

10/05/2023

PLENÁRIO

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 964
DISTRITO FEDERAL**

RELATORA	: MIN. ROSA WEBER
REQTE.(S)	: REDE SUSTENTABILIDADE
ADV.(A/S)	: FLAVIA CALADO PEREIRA
INTDO.(A/S)	: PRESIDENTE DA REPÚBLICA
PROC.(A/S)(ES)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
AM. CURIAE.	: PARTIDO TRABALHISTA BRASILEIRO - PTB
ADV.(A/S)	: LUIZ GUSTAVO PEREIRA DA CUNHA
AM. CURIAE.	: PARTIDO DOS TRABALHADORES
ADV.(A/S)	: EUGENIO JOSE GUILHERME DE ARAGAO
AM. CURIAE.	: PARTIDO LIBERAL - PL
ADV.(A/S)	: MARCELO LUIZ AVILA DE BESSA

EMENTA

ARGUIÇÕES DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. DECRETO DE 21 DE ABRIL DE 2022, EDITADO PELO PRESIDENTE DA REPÚBLICA. PRELIMINARES. REJEIÇÃO. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA DECIDIR SOBRE A AMPLITUDE, A EXTENSÃO E OS CONTORNOS DAS ATRIBUIÇÕES DOS PODERES DA REPÚBLICA. POSSIBILIDADE DE ANÁLISE DOS ATOS POLÍTICOS PELO PODER JUDICIÁRIO. *CLEMENTIA PRINCIPIS*. INSTRUMENTO DO PODER EXECUTIVO DE CONTRAPESO AO PODER JUDICIÁRIO. INDULTO COMO *ATO POLÍTICO*, ESPÉCIE DE ATO ADMINISTRATIVO. ELEMENTOS DO ATO ADMINISTRATIVO. CONTROLE PELO PODER JUDICIÁRIO. LEGITIMIDADE. DESVIO DE FINALIDADE CARACTERIZADO. PEDIDO SUBSIDIÁRIO. NÃO CONHECIMENTO. INDULTO NÃO ATINGE OS EFEITOS SECUNDÁRIOS DA PENA, TANTO OS PENAS QUANTO OS EXTRAPENAS.

1. A jurisprudência desta Suprema Corte reconhece possível a utilização da arguição de descumprimento de preceitos fundamentais para impugnar atos de efeitos concretos, sempre que – diante da inexistência de outro meio capaz de sanar a controvérsia de forma geral, imediata, eficaz – acarretarem grave violação da ordem constitucional,

ADPF 964 / DF

justificando a intervenção judicial para a tutela de direitos fundamentais ou de interesses políticos e jurídicos socialmente relevantes. **Precedentes.**

2. O adimplemento dos deveres constitucionais impostos a este Supremo Tribunal Federal pressupõe, de maneira inexorável e intransigente, o absoluto respeito, pelos Poderes Executivo, Legislativo e pelos demais órgãos do Judiciário, às suas deliberações plenárias, pois o atuar desta Corte Suprema consubstancia expressão direta da superioridade da Constituição.

3. A esta Suprema Corte, no exercício de suas regulares atribuições, outorgadas direta e expressamente pela Carta Política, incumbe decidir sobre a amplitude, a extensão e os contornos que conformam as atribuições dos Poderes da República. **Precedentes.**

4. O perdão presidencial é um importante instrumento, à disposição do Poder Executivo, de contrapeso ao Poder Judiciário, revelando-se, pois, legítima, em tese, quando devidamente prevista no texto constitucional, a interferência de um Poder no outro.

5. Ao exame da ADI 5.874/DF, Red. p/ acórdão Min. *Alexandre de Moraes*, Tribunal Pleno, j. 09.5.2019, DJe 05.11.2020, que versou sobre a constitucionalidade de indulto de caráter coletivo, este Supremo Tribunal Federal não afirmou que a competência privativa do Presidente da República para edição do decreto de indulto se reveste de caráter absoluto, sem qualquer tipo de restrição. Ressaltada, na ocasião, a inadmissibilidade de invasão da esfera de competência privativa do Presidente da República no que diz com o mérito da concessão da *clementia principis* (juízo de conveniência e oportunidade).

6. A existência de vício em quaisquer dos elementos constitutivos do ato administrativo permite a sua legítima invalidação pelo Poder Judiciário.

7. O *ato de governo* ou *ato político*, espécie do gênero ato administrativo, reveste-se de espectro mais amplo de discricionariedade. Disso não resulta, contudo, sua insindicabilidade absoluta perante o Poder Judiciário, até porque alguns dos elementos do ato administrativo são totalmente vinculados, como, por exemplo, o sujeito, a forma e a

ADPF 964 / DF

finalidade em sentido amplo.

8. Considerados os diferentes graus de vinculação, a menor vinculação do ato de governo faz-se presente no objeto, no motivo e na finalidade restrita, mas, ainda assim, é possível - mesmo que em menor extensão-, o devido controle externo pelo Poder Judiciário sem acarretar qualquer interferência no mérito administrativo e/ou violação da separação funcional de poderes.

9. A teoria do desvio de finalidade aplica-se quando o agente público competente pratica ato aparentemente lícito, mas com objetivo de atingir fim diverso do admitido pelo ordenamento jurídico, importando em violação de princípios constitucionais.

10. Configurado, na espécie, o desvio de finalidade do Decreto de 21 de abril de 2022, porquanto o Presidente da República, a despeito das razões elencada, subverteu a regra e violou princípios constitucionais, produzindo ato com efeitos inadmissíveis para a ordem jurídico. A concessão de perdão a aliado político pelo simples e singelo vínculo de afinidade político-ideológica não se mostra compatível com os princípios norteadores da Administração Pública, tais como a impessoalidade e a moralidade administrativa.

11. Admitir que o Presidente da República, por supostamente deter competência para edição de indulto, possa criar, a seu entorno, um círculo de virtual imunidade penal é negar a sujeição de todos ao *império da lei*, permitindo a sobreposição de interesses meramente pessoais e subjetivos aos postulados republicanos e democráticos.

12. O pedido subsidiário não merece ser conhecido, pois o autor não se desincumbiu do ônus processual de realizar o cotejo analítico entre as proposições normativas e os respectivos motivos justificadores do acolhimento da pretensão de inconstitucionalidade.

13. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que o indulto, em face da sua própria natureza jurídica, tem a aptidão apenas de extinguir a punibilidade, ou seja, atinge tão somente os efeitos principais da condenação, remanescendo íntegros os efeitos secundários penais e extrapenais.

ADPF 964 / DF

14. Arguições de descumprimento de preceito fundamental conhecidas. Pedidos julgados **procedentes**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, por maioria, conhecer da ADPF 964, vencido, no ponto, o Ministro Nunes Marques. Por unanimidade, conhecer das ADPFs 965, 966 e 967. No mérito, por maioria, julgar procedente o pedido formulado, para declarar a inconstitucionalidade do Decreto de 21 de abril de 2022, editado pelo Presidente da República à época, que concedeu "graça constitucional" ao então Deputado Federal Daniel Lucio da Silveira. Tudo nos termos dos votos proferidos, vencidos os Ministros André Mendonça e Nunes Marques, ausente, justificadamente, tendo proferido voto em assentada anterior. Sessão plenária de 10 de maio de 2023, na conformidade da ata do julgamento.

Brasília, 10 de maio de 2023.

Ministra Rosa Weber
Presidente

27/04/2023

PLENÁRIO

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 964
DISTRITO FEDERAL**

RELATORA	: MIN. ROSA WEBER
REQTE.(S)	: REDE SUSTENTABILIDADE
ADV.(A/S)	: FLAVIA CALADO PEREIRA
INTDO.(A/S)	: PRESIDENTE DA REPÚBLICA
PROC.(A/S)(ES)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
AM. CURIAE.	: PARTIDO TRABALHISTA BRASILEIRO - PTB
ADV.(A/S)	: LUIZ GUSTAVO PEREIRA DA CUNHA
AM. CURIAE.	: PARTIDO DOS TRABALHADORES
ADV.(A/S)	: EUGENIO JOSE GUILHERME DE ARAGAO
AM. CURIAE.	: PARTIDO LIBERAL - PL
ADV.(A/S)	: MARCELO LUIZ AVILA DE BESSA

RELATÓRIO

A Senhora Ministra Rosa Weber: 1. Trata-se de quatro arguições de descumprimento de preceito fundamental, com pedido de medida liminar, propostas pela Rede Sustentabilidade (ADPF 964/DF), pelo Partido Democrático Trabalhista – PDT (ADPF 965/DF), pelo Cidadania (ADPF 966/DF) e pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL (ADPF 967/DF), em face de Decreto de 21 de abril de 2022, editado pelo, à época, Presidente da República, que concedeu *indulto individual* a DANIEL LUCIO DA SILVEIRA, então Deputado Federal, condenado criminalmente por esta Suprema Corte nos autos da AP 1.044/DF.

2. Eis o inteiro teor do ato questionado:

“O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, **caput**, inciso XII, da Constituição, tendo em vista o disposto no art. 734 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e

Considerando que a prerrogativa presidencial para a concessão de indulto individual é medida fundamental à manutenção do Estado Democrático de Direito, inspirado em

ADPF 964 / DF

valores compartilhados por uma sociedade fraterna, justa e responsável;

Considerando que a **liberdade de expressão é pilar essencial da sociedade** em todas as suas manifestações;

Considerando que a concessão de indulto individual é medida constitucional discricionária excepcional destinada à manutenção do mecanismo tradicional de freios e contrapesos na tripartição de poderes;

Considerando que a concessão de indulto individual decorre de juízo íntegro baseado necessariamente nas hipóteses legais, políticas e moralmente cabíveis;

Considerando que ao Presidente da República foi confiada democraticamente a missão de zelar pelo interesse público; e

Considerando que **a sociedade encontra-se em legítima comoção, em vista da condenação de parlamentar resguardado pela inviolabilidade de opinião deferida pela Constituição**, que somente fez uso de sua liberdade de expressão;

DECRETA :

Art. 1º Fica concedida graça constitucional a Daniel Lucio da Silveira, Deputado Federal, condenado pelo Supremo Tribunal Federal, em 20 de abril de 2022, no âmbito da Ação Penal nº 1.044, à pena de oito anos e nove meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática dos crimes previstos:

I - no inciso IV do **caput** do art. 23, combinado com o art. 18 da Lei nº 7.170, de 14 de dezembro de 1983; e

II - no art. 344 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal.

Art. 2º A graça de que trata este Decreto é incondicionada e será concedida independentemente do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Art. 3º A graça inclui as penas privativas de liberdade, a multa, ainda que haja inadimplência ou inscrição de débitos na Dívida Ativa da União, e as penas restritivas de direitos.”

3. Os autores afirmam preenchidos todos os requisitos necessários ao conhecimento das ADPF's, pois o Decreto impugnado (i) configura-se

ADPF 964 / DF

como ato do poder público e (ii) viola, de forma direta, preceitos fundamentais constantes da Carta Política, além de satisfeito o pressuposto negativo de admissibilidade (subsidiariedade), ante a ausência de qualquer outro instrumento processual, na jurisdição constitucional, hábil a questioná-lo.

4. Sustentam a nulidade do Decreto presidencial, tendo em vista que *concedeu graça constitucional a indivíduo que ainda não foi condenado por decisão judicial transitada em julgado*.

Segundo alegam, a mera possibilidade de interposição de recurso pelas partes – Ministério Público e réu – evidencia a ausência de definitividade da condenação e, em consequência, a viabilidade de modificação do título penal condenatório, a impedir, por si só, se possa falar de *efeitos da punibilidade a serem objeto de graça constitucional*. Nessa linha, argumentam que o fato de os títulos penais serem executados somente após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória inibe a prática de atos de execução, *dentre eles a concessão de graça ou indulto*.

5. Na sequência, discorrem a respeito da relação interpessoal existente entre o Presidente da República à época, Jair Messias Bolsonaro, e o então Deputado Federal Daniel Lucio da Silveira, beneficiário do Decreto presidencial de 21 de abril de 2022, frisando a condição de aliados políticos.

Afirmam não estarem questionando a competência presidencial para conceder indulto e graça a pessoas específicas, tão só defendendo a inadmissibilidade da utilização de referida prerrogativa *de forma absolutamente corrompida, visando à obtenção de ganho pessoal com o beneficiamento indevido de aliado político e pessoal*. Caracterizado estaria, portanto, o desvio de finalidade, uma vez que o ato exarado pelo Presidente da República, imediatamente após o julgamento condenatório proferido pelo Plenário deste Supremo Tribunal Federal, *não foi praticado visando ao interesse público, em respeito aos princípios constitucionais da impessoalidade e da moralidade*, mas sim objetivando seu ganho pessoal.

Nessa linha, ressaltam que mesmo os atos de natureza política, por exemplo o decreto de indulto, devem observância aos princípios

ADPF 964 / DF

constitucionais norteadores da Administração Pública e são passíveis de apreciação pelo Poder Judiciário, sendo certo que *o contexto em que o ato foi praticado revela claramente o intuito do Presidente de fraudar a Constituição, a evidenciar desvio de finalidade.*

Apontam, desse modo, violação dos princípios constitucionais da moralidade e da impessoalidade (art. 37, *caput*, CF).

6. Asseveram, ainda, a ocorrência de transgressão ao princípio da separação de poderes (art. 2º da CF), pois, com o Decreto editado em 21 de abril de 2022, o Presidente da República (i) atribuiu-se competência para *se portar como uma instância de revisão de decisões judiciais criminais que o desagradam, sob o suposto manto da concessão da graça constitucional* e (ii) transmitiu recado temerário, tendo em vista que *parece dar a garantia da impunidade.*

Destacam, assim, que a incompatibilidade do Decreto questionado com a separação de poderes, *na medida em que submete o Poder Judiciário, autônomo, essencial e soberano em seus julgamentos, ao crivo pessoal do Presidente da República.*

Admitir, na espécie, tal competência presidencial seria o mesmo que garantir ao Presidente da República o exercício de um *Poder Moderador*, a tornar possível a revisão dos julgamentos proferidos pelo Poder Judiciário a qualquer tempo, por órgão estranho à sua estrutura orgânica.

Na realidade, segundo os autores, o Decreto presidencial consubstancia *inconsequente e irresponsável intento de desmoralizar o Supremo Tribunal Federal e os seus Ministros, substitui a decisão do Supremo Tribunal Federal, dizendo, em termos práticos, que não houve crime depois de o órgão de cúpula do Poder Judiciário ter dito o contrário*, subverte a ordem constitucional, outorgando ao Presidente da República a inadmissível competência de último intérprete da Constituição Federal.

Acentuam que a verdadeira finalidade do ato impugnado é *esvaziar a decisão do STF de modo a atingir sua credibilidade e desestabilizar sua funcionalidade corroborando uma narrativa política já apresentada contra as instituições judiciais em especial o STF e o TSE, constituindo-se em materialização evidente do constitucionalismo abusivo.*

ADPF 964 / DF

Observam que a graça constitucional é *um instituto histórico e, hoje, anacrônico*, na sua essência, incompatível com os princípios da república e da separação de poderes (arts. 1º e 2º, ambos da CF), motivos pelos quais deve ser interpretado restritivamente, de forma a ser admitido apenas em situações decorrentes de *demandas humanitárias*.

7. Ponderam que Daniel Lucio da Silveira, Deputado Federal, foi condenado à pena de 08 (oito) anos e 09 (nove) meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática dos crimes de *incitação à abolição violenta do Estado Democrático de Direito (artigo 23, inciso IV, combinado com o artigo 18 da Lei 7.170/1983) e de coação no curso do processo (art. 344 do Código Penal)*. Ou seja, trata-se de um crime contra a administração pública e de um crime contra a segurança nacional, hoje chamado de crime contra o Estado Democrático de Direito.

Defendem a impossibilidade, no caso, de concessão da graça constitucional em face de necessária interpretação sistemática da Carta Política, especialmente do art. 5º, XLIII e XLIV.

O regime jurídico dos crimes contra a ordem constitucional e contra o Estado Democrático de Direito é extremamente rigoroso e a eles a Constituição impõe a inafiançabilidade e imprescritibilidade (art. 5º, XLIV, CF).

Não há, segundo as agremiações autoras, como considerar imprescritíveis e inafiançáveis os crimes contra o Estado Democrático de Direito e, ao mesmo tempo, admitir a possibilidade de concessão de indulto, graça ou anistia a tais delitos. Seria uma incongruência inaceitável.

8. Por fim, para amparar a arguição de inconstitucionalidade do Decreto em questão, apontam *a necessidade implícita de autodefesa do Estado Democrático de Direito, na tutela do princípio sensível da democracia. Tal cláusula de garantia torna, teleologicamente, insuscetíveis de graça, indulto ou anistia todos e quaisquer atos antidemocráticos, que, em sua essência, corroeriam os pilares da estrutura do ordenamento jurídico-político brasileiro*.

Assim, possibilitar a concessão de *graça constitucional em casos tais seria um incentivo adicional ao atentando institucional prometido veladamente*

ADPF 964 / DF

pelo Presidente às eleições deste exercício, de modo que nenhuma serventia teria o Estado Democrático de Direito se, como um sistema, não se mostrasse capaz de se autodefender de investidas autoritárias agasalhadas oportunisticamente sob o pretenso manto amplíssimo das ditas liberdades fundamentais negativas.

Sendo a defesa da ordem democrática um dos princípios sensíveis de nossa ordem constitucional (art. 34, VII, *a*, CF) – sua violação pode ensejar até mesmo intervenção federal –, não é aceitável interpretação que permita a concessão de graça constitucional *aos agentes do autoritarismo, que atuam concretamente para subverter o pacto constitucional.*

9. No mérito, pugnam pela procedência do pedido, para declarar a inconstitucionalidade do Decreto de 21 de abril de 2022, editado pelo Presidente da República, que concedeu *indulto individual* a Daniel Lucio da Silveira, Deputado Federal, condenado criminalmente por esta Suprema Corte nos autos da AP 1.044/DF e, sucessivamente, o reconhecimento *da manutenção de todos os efeitos extrapenais da condenação criminal.*

10. Adotado o rito do art. 12 da Lei 9.868/99, o então Presidente da República manifesta-se pela improcedência do pedido.

Afirma, em primeiro lugar, possuir competência privativa para edição de decreto de indulto que se caracteriza como ato de governo, dotado, nessa medida, de amplo espaço de discricionariedade, a tornar, o mérito respectivo, insuscetível de apreciação pelo Poder Judiciário. Assim, segundo as informações prestadas, somente admissível controle judicial do indulto em relação à conformidade do decreto com o art. 5º, XLIII, da Carta Política, conforme o decidido na ADI 5.874/DF, a prejudicar o exame das alegações de desvio de finalidade e de violação dos princípios da moralidade e da impessoalidade, enquanto visam, na realidade, *a revisar o mérito da soberana decisão de clemência presidencial.*

Nega violação do princípio da separação de poderes, uma vez inerente, o indulto, ao sistema de freios e contrapeso. Natural seria, portanto, que, em certa medida, acarrete interferência no âmbito de competência do Poder Judiciário.

ADPF 964 / DF

Sustenta, por fim, a possibilidade de concessão de indulto antes mesmo do trânsito em julgado da sentença penal condenatória conforme precedentes deste Supremo Tribunal Federal.

11. O Advogado-Geral da União pronuncia-se pela improcedência do pedido, consoante a seguinte ementa:

“Decreto Presidencial de 21 de abril de 2022, da Presidência da República, que concedeu indulto individual (graça) ao Deputado Federal Daniel Lucio da Silveira, condenado pelo Supremo Tribunal Federal, em 20 de abril de 2022, no âmbito da Ação Penal nº 1.044. Ausência de afronta aos artigos 2º, 5º, inciso XLIII, e 37, *caput*, da Constituição Federal. Inexistência de vedação expressa à concessão de graça aos condenados por crimes previstos na Lei nº 7.170/1983, revogada pela Lei nº 14.197/2021, e no artigo 344 do Código Penal. Competência privativa do Presidente da República para definir a concessão do indulto (artigo 84, inciso XII, da Constituição da República). O indulto é um ato de governo, caracterizado pela ampla discricionariedade, consistindo em causa de extinção da punibilidade (artigo 107, inciso II, do Código Penal). Ato passível de excepcional controle jurisdicional apenas para aferir os limites impostos na Constituição Federal. Inexigência de trânsito em julgado para a sua concessão. Compatibilidade do ato impugnado com a Constituição da República. Ausência de violação à preceito fundamental. Manifestação pela improcedência do pedido formulado na presente arguição.”

Defende que o indulto constitui medida de competência privativa do Presidente da República, sujeito apenas às restrições expressamente constantes da Constituição Federal, de modo que passível de controle, pelo Poder Judiciário, para aferição do cumprimento dos limites constitucionalmente impostos. Nessa linha, argumenta que, este Supremo Tribunal Federal, decidiu, no âmbito da ADI 5.874/DF, que apenas a Constituição da República pode estabelecer limitações ao poder presidencial de concessão de indulto.

ADPF 964 / DF

Pugna pela improcedência do pedido diante da impossibilidade de adentrar no mérito do decreto de indulto, indispensável ao exame das alegações de violação dos princípios da impessoalidade e da moralidade e de desvio de finalidade.

Aduz não transgredido o princípio da separação de poderes à consideração de que o indulto é instrumento inerente ao sistema de freios e contrapesos instaurado pela Constituição Federal.

Assevera, por fim, que esta Corte, ao exame da ADI 5.874/DF, firmou entendimento no sentido da possibilidade de concessão de indulto mesmo antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

12. O Procurador-Geral da República, por sua vez, opina, em preliminar, pelo não conhecimento da ADPF 964/DF e, sucessivamente, pela improcedência dos pedidos deduzidos nas demais ADPF's e, ainda, pelo não conhecimento do pedido subsidiário veiculado na ADPF 964/DF, em parecer assim ementado:

“ARGUIÇÕES DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. PENAL E CONSTITUCIONAL. DECRETO DE 21.4.2022 DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA. GRAÇA CONSTITUCIONAL (INDULTO INDIVIDUAL) A PARLAMENTAR CONDENADO POR CRIMES NÃO HEDIONDOS A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E A MULTA ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO. PETIÇÃO ASSINADA POR ADVOGADA IMPEDIDA. ATO NULO. MÉRITO. DECRETO CONCESSIVO DA GRAÇA. ATO DE CARÁTER EMINENTEMENTE POLÍTICO DA COMPETÊNCIA PRIVATIVA DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA. AMPLA LIBERDADE PARA DEFINIÇÃO DOS CRITÉRIOS DE SUA EMANAÇÃO. REVISÃO JUDICIAL RESTRITA AOS CONDICIONAMENTOS CONSTITUCIONAIS EXPRESSOS (CF, ARTS. 5º, XLIII, E 84, XII E PARÁGRAFO ÚNICO). POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE GRAÇA ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. ALCANCE DOS INSTITUTOS DA GRAÇA E DO INDULTO

ADPF 964 / DF

LIMITADO AO ÂMBITO DO DIREITO PENAL. NÃO INCIDÊNCIA SOBRE OS EFEITOS EXTRAPENAIIS DA CONDENAÇÃO. PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO DA ADPF 964 E PELA ADMISSÃO DAS DEMAIS ARGUIÇÕES, E, NO MÉRITO, PELA IMPROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS.

1. Configura impedimento ao exercício da advocacia por servidor público federal a atuação em processo de controle concentrado em face de decreto do Presidente da República, por se tratar de ato praticado no âmbito da mesma pessoa de direito público que o remunera (União), na forma do art. 30, I, da Lei 8.906/1994 (Estatuto da OAB).

2. Por força do art. 4º, parágrafo único, da Lei 8.906/1994 (Estatuto da OAB), é nula de pleno direito a petição inicial de ADPF subscrita unicamente por advogada impedida circunstancialmente para atuar contra a pessoa jurídica de direito público União, da qual emana o ato do Poder Público questionado nesta arguição.

3. O poder de clemência soberana do Estado, de que é espécie a graça ou indulto individual, como expressão de competência constitucional qualificada por politicidade máxima, manifesta-se em atos políticos caracterizados pela mais ampla margem de avaliação política, e não se sujeitam, por isso mesmo, às limitações que incidem sobre os atos administrativos em geral, mesmo os especialmente qualificados por uma dilatada discricionariedade.

4. A graça e o indulto, por configurarem atos políticos dotados de ampla liberdade de conformação, revelam-se insuscetíveis de avaliação judicial quanto aos destinatários, ao conteúdo, às razões, aos motivos determinantes e aos fins políticos que tenham por escopo, somente se expondo a controle jurisdicional em caso de manifesta afronta às limitações materiais explícitas que gravam sobre essa espécie de ato político ou a exigências de cunho procedimental, encontradas nos arts. 5º, XLIII, e 84, XII e parágrafo único, da Constituição Federal.

ADPF 964 / DF

5. Não afronta os arts. 5º, XLIII, e 84, XII e parágrafo único, da Constituição Federal decreto concessivo de graça a parlamentar condenado pelo Supremo Tribunal Federal como incurso nas penas do art. 18 da Lei 7.170/1983 e do art. 344 do Código Penal, editado no exercício de competência presidencial expressamente prevista na Constituição da República.

6. O poder de clemência soberana do Estado, expresso em ato de graça ou de indulto, pode alcançar títulos judiciais não definitivos, não se deparando, na Constituição da República, com exigência, a que supostamente se condicionariam a válida emanção e ou a eficácia do ato, de trânsito em julgado da condenação. Precedente: ADI 5874/DF.

7. No Direito brasileiro, o exercício do poder de graça não interfere na suspensão dos direitos políticos, após o trânsito em julgado, em decorrência da condenação, e, tampouco, no que venha a ser ou tenha sido decidido quanto à perda de mandato político. Nenhuma interferência surte, ademais, no tocante a eventual inelegibilidade decorrente da condenação.

– Parecer, preliminarmente, pelo não conhecimento da ADPF 964, e pela admissibilidade das demais arguições de descumprimento de preceito fundamental, e, no mérito, pela improcedência dos pedidos.”

Em seu parecer, o Procurador-Geral da República aponta preliminar de não conhecimento da ADPF 964/DF, tendo em vista que a advogada subscritora da inicial exerce cargo em comissão no Senado Federal, estando, pois, impedida, a teor do art. 30, I, do Estatuto da OAB, de exercer a advocacia em face da pessoa jurídica que a remunera.

Na sequência, discorre sobre os institutos da graça e do indulto, asseverando ambos sujeitos ao juízo político exclusivo do Presidente da República, submetidos tão somente às limitações expressas na Constituição Federal (competência, art. 84, XII e parágrafo único, CF e vedação à concessão a pessoas condenadas por determinados crimes art. 5º, XLIII, CF). Assim, enquanto ato político, inaplicável ao indulto a teoria do desvio de finalidade. Admiti-la teria como consequência a *anulação do*

ADPF 964 / DF

sentido constitucional da competência do Poder Executivo ou na transferência ou esbulho de competência alheia, propiciada pela inteira sujeição de seu manejo a juízo estranho de órgão de Poder ao qual não se atribuiu, constitucionalmente, sua externalização. Nessa linha, sustenta que os atos políticos, embora devam estar em consonância com o interesse público, não se submetem ao regime inerente aos demais atos administrativos, o que redundaria em âmbito de cognoscibilidade judicial é mais limitado.

Afirma a inexistência de impedimento constitucional para concessão de indulto aos crimes imputados ao Deputado Federal Daniel Lúcio da Silveira e, também, a impossibilidade de ampliação das restrições impostas a esse poder de clemência presidencial pela via hermenêutica.

Aduz a legitimidade de concessão de indulto antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, conforme já decidido por esta Suprema Corte ao exame da ADI 5.874/DF.

Por fim, pugna pelo não conhecimento do pedido sucessivo formulado da ADPF 964/DF aos seguintes argumentos: (i) o art. 3º do Decreto impugnado não versa sobre os efeitos secundários penais e extrapenais, de modo que o objeto não existe e (ii) o partido autor deixou de cumprir ônus processual que lhe cabia de fundamentar e impugnar especificamente o art. 3º de referido ato estatal.

Caso superado o não conhecimento, sustenta, com base na jurisprudência consolidada deste Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, que a concessão de indulto não abrange os efeitos secundários penais e extrapenais, motivo pelo qual *o exercício do poder de graça não interfere na suspensão dos direitos políticos, após o trânsito em julgado, em decorrência da condenação, e, tampouco, no que venha a ser ou tenha sido decidido quanto à perda de mandato político. Nenhuma interferência surge, ademais, no tocante a eventual inelegibilidade decorrente da condenação, que poderá ser objeto de apreciação pela Justiça Eleitoral.*

13. Admitidos no feito o PARTIDO DOS TRABALHADORES – PT, o PARTIDO TRABALHISTA BRASILEIRO – PTB e o PARTIDO LIBERAL – PL na condição de *amici curiae*.

14. Em 22.3.2023, Daniel Lucio da Silveira, por meio da Petição/STF

ADPF 964 / DF

27.784/2023, requer seja reconhecida a perda de objeto destas ações do controle concentrado, pelos fundamentos ora transcritos:

“CONSIDERANDO que a liminar requerida nas ADPFs não foi deferida ao tempo que solicitada,

CONSIDERANDO que não há NENHUM ATO JUDICIAL que tenha suspenso os efeitos do aludido decreto,

CONSIDERANDO que a Procuradoria-Geral da República manifestou-se pelo NÃO CONHECIMENTO DAS ADPFs, ou no mérito pela IMPROCEDÊNCIA de ambas,

CONSIDERANDO que a Procuradoria-Geral da República manifestou-se pela LEGALIDADE e PERTINÊNCIA do ato combatido, inclusive requerendo a extinção da punibilidade e revogação de medidas cautelares e prisão (Doc. 04 e 05),

CONSIDERANDO que não se vislumbrou nenhum vício ou desvio de finalidade no ato de clemência presidencial;

CONSIDERANDO que o ato impugnado está previsto no Art. 84, XII, da Constituição Federal, é e de competência privativa do Chefe do Executivo Federal,

CONSIDERANDO que há precedentes na Excelsa Corte de desnecessidade de trânsito em julgado para o reconhecimento da extinção da punibilidade do beneficiário, ora Requerente, ADI 5874/DF,

CONSIDERANDO que houve a certificação do trânsito em julgado da AÇÃO PENAL 1044/DF, desde 09/08/2022 (Doc. 03),

CONSIDERANDO que houve PERDA SUPERVENIENTE DO OBJETO após a certificação do trânsito em julgado pela Corte,

CONSIDERANDO a aplicação da teoria do fato consumado, aceita pela jurisprudência e doutrina,

CONSIDERANDO a segurança jurídica, que visa proteger o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada (Art. 5º, XXXVI, CF 1988),

CONSIDERANDO os vícios de representação da ADPF 964, apontados pela Procuradoria-Geral da República,

CONSIDERANDO a impertinência da utilização da ADPF

ADPF 964 / DF

para fins políticos-eleitorais, e impugnação do ato combatido, VIA INADEQUADA, conforme precedentes, ADI 5874/DF,

CONSIDERANDO que o pleito eleitoral de 2022 já foi finalizado, ainda em 2022, pelo que é de conhecimento de todos,

CONSIDERANDO o respeito aos atos privativos do Chefe do Poder Executivo,

CONSIDERANDO o respeito aos direitos humanos,”

É o relatório.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 964

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATORA : MIN. ROSA WEBER

REQTE.(S) : REDE SUSTENTABILIDADE

ADV.(A/S) : FLAVIA CALADO PEREIRA (3864/AP, 24842-A/MA)

INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

AM. CURIAE. : PARTIDO TRABALHISTA BRASILEIRO - PTB

ADV.(A/S) : LUIZ GUSTAVO PEREIRA DA CUNHA (28328/DF, 137677/RJ, 462972/SP)

AM. CURIAE. : PARTIDO DOS TRABALHADORES

ADV.(A/S) : CRISTIANO ZANIN MARTINS (32190/DF, 96503/PR, 153599/RJ, 172730/SP)

ADV.(A/S) : EUGENIO JOSE GUILHERME DE ARAGAO (04935/DF, 30746/ES, 428274/SP)

AM. CURIAE. : PARTIDO LIBERAL - PL

ADV.(A/S) : MARCELO LUIZ AVILA DE BESSA (12330/DF, 1565A/MG, 474139/SP)

Decisão: Após a leitura do relatório e a realização das sustentações orais, o julgamento foi suspenso. Falaram: pelo *amicus curiae* Partido dos Trabalhadores, o Dr. Miguel Filipi Pimentel Novaes; e, pela Procuradoria-Geral da República, o Dr. Antônio Augusto Brandão de Aras, Procurador-Geral da República. Presidência da Ministra Rosa Weber. Plenário, 27.4.2023.

Presidência da Senhora Ministra Rosa Weber. Presentes à sessão os Senhores Ministros Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Roberto Barroso, Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Nunes Marques e André Mendonça.

Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Augusto Brandão de Aras.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário

03/05/2023

PLENÁRIO

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 964
DISTRITO FEDERAL**

VOTO

A Senhora Ministra Rosa Weber (Relatora): 1. Senhores Ministros, como visto, cuida-se de quatro arguições de descumprimento de preceito fundamental, propostas pela REDE SUSTENTABILIDADE (ADPF 964/DF), pelo PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA – PDT (ADPF 965/DF), pelo CIDADANIA (ADPF 966/DF) e pelo PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE – PSOL (ADPF 967/DF), em face de Decreto de 21 de abril de 2022, editado pelo então Presidente da República, que concedeu *indulto individual* a DANIEL LUCIO DA SILVEIRA, à época Deputado Federal, condenado criminalmente por esta Suprema Corte nos autos da AP 1.044/DF.

I. LEGITIMIDADE ATIVA

2. Reconheço, de plano, a legitimidade ativa *ad causam* da REDE SUSTENTABILIDADE (ADPF 964/DF), do PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA – PDT (ADPF 965/DF), do CIDADANIA (ADPF 966/DF) e do PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE – PSOL (ADPF 967/DF), partidos políticos com representação no Congresso Nacional, para ajuizamento das presentes arguições de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do art. 2º, VIII, da Lei 9.868/1999 c/c art. 2º, I, da Lei 9.882/1998 e do art. 103, VIII, da Constituição da República.

II. PRELIMINAR: NÃO CONHECIMENTO DA ADPF 964/DF

3. O PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA suscitou, em seu parecer, preliminar pelo não conhecimento da ADPF 964/DF, em razão de *impedimento circunstancial da advogada subscritora para atuar contra a pessoa jurídica de direito público União, da qual emana o ato do Poder Público questionado na arguição*, tendo em vista que a subscritora da inicial *exerce*

ADPF 964 / DF

atualmente cargo em comissão “AP-03 – Ajudante Parlamentar Pleno” no Senado Federal.

Analiso.

4. Os processos do controle concentrado de constitucionalidade possuem natureza abstrata, a significar que não têm partes nem interesses subjetivos envolvidos. Na realidade, a utilização desses instrumentos processuais – ADI, ADC, ADO e ADPF – objetiva, sem a presença de um interesse jurídico específico, expungir dúvida existente quanto à constitucionalidade de leis, atos normativos e comportamentos estatais, de modo a garantir a supremacia da Constituição e a segurança jurídica necessária.

Assim, por consubstanciar processo eminentemente objetivo e, portanto, sem partes, apesar de existir um requerente, não é possível identificar *réus ou partes contrárias* (ADI 2.982-ED/CE, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 02.8.2006, DJ 22.9.2006).

Inexistindo partes, inadmissível se cogitar do impedimento circunstancial previsto no art. 30, I, do EOAB, como sustentado pelo PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA.

5. Rejeito, pois, a preliminar arguida pelo PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA.

III. PERDA DE OBJETO

6. DANIEL LUCIO DA SILVEIRA, beneficiário do Decreto de 21 de abril de 2022, editado pelo então Presidente da República, em **22.3.2023**, por meio da Petição/STF 27.784/2023, apontou a suposta perda de objeto das presentes arguições de descumprimento de preceito fundamental.

Afirmou, para tanto, que, além do Presidente da República deter competência para indultá-lo e de tê-lo feito de maneira legítima, foi certificado, nos autos da AP 1.044/DF, o trânsito em julgado, em 09.8.2022, de sua condenação, de modo que, em consonância com a teoria do fato consumado e com a segurança jurídica, evidenciada estaria a perda de objeto destas ações constitucionais.

ADPF 964 / DF

Passo a apreciar.

7. Destaco, desde logo, que, em processo do controle normativo concentrado, tal como a arguição de descumprimento de preceito fundamental, não são analisadas situações concretas e particularizadas. Na verdade, consabido que, nessa seara, é realizado, repito, exame de compatibilidade, em tese, de atos normativos e, em sede de ADPF, de comportamentos estatais reiterados em face da Constituição da República (ADI 1.434-MC/SP, Rel. Min. *Celso de Mello*, Tribunal Pleno, j. 29.8.1996, DJ 22.11.1996; ADPF 843-AgR/DF, Rel. Min. *Cármem Lúcia*, Tribunal Pleno, j. 23.11.2021, DJe 01.12.2021; ADPF 854-MC-Ref/DF, *de minha relatoria*, Tribunal Pleno, j. 11.11.2021, DJe 23.02.2022, *v.g.*):

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – DEFESA DE INTERESSES INDIVIDUAIS E CONCRETOS EM SEDE DE CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE – INADMISSIBILIDADE – NATUREZA OBJETIVA DO PROCESSO DE FISCALIZAÇÃO CONCENTRADA DE CONSTITUCIONALIDADE – IMPUGNAÇÃO TÓPICA OU FRAGMENTÁRIA DE DIPLOMAS LEGISLATIVOS CONEXOS QUE INTEGRAM COMPLEXO NORMATIVO INCINDÍVEL – INVIABILIDADE – RECURSOS DE AGRAVO IMPROVIDOS. INADEQUAÇÃO DO CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO PARA A DEFESA DE INTERESSES INDIVIDUAIS E CONCRETOS – CONSEQUENTE INADMISSIBILIDADE DA AÇÃO DIRETA.

– O controle normativo de constitucionalidade qualifica-se como típico processo de caráter objetivo, vocacionado, exclusivamente, à defesa, em tese, da harmonia do sistema constitucional. **A instauração desse processo objetivo tem por função instrumental viabilizar o julgamento da validade abstrata do ato estatal em face da Constituição da República.** O exame de relações jurídicas concretas e individuais constitui matéria juridicamente estranha ao domínio do processo de controle concentrado de constitucionalidade.

ADPF 964 / DF

– A tutela jurisdicional de situações individuais, uma vez suscitada a controvérsia de índole constitucional, há de ser obtida na via do controle difuso de constitucionalidade, que, supondo a existência de um caso concreto, revela-se acessível a qualquer pessoa que disponha de interesse e legitimidade (CPC, art. 3º). Doutrina. Precedentes.”

(ADI 2.422-AgR/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 10.5.2012, DJe 30.10.2014)

In casu, embora o Decreto de 21 de abril de 2022 potencialmente ocasione reflexos à esfera jurídica de DANIEL LUCIO DA SILVEIRA, não se está, nesta sede processual, a discutir tal situação concreta e particular. Em análise, na verdade, tão somente a conformidade, **em abstrato**, do ato estatal em questão e a Constituição da República, a evidenciar a absoluta e inequívoca irrelevância jurídica dos argumentos factuais expostos.

8. De outro lado, saliento, conforme já o fiz no âmbito da ADI 6.338/DF, *de minha relatoria*, que, no Brasil, inicialmente, se adotou, de forma irrestrita, a teoria da nulidade da lei inconstitucional, a significar, segundo essa concepção, que uma lei inconstitucional não é uma lei (*the unconstitutional statute is not law at all*)¹, de modo que não pode produzir qualquer efeito, sob pena de suspender provisória ou parcialmente a Constituição. É por essa razão que, ainda hoje – a despeito da existência de outras técnicas decisórias intermediárias –, ordinariamente, a declaração de inconstitucionalidade produz efeitos *ex tunc*, desconstituindo, assim, todas as implicações decorrentes do ato normativo conflitante com a Carta Política.

9. Há de se ressaltar que, a teor do art. 738 do Código de Processo Penal c/c art. 192 da Lei de Execução Penal, imprescindível que o juízo competente declare extinta a punibilidade para que o concernente decreto presidencial produza efeitos em relação ao respectivo beneficiário. Em outras palavras, indispensável pronunciamento jurisdicional reconhecendo incidir, no caso concreto, hipótese de extinção da

1 WILLOUGHBY, Westel Woodbury. *The constitutional law of the United States* – Vol. 1. New York, 1910, p. 9-10.

ADPF 964 / DF

punibilidade. Aliás, essa é a posição majoritária da doutrina: *conquanto oriundos de órgãos estranhos ao Judiciário, anistia, graça e indulto só provocam a extinção da punibilidade depois de acolhidos por decisão judicial* (JORGE, Estêvão Luís Lemos. *Execução penal: comentários à Lei 7.210/1984*. Campinas: Millennium Editora, 2007, p. 240).

Ora, na AP 1.044/DF, o Relator, Ministro Alexandre de Moraes, com a prudência e o equilíbrio que lhe são característicos, não declarou a extinção da punibilidade de Daniel Lucio da Silveira, justamente em razão da pendência de julgamento das presentes arguições de descumprimento de preceito fundamental, nas quais se questiona a constitucionalidade da concessão do perdão presidencial. Frise-se que estas ADPF's foram protocoladas um dia após o Decreto de 21 de abril de 2022 e, portanto, muito antes do trânsito em julgado da condenação imposta.

Vale dizer, não obstante os esforços argumentativos de DANIEL LUCIO DA SILVEIRA, o Decreto de 21 de abril de 2022, editado pelo então Presidente da República, **nunca produziu efeitos em sua esfera jurídica**, mostrando-se absolutamente impertinente e irrelevante, por conseguinte, o trânsito em julgado do acórdão condenatório, bem assim descabida a invocação da teoria do fato consumado.

10. Rejeito, desse modo, a suscitada de perda de objeto destas arguições.

IV. CABIMENTO DA ADPF

11. Entendo cabíveis as presentes arguições de descumprimento de preceito fundamental na medida em que têm por objeto, na forma do art. 1º, *caput*, da Lei 9.882/1999, evitar ou reparar lesões a preceitos fundamentais resultantes de ato do Poder Público de caráter normativo.

Em certo sentido, a tutela sobre o descumprimento de preceito constitucional alcança um universo de comportamentos estatais mais amplos do que a de inconstitucionalidade, a abranger **não apenas** a lesão à Constituição resultante de *lei ou ato normativo*, mas **também decorrente**

ADPF 964 / DF

de *ato do Poder Público* desde que ocorrente potencial efetivo e material de descumprimento da Carta Política.

Consabido que a arguição de descumprimento de preceito fundamental desempenha, no conjunto dos mecanismos de proteção da higidez da ordem constitucional, específica função de evitar, à falta de outro meio eficaz para tanto, a perenização no ordenamento jurídico de comportamentos estatais – ostentem eles ou não a natureza de atos normativos – contrários a um identificável núcleo de preceitos – princípios e regras – tidos como sustentáculos da ordem constitucional estabelecida.

O descumprimento de preceito fundamental, acionador do singular mecanismo de defesa da ordem constitucional (CF, art. 102, § 1º) que é a ADPF, manifesta-se na contrariedade às linhas mestras da Constituição, àquilo que, mesmo não identificado com esta ou aquela fração do texto positivado, tem sido metaforicamente chamado, por escolas do pensamento jurídico, de seu espírito. Pilares de sustentação, explícitos ou implícitos, sem os quais a ordem jurídica delineada pelo Poder Constituinte, seja ele originário ou derivado, ficaria desfigurada na sua própria identidade.

A própria redação do art. 102, § 1º, da Constituição da República, ao aludir a preceito fundamental *decorrente desta Constituição*, é indicativa de que os preceitos em questão não se restringem às normas expressas no seu texto, incluindo, também, prescrições implícitas, desde que revestidas dos indispensáveis traços de essencialidade e fundamentalidade. É o caso, por exemplo, de princípios como o da razoabilidade e o da confiança, realidades deontológicas integrantes da nossa ordem jurídica, objetos de sofisticados desenvolvimentos jurisprudenciais nesta Corte, embora não expressos na literalidade do texto constitucional.

Isso porque os conteúdos normativos – preceitos – da Constituição são revelados hermeneuticamente a partir da relação entre intérprete e texto, tomada a Constituição não como agregado de enunciados independentes, e sim como sistema normativo qualificado por sistematicidade e coerência interna.

ADPF 964 / DF

Nessa ordem de ideias, tenho por inequívoco que eventual lesão aos postulados fundamentais da **separação de poderes, do regime democrático e da forma republicana, bem assim dos princípios inerentes à Administração Pública**, considerada a centralidade da posição por eles ocupada no complexo deontológico e político consubstanciado na Constituição, mostra-se passível de desfigurar a própria essência do pacto constitucional pátrio.

Entendo, pois, diante do alegado nas iniciais, devidamente enquadrada a lide, tal como se apresenta, em tese, em hipótese devidamente delimitada de lesão a preceitos fundamentais, estes devidamente indicados nas exordiais.

12. As presentes arguições tampouco esbarram no óbice processual – pressuposto negativo de admissibilidade – do art. 4º, § 1º, da Lei 9.882/1999 (*Não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade*).

Tenho por demonstrada a insuficiência dos meios processuais ordinários para imprimir solução satisfatória à controvérsia posta. A chamada cláusula de subsidiariedade impõe a inexistência de outro meio tão eficaz e definitivo quanto a ADPF – dotada de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante – para sanar a lesividade, ou seja, ausência de qualquer outro instrumento processual no universo do sistema concentrado de jurisdição constitucional.

Esta Corte já reputou admissível a utilização dessa via processual para impugnar, como ato do Poder Público lesivo a preceito fundamental, comportamento reiterado da Administração Pública tido como inconstitucional (ADPF 347-MC/DF, Rel. Min. *Marco Aurélio*, Tribunal Pleno, j. 09.9.2015, DJe 19.02.2016; ADPF 635-MC/RJ, Rel. Min. *Edson Fachin*, Tribunal Pleno, j. 18.8.2020, DJe 21.10.2020; ADPF 709-MC-Ref/DF, Rel. Min. *Roberto Barroso*, j. 05.8.2020, DJe 07.10.2020; ADPF 854-MC-Ref/DF, *de minha relatoria*, j. 11.11.2021, DJe 23.02.2022, *v.g.*). Na mesma linha, porquanto assimiláveis à figura de *ato do Poder Público*, atos de efeitos concretos são, também, passíveis de controle judicial pela via da ADPF (ADPF 242/DF, Rel. Min. *Cármem Lúcia*, Tribunal Pleno, j. 16.6.2020,

ADPF 964 / DF

DJe 07.8.2020, *v.g.*), notadamente quando seus objetivos acarretarem grave violação da ordem constitucional, justificando a intervenção judicial para a tutela de direitos fundamentais ou de interesses políticos e jurídicos socialmente relevantes.

Assim, conheço das presentes arguições de descumprimento de preceito fundamental.

**V. A RESPEITABILIDADE DAS DECISÕES DO STF E A
INCONSTITUCIONALIDADE SUBSTANCIAL**

13. O presente julgamento, com a devida vênia das compreensões em sentido contrário, traduz questão delicada e substancial no que diz com a respeitabilidade e a eficácia das decisões exaradas por este Supremo Tribunal Federal e, em consequência, com a autoridade das leis e a supremacia da Constituição.

O adimplemento dos deveres constitucionais impostos a esta Casa pressupõe, de maneira inexorável e intransigente, o absoluto respeito, pelos Poderes Executivo, Legislativo e pelos demais órgãos do Judiciário, às suas deliberações plenárias, pois o atuar desta Suprema Corte consubstancia expressão direta da superioridade da Constituição.

Nesse sentido, acentuo que, em respeito irrestrito à Constituição Federal, impossível nela identificar a existência (i) de poderes absolutos e (ii) de sobreposição de competências entre os Poderes que são – ressaltado – iguais em hierarquia, grau e dignidade. Disso resulta, a ausência de hipóteses nas quais as decisões plenárias deste Supremo Tribunal Federal precisem ser ratificadas ou confirmadas por quaisquer outros órgãos ou Poderes.

Na realidade, o convívio independente e harmônico entre os Poderes da República depende de uma relação de respeito recíproco e de igualdade, a justificar a inadmissibilidade de desconsideração dos atos praticados por eles dentro das respectivas esferas de competência.

Admitir como lícito que decisões desta Corte possam ser desfeitas ou descumpridas, por mero capricho pessoal ou para atendimento de

ADPF 964 / DF

interesses particulares de membros dos demais Poderes da República, fragiliza a força normativa da Constituição, transgride a sua autoridade suprema e a transforma em mero documento político destituído de normatividade e, portanto, sem qualquer força coercitiva. Além disso, inferioriza o Judiciário em relação aos demais Poderes e o torna ator destituído de relevância político-institucional. Atribuir aos demais Poderes competência para revisar ou desconstituir os atos decisórios desta Casa, significa, a meu juízo, tornar sem eficácia prática suas deliberações em nítida subversão da ordem constitucional.

14. Não se pode esquecer, é verdade, que nações diversas, em diferentes pontos do planeta, têm vivenciado, na atualidade, momentos político-constitucionais conturbados, de todo notórios – e há vasta literatura a respeito² – os retrocessos democráticos ocorridos em localidades do leste europeu e da América Latina. Em Israel, inclusive, recentes os sinais de conflito em torno dos poderes da Corte Constitucional.

A degradação das Instituições democráticas e instauração de regimes políticos avessos às liberdades públicas, à separação de poderes e à contenção do arbítrio não têm resultados clássicos golpes de estado que vicejavam no Século XX, com seu cenário de tanques e armas empunhadas por parte da população. Na realidade, nas palavras pertinentes do Ministro Luís Roberto Barroso, em sede acadêmica, *o processo de subversão democrática se deu pelas mãos de presidentes e primeiros-ministros inicialmente eleitos pelo voto popular* (BARROSO, Luís Roberto. Populismo, autoritarismo e resistência democrática: as cortes constitucionais no jogo do poder. *Revista Direito e Práxis*, Ahead of print, Rio de Janeiro, 2022, p. 1-34).

