a consequente extinção da punibilidade sem a fixação de preenchimentos de critérios subjetivos

²¹ TELES, Fernando Hugo Miranda; GORRILHAS, Luciano Moreira; FACURI, Antonio Carlos Gomes. *Art. 5º do Decreto 11.302/2022 (indulto): discricionariedade ou inconstitucionalidade?*. Revista do Ministério Público Militar, [S. l.], v. 50, n. 39, p. 369–386, 2023. Disponível em: <https://revista.mpm.mp.br/rmpm/article/view/289>. Acesso em: 7 jun. 2024.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
pgj@mprs.mp.br

e/ou objetivos pelo apenado atenta ao Princípio da Vedação à Proteção Deficiente eis que²²:

(...) torna letra morta a condenação nos termos legais, definidos pelo legislativo com base na política criminal brasileira. Não se olvida que o indulto é um 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 (...)

Sob este prisma, o Decreto Presidencial, em seu artigo 5º, também se revela inconstitucional, na medida em que abranda o caráter punitivo do Direito Penal em flagrante desproporção à garantia fundamental da sociedade à segurança, com a proteção da incolumidade de pessoas e de seus patrimônios.

Destarte, por violação ao disposto nos artigos 2º, 5º, inciso XLVI, 62, § 1º, inciso I, alínea “b”, e 144, *caput*, todos da Constituição Federal, sustenta-se a inconstitucionalidade do artigo 5º do Decreto nº 11.302/2022.

4. Pelo exposto, a SUBPROCURADORA-GERAL DE JUSTIÇA PARA ASSUNTOS JURÍDICOS manifesta-se:

a) preliminarmente, pelo apensamento do presente feito aos Incidentes de Arguição de Inconstitucionalidade nº 70085820975

²² Ibidem. TELES, 2023.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
pgj@mprs.mp.br

e nº 5204784-04.2024.8.21.7000, bem como pelo seu sobrestamento até o julgamento do Tema de Repercussão Geral nº 1267 pelo Supremo Tribunal Federal, e

b) no mérito, pela **procedência** do presente incidente, observados os termos anteriormente delineados.

Porto Alegre, 8 de outubro de 2024.

JOSIANE SUPERTI BRASIL CAMEJO,
Subprocuradora-Geral de Justiça para Assuntos Jurídicos²³.

AABSC

²³ Artigo 17, inciso VI, da Lei n.º 7.669/1982 e Portaria n.º 291/2023/GABPGJ