Uma vez eleitos e utilizando-se, aparentemente, do poder legítimo outorgado pelos respectivos ordenamentos jurídicos, os Chefes do Poder Executivo começaram a empreender atos tendentes à concentração de poderes, à violência institucional e a alterações casuísticas das regras do

2 LANDAU, David. Abusive constitutionalism. *UCDL Rev.*, v. 47, p. 189, 2013; LEVITSKY, Steven; WAY, Lucan A. *Competitive authoritarianism: Hybrid regimes after the Cold War*. Cambridge: University Press, 2010.

ADPF 964 / DF

jogo democrático. As mudanças foram realizadas aos poucos, sem que se pudesse identificar em cada uma, isoladamente, quaisquer máculas, mas um fim comum as unia: a subversão da Constituição e o vilipêndio aos órgãos de controle.

Nesse contexto, Mark Tushnet, professor da Faculdade de Direito de Harvard, em precioso artigo datado de 2003 (TUSHNET, Mark. *Constitutional hardball. J. Marshall L. Rev.*, v. 37, p. 523-553, 2003) valendo-se da expressão *constitutional hardball*, em português jogo duro constitucional, descreve com maestria um cenário indicativo da corrosão institucional e democrática.

Os detentores do poder estatal, questionando pressupostos políticos básicos, propõem e adotam medidas que, não obstante contrárias às práticas até então existentes, são minimamente defensáveis sob o ponto de vista constitucional, mas que, ao fim e ao cabo, buscam maximizar sua força e alterar todo sentido, à época estabelecido, dos limites de seus poderes. Vale dizer, os atores políticos atuam em um limiar da constitucionalidade, mas com objetivos obscuros, antidemocráticos e subversivos do Estado de Direito.

15. É preciso, pois, que este Supremo Tribunal Federal permaneça sempre atento e vigilante às conjunturas e às circunstâncias nas quais editados os atos estatais, para, assim, adimplir com o seu relevante e indispensável papel de guardião da Constituição, de protetor das regras do jogo democrático, de defensor da democracia e do Estado Democrático de Direito em que se constitui, a teor do art. 1º de nossa Lei Fundamental, a República Federativa do Brasil.

**VI. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA DECIDIR SOBRE
A AMPLITUDE, A EXTENSÃO E OS CONTORNOS DO PODER: POSSIBILIDADE
DE APRECIÇÃO DE ATOS DE GOVERNO PELO STF**

16. Vigora, no Brasil, por força de expressa previsão constitucional, o princípio da inafastabilidade da jurisdição (CF, art. 5º, XXXV) ou, em outros termos, o direito fundamental de ação. Significa dizer, ao menos

ADPF 964 / DF

em sua acepção clássica, que (i) o Poder Judiciário não pode se negar a prestar a jurisdição, ou seja, não pode deixar de apreciar um pedido a ele dirigido (RE 172.084/MG, Rel. Min. *Marco Aurélio*, Segunda Turma, j. 29.11.1994, DJ 03.3.1995, *v.g.*), (ii) o Poder Legislativo não pode estabelecer temas impassíveis de questionamento perante o Estado-juiz, tampouco afastar a possibilidade de, por meio dos instrumentos adequados, o Poder Judiciário fazer cessar a lesão ou a ameaça de lesão ao direito material vindicado (ADI 4.296/DF, Red. p/ acórdão Min. *Alexandre de Moraes*, Tribunal Pleno, j. 09.6.2021, DJe 11.10.2021, *v.g.*) e (iii) o Poder Legislativo não pode opor óbices excessivos ao acesso à jurisdição, ainda que de modo indireto (ADI 2.211/AM, Rel. Min. *Gilmar Mendes*, Tribunal Pleno, j. 20.9.2019, DJe 04.10.2019, *v.g.*).

Incontestável, pois, que, em nosso país, o Poder Judiciário não tem a prerrogativa de escolher o que julgar. Preenchidos, como no caso, os requisitos conformadores do direito de ação, o Estado-juiz tem o **poder-dever de prestar a jurisdição** e, portanto, de decidir o mérito do litígio a ele submetido forte no Direito vigente, sobretudo na Constituição Federal.

A este Supremo Tribunal Federal incumbe, ainda, o peculiar e notável dever de aferir, em abstrato, a conformidade de atos do Poder Público com a Carta Política, tarefa insuscetível de rejeição, considerada sua especial condição de guardião da Constituição que lhe foi conferida pela Assembleia Nacional Constituinte. Assim, uma vez preenchidos os requisitos processuais instituídos pela legislação infraconstitucional, compete a esta Corte a análise de mérito das arguições a ela submetidas.

17. É preciso ressaltar, sob outro prisma, que a Constituição Federal consubstancia elemento fundante do Estado brasileiro moderno, veiculando, em seu corpo, normas que (i) regulam a forma de governo, (ii) estabelecem e delineiam as competências dos órgãos do Estado, e (iii) garantem direitos fundamentais (SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 43. ed. São Paulo: Malheiros, 2020, p. 39-40).

Em outras palavras, a Carta Política, *abrange, hoje, na sua acepção substancial, as normas que organizam aspectos básicos da estrutura dos poderes*

ADPF 964 / DF

públicos e do exercício do poder, normas que protegem as liberdades em face do poder público e normas que tracejam fórmulas de compromisso e de arranjos institucionais para a orientação das missões sociais do Estado, bem como para a coordenação de interesses multifários, característicos da sociedade plural (MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 59).

Em síntese, a Constituição organiza o Estado e o exercício do poder, estabelece limites à atuação estatal e impõe obrigações ao Poder Público.

18. No Brasil, como dito, a Carta da República, por expressa previsão constitucional (art. 102, *caput*, CF), atribuiu a este Tribunal Supremo o relevante papel de guarda da Constituição. Significa dizer que a esta Suprema Corte compete (i) preservar a força normativa da Constituição e a integridade do ordenamento jurídico-constitucional e (ii) garantir a máxima efetividade das normas constitucionais e a supremacia da Constituição.

Vê-se, portanto, que o Supremo Tribunal Federal ostenta, no ordenamento jurídico brasileiro, posição institucional peculiar: ao mesmo tempo que figura como órgão de cúpula do Poder Judiciário, exerce a função de Corte Constitucional, a significar que não constitui somente órgão de sobreposição do Judiciário, como também exerce a função de último intérprete do significado e do alcance das normas constitucionais.

Disso resulta que, no exercício de suas regulares atribuições, outorgadas direta e expressamente pela Carta Política, reitero, **a esta Suprema Corte incumbe decidir sobre a amplitude, a extensão e os contornos que conformam as atribuições do Poder Legislativo e do Poder Executivo.**

Ora, se a própria Constituição delimita a esfera de competência dos Poderes e se esta Suprema Corte é a guardiã da Constituição, a conclusão que se impõe é a de que esta Casa não só tem o poder, como o dever constitucional de, quando devidamente provocada, deliberar sobre a constitucionalidade e legalidade da atuação dos demais Poderes da República.

ADPF 964 / DF

19. Nesse sentido, em 1788, Alexander Hamilton³ defendeu:

“A completa independência dos tribunais de justiça é peculiaridade essencial numa Constituição limitada. Por Constituição limitada entendo uma que contenha certas exceções especificadas ao Poder Legislativo, como por exemplo, a de que ele não aprovará decretos de perda de direitos civis, leis *ex post facto*, ou coisas semelhantes. **Na prática, limitações desse tipo não podem ser preservadas senão por meio dos tribunais de justiça, cuja missão deverá ser declarar nulos todos os atos contrários ao sentido manifesto da Constituição. Sem isso, todas as restrições a direitos ou privilégios particulares equivaleriam a nada.**

(...)

Caso se diga que os membros do corpo legislativo são eles mesmos os juízes constitucionais dos próprios poderes e que a interpretação que lhes conferem impõe-se conclusivamente aos outros setores, pode-se responder que esta não pode ser a presunção natural a menos que pudesse ser deduzida de cláusulas específicas da Constituição. (...) **É muito mais sensato supor que os tribunais foram concebidos para ser intermediário entre o povo e o legislativo, de modo a, entre outras coisas, manter este último dentro dos limites atribuídos a seu poder.** A interpretação das leis é domínio próprio e particular dos tribunais. Uma Constituição é, de fato, uma lei fundamental, e como tal deve ser vista pelos juízes. Cabe a eles, portanto, definir seu significado tanto quanto o significado de qualquer ato particular procedente do corpo legislativo. Caso ocorra uma divergência irreconciliável entre ambos, aquele que tem maior obrigatoriedade e validade deve, evidentemente, ser preferido. **Em outras palavras, a Constituição deve ser preferida ao estatuto, a intenção do povo à intenção de seus agentes.”**

3 HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *Os artigos federalistas*. São Paulo: Faro Editorial, 2021, p. 407-8

ADPF 964 / DF

O fragmento acima transcrito retirado do Federalista 78 evidencia que, **em 1788**, Alexander Hamilton, um dos mais importantes e significativos *Founding Fathers*, **já admitia como inequívoca a competência do Poder Judiciário para manter os demais Poderes da República dentro dos limites constitucionais a eles impostos.**

Desse modo, acaso o Poder Legislativo e o Poder Executivo desbordem dos limites de suas respectivas atuações, produzindo atos alheios à esfera de competência de cada qual, cabe, ao Poder Judiciário, sempre mediante a devida provocação, insistir, reconhecer e declarar a inconstitucionalidade de tais atos, sendo inidentificável nesse proceder qualquer violação do princípio da separação dos poderes (CF, art. 2º).

Como já advertia Hans Kelsen, **a anulabilidade** (ou a nulidade, no caso da linha aqui adotada) **do ato inconstitucional representa a mais importante e eficaz medida para garantir a supremacia da Constituição** (KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013, p. 148). Esta Suprema Corte, ao declarar a inconstitucionalidade de atos conflitantes com a Lei Fundamental, age com fidelidade e integral coerência com suas funções constitucionais e com a própria noção de Constituição rígida.

20. Não por outra razão, em 19.10.2005, este Supremo Tribunal Federal – em julgado do qual participou, da atual composição, apenas o Ministro Gilmar Mendes – afirmou sua competência para conhecer de mandado de segurança impetrado contra ato do Conselho de Ética e Decoro Parlamentar da Câmara dos Deputados. Eis a ementa de referido acórdão:

“MANDADO DE SEGURANÇA. MEDIDA LIMINAR. DECISÃO DO COLEGIADO. POSSIBILIDADE. MANDATO PARLAMENTAR. TRAMITAÇÃO E PROCESSAMENTO DE REPRESENTAÇÃO POR QUEBRA DE DECORO PARLAMENTAR. DEPUTADO FEDERAL LICENCIADO E INVESTIDO NO CARGO DE MINISTRO DE ESTADO. LIMINAR INDEFERIDA.

1. Nos órgãos jurisdicionais de composição múltipla, em

ADPF 964 / DF

regra a colegialidade deve primar sobre a individualidade no processo de tomada de decisões. Assim, é faculdade do Relator, sempre que considerar relevante a matéria, submeter ao colegiado o julgamento de pedido de concessão de medida liminar em mandado de segurança.

2. Na qualidade de guarda da Constituição, o Supremo Tribunal Federal tem a elevada responsabilidade de decidir acerca da juridicidade da ação dos demais Poderes do Estado. No exercício desse mister, deve esta Corte ter sempre em perspectiva a regra de auto-contenção que lhe impede de invadir a esfera reservada à decisão política dos dois outros Poderes, bem como o dever de não se demitir do importantíssimo encargo que a Constituição lhe atribui de garantir o acesso à jurisdição de todos aqueles cujos direitos individuais tenham sido lesados ou se achem ameaçados de lesão. À luz deste último imperativo, cumpre a esta Corte conhecer de impetração na qual se discute se os atos ministeriais do parlamentar licenciado se submetem à jurisdição censória da respectiva câmara legislativa, pois a matéria tem manifestamente estatura constitucional, e não *interna corporis*. Mandado de segurança conhecido.

3. O membro do Congresso Nacional que se licencia do mandato para investir-se no cargo de Ministro de Estado não perde os laços que o unem, organicamente, ao Parlamento (CF, art. 56, I). Consequentemente, continua a subsistir em seu favor a garantia constitucional da prerrogativa de foro em matéria penal (INQ-QO 777-3/TO, rel. min. Moreira Alves, DJ 01.10.1993), bem como a faculdade de optar pela remuneração do mandato (CF, art. 56, § 3º). Da mesma forma, ainda que licenciado, cumpre-lhe guardar estrita observância às vedações e incompatibilidades inerentes ao estatuto constitucional do congressista, assim como às exigências ético-jurídicas que a Constituição (CF, art. 55, § 1º) e os regimentos internos das casas legislativas estabelecem como elementos caracterizadores do decoro parlamentar.

4. Não obstante, o princípio da separação e independência

ADPF 964 / DF

dos poderes e os mecanismos de interferência recíproca que lhe são inerentes impedem, em princípio, que a Câmara a que pertença o parlamentar o submeta, quando licenciado nas condições supramencionadas, a processo de perda do mandato, em virtude de atos por ele praticados que tenham estrita vinculação com a função exercida no Poder Executivo (CF, art. 87, parágrafo único, incisos I, II, III e IV), uma vez que a Constituição prevê modalidade específica de responsabilização política para os membros do Poder Executivo (CF, arts. 85, 86 e 102, I, c).

5. Na hipótese dos autos, contudo, embora afastado do exercício do mandato parlamentar, o Impetrante foi acusado de haver usado de sua influência para levantar fundos junto a bancos "com a finalidade de pagar parlamentares para que, na Câmara dos Deputados, votassem projetos em favor do Governo" (Representação nº 38/2005, formulada pelo PTB). Tal imputação se adequa, em tese, ao que preceituado no art. 4º, inciso IV do Código de Ética e Decoro Parlamentar da Câmara dos Deputados que qualifica como suscetíveis de acarretar a perda do mandato os atos e procedimentos levados a efeito no intuito de "fraudar, por qualquer meio ou forma, o regular andamento dos trabalhos legislativos para alterar o resultado de deliberação".

6. Medida liminar indeferida."

(MS 25.579-MC/DF, Red. p/ acórdão Min. *Joaquim Barbosa*, Tribunal Pleno, j. 19.10.2005, DJe 24.8.2007)

Destaco que, naquela oportunidade, apesar de vencido quanto ao deferimento da medida liminar, prevaleceu, em relação à admissibilidade do *writ*, o voto do Ministro Sepúlveda Pertence, Relator originário do feito, acompanhado pelo demais Ministros, à exceção do Ministro Marco Aurélio.

Com efeito, expressamente decidida pelo Plenário desta Casa, como dito, a questão relativa ao conhecimento da impetração, bem assim aos limites de atuação deste Tribunal. Por expressiva maioria (9 a 1), vencido apenas o Ministro Marco Aurélio e ausente o Ministro Cezar Peluso, a

ADPF 964 / DF

impetração foi conhecida, **tendo sido assentada a competência deste Supremo Tribunal Federal para decidir acerca da *juridicidade da ação dos demais Poderes do Estado***. Vale trazer à colação fragmento do voto proferido pelo Relator originário do feito, Ministro Sepúlveda Pertence:

“64. Não desconheço a delicadeza inerente à questão: **no sistema brasileiro de universalidade da jurisdição do Judiciário (Const. art. 5º, XXXV), corre a Justiça e, em particular, o Supremo Tribunal, sobre um fio da navalha, entre a usurpação do poder alheio e a demissão do seu próprio poder-dever de prestar jurisdição.**

65. **Guarda da Constituição, o Supremo Tribunal tem a responsabilidade cotidiana de decidir da juridicidade da ação dos demais Poderes do Estado**, no desempenho da qual há de manter atuação escrupulosa aos dois prismas da limitação de sua função institucional: o primeiro – negativo e óbvio – é de não lhe ultrapassar as raias e invadir a órbita da livre decisão política dos demais Poderes; o segundo – positivo e não menos importante – **é o de ocupar integralmente o seu espaço, de modo a não se demitir do poder que é seu – não para afirmar orgulhosamente a própria força –, mas, sim, para não sonegar a garantia constitucional de acesso à jurisdição de quem quer que se pretenda lesado ou ameaçado de lesão a direito seu.**”

Como se vê, não obstante acentuada a necessidade de autocontenção por esta Suprema Corte na interpretação dos limites de atuação dos demais Poderes da República, afirmada, repito, a competência desta Casa para decidir a esse respeito.

Pontuo que este Supremo Tribunal Federal, no mesmo ano de 2005, ao apreciar a ADI 1.231/DF, Rel. Min. *Carlos Velloso*, Tribunal Pleno, j. 15.12.2005, DJ 28.4.2006, reconheceu, de forma expressa, não obstante o teor eminentemente político da Lei 8.985/1995 que concedeu *anistia aos candidatos às eleições de 1994*, sua competência para analisar a constitucionalidade de referido diploma legislativo.

21. A pretensão de excluir, *ex ante*, da apreciação do Poder Judiciário

ADPF 964 / DF

atos do Poder Público marcados por seu alto teor político consubstancia, de fato, uma tentativa indevida de instauração, no Brasil, de um **estado dual**. De um lado, temas passíveis de apreciação pelo Estado-juiz, submetidos, portanto, ao controle jurisdicional e, em consequência, ao império do ordenamento jurídico. De outro, uma esfera de poder cujos atos seriam insuscetíveis de qualquer tipo de controle e, em consequência, acima da autoridade subordinante das leis e da Constituição.

Evidentemente não se pode acolher esse tipo de argumentação! Mesmo porque, se hoje admitirmos a impossibilidade absoluta de apreciação dos limites a que estão sujeitos os atos políticos e discricionários pelo Estado-juiz, a tendência será a ampliação da esfera de aplicabilidade desses conceitos, de modo a diminuir, cada vez mais, a competência do Poder Judiciário, a reduzir a força normativa da Constituição, a enfraquecer a proteção aos direitos fundamentais e a maximizar o campo para o arbítrio, fazendo da Constituição da República letra morta.

A Constituição da República, como instrumento limitador da atuação estatal, não convive com esferas de poder alheias ao controle. Seria irrazoável, ilógico e infiel com a supremacia da Constituição e sua autoridade anuir com a ausência de instrumentos aptos a viabilizar o exame de conformidade dos atos estatais, mesmo aqueles tidos como políticos ou discricionários, com ordenamento jurídico-positivo.

Imperativo, por conseguinte, afirmar e reafirmar: não há, sob a égide da Constituição Federal de 1988, atos públicos insuscetíveis de controle! Todos os atos do Poder Público, independentemente de quem os edita ou pratica, estão sujeitos à fiscalização e avaliação quanto à legalidade e à constitucionalidade pelos órgãos competentes.

Nesse contexto, por força do art. 5º, XXXV, da Constituição da República, todos os atos públicos podem ser submetidos, pelas vias adequadas, à apreciação pelo Poder Judiciário que a tanto não pode se furtar, reitero, competindo-lhe avaliar a ocorrência de lesão ou de ameaça a direitos.

22. Sublinho que, embora todos os atos do Poder Público sejam

ADPF 964 / DF

passíveis, como dito, de apreciação pelo Poder Judiciário, seu âmbito de cognoscibilidade varia de acordo com o grau de vinculação. Nesse sentido, alguns aspectos dos atos estatais possuem maior grau de vinculação (sujeito, forma e finalidade) a permitir o cotejo direto entre a norma que lhe dá fundamento e o seu conteúdo. Outros elementos do ato administrativo, contudo, apresentam elevado coeficiente político ou discricionário (motivo e objeto), tornando mais restrita a análise judicial de sua constitucionalidade e de sua legalidade, cujo exame cinge-se aos limites a que estão sujeitas as escolhas manifestadas pelo Poder Público.

23. Em suma: a Constituição Federal consagra a independência entre os Poderes da República e edifica um complexo sistema de freios e contrapesos destinado a evitar o exercício arbitrário do poder estatal. Assim, ao mesmo tempo em que outorga competências discricionárias e poderes políticos, define os contornos dentro dos quais tais prerrogativas são exercidas legitimamente. Ao Supremo Tribunal Federal não cabe atuar como órgão revisor, aditando, aperfeiçoando ou substituindo, por critérios próprios, as escolhas manifestadas lícitamente pelos demais Poderes. Impõe-se, contudo, a esta Suprema Corte, na condição de guardião da Constituição, infirmar comportamentos exorbitantes dos limites constitucionais e atos maculados pelos vícios do abuso de direito ou do excesso de poder.

VII. QUESTÕES TERMINOLÓGICAS: INDULTO COLETIVO, INDULTO INDIVIDUAL, GRAÇA EM SENTIDO ESTRITO, COMUTAÇÃO E ANISTIA

24. Antes de mais nada, tenho por imprescindível estabelecer distinções terminológicas e de natureza conceitual quanto aos institutos envolvidos na clemência ou perdão, para, clareando o ponto de partida deste voto, não deixar imersa em sombra a solução que proponho para o deslinde da presente controvérsia, que inequivocamente se reveste da mais alta significância para o ordenamento jurídico pátrio.

25. O instituto da graça encontra entre nós acepção como gênero e como espécie. Do gênero graça são espécies a graça em sentido estrito, o

ADPF 964 / DF

indulto e a comutação da pena, além de, para alguns autores, a anistia.

26. Tenho por inadequada a expressão *direito de graça* para designar o gênero enquanto se vincula, ao fim e ao cabo, a uma concepção de direito subjetivo, o que, todos sabemos, não encontra guarida na jurisprudência desta Casa. Da mesma forma, o termo *poder de graça* revela-se, a meu juízo, impróprio. Por isso, tratarei graça (= gênero) ou instituto da graça – para os efeitos deste voto – como sinônimos de clemência e perdão.

Na minha compreensão – e este é o ponto de partida – a graça, significando clemência/perdão, é gênero, do qual são espécies a graça em sentido estrito, o indulto, a comutação da pena e a anistia. Todas essas diferentes vertentes, em maior ou menor grau, acarretam renúncia ao poder punitivo estatal.

27. O **indulto** – tem natureza coletiva a atingir, portanto, número indeterminado de condenados –, consubstancia uma das vertentes pelas quais a *clementia principis* se manifesta em nosso ordenamento jurídico. Expressamente previsto no art. 84, XII, da Constituição Federal, tal instituto é de competência privativa do Presidente da República e implica, a teor do art. 107, II, do Código Penal, a extinção da punibilidade.

O indulto materializa uma forma de o Estado – por meio de decreto editado, com a prévia oitiva, se necessário, dos órgãos instituídos em lei, no caso, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, pelo Presidente da República – renunciar à execução da pena.

Como ressalta por Reinaldo Rossano Alves, Defensor Público do Distrito Federal, o indulto *é um ato de clemência do Poder Público. Mas nada impede, como tem ocorrido no Brasil, que seja utilizado como instrumento de política pública* (ALVES, Reinaldo Rossado. *Punir e Perdoar: Análise da política pública na edição dos decretos de indulto*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 66). Não por outra razão, esta Suprema Corte já afirmou que o indulto materializa *instrumento de política criminal colocado à disposição do Estado para reinserção e ressocialização dos condenados que a ele façam jus, segundo a conveniência e oportunidade das autoridades competentes* (ADI 2.795-MC/DF, Rel. Min. *Maurício Corrêa*, Tribunal Pleno, j. 08.5.2003, DJ 20.6.2003).

ADPF 964 / DF

Na tradição constitucional brasileira, o indulto destina-se aos condenados que preencham 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.

Quanto ao ponto, cumpre esclarecer que o indulto é uma *carta constitucional* de ampla liberdade decisória atribuída ao Chefe do Poder Executivo Federal para extinguir a punibilidade de condenados. A escolha dos critérios estabelecidos como necessários para o respectivo enquadramento no ato normativo são de competência do Presidente da República, respeitados os limites materiais impostos pela Constituição.

É preciso ressaltar que o indulto atinge apenas os condenados e não os fatos por eles praticados, a significar que não tem o condão de apagar a condenação e os efeitos secundários penais e extrapenais dela decorrentes. A única consequência que, caso preenchidos os requisitos, advém diretamente do indulto é a extinção da punibilidade.

28. A graça em sentido estrito muito se assemelha ao indulto previsto no art. 84, XII, da Constituição Federal. Alguns, inclusive no caso em análise, a nomeiam como indulto individual. Há, pelo menos, duas diferenças: a graça em sentido estrito (i) é concedida em caráter individual, ao passo que o indulto é de índole coletiva; (ii) inexistente, na Constituição da República, previsão expressa desse instituto. Alguns autores, apontam, ainda, como característica distintiva, a necessidade de prévia solicitação para concessão da graça e a espontaneidade na edição do indulto.

29. A comutação de pena – não obstante respeitáveis posições doutrinárias em sentido contrário, como por exemplo de Rodrigo Roig

ADPF 964 / DF

(ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução Penal: teoria crítica* [livro eletrônico]. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. RB-18.4) – pode ser conceituada como uma espécie de um indulto parcial, pois a pena é apenas reduzida, não perdoada e extinta como no indulto.

Pode-se dizer então que

“O indulto não deverá ser confundido com a comutação da pena, pois ambos estão no inciso XII 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 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 são bastante distintos daqueles atribuídos ao indulto, embora estejam reunidos no mesmo dispositivo constitucional.”⁴

Essa linha intelectual que entende a comutação da pena como um indulto parcial se consolidou no âmbito da jurisprudência desta Suprema Corte (HC 81.407/SC, Rel. Min. *Néri da Silveira*, Segunda Turma, j. 13.11.2001, DJ 22.02.2002; HC 81.567/SC, Rel. Min. *Ilmar Galvão*, Primeira Turma, j. 19.02.2002, DJ 05.4.2002; HC 115.099/SP, Rel. Min. *Cármen Lúcia*, Segunda Turma, j. 19.3.2013, DJe 14.3.2013, *v.g.*):

“HABEAS CORPUS. COMUTAÇÃO. CRIME HEDIONDO. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA.

A natureza dos crimes não contemplados pelo decreto presidencial que concede o benefício de indulto e comutação de pena deve ser aferida à época da edição do respectivo ato normativo, pouco importando a data em que tais delitos foram praticados. Precedentes (RE 274.265, rel. min. *Néri da Silveira*, DJ de 19.10.2001, p. 49; e HC 74.429, rel. min. *Sydney Sanches*, DJ 21.03.1997, p. 8507).

4 ENGELMANN, Wilson e LEAL, Daniele Weber S. Comentário ao artigo 84, XII. In: CANOTILHO, J.J. Gomes et. al. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 1.343-4.

ADPF 964 / DF

Ademais, a **comutação nada mais é do que uma espécie de indulto parcial (em que há apenas a redução da pena)**. Daí por que a vedação à concessão de indulto em favor daqueles que praticaram crime hediondo - prevista no art. 2º, I, da lei 8.072/1990 - abrange também a comutação.

Ordem denegada.”

(HC 94.679/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, j. 18.11.2008, DJe 19.12.2008)

30. Cabe, por fim, conceituar a anistia.

Diferentemente dos outros institutos antes analisados, a **anistia** não pode ser concedida pelo Presidente da República de forma unilateral. Na realidade, por expressa previsão constitucional (CF, art. 21, XVII c/c art. 48, VIII), compete ao Congresso Nacional, por meio de lei em sentido estrito, dispor sobre a concessão de anistia penal com a posterior sanção pelo Chefe do Poder Executivo.

A anistia – *que se caracteriza como abolitio criminis de efeito temporário e só retroativo* (ADI 104/RO, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, j. 04.6.2007, DJ 24.8.2007) – consubstancia a modalidade mais ampla de manifestação da clemência estatal e, originalmente, se destinava aos crimes políticos.

Ao contrário dos institutos acima retratados (graça em sentido estrito, indulto coletivo e comutação da pena), a anistia possui efeitos radicais e tem aptidão de atingir *o próprio fato delituoso* (MELLO FILHO, José Celso de. *Constituição Federal Anotada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 68), ou seja, *não só exclui a pena como o crime* (SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 399).

Nessa linha, este Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de se pronunciar no sentido de que a anistia pode englobar qualquer penalidade imposta por lei:

“CONSTITUCIONAL. ANISTIA: LEI CONCESSIVA. Lei 8.985, de 07.02.95. CF, art. 48, VIII, art. 21, XVII. LEI DE

ADPF 964 / DF

ANISTIA: NORMA GERAL.

I. - Lei 8.985/95, que concede anistia aos candidatos às eleições gerais de 1994, tem caráter geral, mesmo porque é da natureza da anistia beneficiar alguém ou a um grupo de pessoas. Cabimento da ação direta de inconstitucionalidade.

II. - **A anistia, que depende de lei, é para os crimes políticos. Essa é a regra. Consubstancia ela ato político, com natureza política. Excepcionalmente, estende-se a crimes comuns, certo que, para estes, há o indulto e a graça, institutos distintos da anistia (CF, art. 84, XII). Pode abranger, também, qualquer sanção imposta por lei.**

III. - A anistia é ato político, concedido mediante lei, assim da competência do Congresso e do Chefe do Executivo, correndo por conta destes a avaliação dos critérios de conveniência e oportunidade do ato, sem dispensa, entretanto, do controle judicial, porque pode ocorrer, por exemplo, desvio do poder de legislar ou afronta ao devido processo legal substancial (CF, art. 5º, LIV).

IV. - Constitucionalidade da Lei 8.985, de 1995.

V. - ADI julgada improcedente.

(**ADI 1.231/DF**, Rel. Min. *Carlos Velloso*, Tribunal Pleno, j. 15.12.2005, DJ 28.4.2006)

Ademais, a concessão de anistia acarreta a extinção de todos os efeitos penais da condenação, inclusive os penais secundários (ALVES, Reinaldo Rossado. *Punir e Perdoar: Análise da política pública na edição dos decretos de indulto*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 65).

VIII. A CLEMENTIA PRINCIPIS E A SEPARAÇÃO DE PODERES

31. Devidamente conceituados os institutos conformadores da graça enquanto gênero, cumpre agora analisá-la sob a égide da separação de poderes instituída pela Constituição Federal. Para tanto, farei uma breve digressão histórica, sobre o perdão constitucional tanto à luz do ordenamento jurídico nacional quanto em consideração à experiência

ADPF 964 / DF

estrangeira que inspirou sua adoção no Brasil.

32. Ana Lúcia Tavares Ferreira, Defensora Pública do Estado do Rio de Janeiro, em importante dissertação de mestrado, defendida perante a Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), quanto ao tema, discorre longamente sobre o histórico remoto da clemência. Aponta a presença do instituto desde a Antiguidade, especialmente na greco-romana (FERREIRA. Ana Lúcia Tavares. *Indulto e sistema penal: limites, finalidades e propostas*. Rio de Janeiro: UERJ, 2011, p. 35-63). Preleciona que, durante a República Romana *a graça perdeu o caráter teocrático e passou a ser um atributo do poder social*. Na realidade, afirma ela, o perdão era utilizado, em tal período, como espécie de contrato para selar a paz entre vencedores e vencidos, obstruindo qualquer tipo de perseguição pelos fatos ocorridos durante a guerra.

A ascensão do Império Romano solidificou esse poder nas mãos de uma única pessoa, o *Cæsar*, tendo em vista a perda da força da lei para dar lugar à vontade Suprema do Imperador. Há, nesse período, uma verdadeira expansão da *clementia* que passa, então, a assumir, com mais ênfase, função social e, portanto, começa a se exteriorizar no campo político, para atender às necessidades políticas da época.

Júlio César utilizava com frequência a *clementia* que passou, inclusive, a ser concedida a cidadãos romanos, gerando efeito hierarquizante. Por ela, o vitorioso poupava seus inimigos da morte e autorizava a manutenção da respectiva propriedade, sua concessão evidenciava, por outro lado, a superioridade do concedente. É por essa razão que esse instituto – que originalmente funcionava como instrumento de legitimação –, durante tal período histórico, passou a se relacionar com elemento de divinização, vinculado à virtude do Imperador.

Todos os imperadores romanos utilizaram, em alguma medida, a *clementia*, às vezes como elemento da autoridade divina, outras vezes como instrumento de legitimação.

33. A evolução do instituto encontrou, na Idade Média, ressonância

ADPF 964 / DF

na doutrina cristã. Nessa linha, Ana Lúcia Tavares Ferreira afirma⁵:

“A doutrina cristã dos primeiros séculos foi construída por concepções da cultura Antiga. O culto cristão incorporou, propositadamente, expressões correntes do antigo culto aos Césares. A *philantropia*, qualidade do *princeps*, era apresentada como atributo de Jesus e a graça era frequentemente mencionada nos textos dos fundadores da Igreja.

A *indulgentia peccatorum*, forjada nos moldes da *indulgentia* romana, designava o perdão dos pecados e, em sentido estrito, a própria indulgência eclesiástica. O instituto canônico sofreu mutações ao longo dos séculos, desenvolvendo-se paralelamente ao conceito jurídico de graça.

A ligação entre a doutrina da indulgência e a teoria jurídica da graça é demonstrada pela coincidência das estruturas lógicas e pelo uso de conceitos teológicos na formação do conceito jurídico.

Além de perpetuar, no culto cristão, expressões e ritos das religiões greco-romanas, a Igreja lançou mão da *clementia* romana para interceder junto aos reis em favor de criminosos. Graça e indulgência eram institutos interligados na sua aplicação. A validade da graça real pressupunha a indulgência eclesiástica. Esta última, por sua vez, deveria ser corroborada pelo rei.”

Mais adiante, durante o período feudal, houve uma ampla descentralização do poder estatal, sobretudo na baixa Idade Média, de modo que a atribuição da graça se pulverizou, podendo ser concedida pelos senhores de terra, pelo Rei, pela Igreja.

Com o desenvolvimento da sociedade e a consolidação da justiça real, em sobreposição à justiça senhorial, a graça veio a retomar o seu lugar, ou seja, voltou a ser de atribuição exclusiva do Rei que poderia exercê-la pessoalmente ou mediante delegação. Nesse período histórico, a

5 FERREIRA. Ana Lúcia Tavares. Indulto e sistema penal: limites, finalidades e propostas. Rio de Janeiro: UERJ, 2011, p. 46

ADPF 964 / DF

graça, não obstante regulamentada, frequentemente ultrapassava os limites estabelecidos, sendo utilizada como instrumento político, administrativo e financeiro.

Nesse contexto, a ascensão do absolutismo na Europa solidificou o processo iniciado anteriormente no sentido de centralizar o poder punitivo, de modo que a jurisdição real assume o papel de julgar os crimes praticados pelos súditos. Paralelamente, iniciou-se também movimento de limitação dos poderes reais por meio da distinção entre as leis positivas e as leis naturais.

34. Ao longo do desenvolvimento da diferenciação acima explicitada, o direito penal se estabelece como ramo autônomo do Direito. Vinculada à concepção de contrato social, a punição pelo ilícito cometido é consequência natural para restabelecimento da ordem pública.

É por essa razão que Cesare Beccaria refutava com tanta ênfase a graça. Para ele, sendo o direito penal instrumento de proteção de valores fundamentais da sociedade, a punição não só é legítima, mas também é obrigatória. A mera existência de um instituto que possibilita o não cumprimento da pena regularmente estabelecida alimentava a esperança de impunidade e, portanto, enfraquecia o temor da punição que decorre diretamente do pacto social.

Inicia-se, assim, uma tendência restritiva do perdão real que encontra na Constituição francesa de 1791 seu ápice: a graça foi abolida do texto constitucional. Após longa discussão, a partir da proposta de Louis-Michel le Peletier, Marquês de Saint-Fargeau, a Assembleia Constituinte, inspirada nos ideais iluministas e frente à necessidade premente de redução dos poderes do Rei, acabou com o instituto, mantendo, no entanto, a anistia de competência do Parlamento (VIAUD, Jean. *Le Droit de Gracé à la Fin de l'Ancien Régime et son Abolition pendant la Révolution*. Paris: Arhur Rousseau, 1906, p. 79).

A verdade, entretanto, é que, após pouquíssimo tempo, em 1802, a graça foi reintroduzida na França como instituto de competência do Poder Executivo.

35. Não obstante o exposto até aqui, alguns autores, apontam que,

ADPF 964 / DF

historicamente, a clemência foi obra de misericórdia, pela qual o Rei perdoava qualquer crime, ofensa, punição, execução, direito, título, dívida ou dever, temporal ou eclesiástico. O poder era absoluto, irrestrito e não estava sujeito escrutínio judicial algum, motivo pelo qual era usado pelos regimes também como uma forma de agrado do soberano aos seus súditos (DUKER, William F. *The President's Power to Pardon: A Constitutional History*. 18 *Wm. & Mary L. Rev.* 475, 1977).

Nesse sentido, William Blackstone em seu famoso *Commentaries on the Law and the England*, influente tratado sobre o direito comum inglês, afirmou que o perdão é uma instituição típica da Monarquia, não sendo, portanto, sua existência compatível com as democracias:

“Este é, de fato, uma das grandes vantagens da monarquia em geral, acima de qualquer outra forma de governo; a de que há um magistrado que detém o poder de conceder o perdão, onde quer que ele pense que seja devido: detendo, em seu peito, uma corte de equidade para amainar o rigor da lei geral naqueles crimes que merecem uma isenção quanto à aplicação da sanção. (...) Em democracias, contudo, o poder de perdão nunca poderá substituir, na medida em que não há nada superior ao magistrado que administra a lei: e seria inadequado centrar no mesmo poder e pessoa que julga a (prerrogativa) de conceder perdão.”

Em sua contribuição sobre a análise dessa prerrogativa monárquica, Albert Dicey, teórico constitucional britânico, descreve a prerrogativa real como o resíduo de autoridade discricionária ou arbitrária, que, a qualquer momento, é deixada nas mãos da Coroa (DICEY, Albert Venn. (1959). *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (10th ed.). London: Macmillan Education Ltd).

36. Com efeito, não obstante os questionamentos que tem sofrido, a figura do perdão se faz presente, como desenho institucional estruturante do Poder Executivo, em diversas e importantes democracias constitucionais consolidadas.

ADPF 964 / DF

Alexander Hamilton⁶, em um de seus artigos publicados nos *Federalist Papers*, especificamente o 74, discorreu a respeito das atribuições do Presidente da República de comandar as Forças Armadas e de atribuir o perdão. Defende, quanto ao ponto de interesse, a concentração deste instituto no Chefe do Executivo que somente não poderia aplicá-lo nos casos de *impeachment*. Para ele, a concentração deste poder de perdoar ou conceder graça deveria estar nas mãos do Primeiro Magistrado, porque esta competência traria responsabilidades e cautelas para a sua concessão, para mitigar os rigores da lei, ou seja:

“Ele está também autorizado “a conceder comutação de penas e perdão por crimes contra os Estados Unidos, *exceto em casos de impeachment*”. **A humanidade e a boa política conspiram para ditar que a benigna prerrogativa do perdão deve ser tão pouco coibida ou complicada quanto possível.** O código criminal de todos os países partilha tal grau de necessária severidade que, sem um fácil acesso a exceções em favor da culpa deplorável, a justiça exibiria um semblante demasiado sanguinário e cruel. **Como o senso de responsabilidade é sempre tanto mais forte quanto menos partilhado, pode-se inferir que um único homem estaria mais disposto a atentar para a força dos motivos que poderiam indicar a mitigação do rigor da lei, e menos propenso a ceder a considerações destinadas a proteger um objeto próprio para a vingança desta.** O pensamento de que o destino de uma criatura dependeria *unicamente* de sua *ordem* iria naturalmente inspirar escrúpulo e cautela; o temor de ser acusado de fraqueza ou conivência geraria igual circunspecção, embora de tipo diferente.”

Alexander Hamilton argumenta – em nítida referência à utilização política do instituto que remonta ao Império Romano – que concentrar o perdão nas mãos do Chefe do Poder Executivo (Primeiro Magistrado)

6 HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *Os artigos federalistas*. São Paulo: Faro Editorial, 2021, p. 389

ADPF 964 / DF

possibilita que, em épocas de rebelião ou insurreição, uma oferta oportuna de perdão aos insurgentes ou rebeldes pode rapidamente restaurar a paz da comunidade. Nesse cenário, convocar o Legislativo, ou um de seus ramos, poderia ser fatal à agilidade necessária ao Poder Executivo para resolver o problema em tempo hábil, aproveitando a ocasião.

37. No sistema constitucional norte-americano, a Suprema Corte desenvolveu profícua jurisprudência quanto ao tema do perdão presidencial.

No caso *United State v. Wilson* (32 U.S. 150), julgado em 1833, o primeiro da Suprema Corte envolvendo o poder de clemência presidencial, o juiz John Marshall definiu o instituto como *um ato de graça, proveniente do poder confiado à execução das leis, que isenta o indivíduo, a quem ele é concedido, da punição que a lei reserva para o crime por ele cometido*.

No julgamento do caso *Biddle v. Perovich* (274 U.S. 480), em 1927, Holmes J. declarou que: *um perdão em nossos dias não é um ato privado de graça de um indivíduo que passa a possuir poder. Faz parte do esquema constitucional. Quando concedida, é a determinação da autoridade final de que o bem-estar público será mais bem servido, flexionando menos do que a sentença fixada*.

38. Quanto ao argumento, frequentemente utilizado para justificar a necessidade de restrição à prerrogativa presidencial de concessão da graça, de violação da separação dos poderes e independência do Poder Judiciário, importante ressaltar a *ratio* subjacente à decisão unânime da Suprema Corte no caso *Ex-parte Grossman* (267 U.S. 87, 1925).

Na oportunidade, a Suprema Corte, seguindo a opinião do Presidente, William Taft, adotou posicionamento no sentido de que a Constituição, ao pensar a separação de poderes, estabeleceu um sistema de freios e contrapesos que atribuiu ao Presidente da República, em juízo discricionário, a concessão do perdão.

Nessa linha mesma, o complexo sistema de freios e contrapesos instituído pela nossa Constituição, ao atribuir a graça (= gênero) ao Presidente da República, em sua essência, como já decidido por este

ADPF 964 / DF

Plenário (ADI 5.874/DF, Red. p/ acórdão Min. *Alexandre de Moraes*, Tribunal Pleno, j. 09.5.2019, DJe 05.11.2020), densifica medida de contrapeso do Poder Executivo frente ao Poder Judiciário, a evidenciar ser parte integrante da própria noção de separação de poderes. Vale destacar que todas as nossas Constituição republicanas previram, na esfera de competência do Chefe do Executivo, a atribuição de concessão de perdão.

Na realidade, contudo, como acentuado por Ana Lúcia Tavares Ferreira (FERREIRA, Ana Lúcia Tavares. *Indulto e sistema penal: limites, finalidades e propostas*. Rio de Janeiro: UERJ, 2011, p. 95-114), as críticas doutrinárias à clemência se originam de uma concepção clássica da separação de poderes, baseada sobretudo na supremacia do Poder Legislativo, que não encontra ressonância em nosso ordenamento jurídico-positivo.

Assim, em uma primeira e superficial análise, é possível concluir pela existência de uma relativa oposição entre a clemência e a separação de poderes. No entanto, o estudo histórico do instituto conduz a conclusão mais condizente com a dogmática constitucional moderna. O perdão é importante instrumento, à disposição do Poder Executivo, de contrapeso ao Poder Judiciário, revelando-se, pois, **em tese**, legítima a interferência de um Poder no outro quando devidamente prevista no texto constitucional.

39. A experiência do direito comparado confirma a adoção da figura do perdão como uma das prerrogativas do Poder Executivo, dentro da moldura democrática constitucional, em atenção à doutrina da separação dos poderes.

Nesse sentido, os seguintes exemplos: Alemanha (art. 60, 2,3); Argentina (art. 99,5); Bélgica (art. 110); Chile (art. 32, 16); Colômbia (art. 150, 17); Coreia do Sul (art. 78); Dinamarca (§24); Espanha (art. 62, i); Estados Unidos (art. II, 2); Holanda (art. 122); Hungria (art. XXXI, 1, 2, j, e 8,3, j); Índia (art. 72); Luxemburgo (art. 38); França (art. 17); México (art. 89, XIV); Noruega (art. 20); Paraguai (art. 238); Peru (art. 118,21); Portugal (art. 134, f); Suécia (art. 13), Suíça (art. 173), Uruguai (art. 85).

40. Vê-se, portanto, que a graça, no sistema constitucional delineado

ADPF 964 / DF

em nosso ordenamento jurídico, constitui medida de contrapeso do Poder Executivo frente ao Poder Judiciário, integrando, portanto, o sistema de freios e contrapesos instituído pela Constituição, a significar que, por si só, é parte relevante da separação de poderes.

Não há, assim, segundo entendo, fundamento para lhe atribuir caráter excepcional à graça, de modo a interpretá-la restritivamente.

IX. O INSTITUTO DA GRAÇA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

41. No presente tópico farei uma breve análise histórica da graça enquanto gênero em nosso ordenamento jurídico, desvelando, ainda, o texto da Constituição Federal de 1988 a respeito.

IX.1 Histórico

42. A Constituição imperial de 1824, a teor do art. 101, VIII, atribuiu competência ao Imperador, legítimo detentor do Poder Moderador, o perdão e a comutação das penas impostas pelo Judiciário. A seu turno, também era de sua prerrogativa conceder anistia *em caso urgente, e que assim aconselhem a humanidade, e bem do Estado* (art. 101, IX).

43. A primeira Constituição Republicana (1891) promoveu substancial modificação na sistemática atinente à clemência. Ao Presidente da República competia, nos termos do art. 48, § 6º, *indultar e comutar as penas nos crimes sujeitos à jurisdição federal*, ressalvados os crimes de responsabilidade cometidos por funcionários públicos (art. 34, n. 28), pelos Ministros de Estado e, nesse último caso, também os crimes comuns (art. 52, § 2º).

Já a concessão da anistia passou a ser de competência privativa do Congresso Nacional (art. 34, n. 27).

44. A Constituição de 1934, de outro lado, alterou novamente a regulamentação do tema. Não obstante, manteve a atribuição do Presidente da República de perdoar e comutar penas, agora sem a restrição concernente aos crimes federais e com a necessidade de

ADPF 964 / DF

proposição dos órgãos competentes (art. 56, § 3º).

A anistia se manteve na esfera de atribuições privativas do Poder Legislativo (art. 40, e).

45. A Constituição de 1937, fruto de um período autoritário, outorgou ao Presidente da República o exercício da graça (art. 75, f). Essa foi a primeira vez que a Carta Política se referiu à clemência como *graça*. Pode-se dizer que, sob a égide dessa ordem constitucional, o Presidente exercia em plenitude a prerrogativa do perdão, vale dizer, podia, inclusive, conceder anistia.

Imperioso destacar que, no âmbito da legislação infraconstitucional, o Código de Processo Penal adota a nomenclatura *graça*. Isso se deve, principalmente, ao fato de que editado sob a égide da Constituição de 1937 que se valia do termo. Curiosamente, no entanto, o CPP, mesmo ausente previsão constitucional específica quanto ao indulto, à anistia e à graça em sentido estrito, adotou concepção que diferencia, na essência, tais institutos.

46. A Constituição de 1946, por sua vez, restaurou a dualidade existente até 1937: a anistia voltou a ser de competência privativa do Congresso Nacional (art. 66, V). Já o indulto e a comutação da pena permaneceram na esfera de competência do Presidente da República *com audiência dos órgãos instituídos em lei* (art. 87, XIX). A expressão *graça* não figura no texto constitucional.

47. As Constituições de 1967 (art. 46, VIII e art. 83, XX) e de 1969 (art. 43, VIII e art. 81, XXII) – materializada na Emenda Constitucional 01/1969, fruto do período de Ditadura Militar vivenciado em nosso país – mantiveram, no ponto, as disposições da Constituição de 1946.

Convém anotar que a Lei de Execução Penal, editada sob a égide da Constituição de 1969, dispõe sobre a anistia, o indulto coletivo e o indulto individual. A expressão *graça* não é utilizada e adotou-se o termo *indulto individual* para designar a graça em sentido estrito.

48. Finalmente, a Constituição Federal de 1988 preservou, em grande medida, quanto ao tema, a estrutura normativa que vinha desde 1946. Compete ao Poder Legislativo a concessão de **anistia** (art. 48, VIII). É

ADPF 964 / DF

atribuição do Presidente da República, *com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei*, a concessão de **indulto** e a **comutação** das penas.

É importante ressaltar que, ao contrário do que sucedeu com as Constituições imediatamente anteriores, a Carta Política de 1988 voltou, tal como a Constituição de 1937, a utilizar o termo *graça*. Fê-lo, no entanto, em contexto diverso. No texto atual, o vocábulo *graça* é utilizado apenas e tão somente no dispositivo constitucional que restringe, expressamente, a *clementia principis* (CF, art. 5º, XLIII), vale dizer, não como instituto de atribuição do Presidente da República tal como ocorria à época. Confira-se a redação dos dois preceitos que versam sobre a clemência ou perdão:

“Art. 5º (...)

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

(...)

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: (...)

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

IX.2 O instituto da graça em sentido estrito na Constituição da República de 1988

49. Como visto no item anterior, apenas um único dispositivo na Constituição Federal de 1988 que utiliza a expressão *graça*, trata-se do art. 5º, XLIII, que assim dispõe: *a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.*

ADPF 964 / DF

A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal, por sua vez, interpretou o art. 5º, XLIII, da Carta Política, em sede de *habeas corpus*, adotando compreensão de que o termo *graça* nele inscrito não corresponde à graça em sentido estrito.

Com efeito, ao exame, do HC 77.528/SP, Rel. Min. *Sydney Sanches*, Tribunal Pleno, j. 18.02.1999, DJ 20.10.1999, refutada a interpretação conferida ao art. 5º, XLIII, da Constituição Federal, pelo Ministro Marco Aurélio, para o qual o vocábulo *graça* contido no referido dispositivo constitucional traduziria a graça em sentido estrito.

Naquela assentada, Sua Excelência, o Ministro Marco Aurélio, votou pela declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 2º, I, da Lei 8.072/1990, ao entendimento de que referido dispositivo, ao afastar a possibilidade de concessão de indulto aos crimes hediondos, promovia *inserção* de nova hipótese restritiva não contemplada no art. 5º, XLIII, CF, a configurar inconstitucionalidade manifesta.

Nada obstante, o Tribunal Pleno concluiu de forma diversa. Transcrevo, quanto ao ponto, fragmento do voto proferido pelo Ministro Sepúlveda Pertence na oportunidade:

“É só comparar esse inciso XLIII do art. 5º com o inciso XII do art. 84, para ver que, no art. 84, em todo o conjunto do rol de atribuições presidenciais, não há alusão à graça, mas apenas ao indulto e à comutação de penas. O que deixa claro que, usada a expressão “graça” em outro preceito da Constituição, nele se hão de compreender, tanto o indulto quanto a comutação de pena a que alude o art. 84, XII, para confiá-los à competência do Presidente da República.

Desse modo, fico apenas na Constituição e entendo que, no art. 5º, XLIII, a referência à graça, que abrange não só o indulto e a comutação de penas individuais, mas também o indulto coletivo, que é também modalidade do poder de graça, que se pode exercer — como é usual — pela fixação de critérios gerais para a extinção ou a comutação parcial de penas.”

Da mesma forma, ao exame do HC 81.565/SC, Rel. Min. *Sepúlveda*

ADPF 964 / DF

Pertence, Primeira Turma, j. 19.02.2002, DJ 22.3.2002, a Primeira Turma desta Casa não emprestou à expressão *graça* constante do art. 5º XLIII, da Constituição da República conotação restritiva. Assim, nos termos dos citados precedentes deste Supremo Tribunal Federal, referido vocábulo (*graça*) foi empregado na Carta Política como **gênero**, não como espécie. A título de exemplo, nesse exato sentido:

“HABEAS CORPUS. PRETENSÃO DE RECONHECER-SE O DIREITO DO PACIENTE À COMUTAÇÃO PREVISTA NO DECRETO 3.226/99, QUE NÃO VEDOU EXPRESSAMENTE A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO AOS CONDENADOS POR CRIMES HEDIONDOS, FAZENDO-O TÃO-SOMENTE QUANTO AO INDULTO.

Sendo a comutação espécie de indulto parcial, apresenta-se irrelevante à negativa de concessão aos condenados por crime hediondo o fato de o dito benefício não haver sido expressamente mencionado no Decreto Natalino.

O Plenário do STF, ao declarar a constitucionalidade do inciso I do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90, assentou que **o termo "graça" previsto no art. 5.º, XLIII, da CF engloba o "indulto" e a "comutação da pena", estando a competência privativa do Presidente da República para a concessão desses benefícios limitada pela vedação estabelecida no referido dispositivo constitucional.**

Habeas corpus indeferido.”

(HC 81.567/SC, Rel. Min. *Ilmar Galvão*, Primeira Turma, j. 19.02.2002, DJ 05.4.2002)

50. É bem verdade que tal fato, por si só, não inviabiliza a atividade conformadora inerente ao Poder Legislativo. Como já tive oportunidade de externar, nesse Plenário, ao contrário do que ocorreria caso se adotasse a concepção da Constituição como instrumento veiculador de deveres e de obrigações para todos os aspectos imagináveis da atividade legislativa – o que a doutrina chama de Constituição *genoma* –, não é necessário reconhecer, no texto constitucional, norma autorizativa para toda e

ADPF 964 / DF

qualquer deliberação legislativa.

O reconhecimento do importante papel desenvolvido pelo legislador infraconstitucional e a existência de ampla margem de discricionariedade conformadora não excluem, contudo, a necessidade de observância e respeito às balizas constitucionais.

51. Observo que a legislação infraconstitucional – o Código de Processo Penal (arts. 734 a 740) e a Lei de Execução Penal (arts. 188 a 192) – prevê e disciplina a graça em sentido estrito ou o indulto individual.

Como já ressaltado acima, ambas as disposições normativas são fruto de períodos autoritários pelos quais passou nosso país. O Código de Processo Penal, editado em 1941, para vigorar a partir de 1º.01.1942, sob a égide da Constituição de 1937, utiliza nomenclatura abandonada por todas as Constituições subsequentes.

As Constituições posteriores, até mesmo aquelas elaboradas no período de Ditadura Militar (1964-1985), não concentraram formalmente a clemência nas mãos do Presidente da República, tal como sucedia na Constituição de 1937.

Como apontado pelo Ministro Celso de Mello, a *Carta de 1937*, coerente com o espírito autoritário que a animou, deferiu, “*tout court*”, ao Presidente da República o exercício de todas as faculdades inerentes ao poder de graça (HC 82.296/AM, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, j. 03.12.2002, DJe 17.10.2013).

Vê-se, pois, que foi sob a égide da Constituição de 1937 – que, frise-se, concentrava todo o perdão nas mãos do Presidente da República – que o Código de Processo Penal foi elaborado prevendo a graça em sentido estrito.

Por outro lado, a Lei de Execução Penal também dispõe, embora utilizando outra expressão normativa – *indulto individual* –, sobre a graça em sentido estrito.

52. Destaco que, à época em que editados referidos diplomas legais, não existia, no plano constitucional, de modo expreso, os princípios básicos informadores da Administração Pública.

Segundo a melhor doutrina, a *Constituição de 1988* inovou ao fazer

ADPF 964 / DF

*expressa menção a alguns princípios a que se submete a Administração Pública Direta e Indireta, a saber, os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade administrativa, da publicidade da publicidade e eficiência (art. 37, caput, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 4-6-98) (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 35. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 82).*

Com efeito, a Constituição Federal de 1988 expressamente prevê princípios a que se submetem todas as esferas de poder no exercício da função administrativa, mas não só. Tais princípios, nas palavras do Ministro Carlos Ayres Britto⁷, regem

“qualquer das modalidades de administração pública com que inicialmente trabalhamos: a administração pública enquanto atividade e a Administração Pública enquanto aparelho ou aparato de poder. Logo, **princípios que submetem o Estado quando da criação legislativa** de órgãos e entidades, assim como submetem todo e qualquer Poder estatal quando do exercício da atividade em si de administração pública.”

Exatamente por se difundirem a todas as esferas e níveis de poder que este Supremo Tribunal Federal, em mais de uma oportunidade, já afirmou que a produção legislativa também deve observância rigorosa às normas principiológicas inerentes à Administração Pública (ADI 2.667/DF, Rel. Min. *Celso de Mello*, Tribunal Pleno, j. 05.10.2020, DJe 19.10.2020; ADI 5.566/PB, Rel. Min. *Alexandre de Moraes*, Tribunal Pleno, j. 25.10.2018, DJe 09.11.2018, *v.g.*).

Assim, seja adotando a concepção segundo a qual o perdão tem natureza de ato substancialmente legislativo (ZAGREBELSKY, *Gustav. Amnistia, Indulto e Grazia: Profili Costituzionali*. Milano: Giuffrè, 1974, p. 109-110), seja perfilhando a linha doutrinária que vislumbra na clemência um ato político (FERREIRA, Ana Lúcia Tavares. *Indulto e sistema penal:*

7 BRITTO, Carlos Ayres. Comentário ao artigo 37, caput. In: CANOTILHO, J.J. Gomes et. al. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 887

ADPF 964 / DF

limites, finalidades e propostas. Rio de Janeiro: UERJ, 2011, p. 110-3), em ambas as hipóteses suas disposições devem estar de acordo com as balizas constitucionais prescritas no art. 37, *caput*, da Constituição Federal.

53. Assentadas tais premissas – quais sejam: (i) a inexistência de referência expressa à graça em sentido estrito na Constituição Federal, (ii) a edição da legislação infraconstitucional sobre o tema em momento anterior à Carta Política atual e em panorama fático e normativo absolutamente diverso, (iii) a submissão de todas as esferas de poder aos princípios regentes da Administração Pública –, poder-se-ia até cogitar da incompatibilidade do indulto individual com a ordem constitucional positiva.

54. Os princípios insculpidos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, encontram-se entrelaçados uns nos outros, atuando, pois, cada qual como instrumentais recíprocos e complementares. Significa dizer que da observância de um deles decorre o cumprimento de outros e vice-versa, de modo que é muito difícil, na prática, apontar, em separado, suas características particulares.

55. O princípio da impessoalidade, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, *traduz a ideia de que a Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimntosas. Nem favoritismo nem perseguições são toleráveis. É por essa razão que simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atuação administrativa e muito menos interesses sectários, de facções ou grupos de qualquer espécie* (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2021, p. 96).

O Ministro Gilmar Mendes, em sede doutrinária, afirma que o princípio da impessoalidade é corolário direto do postulado republicano, de modo a se manifestar *como expressão de não protecionismo e de não perseguição*. Assim, *a vontade do Estado independe das preferências subjetivas do servidor ou da própria Administração* (MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 985).

ADPF 964 / DF

A Ministra Cármen Lúcia, por sua vez, também em âmbito doutrinário, assevera que a impessoalidade objetiva neutralidade no exercício da atividade administrativa, sendo o interesse público a *única diretriz jurídica válida* para pautar os comportamentos estatais. Desse modo, conclui afirmando que *o princípio da impessoalidade impede e proíbe, assim, o subjetivismo na Administração Pública*, a evidenciar que *a objetividade não permite que se mostra ou prevaleça a face ou a alma do administrador* (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 147-9).

Vê-se, portanto, que, não obstante a amplitude conceitual do princípio em análise, há um consenso doutrinário mínimo. A impessoalidade impõe que o Poder Público atue (i) sem externar predileções ou aversões, simpatias ou antipatias pessoais, (ii) sem objetivar represálias ou vinganças, tampouco favorecimentos ou benefícios desvinculados de razões de interesse público. A vontade pessoal do agente público deve ser irrelevante, o fim almejado pelo Estado sempre deve ser o interesse público.

56. Este Supremo Tribunal Federal, em diversas oportunidades, se debruçou sobre o princípio da impessoalidade, havendo, inclusive, declarado a inconstitucionalidade de leis e atos normativos com ele conflitantes.

57. O princípio da isonomia, além de essencial para o Estado de Direito, consubstancia um elemento fundamental na **vinculação de toda atividade exercida pelo Estado**, revelando-se, portanto, como importante fator e instrumento de limitação do poder.

Consabido, nesse contexto, que a amplitude conceitual do princípio da igualdade não permite, em regra, aferir, *ex ante*, a violação de seu conteúdo material, sendo, pois, indispensável a existência de hipótese concreta para tal exercício.

Celso Antônio Bandeira de Mello⁸, em obra doutrinária paradigma quanto ao princípio da igualdade, destaca a necessidade de:

8 DE MELLO. Celso Antônio Bandeira. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1993, p. 21-2.

ADPF 964 / DF

“(...) investigar, de um lado, **aquilo que é adotado como critério discriminatório**; de outro lado, cumprir verificar se há justificativa racional, isto é, **fundamento lógico**, para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impede analisar se a **correlação ou fundamento racional abstratamente existente é, in concreto, afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional**. A dizer: se guarda ou não harmonia com eles.

Em suma: importa que exista mais que uma correlação lógica *abstrata* entre o fator diferencial e a diferenciação conseqüente. Exige-se, ainda, **haja uma correlação lógica concreta, ou seja, aferida em função dos interesses abrigados no direito positivo constitucional**. E isto se traduz na consonância ou dissonância dela com as finalidades reconhecidas como valiosas na Constituição.”

Ainda segundo seu magistério doutrinário, para a análise da violação do princípio da igualdade faz-se imprescindível perquirir (i) o critério de discriminação, (ii) a existência de fundamento legitimador da desequiparação realizada pela lei e (iii) a relação de compatibilidade entre o fator discriminatório e os demais valores constitucionais. Tudo porque, havendo fundamento constitucional suficiente e adequado, sequer é possível falar em discriminação odiosa.

Com efeito, a Constituição Federal veda o tratamento desigual em situações absolutamente idênticas, mas, em absoluto, impede a adoção de condutas distintas frente a situações desiguais. Nessa toada, colho de voto do Ministro Ayres Britto, *a insuperável máxima aristotélica de que a verdadeira igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, máxima que Ruy Barbosa interpretou como o ideal de tratar igualmente os iguais, porém na medida em que se igualem; e tratar desigualmente os desiguais, também na medida em que se desigualem* (ADI 3.330/DF, Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, j. 03.5.2012, DJe 22.3.2013).

O ordenamento constitucional brasileiro não proíbe todo e qualquer tratamento desigual. Pelo contrário. Há situações em que somente a

ADPF 964 / DF

desigualação permite atingir os fins e os objetivos constitucionalmente formulados, com a concretização da igualdade material, mediante o emprego de procedimento díspar para os mais diversos atores envolvidos (ADPF 186/DF, Rel. Min. *Ricardo Lewandowski*, Tribunal Pleno, j. 26.4.2012, DJe 20.10.2014; ADC 41/DF, Rel. Min. *Roberto Barroso*, Tribunal Pleno, j. 08.6.2017, DJe 17.8.2017, *v.g.*).

Existindo correlação lógico-jurídica entre o fator de *discrímen* e os interesses constitucionais perseguidos, não há falar em violação do princípio da igualdade. Há consenso doutrinário e jurisprudencial quanto à possibilidade de desigualações, desde que haja, sublinho, fator discriminatório lícito e que o tratamento diverso encontre fundamento em outros valores constitucionais (ADI 3.918/SE, Rel. Min. *Dias Toffoli*, Tribunal Pleno, j. 16.5.2022, DJe 09.6.2022; RE 640.905/SP, Rel. Min. *Luiz Fux*, Tribunal Pleno, j. 15.12.2016, DJe 01.02.2018).

58. O princípio da moralidade administrativa, de outro lado, como ressaltado acima, vem atrelado a outros postulados conformadores do Estado, sendo certo que, como acentuado por Celso Antônio Bandeira de Mello, impõe à Administração Pública e aos seus agentes atuação pautada em princípios éticos, revelando-se indispensável distinguir o justo do injusto, o legal do ilegal, o conveniente do inconveniente, o oportuno do inoportuno. Desse modo, a transgressão aos padrões ético-jurídicos *implicará violação ao próprio Direito, configurando ilicitude que assujeita a conduta viciada a invalidação, porquanto tal princípio assumiu foros de pauta jurídica, na conformidade do art. 37 da Constituição*. Ademais, segundo referido administrativista, inclui-se no âmbito da moralidade administrativa a lealdade e a boa-fé, de modo que *Administração haverá de proceder em relação aos administrados com sinceridade e lhaneza, sendo-lhe interdito qualquer comportamento astucioso, eivado de malícia, produzido de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por parte dos cidadãos* (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2021, p. 104).

59. No caso em análise, diante de todo exposto, me parece evidente a incompatibilidade da graça em sentido estrito (indulto individual) com a

ADPF 964 / DF

Constituição da República, especialmente com os princípios da impessoalidade, da isonomia, e da moralidade administrativa.

A característica primordial do indulto individual é, em si mesmo, a existência de um destinatário certo. É um instituto que não pode ser generalizado e estendido. É um instrumento voltado a satisfazer os interesses pessoais do Presidente da República e, obviamente, de seu beneficiário.

Por meio do indulto individual – ato de governo, espécie de ato administrativo – a Administração Pública, com a edição de decreto pelo Presidente da República, concede, em manifesta afronta aos princípios da impessoalidade, da isonomia, e da moralidade administrativa, benefício a pessoa certa e determinada, sem a possibilidade, inclusive, de aferição objetiva do interesse público.

O fato evidente, contudo, é que, não obstante a possibilidade de adoção de tratamentos distintos entre cidadãos, os critérios utilizados para discriminação devem possuir caráter impessoal e genérico, de modo a serem empregados para uma generalidade de pessoas que estejam em situações idênticas.

Exatamente pelo perdão ser instituto norteador pela conveniência e oportunidade, a juízo exclusivo do Presidente da República, que se mostra inadmissível sua forma individual. Não existiria, caso admitido sua existência, qualquer mecanismo à disposição de terceiros para obter o mesmo benefício anteriormente outorgado a pessoa específica. Vale dizer, a natureza eminentemente subjetiva do indulto individual não permitiria sua extensão a situações similares. Tal constatação, a meu juízo, revela afronta à mais básica noção de justiça e de equidade, a evidenciar transgressão aos princípios da moralidade administrativa, da impessoalidade, da isonomia.

Oportuno ressaltar que o instituto em si – indulto individual –, por sua própria natureza, mostra-se como instrumento apto a fazer prevalecer simpatias ideológicas, pessoais e políticas, além de se caracterizar pela prevalência de interesses particulares, tanto do Presidente da República quanto do beneficiário, em prejuízo do interesse público.

ADPF 964 / DF

Revela-se, pois, a meu juízo, incompatível com a ordem jurídico-normativa vigente o indulto individual, tendo em vista que materializa instituto que propicia, de forma ilegítima, a exaltação e expansão das qualificações pessoais do Presidente da República em detrimento da necessária objetividade que deve nortear a atuação do Estado, além, é claro, de transfigurar a gestão da coisa pública em favor de interesses privados.

63. Em suma: o instituto da graça em sentido estrito – indulto individual –, em face da superveniência da nova ordem constitucional, não foi recepcionado.

64. No entanto, como ressaltado anteriormente, entendo oportuno superar essa questão, portanto, as considerações que teci nos 10 tópicos acima configuram mero *obiter dictum*. Ultrapasso esse aspecto específico, tendo em vista a existência de outro fundamento autônomo e suficiente para o deslinde da presente controvérsia constitucional. Trata-se da teoria do desvio de finalidade.

**X. ADI 5.874/DF: RECONHECIMENTO DA POSSIBILIDADE DE OCORRÊNCIA
DE DESVIO DE FINALIDADE**

65. Esta Suprema Corte, ao exame da ADI 5.874/DF, de que ficou Redator para acórdão o Ministro Alexandre de Moraes, já teve a oportunidade de se manifestar, em controle concentrado, a respeito da competência presidencial prevista no art. 84, 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*);).

Naquela assentada, este Tribunal, por maioria, proclamou a constitucionalidade do Decreto 9.246, de 21 de dezembro de 2017, editado pelo então Presidente da República. Eis a ementa de referido precedente:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE.
DIREITO PENAL E PROCESSO PENAL. INDULTO.
COMPETÊNCIA PRIVATIVA DO PRESIDENTE DA

ADPF 964 / DF

REPÚBLICA (CF, ART. 84, XII) PARA DEFINIR SUA CONCESSÃO A PARTIR DE REQUISITOS E CRITÉRIOS DE CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE. PODER JUDICIÁRIO APTO PARA ANALISAR A CONSTITUCIONALIDADE DA CONCESSÃO, SEM ADENTRAR NO MÉRITO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA IMPROCEDENTE.

1. A Constituição Federal, visando, principalmente, a evitar o arbítrio e o desrespeito aos direitos fundamentais do homem, previu a existência dos Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, repartindo entre eles as funções estatais.

2. Compete ao Presidente da República definir a concessão ou não do indulto, bem como seus requisitos e a extensão desse verdadeiro ato de *clemência constitucional*, a partir de critérios de conveniência e oportunidade.

3. A concessão de indulto não está vinculada à política criminal estabelecida pelo legislativo, tampouco adstrita à jurisprudência formada pela aplicação da legislação penal, muito menos ao prévio parecer consultivo do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, sob pena de total esvaziamento do instituto, que configura *tradicional mecanismo de freios e contrapesos na tripartição de poderes*.

4. Possibilidade de o Poder Judiciário analisar somente a *constitucionalidade* da concessão da *clementia principis*, e não o mérito, que deve ser entendido como juízo de conveniência e oportunidade do Presidente da República, que poderá, entre as hipóteses legais e moralmente admissíveis, escolher aquela que entender como a melhor para o interesse público no âmbito da Justiça Criminal.

5. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente.”

(ADI 5.874/DF, Red. p/ acórdão Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, j. 09.5.2019, DJe 05.11.2020)

66. Algumas breves considerações se impõem para adequada

ADPF 964 / DF

compreensão do teor e do alcance do julgamento supramencionado.

67. Em primeiro lugar: o objeto de exame nos autos da ADI 5.874/DF era, como todos sabemos, o Decreto 9.246, de 21 de dezembro de 2017, que, a teor de seu art. 1º, *caput*, consubstanciava indulto coletivo. Veja-se:

“Art. 1º O **indulto natalino coletivo** será concedido às pessoas nacionais e estrangeiras que, até 25 de dezembro de 2017, tenham cumprido:”

Inequivocamente, portanto, este Supremo Tribunal Federal, ao julgamento da ADI 5.874/DF, limitou-se a realizar a aferição de compatibilidade do decreto de indulto de natureza **coletiva** (Decreto 9.246/2017) com o ordenamento jurídico-constitucional. Vale dizer, nada se decidiu em relação à figura **individual** do indulto, circunstância dos presentes autos.

A verdade é que, pelo menos desde 1988, esta Suprema Corte **nunca se deparou** com controvérsia constitucional concernente à prerrogativa presidencial de concessão de graça em sentido estrito ou de indulto individual. Esta, por conseguinte, é a primeira vez que esta Casa se pronuncia sobre o tema em sede de controle concentrado.

68. Em segundo lugar: cumpre esclarecer que, ao exame da ADI 5.874/DF, não obstante decidido que o indulto configura ato privativo e discricionário do Presidente da República, este Supremo Tribunal Federal **não endossou** a tese de impossibilidade absoluta de sindicância do decreto presidencial de indulto na via judicial.

Em outras palavras, para deixar ainda mais claro, este Supremo Tribunal Federal **entendeu que é possível** realizar o controle de constitucionalidade de decreto de indulto, especialmente no tocante à aspectos formais. O que não é possível, segundo o precedente citado, é invadir o campo de competência privativa do Presidente da República no que diz com o **mérito** da concessão da *clementia principis*.

Quanto ao ponto, revela-se importante ressaltar que o Ministro Alexandre de Moraes, designado Redator para acórdão da ADI 5.874/DF, em seu voto, **seguido pela maioria dos integrantes do Tribunal Pleno**,

ADPF 964 / DF

expressamente consignou a admissibilidade do controle de constitucionalidade do decreto de indulto, inclusive quanto à ocorrência de desvio de finalidade. Colho do voto proferido por Sua Excelência naquela oportunidade:

“A concessão de indulto, mesmo tendo caráter discricionário quanto ao mérito, está vinculada ao império constitucional, pois, como muito bem ressaltado por JACQUES CHEVALLIER, “o objetivo do Estado de Direito é limitar o poder do Estado pelo Direito” (*L’Etat de droit*. Paris: Montchrestien, 1992. p. 12).

O Estado de Direito exige a vinculação das autoridades ao Direito (KARL LARENZ. *Derecho justo*: fundamentos de ética jurídica. Tradução de Luis Díez-Picazo. Madri: Civitas, 1985. p. 154), e, portanto, o Presidente da República, ao editar o Decreto de Indulto, deve respeito às exigências constitucionais.

Assim como nos demais atos administrativos discricionários, como apontado por VEDEL, há a existência de um controle judicial mínimo, que deverá ser sob o ângulo de seus elementos, pois, embora possa haver competência do agente, é preciso, ainda, que os motivos correspondam aos fundamentos fáticos e jurídicos do ato, e o fim perseguido seja legal (GEORGES VEDEL. *Droit administratif*. Paris: Presses Universitaires de France, 1973. p. 320).

O Poder Judiciário deve exercer somente o juízo de verificação de exatidão do exercício de oportunidade perante a constitucionalidade do Decreto de Indulto.

A análise da constitucionalidade do Decreto de Indulto deverá, igualmente, verificar a realidade dos fatos e também a coerência lógica da decisão discricionária com os fatos. Se ausente a coerência, o indulto estará viciado por infringência ao ordenamento jurídico constitucional e, mais especificamente, ao princípio da proibição da arbitrariedade dos poderes públicos que impede o extravasamento dos limites razoáveis da discricionariedade, evitando que se converta em causa de decisões desprovidas de justificação fática e, conseqüentemente,

ADPF 964 / DF

arbitrárias (TOMAS-RAMON FERNÁNDEZ. *Arbitrariedad y discrecionalidad*. Madri: Civitas, 1991. p. 115).

A opção conveniente e oportuna para a edição do Decreto de Indulto deve ser feita legal e moralmente pelo Presidente da República, e somente sua constitucionalidade deve ser apreciada pelo Poder Judiciário, conforme teoria já consagrada em relação a todos os atos discricionários do Poder Público (RENÉ CHAPUS. *Droit administratif général* 6. ed. Paris: Montchrestien, 1992, t. 1, p. 775).

Esta SUPREMA CORTE tem o dever de analisar se as normas contidas no Decreto de Indulto, no exercício do caráter discricionário do Presidente da República, estão vinculadas ao império constitucional.”

Na mesma direção, o Ministro Celso de Mello, ao acompanhar o voto do Ministro Alexandre de Moraes e compor a corrente majoritária de referido julgamento, atestando a possibilidade de controlar, utilizando a teoria do desvio de finalidade, o decreto de indulto. Entendeu, no entanto, ausente o vício em relação ao ato normativo lá impugnado. Veja-se:

“Não reconheço configurada, na espécie, qualquer das hipóteses de desvio de finalidade que, segundo sustenta a douta Procuradoria-Geral da República, deslegitimaria o ato político de concessão de indulto objeto da presente ação direta.

Não questiono a afirmação de que o desvio de finalidade qualifica-se como vício apto a contaminar a validade jurídica do ato administrativo, inquinando-o de nulidade, tal como adverte o magistério doutrinário (HELY LOPES MEIRELLES, “Direito Administrativo Brasileiro”, p. 176, item n. 1.2.2, 42ª ed., 2016, Malheiros; FERNANDA MARINELA, “Direito Administrativo”, p. 341/342, item n. 3.5, 10ª ed., 2016; MÁRCIO PESTANA, “Direito Administrativo Brasileiro”, p. 273, item n. 9.4.5, 2ª ed., 2010, Campus Jurídico; LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, “Curso de Direito Administrativo”, p. 203/204, item n. 5.1.4, 9ª ed., 2008, Malheiros; MARIA SYLVIA

ADPF 964 / DF

ZANELLA DI PIETRO, “Direito Administrativo”, p. 216/217, item n. 7.7.4, 25ª ed., 2012, Atlas; MARÇAL JUSTEN FILHO, “Curso de Direito Administrativo”, p. 431/434, item n. 7.15.4.5, 11ª ed., 2015, RT; EDIMUR FERREIRA DE FARIA, “Curso de Direito Administrativo Positivo”, p. 263/264, item n. 7.4, 6ª ed., 2007, Del Rey; DIOGENES GASPARINI, “Direito Administrativo”, p. 44/45, item n. 4, 1989, Saraiva; CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, “Curso de Direito Administrativo”, p. 410, item n. 46, 29ª ed., 2012, Malheiros; RAQUEL MELO URBANO DE CARVALHO, “Direito Administrativo: Parte geral, intervenção do Estado e estrutura da administração”, p. 383/389, item n. 2.5, 2008, JusPODIVM, v.g.).

A configuração desse grave vício jurídico, no entanto, que recai sobre um dos elementos constitutivos do ato administrativo, pressupõe a intenção deliberada, por parte do administrador público, de atingir objetivo vedado pela ordem jurídica ou divorciado do interesse público (JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, “Manual de Direito Administrativo”, p. 118/119, item n. 5, 25ª ed., 2012, Atlas), desígnio esse que não se presume, sob pena de subversão dos postulados referentes à presunção de legalidade, de veracidade e de legitimidade de que se reveste todo e qualquer ato emanado da Administração Pública.”

Os Ministros Luís Roberto Barroso, Luiz Edson Fachin, Luiz Fux e Cármen Lúcia, embora vencidos quanto à procedência do pedido no caso submetido a julgamento naquela oportunidade, acentuaram, expressamente, nos respectivos votos, a possibilidade de o Poder Judiciário analisar, em relação ao decreto de indulto, a ocorrência, ou não, de desvio de finalidade. Entenderam, os 04 (quatro) Ministros mencionados, presente o vício em referência no Decreto 9.246/2017, ponto no qual restaram vencidos.

Ou seja, ao julgamento da ADI 5.874/DF, houve, de fato, maioria pela possibilidade de este Supremo Tribunal Federal avaliar a existência, ou

ADPF 964 / DF

não, de desvio de finalidade em decreto de indulto. Inexistiu, quanto ao ponto, contudo, maioria para a hipótese lá apreciada.

69. Vê-se, portanto, ao contrário do sustentado nestas arguições, que esta Suprema Corte **já** **afirmou**, em referido julgamento Plenário, que a competência privativa do Presidente da República para edição do decreto de indulto reveste-se de caráter **absoluto, sem qualquer tipo de restrição**. Na verdade, como acima explicitado, a partir de fragmento do voto prevaiente e das manifestações de outros Ministros, acentuada, isto sim, a possibilidade de controle de constitucionalidade do indulto, especialmente sob o ângulo do desvio de finalidade.

XI. ATOS ADMINISTRATIVOS: DESVIO DE FINALIDADE

70. Acentuo que, no meu entendimento, alicerçado sobretudo na doutrina de Odete Medauar, o *ato político* ou *ato de governo* é espécie do gênero ato administrativo (MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 147), motivo pelo qual reputo igualmente aplicável a ele os princípios regentes da Administração Pública.

71. O indulto, como explicitado ao longo deste voto, se caracteriza como *ato de governo* ou *ato político*, o que leva à compreensão de que integra a categoria de ato administrativo (CRETELLA JÚNIOR, José. Teoria do ato de governo. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 24, n. 95, p. 73-84, jul/set, 1987), a evidenciar sua sujeição os princípios conformadores da Administração Pública.

Os atos administrativos, como se sabe, possuem cinco elementos básicos constitutivos da vontade da Administração Pública, quais sejam: sujeito, objeto, forma, motivo e finalidade. Vício em quaisquer de referidos requisitos torna viável a invalidação do próprio ato administrativo, inclusive pelo Poder Judiciário.

72. **Sujeito** pode ser definido como aquele a quem a lei ou a Constituição atribui competência para a prática do ato. A competência, por sua vez, é o conjunto de atribuições, previamente estabelecidas, dos

ADPF 964 / DF

agentes públicos.

Parece-me óbvia, no ponto, a possibilidade de o Poder Judiciário invalidar um indulto editado por agente público incompetente, sem que isso se afigure como invasão do mérito administrativo da questão.

O indulto, a teor do art. 84, XII, c/c art. 84, parágrafo único, ambos da Constituição Federal, é de competência privativa do Presidente da República, mas pode ser delegado aos Ministros de Estado, ao Procurador-Geral da República e ao Advogado-Geral da União.

Acaso agente público diverso dos acima elencados, por exemplo, venha a editar um indulto, ainda que sob delegação do Presidente da República, inequivocamente, a meu juízo, este será um ato viciado que não poderá produzir qualquer efeito, sendo imperativo, por dever de ofício, o reconhecimento, pelos magistrados, de sua invalidade.

73. Objeto é o efeito jurídico prático que se pretende produzir com a edição do ato administrativo. A doutrina afirma que o objeto deve ser lícito, ou seja, aceito pelo ordenamento jurídico, possível, vale dizer, realizável no mundo dos fenômenos e do direito e moral, isto é, em conformidade com princípios éticos, em outros termos, de acordo com comportamentos aceitos como corretos e justos (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 35. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 217).

Nesse ponto, mais uma vez, entendo evidente a possibilidade de análise pelo Poder Judiciário acaso o objeto seja, por exemplo, vedado pelo ordenamento jurídico.

A situação é simples e decorre, de modo expresso, da própria Constituição Federal. O Presidente da República, de acordo com o art. 5º, XLIII, CF, não pode conceder indulto aos condenados pela prática do crime de tortura. Assim, caso edite um decreto com esse teor, o ato materializado será inválido, tendo em vista a ilicitude do objeto.

Da mesma forma, se o Presidente da República conceder indulto coletivo a condenados por crimes praticados na Argentina, que cumpram pena na Argentina, sem qualquer relação com o Brasil, o objeto será tido por impossível, a evidenciar sua invalidade.

ADPF 964 / DF

Seguindo essa mesma linha, acaso o Chefe do Poder Executivo seja investigado pela prática de crime comum, perante este Supremo Tribunal Federal, cometido no exercício do mandato presidencial e conceda a si próprio, no último dia de seu mandato, clemência, de modo a se eximir de eventual punição, referido decreto seria inválido, haja vista a evidente imoralidade do objeto. Aquele que exerce o poder e se utiliza do cargo e das prerrogativas do cargo para conceder privilégio a si mesmo viola, na minha concepção, o mais natural senso de correção, justiça, equidade, neutralidade, imparcialidade, objetividade.

74. Existe, quanto à **forma**, duas concepções, uma de caráter mais restrito e outra mais ampla.

Na acepção restritiva, forma diz unicamente com o meio de materialização externa do ato administrativo. De modo amplo, forma significa não só a exteriorização do ato, mas engloba todas as formalidades antecedentes que devam ser observadas no curso da formação do ato administrativo.

Caso o Presidente da República, de modo impróprio e indevido, conceda indulto verbalmente, ainda que perante público amplo e mediante divulgação pelos meios de comunicação, há desrespeito à forma, a evidenciar a invalidade do ato administrativo em questão.

O Poder Judiciário, ao pronunciar tal invalidade, não se está imiscuindo em atividade administrativa de competência privativa de outro Poder, apenas exercendo o devido controle dos atos da Administração Pública.

75. Motivo, por sua vez, relaciona-se com a causa imediata ensejadora da edição do ato administrativo, vale dizer, vincula-se aos pressupostos fáticos e jurídicos que ocasionam a prática do ato.

A motivação, de outro lado, que não se confunde com o motivo, diz com a explicitação escrita das razões para edição do ato administrativo. Sua ausência acarreta a nulidade do ato por vício de forma.

Desenvolveu-se, quanto ao ponto, a teoria dos motivos determinantes, segundo a qual a validade do ato administrativo conecta-se diretamente às razões indicadas como fundamento para edição do ato.

ADPF 964 / DF

Assim, a invocação de “motivos de fato” falsos, inexistentes ou incorretamente qualificados vicia o ato mesmo quando, conforme já se disse, a lei não haja estabelecido, antecipadamente, os motivos que ensejariam a prática do ato (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2021, p. 330), de modo que quando a Administração motiva o ato, mesmo que a lei não exija a motivação, ele só será válido se os motivos forem verdadeiros (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 35. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 221).

Aqui, mais uma vez, caso os fundamentos explicitados pelo Presidente da República, no momento de edição do indulto, sejam falsos e/ou desconectados da realidade fenomênica, poderá o Poder Judiciário invalidar tal ato administrativo, por mácula de motivo.

Por exemplo, se indicado como fundamento, para concessão de perdão a policiais militares condenados por crimes culposos que não tenham ensejado a perda da função pública, a baixa contingência de pessoal em determinada localidade e, ao revés, se observar o preenchimento, naquela Unidade da Federação, de todos os cargos de policial militar existentes, a razão indicada seria tida como falsa e seria invalidada em âmbito próprio.

76. Temos ainda a **finalidade** como quinto elemento do ato administrativo. Podemos conceituá-la como o objetivo pretendido com a edição do ato. Em sentido amplo, sempre haverá de ter o fim de melhor consecução do interesse público primário. Já em concepção restritiva vincula-se ao resultado específico que o ato deva produzir.

77. Vê-se, portanto, que a existência de vício em **quaisquer** dos elementos constitutivos do ato administrativo permite a sua **legítima** invalidação pelo Poder Judiciário.

É que referido controle – exercido, reitero, com lealdade pelo Poder Judiciário – em absoluto se confunde com incursão indevida no mérito administrativo do ato. O mérito, mais uma vez, nas palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *é o aspecto do ato administrativo relativo à conveniência e oportunidade* (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 35. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 226), enquanto a

ADPF 964 / DF

análise dos elementos do ato administrativo diz com a sua legalidade e a sua constitucionalidade.

78. Destaco que o perdão, como *ato de governo* ou *ato político*, espécie do gênero ato administrativo, reveste-se de espectro mais amplo de discricionariedade. Disso não resulta, contudo, reafirmo, a sua insindicabilidade absoluta perante o Poder Judiciário, até porque alguns dos elementos do ato administrativo são totalmente vinculados, como por exemplo, o sujeito, a forma e a finalidade em sentido amplo.

Na realidade, como aponta Gustavo Binbenbojm, a *vinculação direta da Administração à Constituição não mais permite falar, tecnicamente, numa autêntica dicotomia entre atos vinculados e atos discricionários, mas, isso sim, em diferentes graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade* (BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 208).

Assim, considerados os diferentes graus de vinculação, a menor vinculação do *ato de governo* se faz presente no objeto, no motivo e na finalidade restrita, mas, ainda assim, como visto, é possível, mesmo que em menor extensão, o devido controle externo pelo Poder Judiciário sem acarretar qualquer interferência no mérito administrativo e/ou violação da separação funcional de poderes.

79. Nesse contexto, desenvolvida a teoria do desvio de poder ou do desvio de finalidade, segundo a qual quando o agente público competente pratica ato aparentemente lícito, mas com objetivo de atingir fim diverso do admitido pelo ordenamento jurídico, este ato será tido como nulo, tendo em vista utilização indevida da discricionariedade administrativa.

Celso Antônio Bandeira de Mello⁹ assim se pronuncia sobre a teoria do desvio de poder:

“46. Ocorre desvio de poder, e, portanto, invalidade, quando o agente se serve de um ato para satisfazer finalidade alheia à natureza do ato utilizado.

9 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2021, p. 332-3

ADPF 964 / DF

Há, em consequência, um mau uso da competência que o agente possui para praticar atos administrativos, traduzido na busca de uma finalidade que simplesmente não pode ser buscada ou, quando possa, não pode sê-lo através do ato utilizado. É que sua competência, na lição elegante e precisa de Caio Tácito: “visa a um fim especial, presume um endereço, antecipa um alcance, predetermina o próprio alvo. Não é facultado à autoridade suprimir essa continuidade, substituindo uma finalidade legal do poder com que foi investido, embora pretendendo um resultado materialmente lícito”.

47. Sucintamente, mas de modo preciso, pode-se dizer que ocorre desvio de poder quando um agente exerce uma competência que possuía (em abstrato) para alcançar uma finalidade diversa daquela em função da qual lhe foi atribuída a competência exercida.

48. De dois modos pode manifestar-se o desvio de poder:

a) quando o agente busca uma finalidade *alheia ao interesse público*. Isto sucede ao pretender usar de seus poderes para prejudicar um inimigo ou para beneficiar a si próprio ou amigo;

b) quando o agente busca uma finalidade – ainda que de interesse público – alheio à “categoria” do ato que utilizou. Deveras, consoante advertiu o preclaro Seabra Fagundes: “Nada importa que a diferente finalidade com que tenha agido seja moralmente lícita. Mesmo moralizada e justa, o ato será inválido por divergi da orientação legal”.

Exemplo da primeira hipótese tem-se no caso de um superior que remove um funcionário para local afastado sem nenhum fundamento de fato que requeresse o ato, mas apenas para prejudicá-lo em razão de sua inimizade por ele.

Exemplo da segunda hipótese ocorre quando o agente remove um funcionário – que merecia uma punição – a fim de castigá-lo. Ora, a remoção não é ato de categoria punitiva.

O desvio de poder não é mácula jurídica privativa dos atos administrativos. Pode se apresentar, igualmente, por

ADPF 964 / DF

ocasião do exercício de atividade legislativa ou jurisdicional. Ou seja: leis e decisões judiciais são igualmente suscetíveis de incorrer no aludido vício, porquanto umas e outras são, também, emanções das competências públicas, as quais impõem fidelidade às finalidades que as presidem. Assim, se o legislador ou o juiz delas fizerem uso impróprio, a dizer, divorciado do sentido e direcionamento que lhes concernem, haverão traído as competências que os habilitavam e os atos que produzirem resultarão enodados pela indelével jaça do desvio de poder. (...)

49. No desvio de poder, ao contrário do que habitualmente se afirma e do que nós mesmos vínhamos sustentando, nem sempre há um “móvel”, isto é, uma intenção inadequada. Com efeito, o agente pode, equivocadamente, supor que uma dada competência era prestante, de direito, para a busca de um dado resultado e por isto haver praticado o ato almejando alcançá-lo pela via utilizada. Neste caso não haverá intenção viciada.

É certo, entretanto, que o frequente, o comum, é que exista vício de intenção, o qual poderá ou não corresponder ao desejo de satisfazer um apetite pessoal. Contudo, o ato será sempre viciado por não manter relação adequada com a finalidade em vista da qual poderia ser praticado. **O que vicia, portanto, não é o defeito de intenção, quando existente – ainda que através disto se possa, muitas vezes, perceber o vício –, mas o desacordo objetivo entre a finalidade do ato e a finalidade da competência.”**

80. Na mesma linha, insta trazer à colação decisão desta Suprema Corte, da lavra do Ministro Gilmar Mendes, ao exame da medida cautelar no MS 34.070/DF:

“Apesar de ser atribuição privativa do Presidente da República a nomeação de Ministro de Estado (art. 84, inciso I, da CF), o ato que visa o preenchimento de tal cargo deve passar pelo crivo dos princípios constitucionais, mais notadamente os

ADPF 964 / DF

da moralidade e da impessoalidade (interpretação sistemática do art. 87 c/c art. 37, II, da CF).

A propósito, parece especialmente ilustrativa a lição de Manuel Atienza e Juan Ruiz Manero, na obra “*Ilícitos Atípicos*”. Dizem os autores, a propósito dessa categoria: “**Os ilícitos atípicos são ações que, *prima facie*, estão permitidas por uma regra, mas que, uma vez consideradas todas as circunstâncias, devem considerar-se proibidas**”. (ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Rui. *Ilícitos Atípicos*. 2ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2006, p. 12)

E por que devem ser consideradas proibidas? Porque, a despeito de sua aparência de legalidade, porque, a despeito de estarem, à primeira vista, em conformidade com uma regra, destoam da razão que a justifica, escapam ao princípio e ao interesse que lhe é subjacente. Trata-se simplesmente de garantir coerência valorativa ou justificativa ao sistema jurídico e de apartar, com clareza, discricionariedade de arbitrariedade.

O mesmo raciocínio abarca os três institutos bem conhecidos da nossa doutrina: abuso de direito, fraude à lei e desvio de finalidade/poder. Todos são ilícitos atípicos e têm em comum os seguintes elementos: 1) a existência de ação que, *prima facie*, estaria em conformidade com uma regra jurídica; 2) a produção de um resultado danoso como consequência, intencional ou não, da ação; 3) o caráter injustificado do resultado danoso, à luz dos princípios jurídicos aplicáveis ao caso e 4) o estabelecimento de uma segunda regra que limita o alcance da primeira para qualificar como proibidos os comportamentos que antes se apresentavam travestidos de legalidade.

Especificamente nos casos de desvio de finalidade, o que se tem é a adoção de uma conduta que aparenta estar em conformidade com uma certa regra que confere poder à autoridade (regra de competência), mas que, ao fim, conduz a resultados absolutamente incompatíveis com o escopo constitucional desse mandamento e, por isso, é tida como

ADPF 964 / DF

ilícita.

(...)

Não importam os motivos subjetivos de quem pratica o ato ilícito. O vício, o ilícito, tem natureza objetiva. A bem dizer, a comprovação dos motivos subjetivos que impeliram a mandatária à prática, no caso em tela, configura elemento a mais a indicar a presença do vício em questão, isto é, do desvio de finalidade.”

(MS 34.070-MC/DF, Rel. Min. *Gilmar Mendes*, decisão monocrática, DJe 28.3.2016)

Desse modo, a teoria do desvio de poder – criada em reação ao formalismo do direito público – aplica-se quando, a despeito da existência de regra autorizativa, o ato, ao atingir fim distinto do permitido, é praticado em transgressão a princípios jurídicos. Consoante Manuel Atienza e Juan Ruiz Manero¹⁰ acentuam

“O excesso de poder significa a utilização de um poder (de um poder público) **excedendo os limites estabelecidos na correspondente norma que confere poder**. De acordo com a estrutura desse tipo de normas (da qual nos ocupamos antes), o «excesso» pode se referir a diversos aspectos: à competência do órgão (o que chamávamos de elemento Z), a forma do ato (de A), ou ao fim mesmo, isto é, à consequência (E) que se pretendia alcançar com o resultado (R) da norma que confere poder. **O desvio de poder se refere exatamente a este último aspecto ou, melhor dizendo, à conexão entre o resultado e a consequência**. O que o Conselho de Estado francês começou a fazer, a partir da segunda metade do século XIX, foi **anular certos atos da Administração por entender que o poder conferido havia sido exercido para um fim distinto do previsto.**”

81. Não desconheço a jurisprudência desta Casa no sentido de que o

10 ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. *Ilícitos atípicos*: sobre o abuso de direito, fraude à lei e desvio de poder. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 76.

ADPF 964 / DF

desvio de finalidade ou desvio de poder deve ser cabalmente demonstrado, sendo certo que, tratando-se de atos normativos, a aplicação de referida teoria precisa ser cautelosamente investigada (ADI 1.935/RO, Rel. Min. *Carlos Velloso*, Tribunal Pleno, j. 29.8.2002, DJ 04.10.2002; ADI 5.717/DF, *de minha relatoria*, Tribunal Pleno, j. 27.3.2019, DJe 28.6.2019, *v.g.*).

Ressalto, contudo, que mesmo no âmbito da jurisdição constitucional esta Corte tem aplicado a teoria do desvio de poder (ADI 1.231/DF, Rel. Min. *Carlos Velloso*, Tribunal Pleno, j. 15.12.2005, DJ 28.4.2006; ADI 5.566/PB, Rel. Min. *Alexandre de Moraes*, Tribunal Pleno, j. 25.10.2018, DJe 09.11.2018; ADI 6.529/DF, Rel. Min. *Cármem Lúcia*, Tribunal Pleno, j. 11.10.2021, DJe 22.10.2021; ADI 7.178-MC/DF, Red. p/ acórdão Min. *Alexandre de Moraes*, Tribunal Pleno, j. 04.7.2022, DJe 23.8.2022; ADPF 722/DF, Rel. Min. *Cármem Lúcia*, Tribunal Pleno, j. 16.5.2022, DJe 09.6.2022, *v.g.*):

“APLICABILIDADE DA TEORIA DO DESVIO DE PODER AO PLANO DAS ATIVIDADES NORMATIVAS DO ESTADO

– *A teoria do desvio de poder, quando aplicada ao plano das atividades legislativas, permite que se contenham eventuais excessos decorrentes do exercício imoderado e arbitrário da competência institucional outorgada ao Poder Público, pois o Estado não pode, no desempenho de suas atribuições, dar causa à instauração de situações normativas que comprometam e afetem os fins que regem a prática da função de legislar.”*

(ADI 2.667/DF, Rel. Min. *Celso de Mello*, Tribunal Pleno, j. 05.10.2020, DJe 19.10.2020)

77. No caso em análise, com todo respeito às posições em sentido contrário, a toda evidência se faz presente o desvio de finalidade.

O indulto, *ato de governo*, prescinde da externalização dos fundamentos que levaram à sua edição, contudo, uma vez motivado há inequívoca vinculação entre as razões expostas e os verdadeiros motivos que o ensejaram.

ADPF 964 / DF

Na espécie, o Presidente da República utilizando-se da competência a ele atribuída pelo art. 84, XII, da Constituição Federal, ou seja, agindo, aparentemente, em conformidade com as regras do jogo constitucional, editou decreto de indulto individual **absolutamente desconectado do interesse público**.

A verdade é que **o fim almejado com a edição do decreto de indulto foi beneficiar aliado político de primeira hora** legitimamente condenado criminalmente, por este Supremo Tribunal Federal, à pena de 08 (oito) anos e 09 (meses) de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática dos crimes tipificados no art. 18 da Lei 7.170/83, por duas vezes, na forma do art. 71, *caput*, do Código Penal, em virtude da ultra-atividade da lei penal benéfica e no art. 344 do Código Penal, por três vezes, em regime de continuidade delitiva (art. 71, *caput*, CP).

O Chefe do Poder Executivo federal, ao assim proceder, não obstante detivesse, aparentemente, competência para tanto, subverteu a regra e violou princípios constitucionais, produzindo ato com efeitos inadmissíveis para a ordem jurídica.

A concessão de perdão a aliado político pelo simples e singelo vínculo de afinidade político-ideológica não se mostra compatível com os princípios norteadores da Administração Pública, tais como a impessoalidade e a moralidade administrativa, pois (i) evidencia a adoção de conduta, pelo Chefe de Estado e Governo, tendente a privilegiar pessoa de seu círculo, sem qualquer tipo de vinculação ao interesse público e (ii) transgride padrões ético-jurídicos ligados à finalidade jurídica própria ao instituto.

Tal proceder, na realidade, revela faceta autoritária e descumpridora da Constituição Federal, pois faz prevalecer os interesses políticos pessoais dos envolvidos em contraposição ao interesse público norteador da atividade estatal.

Admitir que o Presidente da República, por supostamente deter competência para edição de indulto, pudesse criar, em seu entorno, um círculo de virtual imunidade penal é negar a sujeição de todos ao *rule of law* permitindo a sobreposição de interesses meramente pessoais e

ADPF 964 / DF

subjetivos aos postulados republicanos e democráticos.

Possibilitar a criação desse círculo de virtual imunidade penal, seria o mesmo que aceitar que a coisa pública, titularizada pelo povo, pudesse ser administrada em benefício de pessoas determinadas, específicas e circunscritas à elite política, econômica e jurídica, legitimando a preponderância de desígnios particulares em detrimento dos propósitos comuns, em manifesta transgressão aos princípios democrático e da república.

Não se pode aceitar a instrumentalização do Estado, de suas Instituições e de seus agentes para, de modo ilícito, ilegítimo e imoral, obter benefícios de índole meramente subjetivos e pessoais, sob pena de subversão aos postulados mais básicos do Estado de Direito.

78. Cumpre lembrar que, segundo Odete Medauar, a impessoalidade visa *impedir que fatores pessoais, subjetivos, sejam os verdadeiros móveis e fins das atividades administrativas*, assim a Constituição pretende *obstaculizar atuações geradas por antipatias, simpatias, objetivos de vingança, represálias, nepotismo, favorecimentos diversos* (MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 119).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro compreende que a impessoalidade precisa ser observada tanto *em relação aos administrados como à própria Administração*. Na primeira vertente, *a Administração não pode atuar com vistas a prejudicar ou beneficiar pessoas determinadas, uma vez que é sempre o interesse público que tem que nortear o seu comportamento* (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 35. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 85). Já no outro sentido, adota posicionamento consentâneo com o defendido por José Afonso da Silva, segundo o qual *os atos e provimentos administrativos são imputáveis não ao funcionário que os pratica mas ao órgão ou entidade administrativa em nome do qual age o funcionário*. Assim, o agente da Administração *é apenas o órgão que formalmente manifesta a vontade estatal* (SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 43. ed. São Paulo: Malheiros, 2020, p. 678-9).

A análise da jurisprudência desta Casa permite constatar que este

ADPF 964 / DF

Supremo Tribunal Federal extrai do princípio da impessoalidade a inadmissibilidade de adoção de condutas, pelo Estado, tendentes a privilegiar ou prejudicar os administrados, sem qualquer tipo de vinculação ao interesse público. As predileções e antipatias pessoais do agente público devem ser irrelevantes para fins de administração da coisa pública. Não por outra razão, como acima exposto, **ao verificar que uma lei tem destinatário certo, busca privilegiar grupo restrito e determinado, esta Casa reconhece a sua incompatibilidade com a Constituição Federal de 1988.**

Assim, o Presidente da República, ao editar decreto de indulto individual, por ter se desvinculado do interesse público e privilegiado aliado político, inequivocamente transgrediu o princípio da impessoalidade.

79. O constitucionalismo moderno, por outro lado, tem reconhecido que o princípio republicano (CF, art. 1º, *caput*) – valor fundante da ordem constitucional brasileira – encerra múltiplas dimensões, de modo que não significa apenas a forma de governo oposta ao regime monárquico. Na verdade, o ideal republicano invoca um universo valorativo e um complexo de ideias, estabelecendo uma clara relação de antagonismo em face de qualquer ensaio de instauração de regimes governamentais de caráter pessoal ou autoritário, especialmente quando o exercício abusivo do poder traduz o objetivo de promover a apropriação das instituições públicas em favor de interesses privados.

Oportuno lembrar, quanto a tal aspecto, que o princípio republicano alberga funções para além de mera submissão dos governantes ao império das leis e à legitimação popular por meio do voto, constituindo o denominado *ethos* republicano:

“para além da democracia e do Estado de direito, o ideal republicano afirma-se como cultura cívica e política, como *ethos* comunitário (*res publica*), como *amittitia* do povo (*res populi*), como reino de liberdade estética e cultural (da feliz «unidade do Estado e da cultura», no pensamento republicano, falava THOMAS MANN). Este ideal ultrapassa os horizontes estreitos

ADPF 964 / DF

e unidimensionalizantes de um jurídico Estado de direito e de uma democracia, sistematicamente reduzida a «método» e «forma» de domínio. A República é, assim, uma «possibilidade espiritual» e uma «distanciação»: possibilidade de uma «sociedade mais livre, justa e fraterna» (cfr. Preâmbulo); distanciação dos «*Machtstaat*», «*Kulturstaat*» e «*Rechtsstaat*» que, demasiado impolíticos e pouco republicanos, albergaram no seu seio os «holocaustos»¹¹

Daí o sentido contemporâneo do dogma republicano, fundado na ideia de que **a coisa pública, titularizada pelos integrantes do povo, deve ser administrada em benefício de toda a coletividade e em favor do bem comum**, preservando-se a coexistência entre os espaços privados, em que predomina a autonomia individual, e os espaços públicos, onde **prevalece a vontade coletiva, sem que nos domínios reservados à soberania dos interesses populares jamais venha a se legitimar a preponderância de desígnios particulares em detrimento dos propósitos comuns**.

Nessa linha também a lição de José Jairo Gomes¹², a destacar o princípio republicano como forma **impessoal** de governar, voltada à consecução do interesse coletivo:

“(...) o princípio republicano também implica a tomada de decisões com base na racionalidade, na objetividade e na impessoalidade, sendo abolidos quaisquer privilégios ou distinções de pessoas, classes, grupos ou instituições sociais. Impõe, ainda, haja transparência e publicidade nos atos estatais. Veda, ademais, que o Estado seja gerido tal qual o patrimônio privado da autoridade pública (= patrimonialismo) – que o usa de forma discricionária e em proveito próprio para atingir fins meramente pessoais e não coletivos.”

11 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 488.

12 GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p.71-72

ADPF 964 / DF

Desse modo, a edição do decreto de indulto individual ora em análise evidencia que o Presidente da República valendo-se de suposta competência constitucional privativa fez prevalecer seus interesses pessoais, notadamente os de natureza político-partidária, em absoluta violação do princípio da república.

80. O princípio da moralidade administrativa, de outro lado, como acentua Celso Antônio Bandeira de Mello, impõe à Administração Pública e aos seus agentes atuação pautada em princípios éticos, revelando-se indispensável distinguir o justo do injusto, o legal do ilegal, o conveniente do inconveniente, o oportuno do inoportuno. Desse modo, a transgressão aos padrões ético-jurídicos *implicará violação ao próprio Direito, configurando ilicitude que assujeita a conduta viciada a invalidação, porquanto tal princípio assumiu foros de pauta jurídica, na conformidade do art. 37 da Constituição* (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2021, p. 104).

A Ministra Cármen Lúcia, de outro lado, destaca que a *moralidade administrativa impõe a retidão dos comportamentos do agente público como norma de Direito a ser acatada intransigentemente, tendendo elas para fins jurídicos específicos. É a retidão da finalidade e dos meios para a ela se chegar que caracteriza a moralidade administrativa*, e, logo em seguida, arremata que a *obrigação de conduzir-se segundo os parâmetros de moralidade administrativa não apenas submete o administrador público, mas também o legislador, pois, no Estado de Direito, é este que elabora, em geral, a norma segundo a qual aquele se deverá conduzir* (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 196).

Por conseguinte, o Presidente da República, na hipótese vertente, a despeito do meio, almejou finalidade de todo incompatível com o ordenamento positivo, fugindo aos padrões ético-jurídicos, em manifesto desrespeito à moralidade administrativa.

81. Demonstrado o desvio de finalidade, impõe-se a procedência dos pedidos deduzidos nestas ADPF's.

82. Não obstante prejudicado em razão da procedência do pedido principal, a relevância do tema impõe sejam tecidas considerações a

ADPF 964 / DF

respeito do pedido sucessivo formulado na ADPF 964/DF.

XII. MANUTENÇÃO DOS EFEITOS SECUNDÁRIOS DA CONDENAÇÃO

83. Quanto à questão atinente à impossibilidade de o indulto atingir os efeitos secundários da condenação penal, entendo assistir inteira razão ao PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA.

O Decreto de 21 de abril de 2022, editado pelo Presidente da República, que concedeu *indulto individual* a DANIEL LUCIO DA SILVEIRA, Deputado Federal, condenado criminalmente por esta Suprema Corte nos autos da AP 1.044/DF, não veicula, em nenhum de seus artigos, disciplina em relação aos efeitos secundários da condenação.

Vale dizer, a simples leitura do decreto presidencial impugnado evidencia que referida temática não foi tratada nem direta nem indiretamente. Assim, como asseverado pelo PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA, *[a] discussão a esse respeito, seria de todo gratuita, por investir contra objeto não existente, que não há, data venia, de ser conhecida por esse Egrégio Supremo Tribunal Federal.*

84. De outro lado, também procedente a arguição do Chefe do Ministério Público da União no tocante ao descumprimento do ônus de impugnação específica, com indicação de fundamentação apta a amparar o pedido.

Como já destaquei, o partido autor da ADPF 964/DF postula, de forma sucessiva, o reconhecimento *da manutenção de todos os efeitos extrapenais da condenação criminal (...), sobretudo para se manter a condição de inelegibilidade de Daniel Lucio da Silveira, por ter sido condenado pela prática de crime contra a administração pública (art. 344 do CP c/c art. 1º, I, “e”, 1, da Lei Complementar nº 64/1990).*

Ocorre, no entanto, que a análise da petição inicial evidencia que o autor, tal como ressaltado pelo PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA, não dedicou *qualquer linha de fundamentação fática ou jurídica que porventura embasasse o pleito, nem ao menos indicou quais preceitos fundamentais da Constituição teriam sido violados.*

ADPF 964 / DF

Recai sobre o autor das ações de controle concentrado de constitucionalidade o ônus processual de indicar os dispositivos impugnados e realizar o cotejo analítico entre cada uma das proposições normativas e os respectivos motivos justificadores do acolhimento da pretensão de inconstitucionalidade, sob pena de indeferimento da petição inicial, por inépcia:

Lei 9.868/99

“Art. 3º A petição indicará:

I - o dispositivo da lei ou do ato normativo impugnado e os fundamentos jurídicos do pedido em relação **a cada uma** das impugnações;”

Ainda que o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, não esteja vinculado aos fundamentos jurídicos do pedido, não cabe ao órgão julgador, diante de postulação formulada de maneira incompleta, sub-rogar-se no papel do autor, elegendo os motivos que poderiam justificar o eventual acolhimento da pretensão.

À falta de impugnação específica do tema questionado, tenho por incognoscível, no ponto, o pedido sucessivo, na linha da jurisprudência desta Corte (ADI 1.775/RJ, Rel. Min. *Maurício Corrêa*, Tribunal Pleno, j. 06.5.1998, DJ 18.5.2001; ADI 2.213-MC/DF, Rel. Min. *Celso de Mello*, Tribunal Pleno, j. 04.4.2002, DJ 23.4.2004; ADI 3.994/DF, Rel. Min. *Luiz Fux*, Tribunal Pleno, j. 23.8.2019, DJe 09.9.2019; ADI 4.079/ES, Rel. Min. *Roberto Barroso*, Tribunal Pleno, j. 26.02.2015, DJe 05.5.2015; ADI 5.488/DF, Rel. Min. *Dias Toffoli*, Tribunal Pleno, j. 31.8.2016, DJe 19.12.2017; ADI 6.394/DF, Rel. Min. *Alexandre de Moraes*, Tribunal Pleno, j. 23.11.2020, DJe 03.12.2020, *v.g.*):

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 1.601/2011, DO ESTADO DO AMAPÁ. INSTITUIÇÃO DA POLÍTICA ESTADUAL DE PREVENÇÃO, ENFRENTAMENTO DAS VIOLÊNCIAS, ABUSO E EXPLORAÇÃO SEXUAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES.

ADPF 964 / DF

PRELIMINAR. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA DOS DISPOSITIVOS DA LEI QUESTIONADA. NÃO CONHECIMENTO, EM PARTE. ART. 9º. ESTABELECIMENTO DE PRAZO PARA O PODER EXECUTIVO REGULAMENTAR AS DISPOSIÇÕES LEGAIS CONSTANTES DE REFERIDO DIPLOMA NORMATIVO. IMPOSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 2º E 84, II, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.

1. Recai sobre o autor das ações de controle concentrado de constitucionalidade o ônus processual de indicar os dispositivos impugnados e realizar o cotejo analítico entre cada uma das proposições normativas e os respectivos motivos justificadores do acolhimento da pretensão de inconstitucionalidade, sob pena de indeferimento da petição inicial, por inépcia.

2. Não se mostra processualmente viável a impugnação genérica da integralidade de um decreto, lei ou código por simples objeção geral, insuficiente, para tanto, a mera invocação de princípios jurídicos em sua formulação abstrata, sem o confronto pontual e fundamentado entre cada um dos preceitos normativos questionados e o respectivo parâmetro de controle.

3. Firme a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal no sentido da incompatibilidade de dispositivos normativos que estabeleçam prazos, ao Poder Executivo, para apresentação de projetos de lei e regulamentação de preceitos legais, por violação dos arts. 2º e 84, II, da Constituição da República.

4. Ação direta de inconstitucionalidade conhecida em parte e, nessa extensão, pedido julgado procedente.”

(ADI 4.728/AP, de minha relatoria, Tribunal Pleno, j. 16.11.2021, DJe 13.12.2021)

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. CONVERSÃO EM JULGAMENTO DEFINITIVO DA AÇÃO. LEI N. 20.437/2020, DO PARANÁ. NECESSIDADE DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA E DA TOTALIDADE DO COMPLEXO NORMATIVO. CONHECIMENTO PARCIAL DA AÇÃO. TAXA DE REGISTRO DE CONTRATOS DEVIDA AO

ADPF 964 / DF

DEPARTAMENTO DE TRÂNSITO DO PARANÁ. § 1º DO ART. 3º DA LEI N. 20.437/2020, DO PARANÁ. ALEGADA OFENSA AO INC. II DO ART. 145, INC. IV DO ART. 150 E INC LIV DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. EQUIVALÊNCIA RAZOÁVEL DO VALOR COBRADO COMO TAXA E DOS CUSTOS REFERENTES AO EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA. AÇÃO PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA PARTE, JULGADA IMPROCEDENTE.

1. Proposta de conversão em julgamento definitivo de mérito da ação direta por este Supremo Tribunal. Precedentes.

2. Não se conhece de arguição de inconstitucionalidade na qual a impugnação às normas seja apresentada de forma genérica. Precedentes.

3. É constitucional a Taxa de Registro de Contratos devida pelo exercício regular do poder de polícia ao DETRAN/PR, prevista no § 1º do art. 3º da Lei n. 20.437/2020, do Paraná, observada a equivalência razoável entre o valor exigido do contribuinte e os custos referentes ao exercício do poder de polícia. Precedentes.

4. Ação direta de inconstitucionalidade conhecida em parte, e, nessa parte, julgada improcedente.”

(ADI 6.737/PR, Rel. Min. *Cármen Lúcia*, Tribunal Pleno, j. 08.6.2021, DJe 17.6.2021)

85. Desse modo, incognoscível o pedido sucessivo da REDE SUSTENTABILIDADE, autora da ADPF 964/DF.

86. Dada a relevância do tema em causa, entendo, contudo, necessário tecer breves considerações sobre a concessão de indulto e os efeitos secundários da condenação.

Como sabido, da condenação penal advém consequência direta e imediata que é a sanção penal, materializada, por exemplo, na pena privativa de liberdade e na pena restritiva de direitos. Contudo, além de referido corolário, a sentença condenatória, como ressalta Cezar Roberto Bitencourt, *produz outros tantos efeitos, ditos secundários ou acessórios, de natureza penal e extrapenal* (BITENCOURT. Cezar Roberto. *Tratado de*

ADPF 964 / DF

Direito Penal: parte geral vol. 1. 25. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 928).

Naturalmente, os efeitos penais são aqueles inseridos no Código Penal, no Código de Processo Penal e na Lei de Execução Penal, por exemplo, a possibilidade de se utilizar a condenação anterior transitada em julgado como circunstância agravante, refiro-me à reincidência, dentro dos limites legais, conforme arts. 63 e 64 do CP.

Há, ainda, os efeitos secundários extrapenais – genéricos ou específicos –, via de regra, previstos nos arts. 91 e 92 do Código Penal.

87. O indulto, entretanto, é oportuno frisar, não afasta os efeitos civis e administrativos da condenação, de modo que seu campo de eficácia fica restrito à punibilidade. Como afirma Pontes de Miranda: *o indultado é um delinquente perdoado, mas continua sendo delinquente para todos os outros efeitos da condenação* (Pontes de Miranda. *Comentários à Constituição de 1967, Tomo III* (arts. 73-128), 3. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1970, p. 118-9).

Ressalto, na mesma linha, que a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que o indulto, em face da sua própria natureza jurídica, tem aptidão apenas de extinguir a punibilidade, ou seja, atinge tão somente os efeitos principais da condenação, remanescendo íntegros, contudo, os efeitos secundários penais e extrapenais (HC 121.907/AM, Rel. Min. *Dias Toffoli*, Primeira Turma, j. 30.9.2014, DJe 28.10.2014, *v.g.*).

É que, não obstante o instituto tenha como consequência factual a extinção da punibilidade, não *apaga* a prática delituosa em si tampouco *extingue* a condenação imposta. Uma vez indultado, o condenado terá reconhecida a extinção da punibilidade, permanecendo, contudo, íntegros os efeitos secundários da condenação.

Nesse sentido, colha da nossa jurisprudência, na palavra autorizada do Ministro Celso de Mello, ao julgamento do HC 82.554/RJ:

“Como se sabe, o indulto constitui, ao lado da anistia e da graça, manifestação formal da “indulgentia principis” e atua, em nosso sistema, como causa extintiva da punibilidade (CP, art.

ADPF 964 / DF

107, II).

Porém, ao contrário da anistia, **que opera** efeitos radicais, o indulto e a graça em sentido estrito geram, **somente**, a extinção da punibilidade. **Não apagam** o ilícito **nem suprimem** as conseqüências de ordem penal, **inclusive** os efeitos penais secundários da sentença condenatória (RT 409/304 - RT 466/401 – RT 513/423, *v.g.*). **Atingem**, no entanto, as medidas de segurança (CP, art. 96, **parágrafo único**)."

(HC 82.554/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, j. 11.3.2003, DJe 07.10.2013)

Instado a se pronunciar sobre o tema, o Plenário desta Suprema Corte, com fundamento nos precedentes acima indicados, adotou compreensão idêntica:

"DIREITO PROCESSUAL PENAL. EXECUÇÃO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. INDULTO. PRESENÇA DOS REQUISITOS DO DECRETO Nº 8.615/2015. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. SUBSISTÊNCIA DO DEVER DE PAGAMENTO MULTA, CONSOANTE PARCELAMENTO AJUSTADO COM A FAZENDA PÚBLICA, BEM COMO DOS EFEITOS SECUNDÁRIOS DA CONDENAÇÃO. DESPROVIMENTO.

1. Agravo regimental contra decisão que deferiu o pedido de indulto em execução penal, nos termos do Decreto nº 8.615/2015, ressaltando, contudo, que (i) a decisão não interferia no acordo firmado, espontaneamente, pelo sentenciado com a Fazenda Pública para o pagamento parcelado da multa; e (ii) subsistiam os efeitos secundários da condenação.

2. O preenchimento dos requisitos objetivos e subjetivos do Decreto nº 8.615/2015 impõe a extinção da punibilidade do sentenciado (art. 107, II, CP).

3. Nada obstante, o indulto da pena privativa de liberdade não alcança a pena de multa que tenha sido objeto de parcelamento espontaneamente assumido pelo sentenciado. O

ADPF 964 / DF

acordo de pagamento parcelado da sanção pecuniária deve ser rigorosamente cumprido sob pena de descumprimento da decisão judicial e violação ao princípio da isonomia e da boa-fé objetiva. Precedente específico do Plenário: EP 11-AgR, Rel. Min. Luís Roberto Barroso.

4. Da mesma forma, **a concessão do indulto extingue a pena, mas não o crime, de modo que não são afastados os efeitos secundários do acórdão condenatório, dentre os quais a interdição do exercício de função ou cargo públicos.** Doutrina. Precedentes. Situação concreta em que subsistem os efeitos extrapenais da condenação, como é o caso da interdição do exercício de cargo ou função pública de qualquer natureza, expressamente fixada pelo acórdão condenatório.

5. Agravo regimental a que se nega provimento.”

(EP 21-AgR-segundo/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, j. 27.9.2019, DJe 11.11.2019)

Na mesma linha, ainda, o enunciado sumular 631/STJ, *in verbis*: *O indulto extingue os efeitos primários da condenação (pretensão executória), mas não atinge os efeitos secundários, penais ou extrapenais.*

Entendo, assim, quanto ao ponto, inteiramente acertado o parecer do Procurador-Geral da República que assim se pronunciou:

“A graça e o indulto não eximem seus beneficiários de eventual responsabilização nas searas cível, administrativa, eleitoral ou nas demais esferas do direito em que possa repercutir a prática do fato delituoso.

Logo, fazendo inteira abstração do caso concreto, pode-se enunciar que, no Direito brasileiro, **o exercício do poder de graça não interfere na suspensão dos direitos políticos, após o trânsito em julgado, em decorrência da condenação, e, tampouco, no que venha a ser ou tenha sido decidido quanto à perda de mandato político. Nenhuma interferência surge, ademais, no tocante a eventual inelegibilidade decorrente da condenação, que poderá ser objeto de apreciação pela Justiça Eleitoral.**”

ADPF 964 / DF

88. Em suma: a concessão de indulto não atinge os efeitos secundários da condenação penal, tampouco impactam na inelegibilidade decorrente da condenação criminal.

XIII. CONCLUSÃO

89. Em suma: entendo, consoante a fundamentação acima, que o Decreto de 21 de abril de 2022, editado então pelo Presidente da República, que concedeu *indulto individual* a DANIEL LUCIO DA SILVEIRA, à época Deputado Federal, condenado criminalmente por esta Suprema Corte nos autos da AP 1.044/DF, está eivado pelo vício do desvio de finalidade.

90. Ante o exposto, **conheço** das presentes arguições de descumprimento de preceito fundamental e, no mérito, **julgo procedente** os pedidos formulados, para **declarar a inconstitucionalidade** do Decreto de 21 de abril de 2022, editado então pelo Presidente da República, que concedeu *indulto individual* a DANIEL LUCIO DA SILVEIRA, à época Deputado Federal, condenado criminalmente por esta Suprema Corte nos autos da AP 1.044/DF.

É como voto.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 964

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATORA : MIN. ROSA WEBER

REQTE.(S) : REDE SUSTENTABILIDADE

ADV.(A/S) : FLAVIA CALADO PEREIRA (3864/AP, 24842-A/MA)

INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

AM. CURIAE. : PARTIDO TRABALHISTA BRASILEIRO - PTB

ADV.(A/S) : LUIZ GUSTAVO PEREIRA DA CUNHA (28328/DF, 137677/RJ, 462972/SP)

AM. CURIAE. : PARTIDO DOS TRABALHADORES

ADV.(A/S) : CRISTIANO ZANIN MARTINS (32190/DF, 96503/PR, 153599/RJ, 172730/SP)

ADV.(A/S) : EUGENIO JOSE GUILHERME DE ARAGAO (04935/DF, 30746/ES, 428274/SP)

AM. CURIAE. : PARTIDO LIBERAL - PL

ADV.(A/S) : MARCELO LUIZ AVILA DE BESSA (12330/DF, 1565A/MG, 474139/SP)

Decisão: Após a leitura do relatório e a realização das sustentações orais, o julgamento foi suspenso. Falaram: pelo *amicus curiae* Partido dos Trabalhadores, o Dr. Miguel Filipi Pimentel Novaes; e, pela Procuradoria-Geral da República, o Dr. Antônio Augusto Brandão de Aras, Procurador-Geral da República. Presidência da Ministra Rosa Weber. Plenário, 27.4.2023.

Decisão: Após o voto da Ministra Rosa Weber (Presidente e Relatora), que conhecia da arguição de descumprimento de preceito fundamental e, no mérito, julgava procedente o pedido formulado, para declarar a inconstitucionalidade do Decreto de 21 de abril de 2022, editado pelo Presidente da República à época, que concedeu "graça constitucional" ao então Deputado Federal Daniel Lucio da Silveira, o julgamento foi suspenso. Ausente, justificadamente, o Ministro Roberto Barroso. Plenário, 3.5.2023.

Presidência da Senhora Ministra Rosa Weber. Presentes à sessão os Senhores Ministros Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Nunes Marques e André Mendonça.

Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Roberto Barroso.

Vice-Procuradora-Geral da República, Dra. Lindôra Maria Araújo.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário

04/05/2023

PLENÁRIO

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 964
DISTRITO FEDERAL**

RELATORA	: MIN. ROSA WEBER
REQTE.(S)	: REDE SUSTENTABILIDADE
ADV.(A/S)	: FLAVIA CALADO PEREIRA (3864/AP, 24842-A/MA)
INTDO.(A/S)	: PRESIDENTE DA REPÚBLICA
PROC.(A/S)(ES)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
AM. CURIAE.	: PARTIDO TRABALHISTA BRASILEIRO - PTB
ADV.(A/S)	: LUIZ GUSTAVO PEREIRA DA CUNHA (28328/DF, 137677/RJ, 462972/SP)
AM. CURIAE.	: PARTIDO DOS TRABALHADORES
ADV.(A/S)	: EUGENIO JOSE GUILHERME DE ARAGAO (04935/DF, 30746/ES, 428274/SP)
AM. CURIAE.	: PARTIDO LIBERAL - PL
ADV.(A/S)	: MARCELO LUIZ AVILA DE BESSA (12330/DF, 69975A/GO, 1565A/MG, 474139/SP)

OBSERVAÇÃO

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA - Minha saudação, Senhora Presidente.

Ao mesmo tempo em que a saúdo na qualidade de Presidente, reconheço e a saúdo pelo voto de ontem, pelos fundamentos trazidos, de forma bastante exaustiva e profunda, razão pela qual demandará, adianto e peço as paciências devidas aos eminentes Colegas, também uma análise mais acurada de minha parte, até porque me manifestarei na questão meritória, em boa medida, de forma divergente de Vossa Excelência, o que não retira, devo reconhecer, a análise, repito, profunda que Vossa Excelência fez em relação à matéria.

Minha saudação aos eminentes Pares, à eminente Ministra Cármen Lúcia, aos Ministros, ao Senhor Procurador-Geral da República e aos Advogados que aqui estão. Minha saudação a todos.

Publicado sem revisão. Art. 95, RISTF.

04/05/2023

PLENÁRIO

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 964
DISTRITO FEDERAL**

RELATORA	: MIN. ROSA WEBER
REQTE.(S)	: REDE SUSTENTABILIDADE
ADV.(A/S)	: FLAVIA CALADO PEREIRA (3864/AP, 24842-A/MA)
INTDO.(A/S)	: PRESIDENTE DA REPÚBLICA
PROC.(A/S)(ES)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
AM. CURIAE.	: PARTIDO TRABALHISTA BRASILEIRO - PTB
ADV.(A/S)	: LUIZ GUSTAVO PEREIRA DA CUNHA (28328/DF, 137677/RJ, 462972/SP)
AM. CURIAE.	: PARTIDO DOS TRABALHADORES
ADV.(A/S)	: EUGENIO JOSE GUILHERME DE ARAGAO (04935/DF, 30746/ES, 428274/SP)
AM. CURIAE.	: PARTIDO LIBERAL - PL
ADV.(A/S)	: MARCELO LUIZ AVILA DE BESSA (12330/DF, 69975A/GO, 1565A/MG, 474139/SP)

VOTO-VOGAL

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA:

I – INTRODUÇÃO

1. Senhora Presidente, eminentes Pares, acolhendo o bem lançado relatório elaborado por Sua Excelência, enquanto Relatora das presentes arguições de descumprimento de preceito fundamental, rememoro apenas que estamos a apreciar, no âmbito das ADPFs nº 964/DF, nº 965/DF, nº 966/DF e nº 967/DF, ajuizadas, respectivamente, pelos partidos políticos Rede Sustentabilidade, Partido Democrático Trabalhista (PDT), Cidadania e Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), a constitucionalidade do Decreto de 21/04/2022, editado pelo então Presidente da República, que concedeu *indulto individual* a Daniel Lucio da Silveira, Deputado Federal, condenado criminalmente por esta

ADPF 964 / DF

Suprema Corte nos autos da Ação Penal – AP nº 1.044/DF.

2. Eis o inteiro teor do Decreto questionado:

“O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, caput, inciso XII, da Constituição, tendo em vista o disposto no art. 734 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e

Considerando que a prerrogativa presidencial para a concessão de indulto individual é medida fundamental à manutenção do Estado Democrático de Direito, inspirado em valores compartilhados por uma sociedade fraterna, justa e responsável;

Considerando que a liberdade de expressão é pilar essencial da sociedade em todas as suas manifestações;

Considerando que a concessão de indulto individual é medida constitucional discricionária excepcional destinada à manutenção do mecanismo tradicional de freios e contrapesos na tripartição de poderes;

Considerando que a concessão de indulto individual decorre de juízo íntegro baseado necessariamente nas hipóteses legais, políticas e moralmente cabíveis;

Considerando que ao Presidente da República foi confiada democraticamente a missão de zelar pelo interesse público; e

Considerando que a sociedade encontra-se em legítima comoção, em vista da condenação de parlamentar resguardado pela inviolabilidade de opinião deferida pela Constituição, que somente fez uso de sua liberdade de expressão;

D E C R E T A:

Art. 1º Fica concedida graça constitucional a Daniel Lucio da Silveira, Deputado Federal, condenado pelo Supremo Tribunal Federal, em 20 de abril de 2022, no âmbito da Ação Penal nº 1.044, à pena de oito anos e nove meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática dos crimes previstos:

I - no inciso IV do caput do art. 23, combinado com o art. 18 da Lei nº 7.170, de 14 de dezembro de 1983; e

ADPF 964 / DF

II - no art. 344 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal.

Art. 2º A graça de que trata este Decreto é incondicionada e será concedida independentemente do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Art. 3º A graça inclui as penas privativas de liberdade, a multa, ainda que haja inadimplência ou inscrição de débitos na Dívida Ativa da União, e as penas restritivas de direitos.

Brasília, 21 de abril de 2022; 201º da Independência e 134º da República”

3. As argumentações ventiladas nas petições iniciais centram-se na **violação aos preceitos fundamentais previstos no art. 37, caput (especialmente moralidade e impessoalidade)**; estando caracterizado, no caso, **desvio de finalidade** do ato; bem como **ofensa ao art. 2º, caput (separação dos Poderes)**, todos da Constituição da República; consubstanciando-se o decreto em questão em *“materialização evidente do constitucionalismo abusivo”*.

4. Os Partidos defendem, ainda, ser necessária a realização de **interpretação sistemática da Lei Maior, para reconhecer como impassíveis de indulto não apenas os delitos elencados no inc. XLIII do art. 5º, mas igualmente aqueles previstos no inc. XLIV do mesmo dispositivo constitucional – o que inviabilizaria a concessão da benemerência em favor daqueles condenados pela prática do crime, inafiançável e imprescritível, consubstanciado na “ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático”**.

5. Entendem que o ato seria nulo também pela **ausência de trânsito em julgado da condenação** ao tempo em que concedida a graça presidencial.

6. Em suma, alega-se:

ADPF 964 / DF

“(...) o Decreto Presidencial objeto da presente Arguição deve ser declarado nulo, pois concedeu graça constitucional a indivíduo que ainda não foi condenado por decisão judicial transitada em julgado.”

(...)

“A graça em questão não foi concedida a pessoa qualquer do povo, escolhida segundo parâmetros mínimos de impessoalidade, mas sim a parlamentar que compõe, desde a corrida eleitoral que levou à vitória do Sr. Jair Messias Bolsonaro, a base radical do bolsonarismo. Trata-se de indivíduo que possui relação pessoal com o Presidente da República e seus familiares, defendido publicamente “com unhas e dentes” pelo próprio Chefe do Executivo e por aqueles que integram a sua base de apoio.

O desvio de finalidade, portanto, é patente: o ato que concedeu a graça no dia seguinte ao resultado do julgamento não foi praticado visando ao interesse público, em respeito aos princípios constitucionais da impessoalidade e da moralidade, mas sim visando ao interesse pessoal do Sr. Jair Messias Bolsonaro, o qual se encontra nas vésperas de disputar uma reeleição ao Palácio do Planalto.”

(...)

“Cumpre enfatizar: a competência constitucional para que o Presidente da República conceda indulto, graça ou comute pena, nos termos do preceito constitucional, deve ser utilizada visando, sempre, ao interesse público, e, invariavelmente, em observância aos parâmetros estabelecidos pela Constituição Federal de 1988.

Com as devidas vênias, Excelência, assim como a imunidade parlamentar não pode servir de escudo protetivo para práticas de condutas ilícitas, também não se pode admitir que a prerrogativa de o Presidente da República conceder graça sirva para acobertar aliado político e particular da justa pena estabelecida pelo Poder Judiciário.”

(...)

“Com efeito, o princípio da moralidade pauta qualquer

ADPF 964 / DF

ato administrativo, inclusive — e não teria justo motivo para ser diferente — atos de concessão de graça, indulto ou comutação de pena, de maneira a impedir que sejam conspurcados os predicados da honestidade, da probidade e da boa-fé no trato da ‘*res publica*’. Não por outra razão, o caput do art. 37, da Constituição, indica a *moralis* como diretriz administrativa.”

(...)

“Por sua vez, e em segundo lugar, além de se tratar de odiosa manifestação de nítido desvio de finalidade inconstitucional – o que afronta de modo direto os princípios da impessoalidade e moralidade (art. 37, caput), além da legalidade atinente ao que se espera dentro de um Estado republicano e democrático de direito (art. 1º) –, é evidente que há também uma clara afronta ao princípio da separação de Poderes

Diz-se isso à luz de que o Presidente da República não pode se portar como uma instância de revisão de decisões judiciais criminais que o desagradam, sob o suposto manto da concessão da graça constitucional. Aliás, o próprio instituto da graça não é, em situações ordinárias, compatível com a dinâmica constitucional, razão por que tende a ser reservado tão somente àquelas circunstâncias realmente humanitárias – que não é o presente caso, diga-se.”

(...)

“Em terceiro lugar, deve-se rememorar que o deputado foi condenado a oito anos e nove meses de reclusão, em regime inicial fechado, pelos crimes de incitação à abolição violenta do Estado Democrático de Direito (artigo 23, inciso IV, combinado com o artigo 18 da Lei 7.170/1983) e coação no curso do processo (artigo 344 do Código Penal). Ou seja, trata-se de um crime contra a administração pública e de um crime contra a segurança nacional, hoje chamado de crime contra o Estado Democrático de Direito.

Nessa esteira, a Constituição prevê, em uma primeira leitura desatenta e textual, não sensível à real intenção do constituinte, uma aparente diferenciação entre crimes

ADPF 964 / DF

insuscetíveis de graça ou anistia (inciso XLIII do art. 5º) e crimes imprescritíveis (XLIV), reservando os crimes contra a ordem constitucional e o Estado Democrático ao segundo rótulo. Contudo, é evidente que a Constituição, nesse sentido, escreveu menos do que pretendia dizer.

Com efeito, não faz sentido que se proteja a sociedade dos crimes contra a ordem constitucional e o Estado Democrático apenas sob o manto da imprescritibilidade – aspecto puramente afeto à possibilidade de se buscar a pretensão punitiva –, mas não sob o manto da insuscetibilidade de graça ou anistia. Afinal, se se aceitar que crimes contra a ordem constitucional e o Estado Democrático sejam posteriormente perdoados pela misericórdia presidencial, na realidade ordem democrática não há.”

(...)

“Nessa esteira, e em quarto e último lugar, tem-se, aqui, claramente, a necessidade implícita de autodefesa do Estado Democrático de Direito, na tutela do princípio sensível da democracia. Tal cláusula de garantia torna, teleologicamente, insuscetíveis de graça, indulto ou anistia todos e quaisquer atos antidemocráticos, que, em sua essência, corroeriam os pilares da estrutura do ordenamento jurídico-político brasileiro”

(e-doc. 1, p. 13-31, na ADPF nº 964/DF)

7. Ao final, deduzem os seguintes pedidos – *cito, a título ilustrativo, a literalidade da petição inicial na primeira arguição, a ADPF nº 964/DF, in verbis:*

“a) O deferimento da medida liminar pelo relator, a ser referendada pelo Plenário, já que presentes os requisitos previstos no artigo 5º, § 1º, da Lei nº 9.882/99, para suspender os efeitos do Decreto s/n do Presidente da República de 21/04/2022, publicado no DOU de 21/04/2020, que concedeu ‘graça constitucional a Daniel Lucio da Silveira, Deputado Federal, condenado pelo Supremo Tribunal Federal, em 20 de abril de 2022, no âmbito da Ação Penal nº 1.044, à pena de oito anos e nove meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela

ADPF 964 / DF

prática dos crimes previstos: I - no inciso IV do caput do art. 23, combinado com o art. 18 da Lei nº 7.170, de 14 de dezembro de 1983; e II - no art. 344 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal’;

i. Subsidiariamente, caso não se reconheça, de plano, a incompatibilidade *in totum* do Decreto com os preceitos fundamentais constitucionais descritos, que se reconheça, ao menos, a manutenção de todos os efeitos extrapenais da condenação criminal que não a aplicação da pena privativa de liberdade e de multa, sobretudo para se manter a condição de inelegibilidade de Daniel Lucio da Silveira, por ter sido condenado pela prática de crime contra a administração pública (art. 344 do CP c/c art. 1º, I, “e”, 1, da Lei Complementar nº 64/1990);

(...)

c) O julgamento pela procedência desta Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, para declarar a incompatibilidade do Decreto s/n do Presidente da República de 21/04/2022, publicado no DOU de 21/04/2020, que concedeu ‘graça constitucional a Daniel Lucio da Silveira, Deputado Federal, condenado pelo Supremo Tribunal Federal, em 20 de abril de 2022, no âmbito da Ação Penal nº 1.044, à pena de oito anos e nove meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática dos crimes previstos: I - no inciso IV do caput do art. 23, combinado com o art. 18 da Lei nº 7.170, de 14 de dezembro de 1983; e II - no art. 344 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal’, com todos os preceitos fundamentais citados.”

8. Adotado o rito do art. 12 da Lei nº 9.868, de 1999, foram solicitadas as informações de praxe junto à autoridade responsável pela edição do ato vergastado, com a ulterior colheita das manifestações da Advocacia-Geral da União e da Procuradoria-Geral da República.

9. A **Presidência da República** posicionou-se pela improcedência da demanda, defendendo a plena constitucionalidade do ato editado, sob o

ADPF 964 / DF

argumento de que a concessão de indulto encontra previsão no art. 84, inc. XII, da Constituição da República, consistindo em ato de Governo, caracterizado pela ampla discricionariedade, cujas limitações estão previstas no art. 5º, inc. XLIII, do Texto Constitucional (e-doc. 40 da ADPF nº 964/DF; e-doc. 26 da ADPF nº 965/DF; e-doc. 23 da ADPF nº 966/DF; e-doc. 26 da ADPF nº 967/DF).

10. No mesmo sentido, a **Advocacia-geral da União** manifestou-se pela **improcedência do pedido**, em opinativo assim ementado (e-doc. 43 da ADPF nº 964/DF; e-doc. 29 da ADPF nº 965/DF; e-doc. 26 da ADPF nº 966/DF; e-doc. 29 da ADPF nº 967/DF):

“Decreto Presidencial de 21 de abril de 2022, da Presidência da República, que concedeu indulto individual (graça) ao Deputado Federal Daniel Lucio da Silveira, condenado pelo Supremo Tribunal Federal, em 20 de abril de 2022, no âmbito da Ação Penal nº 1.044. Ausência de afronta aos artigos 2º, 5º, inciso XLIII, e 37, caput, da Constituição Federal. Inexistência de vedação expressa à concessão de graça aos condenados por crimes previstos na Lei nº 7.170/1983, revogada pela Lei nº 14.197/2021, e no artigo 344 do Código Penal. Competência privativa do Presidente da República para definir a concessão do indulto (artigo 84, inciso XII, da Constituição da República). O indulto é um ato de governo, caracterizado pela ampla discricionariedade, consistindo em causa de extinção da punibilidade (artigo 107, inciso II, do Código Penal). Ato passível de excepcional controle jurisdicional apenas para aferir os limites impostos pela Constituição Federal. Inexigência de trânsito em julgado para a sua concessão. Compatibilidade do ato impugnado com a Constituição da República. Ausência de violação à preceito fundamental. Manifestação pela improcedência do pedido formulado na presente arguição.”

11. Em idêntica direção se posicionou, ainda, a **Procuradoria-Geral da República**. Eis a síntese da referida manifestação (e-doc. 53 da ADPF

ADPF 964 / DF

nº 964/DF; e-doc. 39 da ADPF nº 965/DF; e-doc. 36 da ADPF nº 966/DF; e-doc. 39 da ADPF nº 967/DF):

“ARGUIÇÕES DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. PENAL E CONSTITUCIONAL. DECRETO DE 21.4.2022 DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA. GRAÇA CONSTITUCIONAL (INDULTO INDIVIDUAL) A PARLAMENTAR CONDENADO POR CRIMES NÃO HEDIONDOS A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E A MULTA ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO. PETIÇÃO ASSINADA POR ADVOGADA IMPEDIDA. ATO NULO. MÉRITO. DECRETO CONCESSIVO DA GRAÇA. ATO DE CARÁTER EMINENTEMENTE POLÍTICO DA COMPETÊNCIA PRIVATIVA DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA. AMPLA LIBERDADE PARA DEFINIÇÃO DOS CRITÉRIOS DE SUA EMANAÇÃO. REVISÃO JUDICIAL RESTRITA AOS CONDICIONAMENTOS CONSTITUCIONAIS EXPRESSOS (CF, ARTS. 5º, XLIII, E 84, XII E PARÁGRAFO ÚNICO). POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE GRAÇA ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. ALCANCE DOS INSTITUTOS DA GRAÇA E DO INDULTO LIMITADO AO ÂMBITO DO DIREITO PENAL. NÃO INCIDÊNCIA SOBRE OS EFEITOS EXTRAPENAIIS DA CONDENAÇÃO. PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO DA ADPF 964 E PELA ADMISSÃO DAS DEMAIS ARGUIÇÕES, E, NO MÉRITO, PELA IMPROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS.

1. Configura impedimento ao exercício da advocacia por servidor público federal a atuação em processo de controle concentrado em face de decreto do Presidente da República, por se tratar de ato praticado no âmbito da mesma pessoa de direito público que o remunera (União), na forma do art. 30, I, da Lei 8.906/1994 (Estatuto da OAB).

2. Por força do art. 4º, parágrafo único, da Lei 8.906/1994 (Estatuto da OAB), é nula de pleno direito a petição inicial de

ADPF 964 / DF

ADPF subscrita unicamente por advogada impedida circunstancialmente para atuar contra a pessoa jurídica de direito público União, da qual emana o ato do Poder Público questionado nesta arguição.

3. O poder de clemência soberana do Estado, de que é espécie a graça ou indulto individual, como expressão de competência constitucional qualificada por politicidade máxima, manifesta-se em atos políticos caracterizados pela mais ampla margem de avaliação política, e não se sujeitam, por isso mesmo, às limitações que incidem sobre os atos administrativos em geral, mesmo os especialmente qualificados por uma dilatada discricionariedade.

4. A graça e o indulto, por configurarem atos políticos dotados de ampla liberdade de conformação, revelam-se insuscetíveis de avaliação judicial quanto aos destinatários, ao conteúdo, às razões, aos motivos determinantes e aos fins políticos que tenham por escopo, somente se expondo a controle jurisdicional em caso de manifesta afronta às limitações materiais explícitas que gravam sobre essa espécie de ato político ou a exigências de cunho procedimental, encontradas nos arts. 5º, XLIII, e 84, XII e parágrafo único, da Constituição Federal.

5. Não afronta os arts. 5º, XLIII, e 84, XII e parágrafo único, da Constituição Federal decreto concessivo de graça a parlamentar condenado pelo Supremo Tribunal Federal como incurso nas penas do art. 18 da Lei 7.170/1983 e do art. 344 do Código Penal, editado no exercício de competência presidencial expressamente prevista na Constituição da República.

6. O poder de clemência soberana do Estado, expresso em ato de graça ou de indulto, pode alcançar títulos judiciais não definitivos, não se deparando, na Constituição da República, com exigência, a que supostamente se condicionariam a válida emanção e ou a eficácia do ato, de trânsito em julgado da condenação. Precedente: ADI 5874/DF.

7. No Direito brasileiro, o exercício do poder de graça não interfere na suspensão dos direitos políticos, após o trânsito em

ADPF 964 / DF

julgado, em decorrência da condenação, e, tampouco, no que venha a ser ou tenha sido decidido quanto à perda de mandato político. Nenhuma interferência surte, ademais, no tocante a eventual inelegibilidade decorrente da condenação.

– Parecer, preliminarmente, pelo não conhecimento da ADPF 964, e pela admissibilidade das demais arguições de descumprimento de preceito fundamental, e, no mérito, pela improcedência dos pedidos.”

12. Foram admitidos como *amicus curiae* o Partido Trabalhista Brasileiro (PTB), o Partido dos Trabalhadores (PT) e o Partido Liberal (PL).

13. Brevemente contextualizada a controvérsia, adotando, no mais, o relatório da eminente Ministra Rosa Weber, passo a me manifestar.

II – EXAME DAS QUESTÕES PRELIMINARES

14. Como única questão preliminar suscitada nas 4 (quatro) arguições de descumprimento de preceito fundamental, ora apreciadas em conjunto, tem-se a alegação da Procuradoria-Geral da República, **especificamente em relação à ADPF nº 964/DF**, consubstanciada na existência de **vício de representação processual** da agremiação autora ante o impedimento ao exercício da advocacia pela única subscritora da petição inicial, com base no art. 30, inc. I, da Lei nº 8.906, de 1994 (Estatuto da OAB).

15. De acordo com a argumentação do *custus iuris*, *“a única advogada subscritora da petição inicial da ADPF 964/DF, proposta pela Rede Sustentabilidade, exerce atualmente cargo em comissão ‘AP-03 – Ajudante Parlamentar Pleno’ no Senado Federal, sendo, portanto, servidora pública federal vinculada ao Poder Legislativo da União”*. Nesse diapasão, *“[u]ma vez que a ADPF 964/DF dirige-se contra a validade de ato editado pelo Chefe de Estado, a advogada não poderia ser subscritora da petição inicial*

ADPF 964 / DF

do partido político requerente, por encontrar-se impedida de exercer a advocacia contra a mesma pessoa jurídica que a remunera (a União), consoante determina o art. 30, I, da Lei 8.906/1994.” (e-doc. 53 da ADPF nº 964/DF).

16. Arremata, então, no seguinte sentido:

“Estando a única patrona do requerente na ADPF 964/DF impedida, na espécie, de exercer a advocacia, são nulos de pleno direito os atos por ela praticados no bojo da referida arguição, conforme estatui o art. 4º, parágrafo único, do Estatuto da OAB:

Art. 4º (...)

Parágrafo único. São também nulos os atos praticados por advogado impedido – no âmbito do impedimento –, suspenso, licenciado ou que passar a exercer atividade incompatível com a advocacia.

Há de se ressaltar que, segundo entendimento consolidado do Supremo Tribunal Federal, as confederações sindicais, as entidades de classe de âmbito nacional e os partidos políticos não dispõem de capacidade postulatória plena para instauração da fiscalização abstrata de constitucionalidade, motivo pelo qual a representação desses por advogado devidamente habilitado consubstancia “pressuposto de constituição válida do processo” (RTJs 130/152, 130/971 e 144/3).

É hipótese, portanto, de indeferimento da petição inicial da ADPF 964/DF, por impedimento circunstancial da advogada subscritora para atuar contra a pessoa jurídica de direito público União, da qual emana o ato do Poder Público questionado na arguição.”

17. Nada obstante, por se tratar de vício plenamente sanável, em linha com a jurisprudência estabelecida por esta Suprema Corte em

ADPF 964 / DF

situações congêneres, como no âmbito da **ADI nº 4.350/DF, Rel. Min. Luiz Fux**, Tribunal Pleno, j. 23/10/2014, p. 03/12/2014; considerando ainda que o teor das argumentações ventiladas nas 4 (quatro) arguições convergem para impugnação do ato sob invectiva com base em conjunto de razões substancialmente idênticas entre si; e em observância ao princípio da *primazia da resolução do mérito*, de acordo com os **arts. 4º e 6º do CPC** (v.g. THEODORO JUNIOR, Humberto. *Código de Processo Civil Anotado*, 22ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 8; CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*, 5ª edição, São Paulo: Atlas, 2019, p. 7); **deixo de acolher a questão preliminar suscitada.**

18. Portanto, superada a análise deste único óbice processual agitado nos autos, **conheço das 4 (quatro) arguições de descumprimento de preceito fundamental** e avanço ao exame do mérito da controvérsia.

III – EXAME DO MÉRITO

19. **Antecipo, desde logo, com as mais elevadas vênias à eminente Ministra Relatora, que julgo improcedentes as demandas**, pelos motivos que passo a expor.

20. Em síntese, as razões que dão suporte à conclusão que alcanço ressaem da análise que faço: *(i)* dos contornos constitucionalmente estabelecidos para o instituto jurídico do indulto; *(ii)* da natureza política deste ato, que não é tipicamente administrativo, porque praticado no exercício da função de Chefe de Estado – *e não na qualidade de autoridade superior da Administração Pública Federal*; *(iii)* do seu papel estrutural no desenho institucional que busca equilibrar a distribuição das funções estatais atípicas, atuando como mecanismo de freio e contrapeso exercido pelo Poder Executivo em face do Poder Judiciário; *(iv)* dos limites à sindicabilidade judicial do ato de clemência presidencial; *(v)* da ausência de impedimento constitucional à concessão da benemerência em momento anterior ao trânsito em julgado da condenação atingida pelo

ADPF 964 / DF

ato; *(vi)* da indiscutível manutenção dos efeitos extrapenais produzidos pelo decreto condenatório.

Os contornos constitucionalmente estabelecidos para o indulto

21. Inicialmente, antes de escrutinar o teor específico do ato diretamente atacado, entendo necessário tecer algumas considerações preambulares sobre o próprio instituto jurídico do indulto a partir – *como não poderia deixar de ser* – dos contornos que lhe foram delineados pelo próprio Texto Constitucional.

22. Pois bem. Como se sabe, a Lei Fundamental editada em 1988 tratou dessa forma de manifestação do denominado “*poder de graça*” (MORAES, Raílda Saraiva de. *O Poder de graça*. Rio de Janeiro: Forense, 1979), de modo mais direto, em dois dispositivos: o **art. 5º, inc. XLIII**, e o **art. 84, inc. XII**. Confirmam-se:

“Art. 5º. (...)

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;”

“Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

(...)

XII - conceder indulto e comutar penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei;” (grifos nossos).

23. Em âmbito doutrinário, José Frederico Marques conceitua o instituto nos seguintes termos: “*[o] indulto e a graça no sentido estrito são providências de ordem administrativa, deixadas a relativo poder discricionário do Presidente da República, para extinguir ou comutar penas. O indulto é medida de ordem geral, e a graça de ordem individual,*

ADPF 964 / DF

embora, na prática, os dois vocábulos se empreguem indistintamente para indicar ambas as formas de indulgência soberana. Atingem os efeitos executórios penais da condenação, permanecendo íntegros os efeitos civis da sentença condenatória” (MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal**. São Paulo: Bookseller, 1997. vol. 3, p. 425-426; grifos nossos).

24. Já o Ministro Maurício Corrêa, na **ADI nº 2.795-MC/DF**, de sua relatoria, j. 08/05/2003 p. 20/06/2003, definiu o indulto como *“instrumento de política criminal colocado à disposição do Estado para a reinserção e ressocialização dos condenados que a ele façam jus, segundo a conveniência e oportunidade das autoridades competentes”*.

25. Do ponto de vista estritamente processual penal, o indulto enseja a **extinção da punibilidade** do condenado por ele beneficiado (CP, art. 107, inc. II). Não se tem por abolida, contudo, a condenação, o que somente ocorre no caso da concessão de anistia, constitucionalmente reservada ao Congresso Nacional (CRFB, art. 48, inc. VIII).

26. Ainda sob a ótica processual penal, o instituto encontra-se disciplinado nos arts. 734 a 742 do Código de Processo Penal, em Capítulo destinado à disciplina conjunta *“da graça, do indulto e da anistia”*; e nos arts. 187 a 193 da Lei de Execuções Penais, em Capítulo intitulado *“da anistia e do indulto”*. Eis o teor dos referidos dispositivos:

Código de Processo Penal

“Art. 734. A graça poderá ser provocada por petição do condenado, de qualquer pessoa do povo, do Conselho Penitenciário, ou do Ministério Público, ressalvada, entretanto, ao Presidente da República, a faculdade de concedê-la espontaneamente.

Art. 735. A petição de graça, acompanhada dos documentos com que o impetrante a instruir, será remetida ao ministro da Justiça por intermédio do Conselho Penitenciário.

Art. 736. O Conselho Penitenciário, à vista dos autos do

ADPF 964 / DF

processo, e depois de ouvir o diretor do estabelecimento penal a que estiver recolhido o condenado, fará, em relatório, a narração do fato criminoso, examinará as provas, mencionará qualquer formalidade ou circunstância omitida na petição e exporá os antecedentes do condenado e seu procedimento depois de preso, opinando sobre o mérito do pedido.

Art. 737. Processada no Ministério da Justiça, com os documentos e o relatório do Conselho Penitenciário, a petição subirá a despacho do Presidente da República, a quem serão presentes os autos do processo ou a certidão de qualquer de suas peças, se ele o determinar.

Art. 738. Concedida a graça e junta aos autos cópia do decreto, o juiz declarará extinta a pena ou penas, ou ajustará a execução aos termos do decreto, no caso de redução ou comutação de pena.

Art. 739. O condenado poderá recusar a comutação da pena.

Art. 740. Os autos da petição de graça serão arquivados no Ministério da Justiça.

Art. 741. Se o réu for beneficiado por indulto, o juiz, de ofício ou a requerimento do interessado, do Ministério Público ou por iniciativa do Conselho Penitenciário, providenciará de acordo com o disposto no art. 738.

Art. 742. Concedida a anistia após transitar em julgado a sentença condenatória, o juiz, de ofício ou a requerimento do interessado, do Ministério Público ou por iniciativa do Conselho Penitenciário, declarará extinta a pena.”

Lei de Execuções Penais

“Art. 187. Concedida a anistia, o Juiz, de ofício, a requerimento do interessado ou do Ministério Público, por proposta da autoridade administrativa ou do Conselho Penitenciário, declarará extinta a punibilidade.

Art. 188. O **indulto individual** poderá ser provocado por petição do condenado, por iniciativa do Ministério Público, do Conselho Penitenciário, ou da autoridade administrativa.

ADPF 964 / DF

Art. 189. A petição do indulto, acompanhada dos documentos que a instruírem, será entregue ao Conselho Penitenciário, para a elaboração de parecer e posterior encaminhamento ao Ministério da Justiça.

Art. 190. O Conselho Penitenciário, à vista dos autos do processo e do prontuário, promoverá as diligências que entender necessárias e fará, em relatório, a narração do ilícito penal e dos fundamentos da sentença condenatória, a exposição dos antecedentes do condenado e do procedimento deste depois da prisão, emitindo seu parecer sobre o mérito do pedido e esclarecendo qualquer formalidade ou circunstâncias omitidas na petição.

Art. 191. Processada no Ministério da Justiça com documentos e o relatório do Conselho Penitenciário, a petição será submetida a despacho do Presidente da República, a quem serão presentes os autos do processo ou a certidão de qualquer de suas peças, se ele o determinar.

Art. 192. Concedido o indulto e anexada aos autos cópia do decreto, o Juiz declarará extinta a pena ou ajustará a execução aos termos do decreto, no caso de comutação.

Art. 193. Se o sentenciado for beneficiado por indulto coletivo, o Juiz, de ofício, a requerimento do interessado, do Ministério Público, ou por iniciativa do Conselho Penitenciário ou da autoridade administrativa, providenciará de acordo com o disposto no artigo anterior.”

27. Trata-se de instituto presente em toda a nossa história constitucional, previsto expressamente desde a Carta Imperial de 1824, passando por todos os outros diplomas augustos, até a edição do texto acima reproduzido, integrante da Constituição da República de 1988.

28. Acerca da evolução histórica do indulto ao longo das transformações constitucionais vivenciadas em nosso país, valho-me do seguinte excerto do voto proferido pelo Ministro Celso de Mello no âmbito da **ADI nº 5.874/DF**, Rel. Min. Roberto Barroso, **Red. do Acórdão**

ADPF 964 / DF

Min. Alexandre de Moraes, j. 09/05/2019, p. 05/11/2020, *in verbis*:

“A Carta Política do Império, de 1824, de modo mais amplo, incluiu no alcance concreto do Poder Moderador, exercido pelo ao Imperador , a faculdade de perdoar ou moderar as penas impostas aos réus condenados por sentença (art. 101, VIII) ou, ainda, de conceder anistia “em caso urgente, e que assim aconselhem a humanidade, e bem do Estado” (art. 101, IX).

Já a Constituição republicana de 1891 limitou essa competência do então Chefe do Poder Executivo(Presidente da República) aos atos de indulto e de comutação relativos às condenações penais impostas pela Justiça Federal (art. 48, § 6º), havendo exceção quanto à comutação ou ao perdão das penas referentes aos crimes de responsabilidade dos funcionários federais, que passa a integrar as atribuições do Congresso Nacional (art. 34, § 28). Nos crimes de competência jurisdicional dos Estados-membros (Ver texto original), o poder de graça pertencia ao Governador do Estado, também designado por algumas unidades federadas como Presidente do Estado, como sucedia, p. ex., no Estado de São Paulo (Constituição paulista de 14/07/1891, art. 27) . A concessão de anistia passou a ser incumbência exclusiva do Congresso Nacional (CF/1891, art. 34, § 27, posteriormente renumerado para § 26, em razão da Emenda Constitucional de 03/09/1926).

A Constituição de 1934, por sua vez, manteve o poder de anistiar na esfera de competência do Legislativo da União Federal (art. 40, “e”) e, em caráter privativo, outorgou ao Presidente da República a prerrogativa de “perdoar e comutar, mediante proposta dos órgãos competentes, penas criminais” (art. 56, § 3º – grifei).

A Carta de 1937, coerente com o espírito autocrático que a animou, deferiu, “tout court”, ao Presidente da República o exercício de todas as faculdades inerentes ao poder de graça (art. 74, “n”, na redação dada pela Lei Constitucional nº 9, de 1945).

Em 1946, no entanto, a Constituição promulgada naquele ano restaurou a dualidade de competências pertinentes ao

ADPF 964 / DF

poder de graça do Estado, **reconhecendo** ao Presidente da República a **prerrogativa** de “conceder indulto e comutar penas, com audiência dos órgãos instituídos em lei” (art. 87, XIX), e **deferindo** ao Congresso Nacional a competência **exclusiva** para os atos concessivos de anistia (art. 66, V).

A Carta de 1967, por sua vez, **reproduziu**, essencialmente, as **mesmas** disposições da Constituição anterior (arts. 46, VIII, e 83, XX), **no que foi seguida pela Carta outorgada por um triunvirato militar** sob a equivocada designação de Emenda Constitucional nº 1, **de 1969** (arts. 43, VIII, e 81, XXII).

Finalmente, a **Constituição Republicana de 1988 manteve** a competência **privativa** do Presidente da República para “conceder indulto e comutar penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei” (CF, art. 84, XII), e **a do Congresso Nacional para a concessão** de anistia (art. 48, VIII).” (grifos no original).

29. Trata-se, em verdade, de instrumento jurídico cujas origens guardam contemporaneidade com o próprio surgimento dos julgamentos dos integrantes de um determinado grupo, pelos seus ou por comunidades rivais, com a consequente aplicação das penas daí decorrentes. Portanto, contemporânea à ideia de formas heterocompositivas de solução de conflitos sociais, com a consequente aplicação de penalidades, advém a possibilidade de obtenção de uma clemência por parte daqueles encarregados de executarem a reprimenda imposta.

30. Por isso mesmo é que se trata de instituto adotado por nações de todos os continentes. Conforme levantamento apresentado por Rodrigo Ribeiro – *com as óbvias adaptações a cada realidade concreta* –, o poder de clemência estatal está previsto na Constituição dos seguintes países: **Afeganistão** (art. 75); **Alemanha** (art. 60, 2,3); **Argentina** (art. 99,5); **Bélgica** (art. 110); **Chile** (art. 32, 16); **Colômbia** (art. 150, 17); **Coréia do Sul** (art. 78); **Cuba** (art. 88); **Dinamarca** (§ 24); **Egito** (parte III); **Espanha** (art. 62, i); **Estados Unidos**(art. II, 2); **Geórgia** (art. 73); **Holanda** (art. 122);

ADPF 964 / DF

Hungria (art. XXXI, 1, 2, j, e 8,3,j); **Índia** (art. 72); **Luxemburgo** (art. 38); **França** (art. 17); **México** (art. 89, XIV); **Noruega** (art. 20); **Nova Guiné** (art. 151); **Paraguai** (art. 238); **Peru**(art. 118, 21); **Portugal** (art. 134, f); **República Tcheca** (art. 62); **Suécia** (art. 13), **Suíça** (art. 173), **Uruguai** (art. 85); **Uzbequistão** (art. 93, 20). (RIBEIRO, Rodrigo. *O indulto presidencial: origens, evolução e perspectivas*. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 117, 2015, p. 423 – 441).

31. Com base em lições do Sir *William Blackstone*, nos seus célebres “*Comentários sobre as Leis de Inglaterra*”, o mesmo autor supracitado bem aborda que, na quadra histórica em que a maioria das nações adotava o regime monárquico, a utilização do instituto servia ao fortalecimento da imagem do soberano perante os súditos. *In verbis*:

“Na Inglaterra o uso da prerrogativa também foi empregado para consolidar o poder. William Blackstone elencava o poder de perdoar crimes como uma prerrogativa do Rei, o qual recebia a confiança de que reservaria esse expediente apenas para aquelas exceções às regras gerais, cuja sabedoria humana nunca possibilitou fazê-las tão perfeitas para que se apliquem a todos os casos particulares. Reconheceu tacitamente as raízes romanas do poder de indultar na Grã-Bretanha, quando ridicularizou a crueldade dos habitantes das Ilhas de Gurnsey por não adiarem a execução de uma mulher grávida: ‘uma barbaridade que eles nunca aprenderam com as leis da Roma Antiga’. O jurista inglês considerava que o uso do poder de perdão suavizava os rigores da lei geral, mas via igualmente a capacidade disto valorizar a imagem do soberano perante seus súditos, fortalecendo o trono (numa época em que havia muitos concorrentes para a redenção, como o clero, os grandes condes e senhores feudais)”

(RIBEIRO, Rodrigo. *O indulto presidencial: origens, evolução e perspectivas*. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, vol. 117, nov./dez. 2015, p. 423 – 441; grifos nossos).

ADPF 964 / DF

32. A partir dessa perspectiva, apesar das grandes transformações pelas quais passaram os Estados Modernos, culminando no advento do Estado Democrático de Direito, manteve-se hígido o denominado “*poder de graça*” nos novos regimes constitucionais, despontando como uma das finalidades que ensejam a aplicação do instituto até a hodiernidade precisamente essa **função estabilizadora das relações sociais**.

33. Essa vocação para figurar como método de pacificação social é abordada pelo Ministro Geminiano da Franca, em coletânea de artigos publicados na Revista Forense, em 1933, nos seguintes termos:

“Para que a rebelliao triunphante ou o poder vencedor possa conseguir extinguir os residuos odientos da luta, adquirir a confiança do povo, merecer os applausos dos posteros e a admiração desinteressada dos contemporaneos, é mister que, sem recriminações, represalias ou propositos de vingança, emende os erros passados, contenha os assomos dos irrequietos e violentos e abrigue os vencidos sob o pallio da clemencia. O desejo da vindicta, que a decepção da derrota incute no animo do vencido, só póde apagar de todo com a generosidade acolhedora do vencedor.

(...)

Não é o odio de Achilles, fazendo percorrer sobre os muros de Troya atrelado ao recavem do carro do vencedor o corpo inerte do valente Heitor, que faz a grandeza do triumphador; mas sim a longanimidade de Thrassybulo, mandando queimar os registos criminaes de Athenas, depois da expulsão dos trinta tyrannos, e convocando - vencido e vencedores - e fazendo-os jurar, na Acrópole, a reconciliação geral. Não exalta o patriotismo, nem dignifica o triumpho o procedimento do chefe, que, friamente, humilha e atormenta o vencido, obrigando-o a cavar com as suas proprias mãos a cova que o devia receber, depois de trucidado; mas sim o general glorioso e magnanimo, que, após a rendição do adversario, convida, indistinctamente, victoriosos e derrotados para no

ADPF 964 / DF

templo de Deus, renderem homenagens a todos que tombaram na defesa de seus idéas.

Só o esquecimento das peripercias da luta, dos excessos nella praticados, a correção dos erros, a purificação dos costumes, a conciliação dos adversarios, tem o poder mirifico de restabelecer o equilíbrio politico social, e restaurar as forças de uma nação anemizada por conturbações profundas. Só o apagamento do crime, só a absolvição collectiva dos transviados, podem despertar nelles as energias patriotas e bemfazejas adormecidas pelo desalento da derrota, para despende-las entusiasticamente em bem da ordem e da paz e da grandeza da collectividade.

A satisfação que se tira da vingança dura apenas um momento, disse Henrique IV; mas a que dá a clemencia é eterna.”

(FRANCA, Geminiano da. *O instituto jurídico da graça. Revista Forense: doutrina, legislação e jurisprudência*, Belo Horizonte, vol. LXI, jul. 1933, fascículo 361, p. 119-123; grifos nossos).

34. No mesmo sentido caminha a doutrina norte-americana, sobretudo a partir da prevalência da tese defendida por Alexander Hamilton, na edição nº 74 dos *Federalist Papers*, obra que consabidamente norteou a formação do modelo constitucional dos Estados Unidos da América, que exerce forte influência no nosso próprio processo histórico-institucional. Foi a partir dessa vocação estabilizadora do instituto em comento que o indicado federalista defendeu a necessidade de manutenção do poder de perdoar mesmo no **Estado nacional de molde republicano**, apontando ainda para as vantagens que decorrem da concentração dessa faculdade política nas mãos do Chefe do Poder Executivo. De acordo com suas palavras:

“Também está facultado a conceder indultos e suspender a execução das sentenças por delito contra os Estados Unidos, exceto em se tratando casos de impeachment. **A humanidade e**

ADPF 964 / DF

a boa política aconselham de common acôrdo que a generosa prerrogativa do indulto seja entorpecida e obstruída o menos possível. Os códigos penais de todos os países acham-se tão impregnados de uma necessária dureza, que se não se facilitar a forma de fazer exceções a favor dos desgraçados delinquentes, a justiça exhibirá uma face extremamente sanguinária. **Como o sentido da responsabilidade é sempre mais forte, quanto menos esta se dividir, é possível inferir que um só homem estará mais disposto a prestar atenção aos motivos que talvez aconselhem uma mitigação do rigor da lei e menos exposto a ceder ante considerações dirigidas a amparar um delito merecedor de castigo.** A reflexão de que o destino de um semelhante depende de seu único consentimento, inspirará naturalmente escrupulosidade e cautela; o temor de ser acusado de debilidade ou conivência, suscitará igual circunspeção ainda que de outra índole”.

(HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista: um comentário à Constituição americana*. Rio de Janeiro: Editora Nacional, 1959, p. 300-301; grifos nossos).

35. Verifica-se, portanto, que, apesar das transformações sociais de toda ordem, o indulto subsiste como “*válvula de segurança do direito*”, para utilizar expressão atribuída por Radbruch a Jhering.

36. E, em que pese seja alvo de toda sorte de críticas, sobretudo a partir do movimento iluminista, sendo fortemente combatido por Beccaria e Kant, tendo este o qualificado como “*o mais obsceno dentre todos os direitos do soberano*”, bem observa Radbruch que tal veemência ocorre sobretudo “*em épocas não problemáticas, quer dizer, épocas que haviam reconhecido o domínio único e total da razão – como a do direito natural e do Iluminismo*” precisamente porque, em última análise, a clemência estatal, mais do que “*válvula de segurança*” jurídica, “*é o símbolo de que no mundo existem valores que se alimentam de fontes mais profundas e se elevam a alturas mais supremas que o direito*” (RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. Trad. Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 255).

ADPF 964 / DF

37. Ao se debruçar sobre a questão da graça em sua obra de filosofia do direito, o referido autor alemão pondera:

“A instituição jurídica da graça significa o sincero reconhecimento da contestabilidade de todo direito, das tensões no âmbito da idéia do direito, assim como das possibilidades de conflito entre a idéia do direito e outras idéias, tais como as éticas e religiosas. Justamente por isso é que em épocas não problemáticas, quer dizer, épocas que haviam reconhecido o domínio único e total da razão - como a do direito natural e do Iluminismo - combateu-se o direito de indulto; primeiro por Beccaria (§ 20), a seguir por Kant, que viu na graça ‘o mais obscuro dentre todos os direitos do soberano’.

As tensões internas da idéia do direito, as exigências contraditórias da justiça, da finalidade e da segurança jurídica, a falta de uma norma supra-ordenadora desses três aspectos da idéia do direito, e conseqüentemente a impossibilidade de uma decisão de seus conflitos - são problemas já arrolados. **O sentido da graça, segundo a opinião de quem a concede, é o de distender a relação de tensão dos elementos conflitantes da idéia do direito, de modo diverso e melhor do que aquele oferecido pela sentença.** A graça pode ter como tarefa fazer valer a justiça em face do direito positivo e a finalidade individualizadora diante da igualdade esquematizante da justiça. **Pode igualmente procurar** resolver as antinomias possíveis no âmbito de cada um desses elementos de modo diverso ao que ocorreu na sentença e, por exemplo, **fazer valer** o direito material diante da força processual de lei do julgamento errôneo, a equidade ante a justiça, **a finalidade geral política em face da finalidade específica da política criminal.**

A graça não se esgota pelo fato de ser uma instituição jurídica. Em face daqueles aforismos alemães que qualificam a graça como um direito melhor, surgem outros que afirmam que ela é ‘melhor que o direito’ e expressam que **ela ‘precede ao**

ADPF 964 / DF

direito'. A graça jamais se limitou a conciliar tensões dentro do direito; muito mais significa o reconhecimento do fato de que este mundo não é somente um mundo jurídico, no sentido de 'Fiat iustitia, pereat mundus', que ao lado do direito existem outros valores e que pode ser necessário auxiliar a realização desses valores ainda que contra o direito. Quando, por exemplo, acontecimentos patrióticos são um pretexto para o indulto, este não se fundamenta mais em valores jurídicos [...].

(...)

Ela não significa apenas uma forma suavizada do direito, mas o raio luminoso que irrompe no domínio do direito de um mundo totalmente alheio a esse direito para então tornar visíveis as frias sombras do mundo jurídico. Semelhante ao milagre rompendo as leis do mundo físico, assim também ela é o milagre sem lei dentro do mundo jurídico oficial. **Pela graça penetram no mundo jurídico domínios de valores alheios ao direito**, os valores religiosos da caridade, os valores éticos da tolerância. Na graça mesmo o acaso favorável em face da pretensão de racionalização universal do direito eleva a sua pretensão àquela do 'apesar de', da qual Nietzsche dizia ser a mais antiga nobreza do mundo.

A graça, portanto, não se esgota no fato de ser, segundo a expressão de Jhering, 'a válvula de segurança do direito'. Ela é o símbolo de que no mundo existem valores que se alimentam de fontes mais profundas e se elevam a alturas mais supremas que o direito".

(RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. Trad. Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 255-258).

38. Esses contornos que delineiam o instituto já bem evidenciam que não se trata de um mecanismo inserido dentro da atuação administrativa confiada ao Presidente da República enquanto **autoridade superior da Administração Pública federal**. Trata-se de faculdade outorgada pela Assembleia Nacional Constituinte àquela autoridade pública, democraticamente eleita, **responsável pela representação do Estado**

ADPF 964 / DF

nacional, por meio da prática de *atos de soberania* tanto no plano interno quanto no âmbito internacional (CARVALHO FILHO, Aloysio de. *Comentários ao Código Penal*, Forense, 5. ed., v. 4, p. 202).

39. A partir de tal constatação se explicita o porquê de o Constituinte Originário ter, por meio de uma *deliberada vagueza normativa*, estabelecido como única limitação material à prática do ato de clemência constitucional a proibição de concessão da benemerência aos condenados pelos crimes expressamente elencados no citado inc. XLIII do art. 5º da Lei Maior – *prática de tortura, tráfico de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e os definidos como crimes hediondos*.

40. Interessante notar, com esteio nas ponderações de Reinaldo Rossano Alves, as discussões que se sucederam durante os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte e culminaram na edição do texto ainda hoje não modificado:

“No Brasil, por ocasião da Assembleia Nacional Constituinte, a Deputada Benedita da Silva, em discurso proferido no dia 3 de agosto de 1987, durante a 120ª Sessão, aduziu que ‘a burocracia é o maior entrave para os presos, que têm direito a benefícios, como anistia, liberdade condicional, redução de pena, indulto e transferência’ (p. 56). Por sua vez, na 127ª Sessão, o Deputado Costa Ferreira apresentou as Emendas nº 1P06170-9 e 1P07614-5, objetivando, no âmbito do sistema presidencialista, ‘um legislativo forte, com prerrogativa e plena liberdade’ (p. 304). Entre outras propostas sugeriu manter a competência para a concessão de indulto com o Presidente da República, que poderia ‘conceder indulto e comutar penas, *na forma legal*’. A lei, desse modo, na proposta apresentada, regularia a forma de concessão do indulto. Contudo, acabou sendo mantida a redação da Constituição anterior (1969), atribuindo competência privativa ao Presidente da República para ‘conceder indulto e comutar penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei’. As discussões

ADPF 964 / DF

sugerem que o legislador constituinte não cogitou transferir para o Poder Legislativo a competência para a concessão de indulto, e sequer permitiu a esse poder regular essa atribuição para que a burocracia, decorrente da complexidade do processo de elaboração das leis, não acabasse por implicar na não aplicação do benefício. Manteve-se, desse modo, a competência do Presidente da República para a concessão de indulto e comutação de penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei. Ademais, os limites para o exercício do perdão são aqueles definidos na Constituição da República.”

(ALVES, Reinaldo Rossano. *Punir e Perdoar: Análise da política pública na edição dos decretos de indulto*, 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 195-196; grifos nossos).

41. Foi captando esse espírito que animou o Constituinte Originário, cômico da superlativa relevância que ostenta o instituto na alocação de funções equaninamente distribuídas entre os Poderes da República, que já há muito se pacificou no âmbito deste Supremo Tribunal Federal o entendimento segundo o qual “[a] concessão de indulto aos condenados a penas privativas de liberdade insere-se no exercício do poder discricionário do Presidente da República, limitado à vedação prevista no inciso XLIII do artigo 5º da Carta da República” (ADI nº 2.795-MC/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, j. 08/05/2003 p. 20/06/2003).

42. Diante dessa ampla discricionariedade, decorrente da própria natureza política do ato, o Ministro Celso de Mello vaticina em âmbito doutrinário que “[a] decisão do Presidente da República, concedendo ou denegando a graça pleiteada, é insuscetível de revisão judicial. O poder de agraciar constitui liberalidade do Estado. Trata-se de favor concedido, em caráter absolutamente excepcional, aos agentes de práticas delituosas. O Presidente da República, ao exercer essa competência constitucional, pratica ato de evidente discricionariedade.” (MELLO FILHO, José Celso de. *Constituição Federal Anotada*, São Paulo: Saraiva, 2ª ed. 1986, p. 266; grifos nossos).

ADPF 964 / DF

43. Delineadas essas balizas iniciais, prosseguindo na análise das questões necessárias ao adequado enfrentamento da controvérsia posta, é mister analisar as relevantes distinções existentes entre o **ato administrativo** típico, de um lado, e o **ato político**, de outro.

Dos atos políticos

44. Conforme leciona Diego Fernandes Guimarães, no âmbito de um Estado que adota o modelo federal e presidencialista, a precisa distinção entre os *atos administrativos* e os *atos políticos* ganha especial relevo, na medida em que, a exemplo do que ocorre no direito brasileiro “*o chefe do Poder Executivo acumula as funções de chefe de estado, chefe de governo e chefe da administração pública (art. 84, II, CF-88), de tal maneira que decisões com natureza, fundamentos e objetivos diferentes são emitidas pela mesma autoridade, o que deve exigir uma precisa delimitação conceitual, com o intuito de se estabelecer o adequado regime jurídico a cada espécie de ato editado pelo chefe do Executivo*” (GUIMARÃES, Diego Fernandes. *Atos políticos e atos administrativos: o controle judicial do indulto nos sistemas jurídicos brasileiro e espanhol*. Passo Fundo: **Revista Justiça do Direito**. v. 35, n.2, p. 223-256, maio/ago-2021).

45. Abordando as experiências espanhola, francesa e norte-americana, o aludido autor pontua que, sob diferentes denominações e matizes – “*teoria de los actos políticos*” ou “*de dirección política*” na Espanha; “*teoria do ato de governo*” na França; e a “*political questions doctrine*” nos Estados Unidos –, o direito comparado fornece modelos de organização jurisdicional que conferem diferentes graus de intensidade à possibilidade de escrutínio dos atos políticos pelo Poder Judiciário.

46. Contudo, todos os modelos convergem para um grau maior de adstrição judicial, com o reconhecimento de margens de atuação mais flexíveis em favor da autoridade constitucionalmente incumbida de

ADPF 964 / DF

competência para prática do ato, com o consequente estreitamento do crivo de análise do órgão jurisdicional, impondo-lhe postura de maior deferência institucional.

47. Especificamente em relação à doutrina das questões políticas, é interessante notar que, desde o célebre caso *Marbury v. Madison* (1803), a Suprema Corte estado-unidense registrou, pela pena do *Justice* John Marshal, que questões de natureza eminentemente política, ou **submetidas ao crivo do Executivo pela Constituição**, não poderiam ser ventiladas naquele Tribunal. Veja-se:

“O presidente é investido pela constituição dos Estados Unidos de importantes poderes políticos, em cujo exercício se vale de sua discricção, prestando contas apenas ao país e à sua própria consciência. (...) Nestes casos, seus atos são seus; e qualquer crítica sobre a maneira de utilização deste poder discricionário, se existe, e pode existir, não se sujeita a poderes de controle. O assunto é político”. (tradução livre)

48. Ainda de acordo com Diego Fernandes Guimarães:

“foi no julgamento do *Baker v. Carr* (1962), através do voto do *Justice* Brennan, que a Suprema Corte definiu os **fatores que devem ser considerados na determinação de uma questão política**: 1) se existe textualmente demonstrável, a atribuição de um dever ou poder a um departamento de governo; 2) ausência de standards judiciais para solver a controvérsia; 3) a impossibilidade de ser decidida a questão sem prévia política determinada, num caso claramente excluído da discricção judicial; 4) impossibilidade de a Corte adotar uma decisão que resulte na falta do devido respeito para com os demais poderes; 5) se existe uma necessidade incomum de aderir a uma decisão política já tomada; 6) se a tentativa de solucionar a questão criaria a possibilidade de constrangimento aos diversos departamentos de governo sobre a mesma questão. Presente na

ADPF 964 / DF

discussão judicial qualquer um destes fatores, o caso seria considerado uma questão política e, portanto, fora do âmbito de jurisdição da *US Court*”

(GUIMARÃES, Diego Fernandes. *Atos políticos e atos administrativos: o controle judicial do indulto nos sistemas jurídicos brasileiro e espanhol*. Passo Fundo: **Revista Justiça do Direito**. v.35, n.2, p.223-256, maio/ago-2021).

49. Centrando a análise no escopo inerente à presente demanda, verifica-se, a toda evidência, inclusive como já antecipado linhas acima, que o indulto se enquadra nessa categoria dos denominados atos políticos, atraindo assim o aludido comedimento no controle heterônomo da medida.

50. Esse foi o entendimento encampando, com tintas mais fortes, pelo eminente Ministro Ricardo Lewandowski no âmbito da **ADI nº 5.874/DF**, Rel. Min. Roberto Barroso, **Red. do Acórdão Min. Alexandre de Moraes**, j. 09/05/2019, p. 05/11/2020. Naquela ocasião, entendeu Sua Excelência que *“somente ao Presidente da República compete conceder o indulto e definir a extensão do benefício por tratar-se de ato político ou de governo, insuscetível de apreciação jurisdicional”*.

51. Prosseguindo na análise, Sua Excelência enfatiza:

“Nesse diapasão, já tive o ensejo de afirmar - em sede acadêmica – que o ato político ou de governo é altamente discricionário e, portanto, imune ao controle jurisdicional. Naquela oportunidade, destaquei, ainda, que a impugnação judicial do ato está autorizada apenas se houver clara ofensa às regras constitucionais, o que não ocorreu no caso presente.

Sob esse aspecto, Cretella Júnior, alinhava as considerações abaixo transcritas:

‘(...) contrapondo-se ao ato vinculado [...] aproxima-se o ato de governo, sob certos aspectos, do ato

ADPF 964 / DF

discricionário, que se movimenta numa área bem mais ampla e flexível, a que poderíamos chamar de discricionariedade política ou discricionariedade governamental’.

Isso porque, de acordo com Carré de Malberg, o ato político ou de governo repousa no seguinte fundamento:

‘Se o Chefe do Executivo tem, por iniciativa própria, o poder de realizar certos atos independentes de toda a autorização legislativa prévia, é porque recebeu esse poder formalmente da Constituição. Ao conferi-lo, a Constituição dispensou-o da obrigação de esperar os impulsos dos atos legislativos, ou mais exatamente, criou para ele uma certa esfera de atribuições que é precisamente a esfera de governo, na qual ocupa o dito Chefe do Executivo uma posição análoga a do legislador (...)’.

Exatamente pelas características que ostenta, o ato político ou de governo não é sindicável pelo Judiciário, diferentemente do ato administrativo de caráter vinculado.

Os atos políticos ou de governo, conforme já observei anteriormente, e amparado, ainda, na sempre abalizada lição de André de Laubadère, *‘não são suscetíveis de recurso perante os tribunais’*, mostrando-se **impossível, em particular, imputar-lhes a eiva de excesso de poder para o fim de anulá-los.**

O festejado autor francês reforça o argumento acrescentando que *‘tais recursos são inadmissíveis, quer dizer, o juiz os descartará de plano sem examinar-lhes mérito’*.

Em palavras descongestionadas, não há base constitucional para qualquer intervenção do Poder Judiciário que, direta ou indiretamente, importe juízo de mérito sobre a ocorrência ou não de conveniência e oportunidade, uma vez que o único juiz constitucional dessa matéria é o Presidente da República.” (grifos nossos).

ADPF 964 / DF

52. A natureza eminentemente política do indulto fica ainda destacada do seguinte excerto de artigo publicado por Alberto Zacharias Toron, em comentário à decisão preferida por esta Excelsa Corte no âmbito da citada **ADI nº 5.874/DF**. *In verbis*:

“Por emanar do Executivo, o indulto tem, inafastavelmente, o viés político-ideológico do seu chefe. Se ele é mais liberal, assim o será o decreto de indulto. Se, porém, o chefe do Executivo for do tipo mais punitivo (imagine-se, por exemplo, o deputado federal Jair Bolsonaro), talvez nem tivéssemos um decreto de indulto no Natal ou, se o tivermos, será muito restritivo. É natural e isso decorre de uma orientação político-ideológica legitimada pela Constituição. A fonte de poder outorgada pelo povo ao chefe do Executivo e reconhecida pelo pacto político fundamental legitima-o a tanto.”

(TORON, Alberto Zacharias. *Supremo Tribunal Federal: guardião ou algoz da Constituição?* São Paulo: **Revista do Advogado**, vol. 140, nov/2018, p. 111-121).

53. Portanto, diante de tal característica inerente ao ato impugnado, dotado que é de genética própria, logo se verifica a inadequação em cogitar de vício atribuível à categoria do ato administrativo propriamente dito. Como disse o Ministro Ricardo Lewandowski, mostra-se *“impossível, em particular, imputar-lhes a eiva de excesso de poder para o fim de anulá-los”*.

Da separação dos Poderes

54. No âmbito da já mencionada **ADI nº 5.874/DF**, que tinha por objeto o exame da constitucionalidade do Decreto de indulto editado pelo então Presidente Michel Temer durante o ano de 2017, muito se discutiu sobre a alegação – *recorrente em demandas com a temática ora versada* – de que a concessão do indulto ensejaria violação à separação dos Poderes.

ADPF 964 / DF

55. Naquela oportunidade, abordou o ponto com a percuciência que lhe é peculiar o eminente Ministro Alexandre de Moraes, em entendimento sufragado pela maioria do Colegiado. Nos dizeres do Ministro Redator para o referido Acórdão:

“Ao Poder Judiciário também se impõe o Império da Constituição Federal. A interpretação judicial deve estar lastreada na Constituição, pois não há e não pode existir, como lembra ROSCOE POUND, poder sem limites, nem mesmo do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, uma vez que, ‘a democracia não permite que seus agentes disponham de poder absoluto e sejam, como os imperadores romanos orientais, isentos das leis. Uma geração que esteja disposta a abandonar a herança jurídica dos americanos para estabelecer regime absoluto de certa maioria verificada afinal que está sob o domínio absoluto do chefe da maioria’ (Liberdade e garantias constitucionais. Ibrasa: São Paulo, 1976, p. 83).

(...)

O decreto presidencial de indulto não pode inconstitucionalmente extrapolar sua discricionariedade, assim como o Poder Judiciário não possui legitimidade para substituir opções válidas do Chefe do Executivo, por aquelas que entende mais benéficas, eficientes ou Justas.

São sábias as palavras do JUSTICE STONE, da Suprema Corte norte-americana, quando afirmou: *‘embora o exercício inconstitucional do poder pelos ramos executivo e legislativo do governo esteja sujeito a revisão judicial, único controle sobre nosso próprio exercício do poder é nosso senso de auto coibição’* (297 US 1 1937), pois, apesar de existirem problemas relacionados com a supremacia judicial, ocasionalmente os juízes precisam ser lembrados, como o fez o referido magistrado no caso *Estados Unidos versus Burle* (1936), de que *‘os tribunais não são único órgão do governo que se deve presumir ter capacidade para governar’*.

Conforme salientam os professores ingleses GARY SLAPPER e DAVID KELLY, o reexame judicial é um exercício

ADPF 964 / DF

delicado e necessariamente traz o Judiciário para a arena política, usando a palavra política em seu sentido amplo e apartidário, exigindo extremo equilíbrio e ponderação, como na presente hipótese, para garantir o próprio equilíbrio entre os poderes da República, pois, como destacado pelo antigo juiz decano da Câmara dos Lordes, LORD BINGHAM, de Cornhill, em novembro de 2006, ‘inovação excessiva e aventura judiciais devem ser evitadas. Sem negar o valor ou a legitimidade do desenvolvimento judicial do direito, levado a extremos, tal criatividade judicial pode ela mesma destruir o estado de direito’ (GARY SLAPPER, DAVID KELLY. O sistema jurídico inglês. Forense: Rio de Janeiro, 2011. p. 24).

(...)

Em outras palavras, a CORTE pode não concordar com a própria existência do instituto do indulto coletivo, ou mesmo, com um ou alguns requisitos estabelecidos pelo Presidente da República, por entendê-los ineficientes ou injustos, mas, sem a existência de dispositivo inconstitucional, a CORTE não deverá desrespeitar a distribuição de poderes governamentais realizada pelo legislador constituinte, como bem lembrado pelo JUSTICE BRANDEIS, ‘a convenção de 1787 adotou a doutrina da separação dos poderes não com o fito de promover eficiência, mas para evitar o exercício do poder arbitrário. O objetivo não é evitar atrito, mas garantir o povo contra a autocracia por meio do atrito inevitável resultante da distribuição dos poderes governamentais entre três departamentos’, impedir a autocracia de qualquer dos poderes, inclusive do próprio Judiciário, pois a possibilidade de controlar os atos dos que manejam o poder governamental deve ser razoável, não arbitrária e desarrazoada, como exigência legal que se torna efetiva no curso dos processos ordinários nos tribunais, tendo sido uma das principais garantias que contribui para a permanência do equilíbrio democrático com o constitucionalismo (Conferir: ROSCOE POUND, *Liberdade e garantias constitucionais*. Ibrasa: São Paulo, 1976, p. 72-79).” (grifos nossos).

ADPF 964 / DF

56. A questão foi abordada com igual erudição e propriedade pela e. Ministra Rosa Weber, Relatora das arguições ora scrutinadas. Naquela assentada, Sua Excelência asseverou:

“Quanto ao ponto, cumpre esclarecer que o indulto é uma *carta constitucional* de ampla liberdade decisória atribuída ao Chefe do Poder Executivo para extinguir ou diminuir a punibilidade de condenados. A escolha das pessoas beneficiadas e os critérios estabelecidos como necessários para o respectivo enquadramento no ato normativo são de competência do Chefe do Poder Executivo.

Ademais, **o quadro normativo constitucional não estabelece quaisquer critérios a serem observados pelo Chefe do Poder Executivo para a concessão do indulto (salvo as excludentes materiais de incidência), que tem ampla liberdade decisória, em conformidade com sua política de governo e de oportunidade política para a formulação do indulto.** Isso implica dizer que não há direito público subjetivo nem pretensão ao indulto por parte de qualquer cidadão ou grupo de condenados.

O indulto, em sua essência, densifica medida de contrapeso do Poder Executivo frente ao Poder Judiciário, bem como hipótese de clemência recomendada pela qualidade ou valor do condenado.

(...)

Justamente em razão deste elemento identificador do indulto, consistente na ampla liberdade decisória, a qual pode ser traduzida como discricionariedade administrativa - embora entenda que não seja a interpretação mais adequada, porque, com efeito, trata-se de liberdade decisória política -, é que o indulto tem sua conveniência questionada enquanto instituto em democracias constitucionais contemporâneas.

(...)

Com efeito, compartilho como necessária e pertinente a observação feita por William Blackstone no sentido de que a

ADPF 964 / DF

prerrogativa executiva do indulto pode ser questionada em sistemas conformados como democracias constitucionais, que tem como premissa a sujeição de todos os poderes ao direito, tanto na perspectiva procedimental quanto material de seus atos, na medida em que revela concepção derivada de governos absolutistas.

Todavia, por outro lado, a figura do indulto (ou do perdão) foi justificada como desenho institucional estruturante do Poder Executivo em democracias constitucionais, conforme as razões discutidas para a fundação do constitucionalismo liberal norte-americano.

(...)

A finalidade do indulto como forma de manifestação do Poder Executivo reservado para os *amigos do rei*, ou seja, para aqueles que tenham boa relação política, desvirtua-se das justificativas do instituto. Todavia, nesta hipótese, o controle da legitimidade democrática do ato praticado pelo Chefe do Poder Executivo compete ao processo político.

(...)

A questão da compatibilização do indulto com os estados democráticos constitucionais está justamente nos limites que este encontra, portanto, na ideia de que mesmo essa prerrogativa é sujeita ao Estado de Direito e controlada pelos demais poderes, cada qual com sua competência. Aqui é onde reside o problema do indulto, e que deve ser objeto de constantes aperfeiçoamentos constitucionais, por meio da formulação de controles efetivos.

(...)

[...] Entretanto, mais uma vez repito, a figura permanece como prerrogativa de extinção da punibilidade de crimes por variadas justificativas.

As prerrogativas do Presidente da República estão consubstanciadas em normas constitucionais originárias (art. 84, XII, CRFB), que constituem atos políticos de ampla liberdade decisória para garantir ao Poder Executivo discricionariedade em temas de formulação de política de

ADPF 964 / DF

governo.

Nessa toada, a Constituição prescreve os limites ao exercício dessas prerrogativas, como método de assegurar a relação independente e harmônica entre os Poderes. **Caso contrário, as prerrogativas do Poder Executivo poderiam ser colocadas para decisão do Legislativo e do Judiciário, de modo a restringir indevidamente a respectiva liberdade decisória.**

(...)

Isso quer dizer que o controle jurisdicional de constitucionalidade do indulto, prerrogativa de caráter político do Presidente da República, se justifica na dimensão procedimental. Cabendo ao Supremo Tribunal Federal maximizar e dar a efetiva força normativa à Constituição no controle do ato político, a partir dos limites impostos na norma constitucional.

Nesse ponto, verifica-se que os limites formais (ou procedimentais) de controle jurisdicional do indulto no texto constitucional se restringem à exclusão das hipóteses de incidência da prática da tortura, do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, do terrorismo e dos definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem, conforme art. 5º, XLIII, CRFB.

(...)

Os mecanismos de controle da legitimidade democrática do indulto podem ocorrer de duas formas. A primeira consiste na revogação pelo próprio Presidente da República, que significa uma espécie de autocontrole do Chefe do Poder Executivo, frente às demandas do eleitorado e da comunidade política que representa, com o objetivo de manter sua posição de ator político majoritário no sistema eleitoral. **A segunda forma de controle, com fundamento na legitimidade democrática, encontra guarida no processo político do *impeachment*, desde que configurado o crime responsabilidade por desvio de finalidade, e o qual tem como partícipe e decisor**

ADPF 964 / DF

do problema de natureza predominantemente ético-político o Poder Legislativo, como sustentado pela literatura constitucional.

O caráter proeminente do controle constitucional do indulto por meio do processo político é relevante e capital para a resolução da presente ação constitucional. A atuação da jurisdição constitucional nesse campo é válida, no entanto, deve ser convergente com as limitações previstas no próprio texto constitucional.

Isso porque, **como afirmado nesta justificativa, o indulto tem como uma de suas finalidades a formulação de política pública de estabilização política, de acordo com a oportunidade e conveniência do Chefe do Poder Executivo, que caso exceda seu poder e cometa abusos, poderá ter sua cassação política.**

(...)

Em outras palavras, **o acolhimento do argumento sustentado para a inconstitucionalidade do indulto de que os seus termos promovem desigualdade e desequilíbrio no sistema jurídico-penal ao retirar eficácia de normas do direito penal editadas pelo Poder Legislativo e aplicadas pelo Poder Judiciário, significa em *ultima ratio*, a invalidade do próprio indulto, porquanto o uso dessa prerrogativa do executivo sempre acarretará desigualdade e desequilíbrio no sistema punitivo.**” (grifos nossos).

57. A partir de tais excertos, o que se verifica é que, **em sentido diametralmente oposto às alegações deduzidas nas respectivas peças vestibulares, o aventado malferimento à separação dos Poderes estaria caracterizado acaso se imiscuísse o Poder Judiciário no juízo político constitucionalmente confiado pela Assembleia Nacional Constituinte, de maneira exclusiva, a partir dos fundamentos anteriormente abordados, ao Presidente da República.**

58. *In casu*, **não se pode negligenciar o fato de que o poder estatal**

ADPF 964 / DF

limitado pelo mecanismo constitucional do indulto é precisamente o Poder Judiciário. E o poder limitante, a quem o Constituinte, desde antes de 1988 – em opção política-fundamental reiteradamente ratifica em nossa história – atribuiu a missão de contrabalança, é o Poder Executivo.

59. Nessa conjuntura, **possibilitar ao Poder limitado que promova a revisão do ato de restrição que lhe é imposto pelo Poder limitador é esvaziar o próprio limite imposto.** Pelo menos aquele concebido de modo heterônomo, na medida em que resta apenas, nessa situação, a autocontenção daquele que se sobrepujou aos demais.

60. No ponto, apenas como elemento ilustrativo dessa lógica, a meu sentir, nitidamente disfuncional, recorro que o beneficiário da indulgência presidencial foi condenado em 20/04/2022. A graça fora concedida em 21/04/2022. As arguições ora apreciadas foram ajuizadas nos dias 22 e 23/04/2022. Não houve concessão de medida cautelar até o presente momento. Nada obstante, transcorrido mais de 1 (um) ano da edição do ato em questão, sem que haja qualquer decisão obstativa à sua plena produção de efeitos nas das presentes arguições, o fato objetivo é que diante da mera possibilidade de sua sindicabilidade futura lhe fora obliterado, por completo, qualquer produção de efeitos.

61. Como lecionam Diego Werneck Arguelles e Thomaz Pereira, em situações deste jaez é imperioso compreender o princípio da separação dos Poderes a partir de uma lógica de *“alocação de autoridade”*. Antes de passar a responder a pergunta *“o que a Constituição quer dizer?”* é preciso questionar *“quem tem autoridade para resolver esta questão?”*

62. Melhor desenvolvendo o argumento, assim discorrem os autores:

“(...) essa concepção de separação de poderes contém dois componentes. O primeiro é recomendar um desenho constitucional que se misture e se sobreponha às competências institucionais, de modo a criar vetos e freios recíprocos, para

ADPF 964 / DF

que nenhuma instituição concentre poder excessivo. O segundo, como implicação, é reconhecer que, para que nenhuma instituição detenha poder excessivo, a autoridade para decidir determinadas questões precisa ficar invariavelmente fragmentada entre diferentes atores.

Se aceitarmos essas duas premissas, **é preciso reconhecer, por implicação, que a tarefa de interpretação da Constituição – seja ela feita no âmbito do Judiciário ou fora dele – enfrentará pontos de parada obrigatórios, sempre que surgirem no caminho sobreposições entre os atos e decisões de diferentes instituições. Mesmo que dado agente estatal tenha uma boa resposta, do seu ponto de vista, para a pergunta “o que a Constituição quer dizer?”, é preciso antes que se pergunte se lhe cabe, como integrante de uma das múltiplas instituições que integram o arranjo da separação de poderes, responder a essa pergunta nesse caso específico.**

A pergunta “quem tem autoridade para resolver esta questão?” também envolve interpretação constitucional, já que a resposta precisará ser construída a partir de regras de competência e procedimento previstas na própria Constituição. Entretanto, enfrentar essa pergunta sobre autoridade – *quem decide essa questão?* – pode exigir que se abandone, em algum momento, o enfrentamento da pergunta substantiva. **Em princípio, é preciso aceitar a possibilidade de que as regras constitucionais sobre separação de poderes, competências e procedimentos, se corretamente interpretadas, impeçam que determinados atores, em determinadas instituições, resolvam as questões constitucionais para as quais eles acreditam ter a melhor resposta.**

(ARGUELHES, Diego Werneck; PEREIRA, Thomaz. **Separação de poderes como alocação de autoridade: uma espécie ameaçada no direito constitucional brasileiro?** In: LEAL, Fernando (Coord.). *Constitucionalismo de realidade: democracia, direitos e instituições*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 103-124).

ADPF 964 / DF

63. Em conclusão, arrematam os autores:

“Não se trata, aqui, de uma discussão sobre deferência aos outros poderes. Quando se fala de deferência, a imagem é a de um Judiciário que, diante de uma questão que esteja sobre sua competência, na ausência de uma regra específica que regule a situação, não intervenha sobrepondo sua decisão à de outro poder. Ou seja, sendo a questão controvertida, a deferência orientaria uma atitude de respeito pelas opções do Legislativo ou do Executivo. Não é esse, no entanto, o tema deste artigo. O que se discute é a ideia de que, **independentemente do que a Constituição diga substantivamente sobre determinada questão, diante do fato de que as competências também são estabelecidas pela Constituição, deixar de se perguntar “quem tem autoridade para decidir” é mais do que uma postura “ativista”, é desrespeito às regras constitucionais.**

Imaginar que, como “guardião da Constituição”, todo e qualquer ato do Legislativo ou do Executivo que contrarie uma interpretação do STF está sob a autoridade do STF é deixar de lado a ideia de que a Constituição é composta por regras de dois tipos: (i) regras de competência e (ii) regras substantivas. Nesse sentido, fazer valer sua interpretação constitucional ignorando que a Constituição estabeleceu zonas de autonomia para outros poderes não é o mesmo que defender a “supremacia da Constituição”, mas, sim, estabelecer a supremacia do STF, o qual teria o poder de desconsiderar regras constitucionais do primeiro tipo em nome de uma suposta priorização de regras constitucionais do segundo tipo. Mas é possível garantir a Constituição violando a Constituição?

Levar a sério a ideia de que a Constituição é um documento político significa também levar a sério que constituintes – acertadamente ou não – também fizeram escolhas sobre como dividir competências entre os poderes. De tal forma, se é possível que eles tenham, de fato, atribuído ao STF o poder de errar por último, também é possível que, em certos casos, essa prerrogativa tenha sido atribuída a um

ADPF 964 / DF

outro poder ou instituição.

É este o ponto central da relação entre autoridade e separação de poderes. Se a fonte de autoridade do tribunal é a Constituição, guardá-la significa também guardar o modelo de separação de poderes adotado pelo Poder Constituinte, mesmo que isso signifique reconhecer a sua incompetência para rever um ato (que se considere) inconstitucional.”

(ARGUELHES, Diego Werneck; PEREIRA, Thomaz. **Separação de poderes como alocação de autoridade: uma espécie ameaçada no direito constitucional brasileiro?** In: LEAL, Fernando (Coord.). *Constitucionalismo de realidade: democracia, direitos e instituições*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 103-124).

64. No presente caso, com a máxima vênia às posições em sentido contrário, a meu sentir, **estamos diante de situação na qual, parafraseando o escólio acima citado, guardar a Constituição significa guardar o modelo de separação de Poderes adotado pelo Poder Constituinte em relação ao indulto, mesmo que isso signifique reconhecer a impossibilidade de escrutínio, por esta Suprema Corte, de ato sobre o qual recaia virtual pecha de desconformidade com o texto constitucional.**

65. É mister pontuar que essa compreensão está desprovida de qualquer ineditismo no âmbito deste Supremo Tribunal. Apenas a título ilustrativo, recorro o precedente firmado na Ext nº 1.085-PET-AV, Rel. Min. Gilmar Mendes, Red. do Acórdão Min. Luiz Fux, j. 08/06/2011, p. 03/04/2013, oportunidade na qual, **citando expressamente o indulto como ato político e, portanto, insindicável, como regra, pelo Poder Judiciário**, o eminente Redator para o acórdão pontou o seguinte:

“Eu estou entrando numa outra fase do processo, essa matéria já está ultrapassada, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu que o Presidente da República poderia lavrar um ato de soberania insindicável por esta Corte. E isto não é uma

ADPF 964 / DF

anomalia do sistema jurídico, na medida em que escapam ao princípio da inafastabilidade vários atos praticados que não se sujeitam ao crivo do Poder Judiciário: os atos legislativos *interna corporis*, os **indultos**, as **graças** e as **anistias** que são concedidas depois do julgamento transitado em julgado pelo Supremo Tribunal Federal e por tribunais de alhures.” (grifos nossos).

66. Com base em tais considerações, renovando as vênias àqueles que perfilam posicionamento em sentido diverso, entendo que mácula haveria à separação dos Poderes exatamente na sobreposição desta Suprema Corte à autoridade a quem o Constituinte Originário confiou a missão de indultar, desde que respeitando a baliza expressamente estabelecida pelo inc. XLIII da Lei Maior.

Dos limites à cognoscibilidade judicial do indulto

67. A partir das conclusões até aqui alcançadas, já se antevê que a **cognoscibilidade judicial do ato político de indulto**, praticado pelo Presidente da República, enquanto autoridade constitucional e democraticamente eleita para avaliar as condições, circunstâncias e destinatários da medida, **adstringe-se**, como dito pela eminente Ministra Rosa Weber na ADI nº 5.874/DF, **aos aspectos procedimentais e à aferição de observância ao limite material estabelecido pelo art. 5º, inc. XLIII, da Lei Fundamental.**

68. A fiscalização quanto ao acerto ou desacerto do ato, de natureza política, e que se consubstancia em inquestionável mecanismo de freio e contrapeso ao Poder Judiciário, deve se dar de maneira igualmente política, mediante o escrutínio popular periódico, e, no limite, pela atuação do Poder Legislativo por meio da abertura do processo de *impeachment*.

69. Tomando por empréstimo as palavras do eminente Ministro

ADPF 964 / DF

Ayres Britto na **Ext nº 1.085-PET-AV**, que bem evidenciam o grau de sensibilidade que se deve ter no exame de questões políticas, *“o Supremo é que não pode sobrepor aos juízos do Presidente da República de suposição e de ponderação os juízos do Supremo de suposição e de ponderação”*.

70. Portanto, não se trata de reconhecer ou defender a existência de um ato praticado por agente estatal, seja de que estatura for, que seja absolutamente alheio a qualquer espécie de controle. Mas antes, de reconhecer que **(i)** o controle exercido em sede de jurisdição constitucional não é o único no sistema de freios e contrapesos previsto pela Lei Maior e **(ii)** há hipóteses nas quais, em razão de não lhe ser confiado o controle – *no presente caso, porque figura na condição de próprio poder limitado pelo ato que visa controlar* –, mesmo que venha a extrair solução diversa do Texto Fundamental, descabe ao Poder Judiciário substituir o juízo da autoridade constitucionalmente capacitada para agir.

71. Ainda quanto ao ponto, não se pode olvidar que **nada impede o Poder Legislativo, no legítimo exercício do Poder Constituinte Reformador, de alterar o atual arranjo constitucional da questão sob exame.**

72. Aliás, **essa possibilidade foi aventada, inclusive à época em que editado o Decreto que ora se impugna, pelo Presidente do Senado Federal – e, portanto, Chefe do Poder Legislativo nacional** –, na mesma manifestação em que reconheceu que, na atual conjuntura, não restaria margem de atuação em relação à medida editada pelo então Presidente da República. Confira-se a íntegra do mencionado pronunciamento:

“Há uma prerrogativa do presidente da República prevista na Constituição Federal de conceder graça e indulto a quem seja condenado por crime. Certo ou errado, expressão de impunidade ou não, é esse o comando constitucional que deve ser observado.

No caso concreto, a possível motivação político-pessoal da

ADPF 964 / DF

decretação do benefício, embora possa fragilizar a Justiça Penal e suas instituições, não é capaz de invalidar o ato que decorre do poder constitucional discricionário do chefe do Executivo.

O condenado teve crimes reconhecidos e o decreto de graça não significa sua absolvição, mas apenas a extinção de punibilidade.

Também não é possível ao Parlamento sustar o decreto presidencial, o que se admite apenas em relação a atos normativos que exorbitem o poder regulamentar ou de legislar por delegação.

Mas, após esse precedente inusitado, **poderá o Legislativo avaliar e propor aprimoramento constitucional e legal para tais institutos penais**, até para que não se promova a impunidade.

Por fim, afirmo novamente meu absoluto repúdio a atos que atentem contra o Estado de Direito, que intimidem instituições e aviltem a Constituição Federal. A luta pela Democracia e sua preservação continuará sendo uma constante no Senado Federal.”

73. O que esta Suprema Corte já reconheceu em assentadas anteriores é a **impossibilidade de se estipularem limitações à clemência presidencial por atividade jurisprudencial ou por meio de legislação ordinária**. Nada impede, como dito, a manifestação do Poder Constituinte Reformador.

74. Quanto ao ponto, rememoro, em razão da estrita pertinência, o seguinte excerto do voto proferido pelo atual Decano, Ministro Gilmar Mendes, na multicitada **ADI nº 5.874/DF**, *in verbis*:

“Ainda sobre os riscos e consequências de um ativismo judicial em detrimento dos demais poderes de um Estado democrático de Direito, David Kaplan destaca, ao comentar a situação da Suprema Corte dos Estados Unidos, objeto de crítica pelos diversos segmentos políticos e sociais em virtude

ADPF 964 / DF

do exagerado protagonismo obtido, que:

"Hoje, liberais e conservadores delegam à Corte as decisões sobre as questões mais difíceis da sociedade – em detrimento dos dois poderes do governo democraticamente concebidos. Por que lutar politicamente sobre questões difíceis em uma eleição - com resultados que podem ser revertidos na próxima - quando uma vitória na Suprema Corte pode consolidar o resultado definitivamente? Por que tentar persuadir milhões de cidadãos para endossar uma posição quando tudo o que se precisa são cinco votos de nove ministros? [...]"

O resultado corrosivo se desdobra em dois: uma Corte arrogante e um Congresso enfraquecido que raramente está disposto a enfrentar as questões mais difíceis. Os dois se retroalimentam. Os Ministros geralmente interferem porque acreditam que os membros do Congresso - apesar de eleitos pelo povo - agem como tolos, como covardes, falham em agir. Feliz em ficar fora do campo de batalha, o Congresso raramente protesta, se limitando a lotar o plenário durante as ocasionais audiências de confirmação no Senado, durante a nomeação de novos Ministros. O resultado é a diminuição da confiança do público nas duas instituições." (KAPLAN, David. *The most dangerous branch*. 2018. p. 16, tradução livre)"

75. É sintomático o fato de se tratar de doutrina norte-americana, considerando que a história recente daquele país, que tantas influências produz aqui, é pródiga em polêmicas envolvendo o exercício do poder de graça, como ocorreu no sempre lembrado caso (i) do ex-Presidente Richard Nixon, agraciado pelo Presidente Gerald R. Ford, 1974; além de episódios mais atuais, como (ii) do irmão do Presidente Bill Clinton, por ele próprio outorgado, em 2001; (iii) do ex-assessor e ex-Chefe de Gabinete do Vice-Presidente Dick Cheney, que teve a pena comutada pelo Presidente George W. Bush e posteriormente perdoada pelo Presidente

ADPF 964 / DF

Donald Trump; *(iv)* do ex-assessor direto do Presidente Donald Trump, Steve Bannon, por aquele outorgado, em 2021.

76. Aqui, como lá, até a presente quadra histórica, não se animou o Poder Legislativo em revisitar o desenho constitucional que, esboçado pela Assembleia Nacional Constituinte, propiciou os apontados episódios – *além do próprio caso que ora se analisa*.

77. Da parte do Poder Judiciário, contudo, na esteira da compreensão já manifestada anteriormente, impõe-se o reconhecimento de que, como frisou a Ministra Rosa Weber no bojo da ADI nº 5.874/DF, “[a] finalidade do indulto como forma de manifestação do Poder Executivo reservado para os *amigos do rei*, ou seja, para aqueles que tenham boa relação política, desvirtua-se das justificativas do instituto. *Todavia, nesta hipótese, o controle da legitimidade democrática do ato praticado pelo Chefe do Poder Executivo compete ao processo político*”.

78. Repisando assertiva anterior, pensar de forma diversa é olvidar que, antes de questionar o que diz a Constituição, em obediência à separação dos Poderes, se impõe questionar a quem cabe, segundo a Constituição, se posicionar acerca da questão substantiva em discussão.

79. Nessa linha de intelecção, descabe a esta Suprema Corte promover análise mais verticalizada acerca da existência dos apontados vícios de desvio de finalidade ou abuso de poder também sob esse enfoque de “alocação de autoridade” – *para além do ponto anteriormente suscitado, que diz com a própria pertinência do emprego de tais categorias, inerentes à tipologia dos atos administrativos propriamente ditos, os quais diferem, substancialmente, dos atos políticos*.

Ausência de impedimento à concessão de indulto antes do trânsito em julgado da condenação

ADPF 964 / DF

80. No que tange à alegação de vício do ato em questão pelo fato de ter sido concedido em momento anterior ao trânsito em julgado da condenação cujas penas foram indultadas pela graça presidencial, valho-me, uma vez mais, da compreensão firmada por este Excelso Colegiado na **ADI nº 5.874/DF**, uma vez que, também neste ponto, as alegações deduzidas lá, como aqui, são de idêntico teor, tendo sido rechaçadas, dentre outros argumentos, em razão da sempre lembrada **ausência de limitação constitucional expressa** em relação ao ponto específico.

81. Frisando o ponto, o Redator para o Acórdão, Ministro Alexandre de Moraes, asseverou naquela oportunidade que *“a Constituição Federal não limita o momento em que o Presidente da República pode conceder o indulto, sendo possível isentar o autor de punibilidade, mesmo antes de qualquer condenação criminal. [...] Ressalto que estranha interpretação seria aquela que permitisse ao Ministério Público afastar a punibilidade penal, por meio de delação premiada, antes de qualquer condenação criminal ou constatação e verificação de eficácia; e proibisse o Presidente da República, com base em competência expressa, histórica tradicional do constitucionalismo brasileiro, de aplicar o indulto ab initio”*.

82. Por sua vez, a eminente Ministra Rosa Weber registra que, na esteira da *“interpretação que se consolidou há muito no Supremo Tribunal Federal, não se condicionou a concessão do indulto à condenação definitiva”*.

83. Em reforço, registre-se que a concessão da benemerência em momento anterior à fixação definitiva da pena já ocorreu em outras oportunidades, não se tendo notícia de invalidade dos atos congêneres que contavam com igual estipulação (*v.g.* Decreto nº 24.351, de 1934; Decreto nº 97.164, de 1988; Decreto nº 7.046, de 2009; Decreto nº 7.420, de 2010; Decreto nº 7.648, de 2011; Decreto nº 7.873, de 2012).

84. Por fim, não me sensibiliza o raciocínio que vislumbra nas

ADPF 964 / DF

disposições legais contidas no Código de Processo Penal ou na Lei de Execuções Penais eventual obstáculo à outorga da graça em momento processual anterior ao trânsito em julgado da condenação. Com a devida vênia às posições em sentido contrário, penso que tal linha argumentativa culmina por interpretar a Constituição a partir da lei, ao invés da lei a partir da Constituição. O caminho é inverso.

85. Com base nessas breves considerações, rechaço a argumentação apresentada nas petições iniciais também neste particular.

Manutenção dos efeitos secundários, penais e extrapenais da condenação

86. Por fim, em linha com a posição manifestada pela douta Procuradoria-Geral da República, o pedido deduzido de forma subsidiária na ADPF nº 964/DF, “é completamente estranho ao objeto do decreto impugnado, que, no seu artigo 3º, ao dimensionar o seu específico conteúdo, disciplina que a ‘*graça inclui as penas privativas de liberdade, a multa, ainda que haja inadimplência ou inscrição de débitos na Dívida Ativa da União, e as penas restritivas de direitos*’, **não entrando na temática dos efeitos secundários penais e extrapenais**” (e-doc. 53; grifos no original).

87. A rigor, o pedido não merece sequer ser conhecido, ante a insubsistência de qualquer interesse de agir, assomando-se a tal fato, a ausência de impugnação específica, na peça vestibular, em relação ao ponto. A arguente simplesmente aduz o pedido ao final da manifestação inaugural, em atuação contrária à jurisprudência desta Excelsa Corte em relação ao ônus processual que incumbe ao legitimado à propositura das ações diretas se desincumbir.

88. Nada obstante, considerando a relevância da matéria e com o escopo de prestar jurisdição exauriente, a fim de evitar a interposição de recursos desnecessários, pontuo, desde logo, que, na esteira da

ADPF 964 / DF

jurisprudência já consolidada por esta Suprema Corte, e que é objeto de verbete sumular no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, o *“indulto extingue os efeitos primários da condenação (pretensão executória), mas não atinge os efeitos secundários, penais ou extrapenais”* (enunciado nº 631 da Súmula do STJ).

89. No ponto, cumpre citar, por exemplo, a remansosa jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral quanto à absoluta ausência de efeitos do decreto de indulto em relação à condição de inelegibilidade daquele sobre o qual continua a recair a condenação penal – *estando desonerado apenas do cumprimento das penas privativas de liberdade, de multa e restritivas de direito eventualmente impostas*. Nesse sentido, colaciono as seguintes ementas:

“Ementa: ELEIÇÕES 2022. REQUERIMENTO DE REGISTRO DE CANDIDATURA (RRC). CARGO. PRESIDENTE DA REPÚBLICA. IMPUGNAÇÃO. CAUSA DE INELEGIBILIDADE. ART. 1º, I, E, 1 e 6, DA LEI COMPLR N. 64/90. INCIDÊNCIA. CONDENAÇÃO CRIMINAL. INDULTO. EFEITOS SECUNDÁRIOS. MANUTENÇÃO. UNÍSSONA JURISPRUDÊNCIA. CAPACIDADE ELEITORAL PASSIVA. RESTRIÇÃO. PRAZO DE 8 (OITO) ANOS. TRANSCURSO NÃO VERIFICADO. INDEFERIMENTO.

1. Na espécie, extrai-se dos autos, para fins de incidência da causa de inelegibilidade descrita no art. 1º, I, e, 1 e 6, da LC n. 64/90, que: (i) o impugnado foi condenado pelo STF na AP n. 470/MG pelos crimes de corrupção passiva (art. 317 do Código Penal) e lavagem de dinheiro (art. 1º, incisos V e VI, da Lei n. 9.613/98); (ii) foi fixada a pena em 7 anos e 14 dias de reclusão, no regime semiaberto, além de 287 dias-multa; (iii) o acórdão condenatório foi publicado no DJe de 22.4.2013; (iv) o impugnado foi indultado pelo Decreto n. 8.615, publicado em 24.12.2015; e (v) a decisão de extinção da punibilidade foi publicada em 29.3.2016 (Execução Penal n. 23/DF).

2. Nesse contexto e **diante do reiterado entendimento**

ADPF 964 / DF

jurisprudencial de que apenas os efeitos primários da condenação são extintos pelo indulto, permanecendo incólumes os efeitos secundários, a conclusão é a de que a restrição à capacidade eleitoral passiva do candidato, com base no aludido preceito legal, subsistirá até 24.12.2023, alcançando, portanto, as eleições de 2022.

3. Impugnação julgada procedente. Indeferido o registro de candidatura de Roberto Jefferson Monteiro Francisco ao cargo de presidente da República, pelo Partido Trabalhista Brasileiro (PTB), nas eleições de 2022.

4. Ratificadas, em definitivo, as determinações contidas nas medidas liminares deferidas em 19.8.2022 e 29.8.2022 (ID n. 157969452 e 157975322), respectivamente, e afastada a aplicação do art. 16-A da Lei n. 9.504/97, com a vedação da prática de atos de campanha e a retirada do nome do candidato da programação da urna eletrônica. Facultado ao partido substituir o candidato Roberto Jefferson Monteiro Francisco, no prazo de 10 dias, na forma do art. 13, §§ 1º a 3º, da Lei n. 9.504/97 e da Res.-TSE n. 23.609/2019.”

(Registro de Candidatura nº 060076107/DF, Acórdão, Rel. Min. Carlos Horbach, Publicação: PSESS — Publicado em Sessão, 1º/09/2022; grifos nossos).

“RECURSO ORDINÁRIO. ELEIÇÕES 2022. DEPUTADO DISTRITAL. REGISTRO DE CANDIDATURA. INELEGIBILIDADE. ART. 1º, I, E, 1, DA LC 64/90. CONDENAÇÃO. CRIME CONTRA A FÉ PÚBLICA. ARTS. 297 C/C 304 DO CÓDIGO PENAL. INDULTO PRESIDENCIAL. NÃO EXTINÇÃO. EFEITOS SECUNDÁRIOS. NEGATIVA DE PROVIMENTO.

1. Recurso ordinário interposto contra acórdão unânime por meio do qual o TRE/DF indeferiu o registro de candidatura da recorrente ao cargo de deputado distrital nas Eleições 2022, haja vista a inelegibilidade do art. 1º, I, e, 1, da LC 64/90.

2. Consoante o art. 1º, I, e, 1, da LC 64/90, são inelegíveis, até o transcurso do prazo de oito anos após o cumprimento da

ADPF 964 / DF

pena, os condenados mediante decisão judicial de órgão colegiado ou transitada em julgado pela prática de crime contra a fé pública.

3. No caso, é inequívoco que a recorrente ostenta condenação penal oriunda da Justiça Comum, transitada em julgado em 20/3/2013, à pena de dois anos de reclusão e dez dias-multa, substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pela prática de crime contra a fé pública (uso de documento falso), nos termos dos arts. 297 c/c 304 do CP.

4. A concessão de indulto extingue apenas os efeitos primeiros da condenação, e não os secundários, incluída a inelegibilidade. Nesse sentido, RCand 0600761-07/DF, Rel. Min. Carlos Horbach, publicado em sessão em 1º/9/2022, e Súmula 631/STJ.

5. Irrelevância, para o desfecho do caso, da concessão de indulto presidencial por meio do Decreto 8.615, de 24/12/2015.

6. Recurso ordinário a que se nega provimento.”

(Recurso Ordinário Eleitoral nº 060130937/DF, Acórdão, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Publicação: PSESS — Publicado em Sessão, 13/10/2022; grifos nossos).

90. Com essas breves ponderações, entendo não ser o caso de conhecer do pedido subsidiariamente formulado na ADPF nº 964/DF. Nada obstante, esclarece-se, desde logo, que a incognoscibilidade na espécie decorre **da ausência de interesse de agir**, quanto ao ponto específico, **na medida em que, da própria literalidade do Decreto impugnado, afasta-se**, com clareza hialina, **qualquer tentativa de abarcar os efeitos extrapenais da condenação** objeto do indulto, os quais, portanto, indubitavelmente, **continuam a subsistir no plano jurídico**.

IV – DISPOSITIVO

91. Em face do exposto, **conheço das presentes arguições de descumprimento de preceito fundamental e, no mérito, julgo**

ADPF 964 / DF

improcedentes os pedidos, por não vislumbrar, a partir do cotejo entre o ato vergastado e o texto expresso da Lei Maior, qualquer inconstitucionalidade a inquinar a sua legitimidade constitucional.

92. Ênfase nesta parte dispositiva que **deixo de conhecer o pedido deduzido de forma subsidiária na ADPF nº 964/DF, em razão da ausência de interesse de agir, quanto ao ponto específico, na medida em que, da própria literalidade do Decreto impugnado, afasta-se, com clareza hialina, qualquer tentativa de abarcar os efeitos extrapenais da condenação objeto do indulto, os quais, portanto, indubitavelmente, continuam a subsistir no plano jurídico.**

É como voto, Senhora Presidente.

Ministro ANDRÉ MENDONÇA

Publicado sem revisão. Art. 95, RISTF.

04/05/2023

PLENÁRIO

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 964
DISTRITO FEDERAL**

ADITAMENTO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA - Apenas faço um registro, até por conta de toda arguição de desvio de finalidade que consta do voto da eminente Relatora, que entendo que essa análise envereda não para o controle abstrato, mas para o controle concreto.

De qualquer forma, ainda que não possamos excluir parcial ou totalmente que, certamente, isso influenciou alguém próximo ideologicamente e politicamente a mim, também não excluo que, após o julgamento do Supremo, surgiram vozes na sociedade, dizendo que a condenação, a pena, do Supremo Tribunal Federal em relação ao beneficiário teria sido excessiva. Digo isso com tranquilidade, porque votei pela condenação dele, então não de minha parte e não por minha parte haveria isenção de responsabilidade.

Cito, nesse sentido, entrevista dada ao Jornal *Estado de São Paulo*, por Fernando Abrucio, em matéria publicada no dia 28 de abril de 2022. Diz a chamada da matéria: "Pena de Daniel Silveira foi um pouco exagerada, e Congresso não deu suporte ao STF", diz pesquisador.

Publicado sem revisão. Art. 95, RISTF.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Permite-me, Ministro André?

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA – Permito.

Publicado sem revisão. Art. 95, RISTF.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - O Abrucio é jurista?

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA - Não, é cientista político.

Publicado sem revisão. Art. 95, RISTF.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Ah, não. Só para que conste dos anais.

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA - Mas cito também

ADPF 964 / DF

Fernando Capez, um consultor jurídico que foi colega de Vossa Excelência.

Publicado sem revisão. Art. 95, RISTF.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - E, à época, candidato a deputado pelo partido do Presidente.

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA - E cito Valdo Cruz, que não faz referência a nenhum jurista.

Publicado sem revisão. Art. 95, RISTF.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Também não jurista.

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA - Não, não é. Salvo se a gente disser que é *fake news*, podemos até dizer.

Publicado sem revisão. Art. 95, RISTF.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Levando em conta quem está sendo julgado, é possível.

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA - Diz Valdo Cruz: "Apesar de condenação correta, pena aplicada a Silveira pode ter sido pesada, avalia parte do STF". Não sei que parte é essa, a minha avaliação foi feita nos autos, então não toquei nesse assunto.

O fato é que surgiram vozes na sociedade. Não estou dizendo que concorde com o instituto ou que concorde com a forma como o instituto político seja organizado à luz da Constituição atual, mas entendo, até pelo contexto daquele momento, que a concessão da graça teve também um efeito de pacificação, ainda que circunstancial e momentânea.

Repito: não excluo eventuais finalidades que possamos questionar, mas também não posso excluir razões políticas que, em tese, justificariam ou autorizariam, à luz do texto constitucional, a concessão do instituto.

Assim, Senhora Presidente, repito, com a devida vênia, que, mesmo conhecendo das arguições, julgo-as improcedentes. Consigno ainda no dispositivo o fato de que, mesmo considerando constitucional a outorga feita, sem logicamente entrar no mérito dela, não há que se discutir a extensão dos efeitos da graça aos efeitos extrapenais da decisão do Supremo Tribunal Federal.

Se me permite, Senhora Presidente, ainda que divergente, aponto

ADPF 964 / DF

aspecto que não diz respeito propriamente a esse caso. Vossa Excelência, penso eu, de modo muito correto, abordou em boa medida, na parte inicial do voto de Vossa Excelência, o fato de estarmos tratando de uma questão em tese. Logicamente, isso traz reflexo para casos concretos e esse é um dos casos concretos. Valho-me de reiterada fala, dentre outros Ministros, lembro-me mais do Ministro Luís Roberto Barroso, sobre a necessidade de, nesses casos, estabelecermos uma tese ao final. Por quê? Penso que aquilo que for definido pelo Supremo Tribunal Federal, no caso em julgamento, não pode ter efeito específico em relação a uma circunstância, mas dar parâmetros de interpretação constitucional ao próprio Supremo Tribunal Federal, em gênero e em tese.

É apenas essa última observação que gostaria de fazer, agradecendo a paciência e a atenção de todos os Ministros durante a prolação do meu voto.

Muito obrigado!

Publicado sem revisão. Art. 95, RISTF.

04/05/2023

PLENÁRIO

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 964
DISTRITO FEDERAL****ESCLARECIMENTO**

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (PRESIDENTE E RELATORA) – Agradeço ao Ministro André Mendonça, só quero fazer um registro. Eu tenho o maior respeito pelas compreensões contrárias à minha, mas eu gosto que as minhas posições fiquem muito bem definidas. E por isso, talvez, ontem eu tenha ousado cansar tanto Vossas Excelências, expondo a tarde toda os fundamentos do meu voto, justamente porque busquei dar um panorama geral do instituto da clemência, do perdão, não só em termos históricos, mas, na atualidade, à luz das Constituições dos diferentes países e dos diferentes regramentos. E procurei mostrar, na evolução dos nossos textos constitucionais, justamente essas mudanças, essas nuances que se veem, inclusive nos aspectos terminológicos e conceituais.

E num determinado momento do voto, eu disse com toda clareza que, a meu juízo, esse é um *leading case*, porque nós não apreciamos o instituto do indulto individual ou da graça em sentido estrito na ADI 5.874/DF. E talvez naquela ação – e hoje eu reconheço –, eu não tenha tido o cuidado de ser tão minuciosa e abrangente, porque o meu voto era meramente vogal, e por isso lá a minha fundamentação foi toda para justificar a minha divergência do voto do Relator da ADI 5.874/DF, o meu querido Ministro Luís Roberto Barroso. E lá o que estava em discussão era, em se tratando de indulto coletivo, se poderíamos alterar os próprios requisitos que levariam o juiz da execução penal ao enquadramento de apenados. Por isso não tive, de fato, o cuidado de fazer um voto abrangente, como, por exemplo, o nosso sempre Decano Celso de Mello fazia. Muitas vezes o ponto discutido era um, e ele, com toda aquela aquela cultura jurídica, enfrentava todos os aspectos. Eu não fiz isso naquele julgamento, eu fiquei nesta discussão: limites materiais impostos pelo texto constitucional.

Só por isso eu estou fazendo o registro do meu voto.

ADPF 964 / DF

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA - Perdoe-me, também, Ministra, mas acho que até em adesão ao que Vossa Excelência colocou.

Eu me fundamentei, eu li aquele julgado e muitos dos aspectos do meu próprio voto consideraram aquilo que Vossa Excelência ponderou naquele momento. E Vossa Excelência está absolutamente correta nessa colocação. A leitura que eu faço é que, a partir de uma necessidade de maior adensamento, Vossa Excelência, não que mudou, mas avançou na análise da questão.

Publicado sem revisão. Art. 95, RISTF.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (PRESIDENTE E RELATORA) - E fiz questão de, ontem, referir que, para mim, indulto ou graça é ato político, ato revestido de discricionariedade, não tenho dúvida alguma. A nossa divergência é que eu entendo que ele é sindicável, sim, até pelo próprio texto constitucional, pelo art. 5º, XLIII, da Constituição, quando ele exclui expressamente, ao dizer os crimes inafiançáveis e insuscetível de graça, determinados delitos da esfera passível de indulto. É o único ponto da nossa Constituição atual em que se usa o vocábulo *graça*. Ela não o faz no art. 84, XII, em que ela se refere apenas ao indulto e à comutação das penas. Mas, de qualquer maneira, como lá o que nós estávamos discutindo eram os limites materiais, eu, de fato, naquele voto, não enfrentei o ponto – o que o Ministro Alexandre fez expressamente, e o Ministro Celso de Mello também fez na oportunidade –, para efeito de ressalva, do desvio de finalidade.

Aliás, outros eminentes Colegas também fizeram a ressalva, inclusive a Ministra Cármen Lúcia. O meu voto, de fato, não a continha.

Neste julgamento, eu aprecio o aspecto e entendo sindicável, sim, e concluo possível que seja nulificado por desvio de finalidade. Mas é o meu voto. Naturalmente, o Plenário é soberano para decidir como entender da forma mais correta. E seguramente o fará.

04/05/2023

PLENÁRIO

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 964
DISTRITO FEDERAL****VOTO-VOGAL
(ADPFs 964, 965, 966 e 967)**

O SENHOR MINISTRO NUNES MARQUES: Cuida-se de arguições de descumprimento de preceito fundamental ajuizadas pelos partidos políticos Rede Sustentabilidade (ADPF 964), Partido Democrático Trabalhista – PDT (ADPF 965), Cidadania (ADPF 966) e pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSol (ADPF 967), que, sob diferentes linhas argumentativas, questionam a constitucionalidade do Decreto do Presidente da República de 21 de abril de 2022, publicado no *Diário Oficial da União* na mesma data (edição 75-D, seção 1, extra D), que concedeu “graça constitucional” a Daniel Lúcio da Silveira, ex-Deputado Federal, condenado pelo Supremo Tribunal Federal, em 20 de abril de 2022, no âmbito da AP 1.044.

Alegam, em síntese, preenchidos os requisitos ao ajuizamento das arguições. Quanto ao mérito, apontam violação aos princípios da impessoalidade e da moralidade, além de desvio de finalidade, porquanto supostamente utilizado o instrumento para beneficiar pessoa próxima ao Presidente da República. Articulam afronta ao princípio da separação de poderes, ante a submissão do Poder Judiciário, autônomo, essencial e soberano em seus julgamentos, ao crivo pessoal do Chefe do Executivo. Aduzem a impropriedade do ato de concessão de graça constitucional a indivíduo que ainda não foi condenado por decisão transitada em julgado. Realçam que os crimes imputados ao ex-parlamentar – um contra a Administração Pública e outro contra a segurança nacional, hoje chamado de crime contra o Estado democrático de direito – são insuscetíveis de graça.

Adotou-se o rito do art. 12 da Lei n. 9.868, de 10 de novembro de

ADPF 964 / DF

1999, para o processamento conjunto das ações.

O Presidente da República, em informações, defende a inadmissibilidade da arguição, ao argumento de que o referido decreto teria observado todos os parâmetros que lhe foram impostos pelo Poder Constituinte originário. Ressalta não se tratar de crimes vedados pela Constituição.

O Ministério Público Federal opina pelo reconhecimento da improcedência do pedido.

É o relato do essencial. **Passo ao voto.**

1. Da nulidade da petição inicial da ADPF 964

Inicialmente, na linha do quanto consignado na judiciosa manifestação apresentada pela Procuradoria-Geral da República, verifica-se que a única subscritora da petição inicial da ADPF 964, proposta pelo partido Rede Sustentabilidade, exerce atualmente o cargo em comissão “AP-03 – Ajudante Parlamentar Pleno” no Senado Federal, sendo, portanto, servidora pública federal vinculada ao Poder Legislativo da União.

Estando a ação voltada a impugnar a validade de ato editado pelo Presidente da República, Chefe de Estado, revela-se imprópria a subscrição da peça primeira pela advogada, a qual se encontra impedida de exercer a advocacia contra a mesma pessoa jurídica que a remunera (a União), consoante determina o art. 30, I, da Lei n. 8.906/1994 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil).

Diante desse contexto, reputo necessário reconhecer a nulidade dos atos praticados pela advogada do partido político requerente, desde a inicial, inclusive, nos termos do art. 4º, parágrafo único, da Lei n.

ADPF 964 / DF

8.906/1994.

Voto, portanto, preliminarmente, no sentido de se indeferir a petição inicial da ADPF 964.

2. Da constitucionalidade e eficácia do decreto de concessão de indulto

Na sessão plenária de 20 de abril de 2022, o Supremo, por maioria, em julgamento no qual fiquei vencido, apreciou o mérito da AP 1.044 nos seguintes termos:

Dispositivo: rejeito as preliminares, bem como DECRETO A PERDA DE OBJETO dos agravos regimentais interpostos contra decisão que indeferiu as diligências requeridas na fase do art. 10 da Lei 8.038/90 e contra decisão que determinou a necessidade de juntada das alegações finais para análise de requerimento de extinção de tipicidade e punibilidade; e JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE A DENÚNCIA para: (a) ABSOLVER O RÉU DANIEL LÚCIO DA SILVEIRA da imputação do art. 286, parágrafo único, do Código Penal, considerada a continuidade normativo-típica em relação ao art. 23, II, da Lei 7.170/83; (b) CONDENAR O RÉU DANIEL LÚCIO DA SILVEIRA: (b.1) como incurso nas penas do artigo 18 da Lei 7.170/83, por 2 (duas) vezes, na forma do art. 71 do Código Penal, em virtude da ultra-atividade da lei penal mais benéfica em relação ao artigo 359-L do Código Penal à pena 5 (cinco) anos e 3 (três) meses de reclusão; (b.2) como incurso nas penas do art. 344 do Código Penal, por 3 (três) vezes, na forma do art. 71 do Código Penal à pena 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, bem como à pena de 35 (trinta e cinco) dias-multa, no valor de 5 (cinco) salários mínimos dia-multa, considerado o patamar vigente à época do fato, que deve ser atualizado até a data do efetivo pagamento. Consideradas as penas para cada crime, a pena final é de 8 (oito) anos e 9 (nove) meses de

ADPF 964 / DF

reclusão, em regime inicial fechado, e 35 (trinta e cinco) dias-multa, o valor do dia-multa equivalente a 5 (cinco) salários mínimos, considerado o patamar vigente à época do fato, que deve ser atualizado até a data do efetivo pagamento. Fica fixado o regime fechado para o início do cumprimento da pena. Após o trânsito em julgado, ficam ainda suspensos os direitos políticos do condenado, enquanto durarem os efeitos da condenação, nos termos do art. 15 inciso III, da Constituição Federal; bem como a perda do mandato parlamentar, em relação ao réu DANIEL LÚCIO DA SILVEIRA, nos termos do art. 55, inciso VI e o § 2º, da Constituição Federal e artigo 92 do Código Penal.

Entretanto, em 21 de abril de 2022, Sua Excelência o Senhor Presidente da República concedeu indulto ao condenado, de forma incondicionada e independentemente do trânsito em julgado do acórdão condenatório (Decreto de 21 de abril de 2022, arts. 1º e 2º).

A concessão de indulto individual é ato privativo e discricionário do Chefe do Executivo Federal (CF, art. 84, XII), decorrente do sistema de freios e contrapesos ínsito à separação dos poderes delineada no art. 2º da Lei da República, encontrando limites apenas no art. 5º, XLIII, da mesma Carta.

Nessa perspectiva, por tratar-se de ato privativo, típico **ato político de governo** do Presidente da República, calcado em juízo amplo de conveniência e oportunidade, sujeito apenas aos limites traçados expressamente na própria Constituição Federal, a jurisprudência desta Corte já reconheceu a impossibilidade de interferência em seu mérito, por um dos demais Poderes. No julgamento do RHC 155.208 e do RHC 167.854, da relatoria da ministra Rosa Weber, o Colegiado firmou entendimento pela inadmissibilidade de interpretação que amplie as hipóteses do benefício não previstas no decreto presidencial. Confira-se:

ADPF 964 / DF

[...] descabe, ao ensejo de concretizar regras de indulto, conceber interpretação que resulte na exigência de requisitos não previstos no Decreto Presidencial, sob pena de ofensa ao princípio da Separação dos Poderes e da legalidade estrita. **A jurisprudência desta Suprema Corte é na direção de que “compete ao Presidente da República definir a concessão ou não do indulto, bem como seus requisitos e a extensão desse verdadeiro ato de clemência constitucional, a partir de critérios de conveniência e oportunidade” (ADI 5.874, Red. p/ acórdão Ministro Alexandre de Moraes).** Ainda, “a discricionariedade que espelha as razões de conveniência e oportunidade do Presidente da República para fins de concessão de indulto, segundo compreensão majoritária desta Suprema Corte, não pode ser revista pelo Poder Judiciário. **Por consequência, as hipóteses de extinção de punibilidade decorrentes da manifestação de clemência não são passíveis de elastecimento pelo Estado-Juiz” (AP n. 863-AgR, Relator o Ministro Edson Fachin, Primeira Turma, DJe 4.9.2019).**

Logo, constitui prerrogativa do Presidente da República, se assim o desejar, conceder o indulto e a graça constitucional, ficando submetido o Chefe de Estado e de Governo a excepcionalíssimo controle jurisdicional apenas para aferição dos limites explicitamente impostos na Constituição Federal ao exercício dessa prerrogativa.

A restrição constitucional prevista para a concessão do indulto individual, também conhecido como graça, refere-se aos crimes hediondos, de tráfico de entorpecentes, terrorismo e tortura, nos moldes do art. 5º, XLIII, da Lei Maior, *verbis*:

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:

ADPF 964 / DF

[...]

XLIII – a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, **o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos**, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

Observado esse limite na edição do ato de indulto, remanesce apenas a eventual censura, no campo político, como consequência do exercício desse poder que o Constituinte conferiu ao Chefe do Executivo Federal.

A questão foi examinada em profundidade, no âmbito da jurisdição constitucional, na ADI 5.874, Redator do acórdão o ministro Alexandre de Moraes. Na oportunidade, firmou-se a compreensão pela “possibilidade de o Poder Judiciário analisar somente a constitucionalidade da concessão da *clementia principis*, e não o mérito, que deve ser entendido como juízo de conveniência e oportunidade do Presidente da República, que poderá, entre as hipóteses legais e moralmente admissíveis, escolher aquela que entender como a melhor para o interesse público no âmbito da Justiça Criminal”.

Eis a ementa do acórdão:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO PENAL E PROCESSO PENAL. INDULTO. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA (CF, ART. 84, XII) PARA DEFINIR SUA CONCESSÃO A PARTIR DE REQUISITOS E CRITÉRIOS DE CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE. PODER JUDICIÁRIO APTO PARA ANALISAR A CONSTITUCIONALIDADE DA CONCESSÃO, SEM ADENTRAR NO MÉRITO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA IMPROCEDENTE.

1. A Constituição Federal, visando, principalmente, a

ADPF 964 / DF

evitar o arbítrio e o desrespeito aos direitos fundamentais do homem, previu a existência dos Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, repartindo entre eles as funções estatais.

2. Compete ao Presidente da República definir a concessão ou não do indulto, bem como seus requisitos e a extensão desse verdadeiro ato de clemência constitucional, a partir de critérios de conveniência e oportunidade.

3. A concessão de indulto não está vinculada à política criminal estabelecida pelo legislativo, tampouco adstrita à jurisprudência formada pela aplicação da legislação penal, muito menos ao prévio parecer consultivo do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, sob pena de total esvaziamento do instituto, que configura tradicional mecanismo de freios e contrapesos na tripartição de poderes.

4. Possibilidade de o Poder Judiciário analisar somente a constitucionalidade da concessão da *clementia principis*, e não o mérito, que deve ser entendido como juízo de conveniência e oportunidade do Presidente da República, que poderá, entre as hipóteses legais e moralmente admissíveis, escolher aquela que entender como a melhor para o interesse público no âmbito da Justiça Criminal.

5. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente.

(Com meus grifos)

Salientou o ministro Alexandre de Moraes que o indulto constitui mecanismo integrante do sistema de controles entre os poderes (freios e contrapesos), permitindo intervir na aplicação e no cumprimento de sanções cominadas pelo Judiciário, sem que se possa falar em violação à separação de poderes (fl. 64).

Ressaltou, ainda, que:

CARLOS MAXIMILIANO, por sua vez, apontou que só o texto constitucional poderia limitar a discricionariedade do

ADPF 964 / DF

Presidente da República: "O poder executivo de perdoar não tem outros limites senão os fixados no texto fundamental" (*Comentários à Constituição Brasileira de 1891*. Rio de Janeiro, 1918, p. 509/510).

CELSO RIBEIRO BASTOS e IVES GANDRA MARTINS consideram **absoluta a faculdade de indulto concedida ao Presidente da República, salientando inclusive que não está vinculado "à convicção daqueles que foram ouvidos", na hipótese de participação de órgãos consultivos** (*Comentários à Constituição do Brasil*. vol. 4. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 316) [...].

J.J. GOMES CANOTILHO, GILMAR FERREIRA MENDES, INGO WOLFGANG SARLET, LENIO STRECK, igualmente, salientam que **"o indulto e a comutação da pena configuram típico ato de governo, que se caracteriza pela discricionariedade"** (*Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1254).

De forma semelhante, aponta o jurista argentino GREGORIO BADENI que essa faculdade do Poder Executivo "(...) não é suscetível de revisão judicial", **salvo o descumprimento dos requisitos expressamente previstos no texto da Constituição** (*Tratado de Derecho Constitucional*. Buenos Aires, ed. La Ley, 2. ed., 2006, tomo II, pp. 1728/1732).

[...]

Portanto, em relação ao Decreto Presidencial de Indulto, será possível ao Poder Judiciário analisar somente a constitucionalidade da concessão da *clemencia principis*, e não o mérito, que deve ser entendido como juízo de conveniência e oportunidade do Presidente da República, que poderá, entre as hipóteses legais e moralmente admissíveis, escolher aquela que entender como a melhor para o interesse público no âmbito da Justiça Criminal (GEORGES VEDEL. *Droit administratif*. Paris: Presses Universitaires de France, 1973. p. 318; MIGUEL SEABRA FAGUNDES. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 131).

[...]

O Poder Judiciário deve exercer somente o juízo de

ADPF 964 / DF

verificação de exatidão do exercício de oportunidade perante a constitucionalidade do Decreto de Indulto.

(Grifei)

O ministro Celso de Melo, por seu turno, asseverou que a Constituição limitou o exercício da prerrogativa de indultar apenas às hipóteses expressamente previstas pelo art. 5º, XLIII, da Carta de 1988. Assim, eventual interferência judicial no mérito do indulto acarretaria violação à separação de poderes, por caracterizar “uma inaceitável apropriação institucional, por órgão do Poder Judiciário, das atribuições inerentes à competência do Presidente da República em matéria de indulto, operando uma inconcebível substituição judicial de critérios, com o afastamento daqueles cuja adoção incumbe, com exclusividade, por efeito de determinação constitucional, ao Chefe de Estado, e a este somente” (fls. 174 e 188).

Em voto proferido na mesma ação direta, o ministro Gilmar Mendes deixou consignada a possibilidade de concessão do indulto **mesmo antes do trânsito em julgado da condenação**. Salientou, quanto ao ponto, a viabilidade da incursão do Poder Judiciário no mérito do ato e para além dos limites expressamente previstos no próprio Texto Constitucional (art. 5º, XLIII). Confira-se:

Sem dúvidas, a discricionariedade do presidente da República é limitada pelo texto constitucional, que o faz expressamente no inciso XLIII do artigo 5º da CF:

“XLIII – a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.”

[...]

ADPF 964 / DF

Assim, o controle judicial deve se restringir aos limites fixados na Constituição Federal, restando ao presidente da República a análise da conveniência e dos critérios do indulto. **Ao Supremo Tribunal Federal cabe o exame de violações manifestas ao texto constitucional.** Não compete ao Judiciário a realização de controle sobre a política criminal adotada pelo Estado (Legislativo e Executivo), para fins de ampliação da criminalização ou recrudescimento da resposta punitiva.

[...]

Na doutrina, afirma-se: “verificamos a possibilidade de se receber o indulto antes do trânsito em julgado” (RIBEIRO, Rodrigo. O indulto presidencial: origens, evolução e perspectivas. **RBCCrim**, v. 23, n. 117, nov./dez. 2015. p. 428). Ou seja, não há óbice para que o indulto seja aplicado antes do trânsito em julgado do processo.

Conforme já afirmado, a concessão do indulto é prerrogativa do presidente da República que possui impactos no exercício da pretensão punitiva pelo Estado, podendo ter consequências em qualquer fase da persecução penal. Trata-se de mecanismo de gestão do sistema penal, com impactos em questões penitenciárias e de política criminal em sentido amplo. **Portanto, inexistente violação na norma definida no Decreto de Indulto aqui analisado.**

O Decreto presidencial de concessão do indulto ao acusado reveste-se, assim, de constitucionalidade, a qual não é afastada pelos fundamentos apresentados na presente arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Tal presunção de constitucionalidade, qualificada pela orientação que esta Corte firmou, no exercício da jurisdição constitucional, na mencionada ADI 5.874, confere ao ato eficácia plena e imediata, com vinculação para o Poder Judiciário, e desautoriza, *data venia*, a compreensão no sentido de se prosseguir com a imposição de quaisquer medidas cautelares ao indultado, devendo ser reconhecida a extinção de

ADPF 964 / DF

sua punibilidade pelo Poder Judiciário.

A eficácia do Decreto advém do regime jurídico-constitucional do próprio instituto do indulto, nos moldes delineados na Constituição, e se concretiza, no plano infraconstitucional, ante a literalidade da regra contida no art. 192 da Lei de Execuções Penais: “Concedido o indulto e anexada aos autos cópia do decreto, **o juiz declarará extinta a pena** ou ajustará a execução aos termos do decreto, no caso de comutação.”

Destaco, nessa linha, a ótica adotada pelo Tribunal no julgamento da medida cautelar na ADI 2.795, ministro Maurício Corrêa, *DJ* de 20 de junho de 2003:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE.
DECRETO FEDERAL. INDULTO. LIMITES. CONDENADOS
PELOS CRIMES PREVISTOS NO INCISO XLIII DO ARTIGO 5º
DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. IMPOSSIBILIDADE.
INTERPRETAÇÃO CONFORME. REFERENDO DE MEDIDA
LIMINAR DEFERIDA.

1. A concessão de indulto aos condenados a penas privativas de liberdade insere-se no exercício do poder discricionário do Presidente da República, limitado à vedação prevista no inciso XLIII do artigo 5º da Carta da República. **A outorga do benefício, precedido das cautelas devidas, não pode ser obstado por hipotética alegação de ameaça à segurança social, que tem como parâmetro simplesmente o montante da pena aplicada.**

2. Revela-se inconstitucional a possibilidade de que o indulto seja concedido aos condenados por crimes hediondos, de tortura, terrorismo ou tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, independentemente do lapso temporal da condenação. Interpretação conforme a Constituição dada ao § 2º do artigo 7º do Decreto 4495/02 para fixar os limites de sua aplicação, assegurando-se legitimidade à *indulgencia principis*. Referendada a cautelar deferida pelo Ministro Vice-Presidente

ADPF 964 / DF

no período de férias forenses.

No mesmo sentido:

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. COMUTAÇÃO DA PENA. PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO ESTABELECIDO NO DECRETO PRESIDENCIAL 7.420/2010. REALIZAÇÃO DE EXAME CRIMINOLÓGICO. EXIGÊNCIA NÃO PREVISTA NA REFERIDA NORMA. ORDEM CONCEDIDA.

1. Satisfeitos os requisitos previstos no Decreto Presidencial que regulamenta a concessão de indulto e comutação de penas, **não pode o Poder Judiciário levar em consideração outros aspectos ou fazer exigências nele não estabelecidas para negar o benefício. Doutrina e jurisprudência.**

2. Ordem concedida para restabelecer a decisão de primeiro grau que concedeu ao paciente a comutação da pena.

(HC 114.664, Segunda Turma, ministro Teori Zavascki, DJe de 20 de maio de 2015 – grifei)

Transcrevo, ainda, por pertinente, excerto da judiciosa manifestação apresentada pela Procuradoria-Geral da República:

As causas formal (a essência), material (o substrato de que é feito), eficiente (que lhe dá origem) e final (o escopo) do ato de graça são todas de natureza política: política é a natureza do ato, político é o domínio institucional e estatal em que se esse historicamente se realiza, político é o movimento que lhe dá corpo e, da mesma maneira, políticas são as finalidades que se cuida de atingir com a concreta emanção da clemência soberana do Estado.

Sendo político por qualquer ângulo em que se o contemple, o poder de graça supera as estreitezas dos que tornam o instituto funcional à mera realização de fins humanitários ligados à política criminal.

ADPF 964 / DF

[...]

Logo, a própria figura do desvio de poder ou desvio de finalidade, relativa aos atos administrativos discricionários, não encontra pertinência, no que se refere às possibilidades do controle jurisdicional, no domínio dos atos políticos, categoria conceitual na qual se enquadram os decretos de clemência soberana do Estado a cargo do Presidente da República, eis que a discricionariedade política quanto aos destinatários, ao conteúdo, às razões, aos motivos determinantes e aos fins que tenham por escopo o concreto exercício dessa competência constitucional sujeita-se, na sua expressão, a juízo unicamente político.

Esse o quadro, tenho que as alegações da ocorrência de desvio de finalidade, bem assim de violação aos princípios da impessoalidade e da moralidade constituem, em verdade, tentativa de exame do mérito do ato de governo de concessão do indulto, o que se mostra claramente inadmissível à luz da Constituição de 1988, observados os limites impostos pelo art. 5º, XLIII.

Feitas essas considerações, pedindo vênias àqueles que pensam de forma distinta, voto pelo indeferimento da inicial da ADPF 964 e, no mérito, **julgo improcedente** os pedidos formulados nas arguições.

É como voto.

04/05/2023

PLENÁRIO

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 964
DISTRITO FEDERAL**

VOTO

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES: Em complemento ao relatório lançado pela eminente Ministra ROSA WEBER, anoto que se trata um conjunto de ações abstratas (ADPFs 964, 965, 966 e 967) em que se questiona o Decreto de 21 de abril de 2022, cujo conteúdo, emanado da Presidência da República, concede *“graça constitucional a Daniel Lucio da Silveira, Deputado Federal”*.

Eis o teor do ato normativo:

DECRETO DE 21 DE ABRIL DE 2022

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, caput, inciso XII, da Constituição, tendo em vista o disposto no art. 734 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e

Considerando que a prerrogativa presidencial para a concessão de indulto individual é medida fundamental à manutenção do Estado Democrático de Direito, inspirado em valores compartilhados por uma sociedade fraterna, justa e responsável;

Considerando que a liberdade de expressão é pilar essencial da sociedade em todas as suas manifestações;

Considerando que a concessão de indulto individual é medida constitucional discricionária excepcional destinada à manutenção do mecanismo tradicional de freios e contrapesos na tripartição de poderes;

Considerando que a concessão de indulto individual decorre de juízo íntegro baseado necessariamente nas hipóteses legais, políticas e moralmente cabíveis;

Considerando que ao Presidente da República foi confiada democraticamente a missão de zelar pelo interesse público; e

ADPF 964 / DF

Considerando que a sociedade encontra-se em legítima comoção, em vista da condenação de parlamentar resguardado pela inviolabilidade de opinião deferida pela Constituição, que somente fez uso de sua liberdade de expressão;

DECRETA:

Art. 1º Fica concedida graça constitucional a Daniel Lucio da Silveira, Deputado Federal, condenado pelo Supremo Tribunal Federal, em 20 de abril de 2022, no âmbito da Ação Penal nº 1.044, à pena de oito anos e nove meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática dos crimes previstos:

I - no inciso IV do caput do art. 23, combinado com o art. 18 da Lei nº 7.170, de 14 de dezembro de 1983; e

II - no art. 344 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal.

Art. 2º A graça de que trata este Decreto é incondicionada e será concedida independentemente do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Art. 3º A graça inclui as penas privativas de liberdade, a multa, ainda que haja inadimplência ou inscrição de débitos na Dívida Ativa da União, e as penas restritivas de direitos.

Na ADPF 964, o partido político Rede Sustentabilidade narra os fatos que levaram à condenação do agraciado, em ação penal julgada por este SUPREMO TRIBUNAL na qual *“condenou o deputado federal Daniel Silveira (PTB-RJ) a oito anos e nove meses de reclusão, em regime inicial fechado, por crimes de ameaça ao Estado Democrático de Direito e coação no curso do processo”*.

Aponta que *“imediatamente após a tomada de decisão pelo Plenário da Corte – sem que sequer haja publicação do decisum ou, ainda menos, seu trânsito em julgado –, o Presidente da República houve por bem derrubar o tabuleiro do jogo democrático e republicano. Não satisfeito com o resultado do julgamento, que sequer é definitivo, resolveu portar-se como uma instância revisora de decisões judiciais, à revelia da dinâmica constitucional insculpida pelo mais basilar fundamento do constitucionalismo moderno: a separação de Poderes”*.

Relata que os fundamentos do decreto, explicitados em seu início,

ADPF 964 / DF

estão dissociados da realidade, sendo que *“até mesmo naqueles mais afetos à cultura do respeito às máximas liberdades, o hate speech é discutido a nível profundo, certamente não estando dentro do leque de possibilidades de um Presidente da República incentivá-lo”*.

Salienta a natureza corretiva da tutela abstrata pois *“é dentro desse cenário de, isso sim, absoluta comoção social e jurídica com a estapafúrdia decisão do Presidente da República de se portar como incentivador de caos institucional e de desrespeito à competência constitucional penal do Supremo Tribunal Federal do Brasil, que se insere a presente arguição, cujo objetivo é tão somente o de restabelecer o curso natural do funcionamento das instituições, sem chancelas às tentativas de virada de mesa do jogo constitucional por quem quer que seja”*.

Defende o cabimento da presente arguição ante ato do poder público que *“viola de forma direta, na medida em que claramente eivado de desvio de finalidade, os princípios da impessoalidade e da moralidade (art. 37, caput), basilares da condução da administração pública pelos gestores, sem os quais nos afastamos dos primados mais fundamentais fundamentais do Estado Brasileiro: o princípio republicano e o fato de nos constituirmos sob o manto de um Estado Democrático de Direito (art. 1º) e dos princípios basilares de sua própria defesa (princípio constitucional sensível insculpido no art. 34, VII, “a”, da Constituição Federal)”*, além de não haver outro instrumento de controle concentrado apto a impugná-lo.

Argumenta, preliminarmente, que o indulto não poderia beneficiar o réu cuja condenação ainda não perfez coisa julgada pois *“como conceder graça constitucional, extinguindo os efeitos da punibilidade penal, quando ainda não há pena a ser cumprida, considerando ainda não ter ocorrido o trânsito em julgado?”*.

O decreto presidencial, nessa perspectiva, transformaria *“a graça concedida em legítimo salvo-conduto, já que sequer há condenação definitiva”*.

Sustenta, no mérito, que o ato emanado do Chefe do Poder Executivo ofende os preceitos da impessoalidade e da moralidade, que conformam a atuação da Administração Pública, dada a proximidade do indultado com o Presidente que *“não se limitava à filiação ao mesmo partido político: Daniel Silveira integrou, durante a disputa eleitoral, o grupo dos*

ADPF 964 / DF

chamados 'bolsonaristas' radicais. Com a defesa de pautas similares às do candidato Jair Messias Bolsonaro, tal como a flexibilização do porte de armas, e a mimetização de comportamentos agressivos e violentos, Silveira se elegeu Deputado".

Aponta que "o alinhamento de discursos entre ambos também alcançava os constantes ataques ao Supremo Tribunal Federal e às demais instituições da República", elevando "o tom contra os Ministros da Corte Constitucional a um nível absolutamente abjeto, criminoso e que coloca em perigo não só as referidas autoridades, como também o Estado Democrático de Direito".

Nesse contexto, "após o resultado do julgamento e a respectiva condenação do parlamentar, aliados políticos do Presidente da República demonstraram revolta com o posicionamento da Corte e cobraram uma atitude de desrespeito à decisão judicial por parte do Presidente da Câmara dos Deputados".

Conclui, quanto ao ponto, que, embora o poder de indultar seja plenamente legítimo, não se poderia admitir "que o uso dessa competência seja completamente desvirtuada, de forma que o Presidente da República faça uso dela de forma absolutamente corrompida, visando à obtenção de ganho pessoal com o beneficiamento indevido de aliado político e pessoal".

Haveria, assim, evidente desvio de finalidade pois "discricionariedade não pode ser confundida com arbitrariedade. Mesmo as razões de oportunidade e conveniência devem se enquadrar dentro da moldura constitucional e dos ditames do direito público. Afinal, o que deve mover o agente do Estado, independente da situação, é o interesse público, do qual não pode ele dispor em hipótese alguma".

Ressalta que "assim como a imunidade parlamentar não pode servir de escudo protetivo para práticas de condutas ilícitas, também não se pode admitir que a prerrogativa de o Presidente da República conceder graça sirva para acobertar aliado político e particular da justa pena estabelecida pelo Poder Judiciário".

Invoca, nesse contexto, a doutrina acerca dos ilícitos atípicos, "ações que, prima facie, estão permitidas por uma regra, mas que, uma vez consideradas todas as circunstâncias, devem considerar-se proibidas".

Quanto à moralidade, destaca que ela "pauta qualquer ato

ADPF 964 / DF

administrativo, inclusive a concessão de graça, indulto ou comutação de pena — o que, em tese, se circunscreve na autonomia do Presidente da República; mas desde que não haja violação às normas constitucionais, o que não é o caso —, de maneira a impedir que sejam conspurcados os predicados da honestidade, da probidade e da boa-fé no trato da ‘res publica’”.

Questiona, dessa forma: “Afimal, qual é o parâmetro de honestidade de um ato que concede graça, no dia seguinte à decisão condenatória (que sequer foi publicada), a um aliado político e particular?”.

Aduz, ainda, desrespeito à “legalidade atinente ao que se espera dentro de um Estado republicano e democrático de direito” (art. 1º), assim como ao princípio da separação de poderes (art. 2º), “na medida em que submete o Poder Judiciário, autônomo, essencial e soberano em seus julgamentos, ao crivo pessoal do Presidente da República”.

Assinala que “o Presidente da República não pode se portar como uma instância de revisão de decisões judiciais criminais que o desagradam, sob o suposto manto da concessão da graça constitucional. Aliás, o próprio instituto da graça não é, em situações ordinárias, compatível com a dinâmica constitucional, razão por que tende a ser reservado tão somente àquelas circunstâncias realmente humanitárias – que não é o presente caso, diga-se”.

Conclui, assim, que “o Presidente da República, com a edição do Decreto, transmite uma mensagem absolutamente temerária à população brasileira: trata-se de um verdadeiro e puro incentivo ao crime. Uma carta branca. Um salvo-conduto apriorístico. Uma garantia de impunidade. A certeza de que, do ponto de vista sistêmico, decisões judiciais que afetarem os seus círculos próximos não subsistirão”.

De outra perspectiva, argumenta que, embora haja “aparente diferenciação entre crimes insuscetíveis de graça ou anistia (inciso XLIII do art. 5º) e crimes imprescritíveis (XLIV), reservando os crimes contra a ordem constitucional e o Estado Democrático ao segundo rótulo”, “não faz sentido que se proteja a sociedade dos crimes contra a ordem constitucional e o Estado Democrático apenas sob o manto da imprescritibilidade – aspecto puramente afeto à possibilidade de se buscar a pretensão punitiva –, mas não sob o manto da insuscetibilidade de graça ou anistia. Afimal, se se aceitar que crimes contra a

ADPF 964 / DF

ordem constitucional e o Estado Democrático sejam posteriormente perdoados pela misericórdia presidencial, na realidade ordem democrática não há”.

Considerando, pois, que “o constituinte, infelizmente, escreveu menos do que pretendeu dizer” e sendo “evidente que a tônica da Constituição Cidadã é a de proteção da ordem constitucional e do Estado Democrático”, então “em uma interpretação sistemática, é de se reconhecer que crimes contra o Estado Democrático – tal qual aquele praticado pelo deputado condenado, segundo conclusão muito bem alcançada por essa Colenda Corte – são, também, insuscetíveis de graça”.

Argumenta, ainda, que há “a necessidade implícita de autodefesa do Estado Democrático de Direito, na tutela do princípio sensível da democracia. Tal cláusula de garantia torna, teleologicamente, insuscetíveis de graça, indulto ou anistia todos e quaisquer atos antidemocráticos, que, em sua essência, corroeriam os pilares da estrutura do ordenamento jurídico-político brasileiro”.

Requer, por fim, concessão de medida cautelar para suspender os efeitos do decreto impugnado e, subsidiariamente, “que se reconheça, ao menos, a manutenção de todos os efeitos extrapenais da condenação criminal que não a aplicação da pena privativa de liberdade e de multa, sobretudo para se manter a condição de inelegibilidade de Daniel Lucio da Silveira, por ter sido condenado pela prática de crime contra a administração pública (art. 344 do CP c/c art. 1º, I, “e”, 1, da Lei Complementar nº 64/1990)”.

Em caráter definitivo, o partido político pleiteia a declaração de incompatibilidade do ato normativo questionado com os preceitos constitucionais evocados.

Na ADPF 965, o Partido Democrático Trabalhista (PDT) repisa os fatos que levaram à condenação do parlamentar, com sua consequente condenação por esta SUPREMA CORTE, e o indulto superveniente.

Sustenta, preliminarmente, o cabimento da arguição diante de ato estatal inconstitucional para o qual não haveria outro “remédio processual no âmbito da jurisdição constitucional concentrada”.

Aponta para a hostilização do “princípio da separação dos poderes, consubstanciado em ardil para não cumprimento de decisão judicial por abuso de poder, do devido processo legal, da moralidade administrativa, na vertente do

ADPF 964 / DF

desvio de finalidade e da impessoalidade”.

Quanto ao postulado da separação de poderes, argumenta que o “Supremo Tribunal Federal julgou [...] ação penal que respeitou todo o devido processo legal, culminando no julgamento de mérito, nos exatos termos do art. 102, b, da CF/88” e que “eventuais discordâncias acerca do mérito do julgamento devem ser veiculadas através dos meios recursais competente”.

Salienta que o decreto objetivou “fazer tábula rasa do julgamento realizado no dia 20 (vinte) de abril de 2022, que condenou o Senhor Daniel Silveira. Ou seja, o presidente da República fez uso de um instrumento constitucional para beneficiar pessoa próxima apenas por não concordar com o posicionamento externado pelo Supremo Tribunal Federal, o que se configura como uma estratégia para não cumprir uma decisão judicial”.

Sobre o devido processo legal, “o Presidente da República ultrapassou as etapas processuais nos autos da AP 1044 para conceder a graça independentemente do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Como é cediço, o instituto somente pode vir à lume na ambiência da execução penal. In casu, o acórdão sequer foi publicado para que o Senhor Daniel Silveira possa interpor os recursos cabíveis, no que também não há se falar em trânsito em julgado. Não se pode, por razões lógicas, interromper a pretensão punitiva estatal antes que ela inicie. Vale dizer, o ato em apreço interrompeu o processo em curso, em ordem a macular o princípio do devido processo legal”.

De outro lado, sobressairia “nítido abuso de poder, consubstanciado no desvio de finalidade” que “ocorre quando uma autoridade manuseia o poder discricionário com o fito de atingir fim diverso do que se estima no interesse público previsto em lei, autorizando o Poder Judiciário a decretar a nulidade do ato, já que a Administração fez uso indevido da discricionariedade.”

Anota, dessa forma, que “o Presidente da República utilizou-se de um instrumento constitucional para beneficiar um aliado político, em flagrante desvio de finalidade”.

Complementa que “o desvio de finalidade também aporta na violação ao princípio da impessoalidade, na medida em que o interesses privados foram entronizados em detrimento do interesse público, o que também configura em um abuso de poder”.

ADPF 964 / DF

Conclui que “o Presidente da República quis fazer as vezes do órgão julgador para, sob sua ótica e régua, afastar o posicionamento firmado pelo Poder Judiciário e fincar de forma autoritária o que acha certo, sobretudo para resguardar interesses dos seus aliados”, além de haver “falta de congruência entre as razões explicitadas no ato e o seu resultado, máxime porquanto ultrapassou-se o sentido do interesse público para beneficiar o Senhor Daniel Silveira, em uma clara afronta ao Supremo Tribunal Federal, intérprete máximo da Constituição Federal de 1988”.

Postula a concessão de medida liminar para suspender os efeitos do decreto controlado e, no mérito, sua anulação em face das lesões apontadas a preceitos constitucionais.

Na ADPF 966, o partido político Cidadania arrola, de modo semelhante, violações aos preceitos fundamentais consubstanciados pelos “princípios da separação dos poderes (art. 2º da CF/88), do devido processo legal (art. 5º, LIV), da República (arts. 1º, 3º, 4º, 5º, §2º, 34, VI, “a”, da CF/88) e da moralidade administrativa (arts. 5º, LXXIII, e 37, caput, da CF/88)”.

Acerca da cognoscibilidade, além dos apontamentos preliminares já feitos pelos demais requerentes, assevera que “seria teratológico que o tema do indulto individual ficasse relegado somente à ação popular ou à ação civil pública e não pudesse ser impugnado em controle abstrato por esta Suprema Corte, pois isso contrariaria a evolução legislativa e jurisprudencial de nosso sistema, de fechamento do nosso complexo controle de constitucionalidade para admitir que temas constitucionais relevantes sejam apreciados diretamente pelo Supremo Tribunal Federal”.

Referenciando a jurisprudência desta CORTE, aponta que ela “admitiu expressamente a possibilidade de analisar a validade constitucional de indulto, graça ou perdão à luz dos conceitos de desvio de finalidade e da teoria dos motivos determinantes, para que, uma vez constatada a existência de desvio de finalidade, decretar-se a nulidade deste ato discricionário da Presidência da República”.

Quanto ao mérito, salienta ofensa à moralidade e ao princípio republicano a partir da motivação do ato executivo: “a evidente motivação

ADPF 964 / DF

do Decreto em questão afigura-se algo manifestamente incompatível com os princípios republicano e da moralidade administrativa, por ter o Sr. Presidente da República utilizado da coisa pública para fins político-pessoais particulares, a saber, a proteção de aliado político e ataque institucional de finalidade eleitoral a esta Suprema Corte”.

Expõe, ainda sobre a motivação expressa no decreto, que “a graça não foi fundamentada na discricionariedade presidencial, pois o decreto afirma nos [...] que a interpretação dada à Constituição pelo STF estaria ‘errada’. O Decreto contesta os fundamentos da decisão do STF. O problema é que a Presidência da República não é instância revisora do STF”.

Continua, consignando que “inexiste qualquer ‘comoção pública’ ou motivos de relevante valor ‘moral’ configuradores de ‘juízo íntegro’ para concessão do indulto individual presidencial, ao contrário do afirmado arbitrariamente em considerandos do Decreto ora atacado” e que “inexiste, ainda, qualquer violação do direito fundamental à liberdade de expressão no presente caso, ao contrário do também afirmado arbitrariamente em outro considerando do referido decreto”.

Conclui, nessa perspectiva, que “tendo em vista que os motivos determinantes constantes dos ‘considerandos’ do Decreto Presidencial de 21 de abril de 2022 mostram-se falsos, por inexistir violação do direito fundamental da liberdade de expressão, motivação moralmente idônea e qualquer comoção social, que são os supostos ‘fatos’ invocados como suporte fático que visam justificar enquanto ‘discricionário’ o ato em questão, tem-se o decreto presidencial é inválido, por não condizente com os motivos determinantes que alega como sua suposta base”.

Sobre os limites ao poder de indultar, assevera que “não se pode equiparar o indulto presidencial ao poder moderador da Constituição do Império. A pessoa que ocupa o cargo de Presidente da República não pode ser entendida como exercendo um reinado absolutista por período determinado de tempo, o que precisa valer para todos os seus atos, nenhum deles podendo ser admitido como soberano, incontrolável juridicamente e, assim, impassível de impugnação judicial, até pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição, pelo qual nenhuma ilegalidade ou inconstitucionalidade pode ser afastada da cognição do Poder

ADPF 964 / DF

Judiciário. Assim, o indulto não pode ser visto como um ato soberano, despidido de quaisquer limites materiais, por força do princípio da supremacia da Constituição”.

Defende, por fim, quanto à relação da clemência executiva com a coisa julgada, que *“há evidente inconstitucionalidade de indulto individual conferido antes do trânsito em julgado, até pela impossibilidade lógica dele produzir efeitos, já que a condenação definitiva ainda não existe, e ela é o pressuposto lógico da validade do referido instituto”.*

Na ADPF 967, o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), após sustentar em caráter preliminar o cabimento da arguição para aferir a constitucionalidade do ato normativo questionado, defende que o decreto presidencial estaria maculado *“por desvio de finalidade, violação à separação dos poderes e por desrespeito à vedação da proteção deficiente”.*

Reconhece, quanto à sindicabilidade do indulto, tal qual assentado em precedente desta CORTE, que *“na decisão paradigmática mais recente sobre o tema (ADIn 5.874), vê-se que o STF tem por consolidado o entendimento de que não se pode adentrar o mérito do indulto – muito menos substituir, enquanto órgão de cúpula do Poder Judiciário, o representante máximo do Executivo –, mas tão somente analisar a constitucionalidade de sua concessão”.*

Sobre o vício consistente em desvio de finalidade, argumenta que *“o decreto foi expedido sem qualquer coerência lógica com os fatos, apenas para beneficiar um amigo próximo do Presidente da República, alheando-se por completo das suas finalidades democráticas como, por exemplo, (i) a ressocialização daquele que cumpriu parte da pena que lhe foi imposta; e (ii) o combate ao hiperencarceramento, espectros que tanto assombram a administração da justiça penal brasileira”.*

Acerca da moralidade, aponta que *“a situação, de nítido favorecimento indevido a uma só e específica pessoa, amiga e aliada política do presidente, não condiz com a moralidade que se exige da Administração [...] sobressaindo-se o interesse pessoal em detrimento do coletivo”.*

A violação à separação dos poderes, por sua vez, ocorreria na medida em que *“o instituto do indulto e da graça, sempre relevante destacar, devem ser utilizados (como de fato são) por motivos humanitários e para se*

ADPF 964 / DF

preservar o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF) em situações que clamam estas medidas, mas jamais para o Poder Executivo rever ou substituir uma decisão judicial - ainda mais quando não transitada em julgado e um dia após o julgamento do réu”, além de “agredir outro Poder, no caso o STF”.

Adverte, nesse contexto, que “investidas autocráticas fazem uso do arcabouço legal existente para conseguirem a aprovação de novas leis para reforçar o seu poder e impor restrições às instituições rivais. Ilustrativa nesse sentido é a expressão cunhada por Landau, ‘constitucionalismo abusivo’, a qual é utilizada para descrever o cenário em que o constitucionalismo democrático é usado por líderes políticos para destruição da própria democracia constitucional”.

Por fim, aduz inconstitucionalidade formal do decreto eis que “sem o trânsito em julgado, não há espaço para a concessão de graça ou indulto”, sob risco de criar situação de “proteção deficiente, violando-se a Untermassverbot, o núcleo duro constitucional do Direito Penal, promovendo, neste caso específico, uma política criminal excessivamente leniente, incapaz, por diversos vícios e desvios de origem, de proteger a probidade administrativa que se exige dos agentes políticos – e mais – a própria noção de Estado de Direito que nos é, constitucionalmente, tão cara e essencial”.

Requer, assim, concessão de medida cautelar para suspender a eficácia do decreto presidencial e, em caráter definitivo, sua declaração de inconstitucionalidade.

A Presidência da República, em todos os autos (ADPF 964, doc. 39; ADPF 965, doc. 25; ADPF 966, doc. 22; ADPF 967, doc. 25), prestou informações de modo a sustentar a ampla discricionariedade do indulto.

Defendeu, nessa perspectiva, que “o indulto, coletivo ou individual, é um ato de governo, caracterizado pela ampla discricionariedade, cujas limitações são aquelas exclusivamente referidas na própria Constituição Federal (crimes hediondos, tortura, tráfico e terrorismo)”, sendo “passível de controle do Judiciário, mas tão somente para verificar o cumprimento das balizas restritivas elencadas pelo Constituinte”.

Rechaçou a suposta violação à separação de poderes pois “o indulto é uma ferramenta que se amoldada ao modelo de freios e contrapesos, como tantos outros instrumentos presentes na Constituição brasileira e em outros estados

ADPF 964 / DF

democráticos de direito. Sua concessão, por conseguinte, não revela crise entre os Poderes, mas mera oposição tipicamente constitucional”.

Quanto ao pretenso marco interruptivo da coisa julgada como baliza temporal para sua concessão, apontou que “o Supremo Tribunal Federal, nos autos da ADI nº 5.874, admitiu a possibilidade de o indulto atingir situações anteriores ao trânsito em julgado”.

A Advocacia-Geral da União (ADPF 964, doc. 43; ADPF 965, doc. 29; ADPF 966, doc. 26; ADPF 967, doc. 29), de modo análogo, manifestou-se pela improcedência dos pedidos. Asseverou que “o indulto consiste em ato privativo e discricionário do Presidente da República, podendo ser editado de forma individual (graça) ou coletiva, salvo nas hipóteses previstas no artigo 5º, XLIII, da Constituição Federal. Em virtude dessa limitação constitucional, o indulto, em regra, não poderá ser questionado, sendo passível de controle jurisdicional tão somente para verificar o cumprimento das balizas restritivas elencadas pelo Constituinte”.

Dessa forma, como “o Presidente da República entendeu pela conveniência e oportunidade em decretar o indulto em favor do Deputado Federal Daniel Lucio da Silveira”, as “alegações de desvio de finalidade e ofensa aos princípios da impessoalidade e da moralidade suscitadas pelo arguente não merecem acolhimento, uma vez que pretendem, em essência, revisitar o mérito da soberana decisão de clemência presidencial”.

Salientou não haver desarmonia entre os poderes constituídos na medida em que a clemência “consiste em garantia constitucional compatível com o mecanismo tradicional de freios e contrapesos na tripartição de poderes, não configurando violação ao artigo 2º da Carta Maior a concessão de graça em conformidade com os limites delineados pela Constituição e no exercício de prerrogativa institucional do Chefe do Poder Executivo Federal, como sucede na hipótese dos autos”.

Anotou, por fim, não haver “vício formal decorrente da ausência de trânsito em julgado do acórdão que condenou o parlamentar federal. Não existe no Texto Constitucional ou na legislação infraconstitucional qualquer requisito para a concessão da graça, mas apenas a fixação de um rol exaustivo de crimes específicos que não aceitam a sua concessão”.

ADPF 964 / DF

A Procuradoria-Geral da República (ADPF 964, doc. 53; ADPF 965, doc. 39; ADPF 966, doc. 36; ADPF 967, doc. 39), por sua vez, opinou pelo não conhecimento de uma das arguições, pela admissibilidade das demais ações objetivas que tramitam em conjunto e, no mérito, pela improcedência dos pedidos. Expôs, de modo introdutório que *“previsto em todas as Constituições brasileiras, desde mesmo a Imperial de 1824, o poder de clemência soberana é nítida expressão de politicidade máxima do Estado, insito nessa competência constitucional, pois resulta em interferência, por razões políticas que transcendem o aspecto humanitário e que podem abarcar as mais diversas e elevadas razões institucionais e sociais, na própria subsistência de ato jurisdicional veiculador do jus puniendi estatal”*.

Ressaltou, em continuação, que *“a clemência soberana não se sujeita a regulamentação legislativa e, tampouco, a balizamentos judiciais, uma vez que, pela destinação mesma de sua natural eficácia paralisante de efeitos próprios de condenação criminal, Carlos Maximiliano a ela se referia, com inteiro acerto, a ‘contrapeso aos excessos do judicialismo’”*.

Elencou lastro jurisprudencial desta SUPREMA CORTE sobre a temática: *“já decidiu este Supremo Tribunal Federal não caber à lei restringir a competência do Presidente da República para conceder indulto, medida cujo alcance pode ser parcial ou total (HC 81.565/SC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 22.3.2002), inserindo-se na prerrogativa constitucional do Chefe de Estado, sem que se possa falar em usurpação de competência legislativa do Congresso Nacional (HC 82.296, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 17.10.2013). Convergentemente, em recente julgamento, ocorrido em 9.5.2019, esta Egrégia Suprema Corte, examinando a ADI 5874, entendeu pelo descabimento de substituição, pelo Poder Judiciário, do juízo político que a Constituição conferiu, sob a nota de absoluta exclusividade, ao Presidente da República”*.

Defendeu a ampla liberdade decisória do Presidente para exercer seu poder de clemência pois *“as causas formal (a essência), material (o substrato de que é feito), eficiente (que lhe dá origem) e final (o escopo) do ato de graça são todas de natureza política: política é a natureza do ato, político é o domínio institucional e estatal em que se esse historicamente se realiza, político é o movimento que lhe dá corpo e, da mesma maneira, políticas são as finalidades*

ADPF 964 / DF

que se cuida de atingir com a concreta emanção da clemência soberana do Estado”.

Afastou a tutela da doutrina administrativista uma vez que “a própria figura do desvio de poder ou desvio de finalidade, relativa aos atos administrativos discricionários, não encontra pertinência, no que se refere às possibilidades do controle jurisdicional, no domínio dos atos políticos, categoria conceitual na qual se enquadram os decretos de clemência soberana do Estado a cargo do Presidente da República, eis que a discricionariedade política quanto aos destinatários, ao conteúdo, às razões, aos motivos determinantes e aos fins que tenham por escopo o concreto exercício dessa competência constitucional sujeita-se, na sua expressão, a juízo unicamente político”.

Sobre os limites da controlabilidade abstrata do ato de indultar, transcreveu os votos proferidos por ocasião do julgamento da ADI 5.874, concluindo que “o alcance do controle jurisdicional e o seu parâmetro variam na proporção direta da natureza do objeto, e os seus contornos são, por isso mesmo, mais dilatados para os atos administrativos e, de outro lado, menos largos em se tratando de exame de ato político”.

Asseverou que “embora consista em ato de natureza política, o decreto de indulto ou de graça é juridicamente limitado, eis que se submete às condicionantes expressamente previstas pela Constituição Federal, ou seja, aquelas dos arts. 5º, XLIII, e 84, XII e parágrafo único”, sendo que “em atenção a essa única e restrita parametricidade, o escrutínio do Judiciário pode abranger a verificação (i) da competência para indultar, ordinariamente atribuída ao Presidente da República e, por sua delegação, aos Ministros de Estado, ao Procurador-Geral da República ou ao Advogado-Geral da União (CF, art. 84, XII e parágrafo único); e (ii) da vedação à concessão do benefício a condenados pela prática de tortura, por tráfico de entorpecentes e drogas afins, por terrorismo e por crimes hediondos (CF, art. 5º, XLIII)”.

Concluiu, nessa perspectiva de contenção e prudência, que “é preciso ter-se em conta, no ponto, que as ponderações envolvidas no exercício das prerrogativas presidenciais de indultar e de conceder graça são eminentemente políticas. Daí que o escrutínio judicial não abarca as composições e conjugações principiológicas ou valorativas realizadas pelo Chefe de Estado, vale dizer, o seu

ADPF 964 / DF

juízo político”.

Apontou, ainda, que a “pretensão de alterar o rol de crimes insuscetíveis de graça por meio de interpretação judicial ampliativa, nos termos requeridos pelo partido requerente da ADPF 964/DF, restringiria indevidamente a margem de ação política constitucionalmente assegurada ao Chefe de Estado (verdadeira capitis deminutio), com ofensa não apenas aos arts. 5º, XLIII, e 84, XII, da CF, mas também ao princípio da separação de poderes (art. 2º, CF)”.

Por fim, quanto ao pedido subsidiário formulado na ADPF 964, consistente no reconhecimento dos efeitos extrapenais da condenação, tais qual a inelegibilidade, contra-argumenta que *“o pedido é completamente estranho ao objeto do decreto impugnado, que, no seu artigo 3º, ao dimensionar o seu específico conteúdo, disciplina que a ‘graça inclui as penas privativas de liberdade, a multa, ainda que haja inadimplência ou inscrição de débitos na Dívida Ativa da União, e as penas restritivas de direitos’, não entrando na temática dos efeitos secundários penais e extrapenais”.*

Aponta, ainda, que “a discussão sobre a suspensão dos direitos políticos e, em especial, acerca da privação temporária da capacidade eleitoral passiva em razão da inelegibilidade disciplinada no art. 1º, I, alínea e da Lei Complementar 64/1990, na redação conferida pela Lei Complementar 135/2010, tem na Justiça Eleitoral possibilidade conhecimento e julgamento”.

É o relatório.

De início, indico que ACOMPANHO Vossa Excelência na questão da legitimidade, do cabimento e também afasto a perda do objeto.

No mérito, põe-se em discussão a natureza do indulto e como situá-lo perante o princípio da separação dos Poderes, o que já foi debatido pela CORTE no julgamento da ADI 5874, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Rel. para acórdão Min. ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 9/5/2019, DJe de 05/11/2020.

A Constituição Federal, visando, principalmente, a evitar o arbítrio e o desrespeito aos direitos fundamentais do homem, previu a existência dos Poderes do Estado independentes e harmônicos entre si, repartindo entre eles as funções estatais para que bem pudessem exercê-las, bem

ADPF 964 / DF

como criando mecanismos de controles recíprocos, sempre como garantia da perpetuidade do Estado Democrático de Direito (MARCELO CAETANO. *Direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. v. 1, p. 244; NUNO PIÇARRA. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989; JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO. Aspecto da teoria geral do processo constitucional: teoria da separação de poderes e funções do Estado. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, ano 19, nº 76, p. 97, out./dez. 1982; JOSÉ LUIZ DE ANHAIA MELLO. *Da separação de poderes à guarda da Constituição: as cortes constitucionais*. 1969. Tese (Cátedra) – Fadusp, São Paulo; MARILENE TALARICO MARTINS RODRIGUES. Tripartição de poderes na Constituição de 1988. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 3, nº 11, p. 16, abr./jun. 1995; MÁRCIA WALQUÍRIA BATISTA DOS SANTOS. Separação de poderes: evolução até à Constituição de 1988: considerações. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, ano 29, nº115, p. 209, jul./set. 1999).

Assim, apesar de independentes, os poderes de Estado devem atuar de maneira harmônica, privilegiando a cooperação e a lealdade institucional e afastando as práticas de guerrilhas institucionais, que acabam minando a coesão governamental e a confiança popular na condução dos negócios públicos pelos agentes políticos. Para tanto, a Constituição Federal consagra um complexo mecanismo de controles recíprocos entre os três poderes, de forma que, ao mesmo tempo, um Poder controle os demais e por eles seja controlado. Esse mecanismo denomina-se *teoria dos freios e contrapesos* (WILLIAM BONDY. *The Separation of Governmental Powers*. In: *History and Theory in the Constitutions*. New York: Columbia College, 1986; JJ. GOMES CANOTILHO; VITAL MOREIRA. *Os Poderes do Presidente da República*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991; DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO. Interferências entre poderes do Estado (Fricções entre o executivo e o legislativo na Constituição de 1988). *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, ano 26, nº 103, p. 5, jul./set. 1989; JAVIER

ADPF 964 / DF

GARCÍA ROCA. Separación de poderes y disposiciones del ejecutivo com rango de ley: mayoría, minorías, controles. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 7, nº 27, p. 7, abr./jun. 1999; JOSÉ PINTO ANTUNES. *Da limitação dos poderes*. 1951. Tese (Cátedra) – Fadusp, São Paulo; ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ. *Conflito entre poderes: o poder congressional de sustar atos normativos do poder executivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 2021; FIDES OMMATI. Dos freios e contrapesos entre os Poderes. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, ano 14, nº 55, p. 55, jul./set. 1977; JOSÉ GERALDO SOUZA JÚNIOR. Reflexões sobre o princípio da separação de poderes: o “parti pris” de Montesquieu. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, ano 17, nº 68, p. 15, out./dez. 1980; JOSÉ DE FARIAS TAVARES. A divisão de poderes e o constitucionalismo brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, ano 17, nº 65, p. 53, jan./mar. 1980).

Dentro do mecanismo de controles recíprocos constitucionalmente previsto, a Constituição Federal estabelece várias hipóteses em que o *Poder Executivo será controlado pelo Poder Legislativo*. A título exemplificativo, compete ao Legislativo autorizar o Presidente da República a declarar guerra e fazer a paz (CF, art. 48, X e XI); resolver sobre tratados e convenções com países estrangeiros, celebrados pelo Presidente da República (CF, art. 49, I); sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa (CF, art. 49, V); receber o compromisso do Presidente e do Vice-presidente (CF, art. 57, III); deliberar sobre o veto presidencial, podendo derrubá-lo por maioria absoluta (CF, art. 57, IV, e art. 66, § 4º); aprovar intervenção federal (CF, art. 36, § 1º) e o Estado de defesa (CF, art. 136, § 4º) decretados pelo Presidente da República (CF, art. 84, IX e X); autorizar (CF, art. 137) o Presidente da República a decretar o Estado de sítio (CF, art. 84, IX); fiscalizar, com o auxílio do Tribunal de Contas, a administração financeira e a execução do orçamento (CF, arts. 49, IX, e 71); aprovar, por meio de uma de suas Casas Legislativas (Senado Federal), a indicação feita pelo Presidente da República (CF, art.

ADPF 964 / DF

84, XIV), para nomeação dos Ministros do STF (CF, art. 101, parágrafo único), do STJ (CF, art. 104, parágrafo único), do Procurador-Geral da República (CF, art. 129, §1º), Ministros do Tribunal de Contas (CF, art. 73, § 2º, I), Chefes de missão diplomática em caráter permanente (CF, art. 52, IV); eleger membros do Conselho da República, órgão superior de consulta do Presidente da República (CF, art. 89, VII).

Igualmente, existe a previsão constitucional de um sistema de controles realizado pelo *Poder Legislativo em relação ao Poder Judiciário*. A título exemplificativo: compete ao Congresso Nacional legislar sobre organização judiciária (CF, arts. 48, IV, 93, I, *d*, II, 124, parágrafo único, 121 e 113); aprovação da nomeação de ministros e juízes pelo Presidente da República (CF, art. 48, VIII); possibilidade de concessão de anistia, apesar de decisão judicial com trânsito em julgado (CF, art. 48, VIII); processo e julgamento do Presidente da República, Ministros de Estado, Ministros do STF e o Procurador-Geral da República, por crimes de responsabilidade (CF, arts. 51, I, e 52, I e II); possibilidade da criação de comissões parlamentares de inquérito com “poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas” (CF, art. 58, § 3º).

Verificamos, igualmente, alguns exemplos em que o *Poder Executivo realizará controles em relação ao Poder Legislativo*: possibilidade de o Presidente da República exigir o regime de urgência em projetos de lei de sua autoria (CF, art. 63); edição de medidas provisórias, em caso de relevância e urgência, com força de lei (CF, art. 62); participação no processo legislativo ordinário mediante a deliberação executiva (sanção ou veto presidencial – CF, art. 66); nomeação de membros do Tribunal de Contas da União, órgão auxiliar do Poder Legislativo (CF, arts. 61 e 73, § 2º, I).

Em relação ao controle exercido pelo *Poder Judiciário sobre o Poder Legislativo*, podemos apontar, exemplificativamente: possibilidade de o STF declarar, em tese, a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou federal (CF, art. 102, I, *a*); exercício do controle difuso de constitucionalidade das leis ou atos normativos do Poder Público (CF, art.

ADPF 964 / DF

97); compete ao STF processar e julgar os parlamentares nas infrações penais comuns (CF, art. 102, I, *b*); a elaboração de seus próprios regulamentos e regimentos internos e a organização de seus serviços (CF, art. 96).

É possível apontarmos hipóteses de controle realizado pelo *Judiciário em relação ao Poder Executivo*: possibilidade de não se permitir que o Presidente da República conceda a extradição, em caso de ausência dos requisitos constitucionais e legais (CF, art. 5º, LI e LII); possibilidade de o STF declarar, em tese, a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou federal (CF, art. 102, I, *a*); exercício do controle difuso de constitucionalidade das leis ou atos normativos do Poder Público (CF, art. 97); compete ao STF o processo e julgamento do Presidente e Vice-presidente da República nas infrações penais comuns (CF, art. 102, I, *b*); efetivação do provimento dos cargos de suas secretarias, concedendo licença e férias a seus funcionários (CF, art. 96, I, *f*).

O sistema de freios e contrapesos, todavia, também estabelece mecanismos de controle do Executivo sobre o Poder Judiciário, como por exemplo, a livre escolha e nomeação dos Ministros do STF (CF, art. 101); escolha e nomeação dos Ministros do STJ (CF, art. 104); e, como na presente hipótese, a possibilidade de concessão de graça, indulto ou comutação de penas (CF, art. 84, XII).

Em regra, portanto, compete ao Presidente da República definir a concessão ou não do indulto, bem como seus requisitos e a extensão desse verdadeiro *ato de clemência constitucional*, a partir de critérios de conveniência e oportunidade; devendo ser, por inoportuna, afastada qualquer alegação de desrespeito à Separação de Poderes ou ilícita ingerência do Executivo na política criminal, genericamente, estabelecida pelo Legislativo e aplicada, concretamente, pelo Judiciário.

Na República, a ideia da possibilidade de intervenção do Chefe do Poder Executivo na aplicação e cumprimento de sanções penais, a partir de um complexo mecanismo de freios e contrapesos, surgiu com o próprio nascimento do Presidencialismo, na Constituição norte-americana de 1787.

ADPF 964 / DF

MADISON, ao analisar o exame e definição do significado da máxima que impõe a separação de poderes, aponta a necessidade de se “proibir qualquer um dos braços do governo, em sua globalidade, de exercer os poderes de outro”, porém admite uma “mistura parcial de poderes”, exemplificando com a possibilidade de veto do Executivo sobre os projetos aprovados pelo Legislativo, o julgamento do *impeachment* pelo Senado e o *poder executivo do indulto* (*Federalist papers XLVII*).

Nos mesmos artigos federalistas, ao analisar os poderes do Presidente da República, em relação ao *perdão presidencial*, HAMILTON afirmou que o Chefe do Executivo está autorizado:

“a conceder comutação de penas e perdão por crimes contra os Estados Unidos, *exceto em casos de impeachment*. A humanidade e a boa política conspiram para ditar que a benigna prerrogativa do perdão deve ser tão pouco coibida ou complicada quanto possível” (*Federalist papers LXXIV*).

A concessão de indulto não está vinculada à política criminal estabelecida pelo legislativo, tampouco adstrita à jurisprudência formada pela aplicação da legislação penal, muito menos ao prévio parecer consultivo do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, sob pena de total esvaziamento do instituto, que configura *tradicional mecanismo de freios e contrapesos na tripartição de poderes*.

O exercício do poder de indultar não fere a separação de poderes por supostamente esvaziar a política criminal estabelecida pelo legislador e aplicada pelo Judiciário, uma vez que foi previsto exatamente como mecanismo de freios e contrapesos a possibilitar um maior equilíbrio na Justiça Criminal (PINTO FERREIRA, *Comentários à Constituição brasileira*. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 574 e ss.; ALCINO PINTO FALCÃO. *Constituição Federal anotada*. Freitas Bastos. v. 2, p. 214).

O indulto é previsto no Brasil desde nossa primeira Constituição Imperial de 1824 e, atualmente, estabelecido no artigo 84, XII (conceder indulto e comutar penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei), com a limitação expressa do artigo 5º, XLIII (a lei

ADPF 964 / DF

considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem).

Esse instituto de natureza penal sobreviveu ao período monárquico, estabelecendo-se em todos os regimes republicanos ocidentais, a começar pelos Estados Unidos da América, em sua Constituição de 1787 e em nossa Constituição Republicana de 1891.

Diferentemente do modelo norte-americano, que aplica a *clemência penal* somente na espécie individual (perdão presidencial), no Brasil, consolidou-se a incidência do indulto tanto individual (graça ou perdão presidencial), quanto coletivo (decretos genéricos de indultos), como o analisado na presente hipótese.

A edição de decretos genéricos de indultos, portanto, é tradição do direito constitucional brasileiro, em que pese possa estar sujeito a diversas críticas.

No Brasil, por exemplo, antes da Constituição de 1988, houve vários indultos coletivos.

Em 4 de dezembro de 1945, José Linhares, Presidente do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, que exerceu a presidência da República por convocação das Forças Armadas, após a derrubada de Getúlio Vargas, de 29 de outubro de 1945 a 31 de janeiro de 1946, editou o Decreto 20.082/1945 concedendo o benefício aos praças da Força Expedicionária Brasileira, que praticaram certos crimes quando incorporados à tropa, na Itália.

O referido Decreto previu tanto o indulto coletivo total, ou seja, afastando integralmente a aplicação da pena (art. 1º), quanto o perdão presidencial específico, porém parcial, com a comutação da pena (arts. 2º e 3º):

DECRETO Nº 20.082, DE 3 DE DEZEMBRO DE 1945

Concede indulto a oficiais, praças e civis, que fizeram parte integrante da FEB ou a ela prestaram serviços quando em operações na Itália, já condenados ou não, e cujos crimes não

ADPF 964 / DF

são natureza infamante.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, usando da atribuição que lhe confere o artigo 75, letra f, da Constituição Federal, DECRETA:

Art. 1º Fica concedido indulto aos oficiais e praças que, como parte integrantes da F. E. B., na Itália, hajam cometido crimes que não os de homicídio doloso ou de deserção para o inimigo, tenham sido ou não julgados e condenados.

Art. 2º Fica comutada, de dez anos e três meses de reclusão e dois meses e vinte e seis dias de detenção para cinco anos, um mês e quinze dias de reclusão e um mês e treze dias de detenção a pena a que foi condenado por homicídio doloso e lesões corporais culposas, o cabo Rômulo Testa e de oito anos e oito meses de reclusão para quatro anos e quatro meses de reclusão a pena a que foi condenado por homicídio doloso o soldado Domingos Cabral, ambos condenados por crimes praticados na Itália, quando a serviço da F. E. B.

Art. 3º Fica concedido indulto aos civis de nacionalidade italiana Di Bartolomeo Ader e Ranzzette Soliere, empregados do Serviço de Intendência da F. E. B., da Itália e do Pôsto Regulador de Livorno, condenados pela Justiça da F. E. B., como incurso respectivamente nos art. 198, § 4º, V, e art. 181, § 3º e 182, § 5º combinado com os artigos 66, § 1º, e 314 tudo do C. P. M.

Rio de Janeiro, 3 de dezembro de 1945; 124º da Independência e 57º da República.

JOSÉ LINHARES

Canrobert Pereira da Costa

A. de Sampaio Doria

Em abril de 1960, foi concedido indulto pelo Decreto 48.136/1960, pelo presidente Juscelino Kubitschek, que atingiu mais de dois mil beneficiados, abrangendo não só as penas privativas de liberdade, mas também as penas pecuniárias.

DECRETO nº 48.136, de 20 de Abril de 1960

ADPF 964 / DF

Concede indulto a todos os sentenciados na forma que menciona.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, usando da atribuição que lhe confere o art. 87, nº XIX, da Constituição e,

CONSIDERANDO que a transferência da Capital da República para Brasília constitui acontecimento de singular relevância para a Nação Brasileira;

CONSIDERANDO que todos os brasileiros devem participar desse acontecimento, inclusive os que estão em cumprimento de penas;

CONSIDERANDO, porém, que o perdão só deve ser concedido quando o procedimento posterior à inflação da pena durante o tempo de prisão autoriza a suposição de que o indultante não voltará a delinquir de modo que não enfraqueça o dever de repressão nem a eficácia a preventiva da lei penal.

CONSIDERANDO que, de acôrdo o artigo 87, nº XIX, da Constituição, a concessão do indulto deve ser precedida de audiência dos órgãos técnicos instituídos, em lei,

DECRETA:

Art. 1º Ficam indultados todos os sentenciados primários, considerados a penas que não ultrapassem a 3 anos de prisão e que, até a presente data, tenham cumprido um terço das mesmas com boa conduta.

Parágrafo único. O benefício é extensivo aos condenados a pena pecuniária isolada ou cumulativamente imposta.

Art. 2º Os Conselhos Penitenciários examinarão de ofício, independente da solicitação dos interessados, a situação daqueles que preencheram as condições mencionadas no artigo 1º do presente decreto.

Art. 3º O parecer do Conselho Penitenciário sobre cada caso será remetido ao Ministério da Justiça.

Rio de Janeiro, em 20 de abril de 1960; 139º da Independência e 72º da República.

JUSCELINO KUBITSCHEK

Armando Ribeiro Falcão

ADPF 964 / DF

Em agosto de 1963, o Presidente João Goulart, em comemoração ao “Dia do Encarcerado”, concedeu indulto e comutação de pena com a edição do Decreto 52.377.

Anos mais tarde, em junho de 1980, a visita do Papa João Paulo II motivou nova concessão do indulto pelo presidente João Figueiredo. Pela primeira vez, o Decreto de indulto estabeleceu requisitos especiais aos maiores de 60 anos.

Em 1982, o Decreto 87.833/1982 – Indulto de Natal –, editado pelo Presidente João Figueiredo, beneficiou, pela primeira vez, as mulheres que tivessem filhos menores de 14 anos e os que tivessem cometido crime entre os 18 e 21 anos, estabelecendo requisitos inéditos para sua concessão e estendendo o benefício às penas pecuniárias, novamente.

DECRETO nº 87.833, de 17 de Novembro de 1982

Concede indulto, reduz penas, e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da faculdade que lhe confere o artigo 81, nº XXII, da Constituição, e considerando a proximidade da Festa do Natal,

DECRETA:

Art. 1º É concedido indulto aos condenados a penas privativas de liberdade não superiores a quatro anos que, até 25 de dezembro de 1982, tenham efetivamente cumprido, no mínimo, um terço da pena aplicada, se primários, ou metade, se reincidentes.

Parágrafo único - É, igualmente, concedido indulto aos condenados a penas superiores a quatro anos que tenham completado sessenta anos de idade até a data fixada neste artigo, bem como aos menores de vinte e um anos de idade na data do crime, e às mães de filhos menores de quatorze anos de idade, desde que hajam cumprido um terço da pena, se primários, ou metade, se reincidentes.

Art. 2º. O indulto previsto no artigo anterior estende-se às penas pecuniárias aplicadas cumulativamente, não abrangendo, contudo, as penas acessórias.

Parágrafo único - O condenado ficará indultado da pena

ADPF 964 / DF

pecuniária quando a redução prevista no artigo 4º ensejar imediata soltura ou livramento condicional.

Art. 3º. Para efeito de indulto ou redução somam-se as penas que correspondam a infrações diversas.

Parágrafo único - Sem prejuízo do disposto no art. 7º, o presente Decreto aplica-se ao somatório das penas das demais infrações.

Art. 4º. São reduzidas as penas privativas de liberdade impostas aos condenados que, até a data mencionada no artigo 1º, tenham efetivamente cumprido, no mínimo, um terço da pena, se primários, ou metade, se reincidentes, observadas as seguintes proporções:

I - pena superior a quatro até oito anos: redução de um terço, se primários, ou de um quarto, se reincidentes;

II - pena superior a oito anos: redução de um quarto, se primários, ou de um quinto, se reincidentes.

Art. 5º. O disposto nos artigos anteriores aplica-se, também, quando a sentença esteja em grau de recurso interposto somente pela defesa, sem prejuízo do respectivo julgamento pela instância superior. Não impedirá, igualmente, a concessão do indulto, o recurso da acusação, quando improvido.

Art. 6º. Constituem, também, requisitos para que o condenado obtenha o indulto ou redução da pena:

I - não ter sido beneficiado por graça, indulto, redução ou comutação da pena nos dois anos anteriores à data da publicação deste Decreto;

II - ausência de periculosidade, ou sua cessação, caso tenha sido imposta medida de segurança;

III - ter conduta reveladora de condições pessoais para a reintegração no convívio social;

IV - ter, na forma de inciso anterior, boa conduta também na comunidade, quando beneficiado por quaisquer concessões previstas no artigo 30, § 6º, incisos II, IV, VI e VII, do Código Penal;

V - ter boa conduta, reveladora de condições pessoais para

ADPF 964 / DF

a permanência no convívio social, se, beneficiado com a suspensão condicional, já cumpriu, pelo menos, metade do respectivo prazo, com perfeita observância das condições impostas e da pena acessória, se for o caso, sem haver sofrido modificação exacerbadora das condições ou prorrogação do prazo, nem suspensão ou revogação do benefício;

VI - ter boa conduta, reveladora de condições pessoais para a reintegração no convívio social, se, beneficiado com o livramento condicional, já cumpriu, pela menos, um quinto do respectivo prazo, com perfeita observância das condições impostas e da pena acessória, quando for o caso, sem advertência ou exacerbação das condições.

Parágrafo único - Para os fins deste Decreto, poderá o juiz da execução ordenar o exame para a verificação da cessação da periculosidade.

Art. 7º. Este Decreto não beneficia os condenados por crime:

I - de roubo, nas modalidades previstas nos parágrafos 2º e 3º do artigo 157, do Código Penal;

II - de extorsão, nas modalidades previstas nos parágrafos 1º e 2º do artigo 158, e no artigo 159 e seus parágrafos, do Código Penal;

III - de estupro e atentado violento ao pudor;

IV - de quadrilha ou bando;

V - contra a Segurança Nacional;

VI - relativo a entorpecente ou substância que cause dependência física ou psíquica, quando reconhecida na sentença a condição de traficante.

Art. 8º. Caberá ao Conselho Penitenciário, de ofício ou por provocação de qualquer interessado, verificar qualquer interessado, verificar quais os condenados que preenchem os requisitos estabelecidos por este Decreto, emitindo, desde logo, parecer, nos termos do artigo 736 do Código de Processo Penal, que será remetido ao juiz da execução, para os fins do artigo 738 do mesmo Código.

§ 1º - Se o Conselho Penitenciário não se pronunciar até 15

ADPF 964 / DF

de janeiro de 1983, caberá ao juiz da execução a verificação dos requisitos estabelecidos por este Decreto.

§ 2º - As autoridades que custodiarem os condenados encaminharão aos Conselhos Penitenciários, até 30 dias após à publicação deste Decreto, relação dos presos que satisfaçam os requisitos objetivos, prestando, desde logo, informações circunstanciadas sobre a vida prisional e a conduta de cada um.

§ 3º - A relação e as informações concernentes aos sentenciados em gozo de suspensão condicional ou de livramento condicional deverão ser enviadas pela entidade incumbida de fiscalização do cumprimento das condições do benefício, ou da observação cautelar e proteção do liberado. Na falta da entidade, tais informações poderão ser supridas por outro documento idôneo.

Art. 9º. Quando se tratar de condenados pela Justiça Militar, que não estejam cumprindo pena em estabelecimento civil, o parecer do Conselho Penitenciário será substituído pela informação da autoridade sob cuja custódia estiver o preso.

Art. 10. Os Órgãos Centrais da Administração Penitenciária informarão ao Conselho Nacional de Política Penitenciária, até junho de 1983, o número de presos cumprindo penas, de processos apreciados e o número de beneficiados pelo presente Decreto, por indulto ou redução, separadamente.

Parágrafo único - As autoridades que custodiarem presos e que não se subordinarem aos Órgãos Centrais da Administração Penitenciária encaminharão a estes, por intermédio das Secretarias respectivas, até 31 de maio de 1983, os elementos acima indicados.

Art. 11. Este Decreto entrará em vigor na data de sua publicação.

Art. 12. Revogam-se as disposições em contrário.

Brasília, em 17 de novembro de 1982; 161º da Independência e 94º da República.

JOÃO FIGUEIREDO

Ibrahim Abi-Ackel

ADPF 964 / DF

No primeiro decreto após a promulgação da CF/1988 (Decreto 97.164/1988), que estabeleceu, em seu art. 84, a competência privativa do presidente da República para concessão do indulto, o então presidente José Sarney excluiu do benefício os condenados que tivessem deixado de reparar o dano que causaram e os autores de crimes considerados graves.

Esse Decreto já estabelecia sua aplicabilidade antes do trânsito em julgado – previsão repetida no decreto ora impugnado –, fixando, em seu artigo 4º, que o indulto poderia ser concedido *“ainda que a sentença esteja em grau de recurso interposto pela defesa, sem prejuízo do respectivo julgamento pela instância superior. O recurso da acusação, a que se negar provimento, não impedirá a concessão do benefício”*.

DECRETO nº 97.164, de 7 de Dezembro de 1988

Concede indulto, reduz penas e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, item XII, da Constituição, e considerando o advento do Natal,

DECRETA:

Art. 1º. É concedido indulto:

I - aos condenados a penas privativas de liberdade não superiores a quatro anos, que cumprirem, com boa conduta prisional, até 25 de dezembro de 1988, no mínimo, um terço da pena, se não reincidentes, ou metade, se reincidentes;

II - aos condenados a penas superiores a quatro anos que satisfaçam as condições de uma das letras seguintes:

a) tenha completado setenta anos de idade, hajam praticado o crime com menos de vinte e um ano de idade, ou sejam mães de filhos menores de quatorze anos, desde que, nas três hipóteses, hajam cumprido um terço da pena, se não reincidentes, ou metade, se reincidentes;

b) encontrem-se em estado avançado de qualquer doença grave, ou de moléstia incurável e contagiosa, assim diagnosticadas por laudo médico oficial.

Art. 2º. Os condenados que hajam cumprido, no mínimo,

ADPF 964 / DF

um terço da pena, se não reincidentes, ou metade, se reincidentes, e não preencham os requisitos das letras a e b do item II do artigo anterior, terão reduzido suas penas privativas de liberdade na seguinte forma:

I - pena superior a quatro e até oito anos, redução de um terço, para os não reincidentes, em um quinto para os reincidentes;

II - pena superior a oito anos e até vinte anos, um quarto para os não reincidentes, e um sexto para os reincidentes.

Art. 3º. Este Decreto não beneficia:

I - os condenados que, embora solventes, hajam deixado de reparar o dano causado pela penal;

II - os sentenciados por crimes:

a) de seqüestro e cárcere privado;

b) extorsão, em todas as suas modalidades;

c) mediante seqüestro;

d) de receptação dolosa;

e) atentado violento ao pudor;

f) de corrupção de menores (Lei nº 2.252, de 1º de julho de 1954);

g) de perigo comum, em sua modalidade dolosa;

h) de quadrilha ou bando; de quadrilha ou bando;

i) relativos a entorpecentes ou substâncias que causam dependências física ou psíquica, quando reconhecida na sentença a condição de traficante;

j) de homicídio qualificado;

k) de abuso de autoridade (Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965);

l) de sonegação fiscal (Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965);
e

m) contra a economia popular (Lei nº 1.521, de 26 de dezembro de 1951).

Art. 4º. O disposto nos artigos anteriores aplica-se ainda que a sentença esteja em grau de recurso interposto pela defesa, sem prejuízo do respectivo julgamento pela instância superior. O recurso da acusação, a que se negar provimento, não

ADPF 964 / DF

impedirá a concessão do benefício.

Art. 5º. Constituem requisitos para que o condenado obtenha indulto ou redução da pena:

I - não ter sido beneficiado por graça ou indulto, à data referida no art. 1º, item I:

a) nos dois anteriores, se não reincidente;

b) nos quatro anos anteriores, se reincidente;

II - haver participado, nos limites de suas possibilidades pessoais, do processo de ressocialização, quando realizado no estabelecimento em que esteja cumprido pena;

III - ter revelado, por sua conduta, condições pessoais favoráveis à permanência na comunidade, quando beneficiado por suspensão condicional, cumprida pelo menos a metade do respectivo prazo, com exata observância das condições impostas e da pena restritiva de direitos, se for o caso, desde que não tenham havido agravamento das condições, prorrogação do prazo, suspensão ou revogação do benefício;

IV - ter conduta reveladora de condições pessoais que assegurem sua reinserção social, quando beneficiado pelo livramento condicional, cumpridos, pelo menos, dois quintos do respectivo prazo, com exata observância das condições impostas, sem advertência ou agravamento das condições;

V - haver demonstrado possuir comportamento satisfatório durante a execução da pena, bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído e aptidão para prover a própria subsistência mediante trabalho honesto;

VI - evidenciar, especialmente se condenado por crime doloso, cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, condições pessoais que façam presumir que não mais voltará a delinquir.

Art. 6º. Este Decreto não abrange nem afeta as penas restritivas de direitos, ou as de multa, aplicadas isolada ou cumulativamente.

Art. 7º. Para efeito da aplicação do presente Decreto, somam-se as penas que correspondam a infrações diversas.

Art. 8º. As autoridades que custodiarem os condenados

ADPF 964 / DF

encaminharão aos juízos da execução, até trinta dias após a publicação deste Decreto, relação dos presos que satisfaçam os requisitos objetivos, prestando desde logo informações circunstanciadas sobre a vida prisional e a conduta de cada um, para os fins do art. 193 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, e conseqüente parecer do Conselho Penitenciário.

Parágrafo único. A relação e as informações concernentes aos condenados em gozo de suspensão condicional ou de livramento condicional deverão ser enviadas pela entidade incumbida da fiscalização do cumprimento das condições do benefício ou da observação cautelar e proteção do liberado. Na falta da entidade, tais informações poderão ser supridas por outro documento idôneo.

Art. 9º. Os órgãos centrais da Administração Penitenciária preencherão, até 30 de abril de 1989, quatro de acordo com o modelo anexo, encaminhando-o à Secretaria de Justiça e Segurança Pública, do Ministério da Justiça.

Art. 10. Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 7 de dezembro de 1988; 167º da Independência e 100º da República.

JOSÉ SARNEY

Paulo Brossard

No tocante à natureza jurídica do indulto coletivo, em todo o período republicano, vigente a clássica Tripartição de Poderes, tanto a doutrina, quanto o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL sempre consideraram o indulto como ato discricionário e privativo do Chefe do Poder Executivo.

Analisando o instituto antes da previsão constitucional de 1988, FRANCISCO SÁ FILHO, embora crítico do instituto, afirma tratar-se de um poder discricionário e privativo do Presidente, tanto no direito brasileiro como no norte-americano, ressaltando que, neste último, com a ressalva expressa dos casos de "impeachment", "*não tem limite, nem quanto às infrações, nem quanto aos infratores (unlimited)*" (*Relações entre Poderes do*

ADPF 964 / DF

Estado. Rio de Janeiro, Borsoi, 1959, p. 284).

ALOYSIO DE CARVALHO FILHO salientou que o perdão e a comutação de penas são "*exteriorizações de soberania*", exercidos em caráter discricionário pelo Presidente da República (*Comentários ao Código Penal*, Forense, 5. ed., v. 4, p. 202).

CARLOS MAXIMILIANO, por sua vez, apontou que só o texto constitucional poderia limitar a discricionariedade do Presidente da República: "*O poder executivo de perdoar não tem outros limites senão os fixados no texto fundamental*" (*Comentários à Constituição Brasileira de 1891*. Rio de Janeiro, 1918, p. 509/510).

CELSO RIBEIRO BASTOS e IVES GANDRA MARTINS consideram *absoluta* a faculdade de indulto concedida ao Presidente da República, salientando inclusive que não está vinculado "*à convicção daqueles que foram ouvidos*", na hipótese de participação de órgãos consultivos (*Comentários à Constituição do Brasil*. vol. 4. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 316).

Igualmente, o Professor PINTO FERREIRA apontou tanto a discricionariedade, quanto a amplitude do instituto, ensinando que:

"O Presidente da República tem competência para conceder indulto e comutar penas, quaisquer que sejam as infrações penais praticadas, salvo as proibidas pelo Código Magno, tratando-se de crime ou contravenção penal, qualquer que seja a sanção cominada." (*Comentários à Constituição Brasileira*, 3o. vol., Saraiva, 1992, p. 579).

J.J. GOMES CANOTILHO, GILMAR FERREIRA MENDES, INGO WOLFGANG SARLET, LENIO STRECK, igualmente, salientam que "*o indulto e a comutação da pena configuram típico ato de governo, que se caracteriza pela discricionariedade*" (*Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1254). De forma semelhante, aponta o jurista argentino GREGORIO BADENI que essa faculdade do Poder Executivo "*(...) não é suscetível de revisão judicial*", salvo o descumprimento dos requisitos expressamente previstos no texto da Constituição (*Tratado de*

ADPF 964 / DF

Derecho Constitucional. Buenos Aires, ed. La Ley, 2. ed., 2006, tomo II, pp. 1728/1732).

Importante ressaltar que nosso DECANO, Ministro CELSO DE MELLO, já nos ensinava, em sede doutrinária, que:

“A decisão do Presidente da República, concedendo ou denegando a graça pleiteada, é insuscetível de revisão judicial. O poder de agraciar constitui liberalidade do Estado. Trata-se de favor concedido, em caráter absolutamente excepcional, aos agentes de práticas delituosas. O Presidente da República, ao exercer essa competência constitucional, pratica ato de evidente discricionariedade.” (Constituição Federal Anotada, Saraiva, 2a. ed. 1986, p. 266).

É o mesmo entendimento pacificado por esta SUPREMA CORTE, que prevê a possibilidade constitucional de o Presidente da República, discricionariamente, conceder clemência individual ou coletiva, seja de maneira total, seja de maneira parcial, conforme podemos conferir, a título exemplificativo, em diversos julgados analisando o texto atual da Constituição Federal de 1988, **sempre em decisões unânimes**:

EMENTA: PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. INDULTO CONDICIONADO (DECRETO N. 953, DE 08.10.93). REPARAÇÃO DO DANO. LEGITIMIDADE.

O indulto, em nosso regime, constitui faculdade atribuída ao Presidente da República (art. 84, XII, da CF), que aprecia não apenas a conveniência e oportunidade de sua concessão, mas ainda os seus requisitos. A fixação do ressarcimento do dano como condição para o indulto não destoa da lógica de nosso sistema legal, que estimula a composição dos prejuízos causados pelo delito, mesmo antes do seu julgamento definitivo (v.g., arts. 16 e 312, par. 2., do CP), sem conferir-lhe, no entanto, caráter de obrigatoriedade, mas apenas de pressuposto para o gozo

ADPF 964 / DF

de determinado benefício. O sequestro de bens não tem o condão de tornar insolvente o réu para efeito de eximi-lo da satisfação do dano, erigida como condição para o indulto. Se o beneficiário não cumpre todos os requisitos do indulto, seu indeferimento não constitui constrangimento ilegal. Recurso a que se nega provimento.

(RHC 71400-5 Rio de Janeiro. Relator Ministro ILMAR GALVÃO. Primeira Turma. Julgado em 7/6/1994)

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DECRETO FEDERAL. INDULTO. LIMITES. CONDENADOS PELOS CRIMES PREVISTOS NO INCISO XLIII DO ARTIGO 5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. IMPOSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO CONFORME. REFERENDO DE MEDIDA LIMINAR DEFERIDA.

1. A concessão de indulto aos condenados a penas privativas de liberdade insere-se no exercício do poder discricionário do Presidente da República, limitado à vedação prevista no inciso XLIII do artigo 5º da Carta da República. A outorga do benefício, precedido das cautelas devidas, não pode ser obstado por hipotética alegação de ameaça à segurança social, que tem como parâmetro simplesmente o montante da pena aplicada.

2. Revela-se inconstitucional a possibilidade de que o indulto seja concedido aos condenados por crimes hediondos, de tortura, terrorismo ou tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, independentemente do lapso temporal da condenação. Interpretação conforme a Constituição dada ao § 2º do artigo 7º do Decreto 4495/02 para fixar os limites de sua aplicação, assegurando-se legitimidade à *indulgencia principis*. Referendada a cautelar deferida pelo Ministro Vice-Presidente no período de férias forenses.

(ADI-MC 2795, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA.

ADPF 964 / DF

Tribunal Pleno. Julgado em 8/5/2003)

EMENTA: Crime hediondo: vedação de graça: inteligência.

I. Não pode, em tese, a lei ordinária restringir o poder constitucional do Presidente da República de "conceder indulto e comutar penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei" (CF, art. 84, XII), opondo-lhe vedações materiais não decorrentes da Constituição.

II. Não obstante, é constitucional o art. 2º, I, da L. 8.072/90, porque, nele, a menção ao indulto é meramente expletiva da proibição de graça aos condenados por crimes hediondos ditada pelo art. 5º, XLIII, da Constituição.

III. Na Constituição, a graça individual e o indulto coletivo - que ambos, tanto podem ser totais ou parciais, substantivando, nessa última hipótese, a comutação de pena - são modalidades do poder de graça do Presidente da República (art. 84, XII) - que, no entanto, sofre a restrição do art. 5º, XLIII, para excluir a possibilidade de sua concessão, quando se trata de condenação por crime hediondo.

IV. Proibida a comutação de pena, na hipótese do crime hediondo, pela Constituição, é irrelevante que a vedação tenha sido omitida no D. 3.226/99.

(HC 81565-1 Santa Catarina. Relator Min. SEPÚLVEDA PERTENCE. Primeira Turma. Julgado em 19/2/2002)

EMENTA: CRIME. Condenação. Pena. Comutação. Indulto parcial. Caráter condicional. Legalidade reconhecida. Exclusão do benefício a condenado por crime hediondo. Ato discricionário do Presidente da República. HC denegado. Precedente. Aplicação dos arts. 2º, I, da Lei nº 8.072/90, e 7º, I, do Dec. 3.226/99. Anistia, indulto, graça

ADPF 964 / DF

e comutação de pena constituem objeto do exercício do poder discricionário do Presidente da República, cujo Decreto pode, observando as limitações constitucionais, prever a concessão do benefício apenas a condenados que preencham certas condições ou requisitos.

(HC 96431 Relator Ministro CEZAR PELUSO. Segunda Turma. Julgado em 14/4/2009)

INDULTO - CONDIÇÃO. O indulto está no campo da discricionariedade, razão pela qual é possível a imposição de condições para tê-lo como aperfeiçoado, presente a harmonia com a Constituição Federal

(HC 84829. Ministro MARCO AURÉLIO. Primeira Turma. Julgado em 22/2/2005)

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. INDULTO E COMUTAÇÃO DE PENA. EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO. CRIME HEDIONDO. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 5º, XLII, E 84, XII, AMBOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ALEGADA ILEGALIDADE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI 8.072/90 E DO DECRETO 5.993/06. INOCORRÊNCIA. CONCESSÃO DE FAVORES QUE SE INSEREM NO PODER DISCRICIONÁRIO DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA. NÃO-CABIMENTO DE HC CONTRA LEI EM TESE. IMPETRAÇÃO NÃO CONHECIDA

I - Não cabe habeas corpus contra ato normativo em tese.

II - O inciso I do art. 2º da Lei 8.072/90 retira seu fundamento de validade diretamente do art. 5º, XLII, da Constituição Federal.

III - O art. 5º, XLIII, da Constituição, que proíbe a graça, gênero do qual o indulto é espécie, nos crimes hediondos definidos em lei, não conflita com o art. 84, XII, da Lei Maior.

IV - O decreto presidencial que concede o indulto

ADPF 964 / DF

configura ato de governo, caracterizado pela ampla discricionariedade.

V - Habeas corpus não conhecido.

(HC 90364. Relator Ministro RICARDO LEWANDOWSKI. Tribunal Pleno. Julgado em 31/10/2007)

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, portanto, pacificou a impossibilidade de REVISÃO DO MÉRITO dos decretos de indulto, ou seja, a discricionariedade do Presidente da República – desde que de acordo com a Constituição Federal – não poderá ser substituída pela discricionariedade do Poder Judiciário.

Obviamente, como destaquei no julgamento da ADI 5.874, a impossibilidade de análise meritória do decreto de indulto não afasta o controle jurisdicional da constitucionalidade e legalidade do ato presidencial.

A CORTE, principalmente a partir da Constituição de 1988, nunca afastou a possibilidade da atuação da jurisdição constitucional, da análise da constitucionalidade do indulto, perante os requisitos constitucionais, conforme constou expressamente na ADI 5.874, de minha redatoria, no item 4 da Ementa:

4. Possibilidade de o Poder Judiciário analisar somente a constitucionalidade da concessão da *clementia principis*, e não o mérito, que deve ser entendido como juízo de conveniência e oportunidade do Presidente da República, que poderá," - e saliento aqui - "entre as hipóteses legais e moralmente admissíveis," - repito: hipóteses legais e moralmente para o interesse público no âmbito da Justiça Criminal.

São, portanto, três requisitos importantes, que condicionam a validade da escolha discricionária pelo chefe do Poder Executivo: hipóteses legais e moralmente admissíveis, interesse público – que Vossa Excelência, Presidente Rosa Weber, bem salientou no voto - e o âmbito da justiça criminal, não o âmbito da política partidária.

ADPF 964 / DF

Esses três requisitos devem ser analisados da forma como foram analisados na ADI 5.874.

No item 3 do meu voto àquela época, que datou de 9 de maio de 2019, afirmei que, obviamente, em um sistema republicano, não existe poder absoluto, ilimitado. Isso seria, como continua sendo, a negativa do Estado de Direito. Há limitações constitucionais expressas ao indulto. O art. 5º, XLIII, é uma delas:

XLIII – a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

Também há limitações constitucionais implícitas. Obviamente, em um sistema republicano, não existe poder absoluto, ilimitado, pois seria a negativa do próprio ESTADO DE DIREITO, que vincula a todos – inclusive os exercentes dos poderes estatais – com a exigência de observância às normas constitucionais.

Essa advertência, quanto à inexistência de poder ilimitado para a concessão de indulto, foi feita por HAMILTON, quando afirmou:

“Caso de sugira que um poder ilimitado poderia ser ocasionalmente conferido ao Presidente, em face de contingências como esta, podemos responder, em primeiro lugar, que é duvidoso que, numa Constituição limitada, esse tipo de poder pudesse ser delegado por lei; sem segundo, que geralmente seria imprudente tomar de antemão qualquer passo que pudesse prometer a perspectiva de impunidade. Um procedimento deste tipo, fora do curso usual, seria provavelmente interpretado como prova de intimidação e fraqueza e tenderia a estimular os culpados” (*Federalist papers LXXIV*).

ADPF 964 / DF

Em relação ao INDULTO, há LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS EXPRESSAS no artigo 5º, XLIII, ao estabelecer que:

“a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura , o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”.

Em cumprimento ao mandamento constitucional, o artigo 3º do Decreto 9.246, de 21 de dezembro de 2017, exclui expressamente os casos de tortura, de terrorismo e de crimes hediondos:

Também o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL já reconheceu como limitação constitucional implícita, no julgamento da EXT 1435/DF (2 Turma, j. 29/11/2016), de relatoria do Ministro CELSO DE MELLO, a concessão de indulto a crimes objeto do pedido extradicional, salientando que:

“O exercício da clemência soberana do Estado não se estende, em nosso direito positivo, aos processos de extradição, eis que o objeto da *indulgentia principis* restringe-se, exclusivamente, ao plano dos ilícitos penais sujeitos à competência jurisdicional do Estado *brasileiro*”.

Na doutrina constitucional argentina, BIDART CAMPOS e HELIO JUAN ZARINI consideram que não podem ser indultados os crimes previstos na própria Constituição, como o tráfico de pessoas ou delito de traição; o raciocínio é que os delitos sancionados pelo próprio poder constituinte não podem ser passíveis de modificação pelos poderes constituídos (ZARINI, *Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992, p. 689).

Na doutrina mais atual, HORACIO ROSATTI exclui da possibilidade de indulto também os crimes de "lesa humanidade", cuja persecução o Estado obrigou-se por compromissos internacionais (*Tratado de Derecho Constitucional*, tomo II, 2. ed., Buenos Aires, 2017, Rubinzal-

ADPF 964 / DF

Culzoni Editores, p. 393/394).

Assim, apesar de o indulto ser ato discricionário e privativo do Chefe do Poder Executivo, a quem compete definir os requisitos e a extensão desse verdadeiro *ato de clemência constitucional*, a partir de critérios de conveniência e oportunidade, não constitui ato imune ao absoluto respeito à Constituição Federal e é, excepcionalmente, passível de controle jurisdicional.

Esse exercício de hermenêutica, conforme tenho defendido academicamente ao comentar o artigo 5º, inciso XLIII, leva-nos à conclusão de que compete, privativamente, ao Presidente da República conceder indulto, desde que não haja proibição expressa ou implícita no próprio texto constitucional, como ocorre em relação aos crimes hediondos e assemelhados, para quem a própria Constituição Federal entendeu necessário o afastamento das espécies de *clemencia principis* (*Constituição do Brasil Interpretada*. 9. Ed. São Paulo: Atlas, 2003).

Portanto, em relação ao Decreto Presidencial de Indulto, será possível ao Poder Judiciário analisar somente a *constitucionalidade* da concessão da *clemencia principis*, e não o mérito, que deve ser entendido como juízo de conveniência e oportunidade do Presidente da República, que poderá, entre as hipóteses legais e moralmente admissíveis, escolher aquela que entender como a melhor para o interesse público no âmbito da Justiça Criminal (GEORGES VEDEL. *Droit administratif*. Paris: Presses Universitaires de France, 1973. p. 318; MIGUEL SEABRA FAGUNDES. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 131).

A concessão de indulto, mesmo tendo caráter discricionário quanto ao mérito, está vinculada ao império constitucional, pois, como muito bem ressaltado por JACQUES CHEVALLIER, “o objetivo do Estado de Direito é limitar o poder do Estado pelo Direito” (*L’Etat de droit*. Paris: Montchrestien, 1992. p. 12).

O Estado de Direito exige a vinculação das autoridades ao Direito (KARL LARENZ. *Derecho justo: fundamentos de ética jurídica*. Tradução de Luis Díez-Picazo. Madri: Civitas, 1985. p. 154), e, portanto, o

ADPF 964 / DF

Presidente da República, ao editar o Decreto de Indulto, deve respeito às exigências constitucionais.

Assim como nos demais atos administrativos discricionários, como apontado por VEDEL, há a existência de um controle judicial mínimo, que deverá ser sob o ângulo de seus elementos, pois, embora possa haver competência do agente, é preciso, ainda, que os motivos correspondam aos fundamentos fáticos e jurídicos do ato, e o fim perseguido seja legal (GEORGES VEDEL. *Droit administratif*. Paris: Presses Universitaires de France, 1973. p. 320).

O Poder Judiciário deve exercer somente o juízo de verificação de exatidão do exercício de oportunidade perante a constitucionalidade do Decreto de Indulto.

A análise da constitucionalidade do Decreto de Indulto deverá, igualmente, verificar a realidade dos fatos e também a coerência lógica da decisão discricionária com os fatos. Se ausente a coerência, o indulto estará viciado por infringência ao ordenamento jurídico constitucional e, mais especificamente, ao princípio da proibição da arbitrariedade dos poderes públicos que impede o extravasamento dos limites razoáveis da discricionariedade, evitando que se converta em causa de decisões desprovidas de justificação fática e, conseqüentemente, arbitrárias (TOMAS-RAMON FERNÁNDEZ. *Arbitrariedad y discrecionalidad*. Madri: Civitas, 1991. p. 115).

A opção conveniente e oportuna para a edição do Decreto de Indulto deve ser feita legal e moralmente pelo Presidente da República, e somente sua constitucionalidade deve ser apreciada pelo Poder Judiciário, conforme teoria já consagrada em relação a todos os atos discricionários do Poder Público (RENÉ CHAPUS. *Droit administratif général* 6. ed. Paris: Montchrestien, 1992, t. 1, p. 775).

Esta SUPREMA CORTE tem o dever de analisar se as normas contidas no Decreto de Indulto, no exercício do caráter discricionário do Presidente da República, estão vinculadas ao império constitucional.

Naturalmente, não compete ao SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL reescrever o decreto de indulto, pois, ou o Presidente da República

ADPF 964 / DF

extrapolou o exercício de sua discricionariedade, e, conseqüentemente, a norma é inconstitucional; ou, entre as várias opções constitucionalmente lícitas, o Presidente da República escolheu validamente uma delas, e, conseqüentemente, esta opção válida não poderá ser substituída por uma escolha discricionária do Poder Judiciário, mesmo que possa parecer melhor, mais técnica ou mais justa.

A interpretação judicial deve estar lastreada na Constituição, pois não há e não pode existir, como lembra ROSCOE POUND, poder sem limites, nem mesmo do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, uma vez que,

“a democracia não permite que seus agentes disponham de poder absoluto e sejam, como os imperadores romanos orientais, isentos das leis. Uma geração que esteja disposta a abandonar a herança jurídica dos americanos para estabelecer regime absoluto de certa maioria verificada afinal que está sob o domínio absoluto do chefe da maioria” (*Liberdade e garantias constitucionais*. Ibrasa: São Paulo, 1976, p. 83).

Essa limitação independe de se tratar de qualquer dos três ramos de poder do Estado; repito: inclusive do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL; a quem, não tenho dúvidas, compete o controle dos abusos, mas não o poder de reeditar o indulto, em substituição ao Chefe do Poder Executivo.

Importante, nesse aspecto, relembrar o célebre ensinamento de MONTESQUIEU: “quando o poder de julgar se une ao de legislar, a vida e a liberdade do súdito ficam expostas a controle arbitrário, pois o juiz poderia agir com toda a violência de um opressor”.

O decreto presidencial de indulto não pode inconstitucionalmente extrapolar sua discricionariedade, assim como o Poder Judiciário não possui legitimidade para substituir opções válidas do Chefe do Executivo, por aquelas que entende mais benéficas, eficientes ou Justas.

São sábias as palavras do JUSTICE STONE, da Suprema Corte norte-americana, quando afirmou: “embora o exercício inconstitucional do poder pelos ramos executivo e legislativo do governo esteja sujeito a revisão judicial, único controle sobre nosso próprio exercício do poder é nosso senso de auto

ADPF 964 / DF

coibição” (297 US 1 1937), pois, apesar de existirem problemas relacionados com a supremacia judicial, ocasionalmente os juízes precisam ser lembrados, como o fez o referido magistrado no caso *Estados Unidos versus Burle* (1936), de que “os tribunais não são único órgão do governo que se deve presumir ter capacidade para governar”.

Conforme salientam os professores ingleses GARY SLAPPER e DAVID KELLY, o reexame judicial é um exercício delicado e necessariamente traz o Judiciário para a arena política, usando a palavra política em seu sentido amplo e apartidário, exigindo extremo equilíbrio e ponderação, como na presente hipótese, para garantir o próprio equilíbrio entre os poderes da República, pois, como destacado pelo antigo juiz decano da Câmara dos Lordes, LORD BINGHAM, de Cornhill, em novembro de 2006,

“inovação excessiva e aventura judiciais devem ser evitadas. Sem negar o valor ou a legitimidade do desenvolvimento judicial do direito, levado a extremos, tal criatividade judicial pode ela mesma destruir o estado de direito” (GARY SLAPPER, DAVID KELLY. *O sistema jurídico inglês*. Forense: Rio de Janeiro, 2011. p. 24).

Em sua tradicional obra “*Liberdade e garantias constitucionais*”, ROSCOE POUND discute a grande problemática da interpretação de o direito basear-se tão somente em uma suposta moralidade de época em questão, pois podemos afirmar que nem tudo que é imoral em determinada época pode ser considerado automaticamente ilegal, sem o devido processo legal, e salientou que, juntamente com a declaração de direitos, a separação dos poderes é essencial para a caracterização da liberdade (Ibrasa: São Paulo, 1976, p 70-71).

Em outras palavras, a CORTE pode não concordar com a própria existência do instituto do indulto coletivo, ou mesmo, com um ou alguns requisitos estabelecidos pelo Presidente da República, por entendê-los ineficientes ou injustos, mas, sem a existência de dispositivo inconstitucional, a CORTE não deverá desrespeitar a distribuição de

ADPF 964 / DF

poderes governamentais realizada pelo legislador constituinte, como bem lembrado pelo JUSTICE BRANDEIS, *“a convenção de 1787 adotou a doutrina da separação dos poderes não com o fito de promover eficiência, mas para evitar o exercício do poder arbitrário. O objetivo não é evitar atrito, mas garantir o povo contra a autocracia por meio do atrito inevitável resultante da distribuição dos poderes governamentais entre três departamentos”*, impedir a autocracia de qualquer dos poderes, inclusive do próprio Judiciário, pois a possibilidade de controlar os atos dos que manejam o poder governamental deve ser razoável, não arbitrária e desarrazoada, como exigência legal que se torna efetiva no curso dos processos ordinários nos tribunais, tendo sido uma das principais garantias que contribui para a permanência do equilíbrio democrático com o constitucionalismo (Conferir: ROSCOE POUND, *Liberdade e garantias constitucionais*. Ibrasa: São Paulo, 1976, p. 72-79).

Obviamente, ninguém ousa mais afirmar hoje que o juiz é apenas *“a boca da lei”*, sem poder exercer sua essencial função de ampla revisão judicial, mas com a necessidade de expressar suas limitações, para que o Poder Judiciário não se transforme em *“pura legislação”*, inclusive derrogatória de competências constitucionais expressas do Chefe do Poder Executivo. (FRANÇOIS RIGAUX. *A lei dos juízes*. Martins Fontes: 2003. p. 71).

Entendo, como já afirmei no julgamento da ADI 5874, que o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, assim como o faz o TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÃO, deve distinguir sua importantíssima missão de guardião e intérprete da Constituição Federal do denominado *“poder de apreciação”*, que reserva os subjetivismos inerentes à edição de atos normativos aos poderes competentes, como na presente hipótese, a Constituição Federal reserva o poder de indultar ao Executivo (FRANÇOIS RIGAUX. *A lei dos juízes*. Martins Fontes: 2003. p. 326/327).

E reafirmo as premissas que enunciei naquele julgamento:

(1) É competência discricionária do Presidente da República a definição dos requisitos e da extensão do *ato*

ADPF 964 / DF

de clemência constitucional, a partir de critérios de conveniência e oportunidade.

(2) O exercício do poder de indultar não fere a separação de poderes por supostamente esvaziar a política criminal estabelecida pelo legislador e aplicada pelo Judiciário, uma vez que foi previsto exatamente como mecanismo de freios e contrapesos para possibilitar um maior equilíbrio na Justiça Criminal, dentro da separação de poderes, que é uma das cláusulas pétreas de nossa Carta Magna (CF, art. 60, § 4º, III)

(3) O Decreto de Indulto não é um ato imune ao absoluto respeito à Constituição Federal e, conseqüentemente, torna-se passível de controle jurisdicional para apuração de eventuais inconstitucionalidades, cujos limites estabelecidos nos artigos 2º e 60, §4º, III da CF, ao definir a separação de poderes, impedem a transformação do Poder Judiciário em “*pura legislação*”, derogando competências constitucionais expressas do Chefe do Poder Executivo e substituindo legítimas opções pelas suas.

Portanto, o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL reconhece a existência de limites constitucionais implícitos ao poder presidencial de indultar.

No presente caso em julgamento, devemos reconhecer patente limitação constitucional implícita, pois não é possível a concessão de indulto presidencial cuja finalidade seja referendar frontal ataque a outro Poder do Estado; não é possível indulto cuja finalidade seja atentar contra a independência do Poder Judiciário e a própria Democracia.

O indulto – que tem por requisito a destinação da justiça criminal – pode ser utilizado de forma humanitária, com o objetivo de desencarceramento, mas o seu uso para atentar genericamente contra o Poder Judiciário viola uma limitação constitucional implícita. Nem uma emenda constitucional pode atentar contra a independência dos Poderes, quanto mais um indulto, um ato privativo do chefe do Executivo.

ADPF 964 / DF

Indulto que pretende atentar, insuflar e incentivar a desobediência a decisões do Poder Judiciário é indulto atentatório a uma cláusula pétrea, expressamente prevista no artigo 60 do texto constitucional.

Trata-se, portanto, de uma limitação constitucional implícita, assim como é uma limitação constitucional implícita a concessão de indulto contra crimes atentatórios ao Estado Democrático.

Seria possível o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL aceitar indulto coletivo para todos aqueles que eventualmente vierem a ser condenados pelos atos golpistas de 8 de janeiro, atentados contra a própria democracia, contra a própria Constituição?

Obviamente que não, isso está implícito na Constituição Federal.

Mais do que isso, cabe ressaltar: não é uma novidade a existência ou o reconhecimento de uma limitação constitucional implícita, como no já apontado precedente da CORTE de 2016, relatado pelo eminente Ministro CELSO DE MELLO já reconhecia, com votação unânime da Turma, isso. A própria doutrina - cito aqui a doutrina constitucional argentina - diz que também há possibilidade de reconhecimento de limitações constitucionais implícitas na Argentina para indultos, para todos os crimes previstos na Constituição - lá, seria tráfico de pessoas, delito de traição -, ou seja, mesmo sem dizer que não seria possível o indulto, está implícito, assim como na nossa Constituição, não ser possível atentar contra o Poder Judiciário - cláusula pétrea -, atentar contra a democracia.

O indulto presidencial é um ato político-administrativo que permite ao Poder Judiciário realizar o juízo de verificação de exatidão do exercício da conveniência e da oportunidade perante a constitucionalidade.

Se ausente a coerência, o indulto estará viciado por infringência ao ordenamento jurídico constitucional, mais especificamente ao princípio da proibição de arbitrariedade dos poderes públicos. Arbitrariedade essa que impede o extravasamento dos limites razoáveis do exercício da discricionariedade administrativa e deve evitar que decisões do poder público, inclusive decisões discricionárias do Chefe do Executivo, como o indulto, convertam-se em decisões desprovidas de justificação fática, arbitrárias.

ADPF 964 / DF

Sabemos todos nós, ensinados pela Ministra Cármen Lúcia, a teoria dos motivos determinantes.

Se o Presidente da República ou qualquer administrador, em ato discricionário, onde não é obrigado a justificar, justifica, e essa justificativa não corresponde à realidade, pela teoria dos motivos exatamente, é viciado esse ato, há um desvio de finalidade. É exatamente o que ocorreu na presente hipótese: sem que houvesse necessidade houve a justificativa, não havia a necessidade, mas houve, no próprio decreto, a justificativa, e a justificativa não corresponde à realidade.

Nos últimos dos considerandos, *"considerando que a sociedade encontra-se em legítima comoção" - talvez uma outra sociedade paralela nas redes sociais "*, *"em vista da condenação de parlamentar resguardado por inviolabilidade de opinião deferida pela Constituição, que somente"* - e entra no mérito, o indulto não entra no mérito, indulto não entra se a condenação acertou ou errou, o indulto afasta a punibilidade (aqui novamente a teoria dos motivos determinantes) - *"ao parlamentar, que somente fez uso de sua liberdade de expressão, fica concedida graça constitucional"*.

Foi mais além o desvio de finalidade: houve a confissão expressa do desvio de finalidade, no chamado *Ato em Prol da Liberdade de Expressão*, marcado logo após a concessão de indulto, onde Sua Excelência, o então Presidente da República, entregou um quadro ao condenado Daniel Silveira, com cópia do indulto, na presença de parlamentares de sua base política.

Nesse ato, ficou demonstrado o total desvio de finalidade, de que o indulto em questão não era, como exige a Constituição, voltado ao interesse público e para se tratar de justiça criminal; o indulto foi concedido como um ataque direto e frontal ao Poder Judiciário.

Dizia, ao criticar o Poder Judiciário, *"que o povo tinha que conhecer esses problemas do Judiciário, tem que sentir os efeitos até para valorizar quem, porventura, um dia viesse a dar um grito de independência"*. Qual seria esse grito de independência? Ainda coloca, nessa verdadeira confissão - esse é o discurso presidencial no ato comemorativo à concessão do indulto -, recheada de críticas à Justiça Eleitoral, demonstrando exatamente que não

ADPF 964 / DF

havia interesse público, havia um interesse político-partidário com desvio de finalidade: *"que esse indulto era uma reação à Justiça Eleitoral, que estava cerceando a liberdade de expressão"* - vejam, o desvio de finalidade é claro - *"ao atingir a mim, cerceando mídias que me apoiam, desmonetizando, caçando covardemente um deputado estadual do Paraná"* - uma acusação estapafúrdia, talvez para dar um recado ameaçador ao TSE. *"Nós conhecemos agora, ao longo da pandemia, os protótipos de ditadores pelo Brasil"* - e críticas ao Poder Judiciário. E vai assim por diante, chegando a outros absurdos.

Vejam, esse é um ato de comemoração de um indulto! Não poderia haver eleições em 2020 sem a conclusão daquele inquérito. *"Não vou entrar em detalhes aqui, não era sigiloso, mente o Ministro Barroso, quando diz que é sigiloso, mente, uma vergonha"* - há inquérito apurando, aqui no Supremo, essa alegação. Depois fala das Forças Armadas, que *"as Forças Armadas devem ter um computador, elas devem fazer a apuração"*.

Tudo isso, vejam, a partir do indulto, mostrando que se tratava de uma medida de contenção do Poder Judiciário. *"Eles"* - dizendo em relação ao Poder Judiciário - *"estão comandando o Brasil, não são todos, obviamente, do STF, mas alguns, mandando no Brasil e desmontando o Brasil"*.

Claramente, a razão pela qual foi concedido o indulto - sem necessidade de análise ou suposições, porque a confissão foi feita - cuidou apenas de instrumentalizar um ataque frontal ao Poder Judiciário, enquanto Poder de Estado - nenhuma referência a interesse público, salvo (e aqui novamente a teoria dos motivos determinantes) uma comoção da sociedade que estamos a esperar até o presente momento -, nada dirigidas à justiça criminal, mas sim direcionadas a política partidária eleitoreira.

Permitir a utilização do indulto com dupla finalidade - garantir a impunidade geral de correligionários do Presidente da República e atacar genericamente a independência de um Poder de Estado - seria, como disse Vossa Excelência: *"Admitir que o Presidente da República, por supostamente deter competência para edição de indultar, possa criar em seu entorno um círculo virtual imunidade penal, é negar a sujeição de todos à rule of law, permitindo a sobreposição de interesses meramente pessoais e subjetivos"*. E

ADPF 964 / DF

eu completo, a sobreposição de interesses políticos e partidários "*aos postulados republicanos e democratas*".

Há, portanto, dois vícios claros no indulto:

(1) Presença de limitação constitucional implícita: assim como não é possível que o decreto de indulto atente contra a Democracia, não é possível que atente contra as cláusulas pétreas, entre elas a separação e a independência de Poderes;

(2) Flagrante desvio de finalidade.

Como já havíamos afirmado no julgamento da citada ADI 5.874, será inconstitucional o indulto que não respeitou hipóteses constitucionais, legais e moralmente admissíveis. Será inconstitucional o indulto que não vislumbrou o interesse público, e sim o interesse subjetivo político e eleitoral, e não tinha relação com a justiça criminal, mas sim com a política eleitoreira.

Em conclusão, o presente indulto presidencial É FLAGRANTEMENTE INCONSTITUCIONAL.

Em relação aos efeitos secundários, conforme também já afirmei anteriormente, o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, no exercício de sua competência constitucional privativa, já definiu no sentido de que "*a concessão do indulto extingue a pena, mas não o crime, de modo que não são afastados os efeitos secundários do acórdão condenatório, dentre os quais a interdição do exercício de função ou cargo públicos. Doutrina. Precedentes. Situação concreta em que subsistem os efeitos extrapenais da condenação, como é o caso da interdição do exercício de cargo ou função pública de qualquer natureza, expressamente fixada pelo acórdão condenatório*" (EP 21-AgRsegundo, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 27/9/2019), pois "*ao contrário da anistia, que opera efeitos radicais, o indulto e a graça em sentido estrito geram, somente, a extinção da punibilidade. Não apagam o ilícito nem suprimem as consequências de ordem penal, inclusive os efeitos penais secundários da sentença condenatória*" (HC 82554, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 11/03/2003),

ADPF 964 / DF

“remanescendo íntegros todos os seus efeitos secundários penais e extrapenais, como a reincidência e a obrigação de reparar o dano” (HC 121907, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 30/9/2014).

Trata-se de pacífico entendimento do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, em sua SÚMULA 631: *“O indulto extingue os efeitos primários da condenação (pretensão executória), mas não atinge os efeitos secundários, penais ou extrapenais”*. Nesse mesmo sentido, a doutrina anteriormente citada.

Ressalte-se, ainda, que, dentre os efeitos não alcançados por qualquer decreto de indulto está a inelegibilidade decorrente de condenação criminal em decisão proferida por órgão judicial colegiado, prevista no artigo 1º, inciso I, “e” da LC 64/90, com a redação dada pela Lei da Ficha Limpa (LC 135/2010), desde a condenação até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena, uma vez que, conforme pacificado pelo TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, *“o indulto presidencial não equivale à reabilitação para afastar a inelegibilidade decorrente de condenação criminal, o qual atinge apenas os efeitos primários da condenação – a pena, sendo mantidos os efeitos secundários”* (TSE, ARESPE 23.963/SP, Rel. Min. GILMAR MENDES; RMS 150- 90.2013.6.19.0000/RJ, Rel. Min. LUCIANA LÓSSIO). Na hipótese de indulto, *“a contagem do prazo de inelegibilidade previsto no artigo 1º, I, e, da LC 64/90 começa a partir da decretação de extinção de punibilidade com o aperfeiçoamento do indulto, que equivale ao cumprimento da pena”* (RESPE-AgR-ED 28.949/SP, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA).

Em vista do exposto, ACOMPANHO INTEGRALMENTE a Ministra Relatora, Presidente ROSA WEBER, para julgar PROCEDENTES as ADPFs e DECLARAR A INCONSTITUCIONALIDADE DO INDULTO PRESIDENCIAL.

É o voto.

04/05/2023

PLENÁRIO

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 964
DISTRITO FEDERAL**

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN: Senhora Presidente, eminentes pares, tratam-se de quatro Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental, com pedido de medida liminar, propostas pela REDE SUSTENTABILIDADE (ADPF 964/DF), pelo PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA – PDT (ADPF 965/DF), pelo CIDADANIA (ADPF 966/DF) e pelo PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE – PSOL (ADPF 967/DF), para declarar nulo o Decreto Presidencial editado e publicado no Diário Oficial da União em 21/4/2022, para conceder indulto individual ao então Deputado Federal Daniel Lucio da Silveira, condenado por esta Suprema Corte, em 20 de abril de 2022, no âmbito da Ação Penal nº 1.044, à reprimenda de oito anos e nove meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática dos crimes previstos no art. 23, inciso IV, c.c. art. 18, da Lei nº 7.170, de 14 de dezembro de 1983 e no art. 344, do Código Penal.

Aduz, preliminarmente, que o Decreto deve ser declarado nulo, pois concedeu graça sem que o beneficiado houvesse sido condenado com acórdão transitado em julgado. No mérito, alega que foram violados os preceitos fundamentais da impessoalidade e da moralidade. Asseveram, ainda, a ocorrência de transgressão ao princípio da separação de poderes. Subsidiariamente, requerem que sejam mantidos ao menos os efeitos extrapenais da condenação (ADPF 964/DF).

O deslinde da pretensão, a meu ver, passa pela retomada de antiga doutrina que trata da distinção entre ato político ou de governo e ato administrativo, para fins de controle judicial. Seabra Fagundes estabelece três gradações de atos: o ato administrativo como gênero, o ato político como espécie e o ato exclusivamente político como subespécie (*O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, 1979, p. 159). Para promover a distinção o autor levou em consideração o elemento finalidade, isso implica que *há de conter medida de fins unicamente políticos (finalidade), e ao mesmo tempo, há de circunscrever-se no âmbito interno do mecanismo estatal, e,*

ADPF 964 / DF

se o exceder, não deve alcançar os direitos individuais explicitamente reconhecidos, mas apenas interesses (conteúdo) (Op. Cit. p. 162).

Assim, concebe-se a prática de atos exclusivamente políticos, a exemplo daqueles elencados no art. 84, da Constituição Federal inclusive a concessão de indulto, cuja discricionariedade decisória da autoridade – política - tem tônica especial, sem, no entanto, por exigência dessa mesma Carta Constitucional, que o Poder Judiciário se exima de apreciar lesão ou ameaça de lesão a direito. Não há estoque ou entulho autoritário que determine o contrário.

Este Supremo Tribunal Federal já reconheceu que é discricionária a decisão do Presidente da República quanto à entrega de pessoa sujeita ao processo extradicional, após exercido o controle de legalidade pelo Judiciário (Ext 1085 PET-AV, Relator Min. GILMAR MENDES, Relator p/ Acórdão: Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 08/06/2011, DJe-03-04-2013). Também decidiu que a intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas não viola a separação de poderes se indispensável para a proteção de direitos fundamentais (ARE 1227381 AgR-segundo, de minha relatoria, Segunda Turma, julgado em 15/05/2020, DJe 22-05-2020; RE 1131552 AgR, Relatora Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 05/11/2019, Dje 25/11/2019; RE 1097962 AgR, Relator Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 28/06/2021, Dje 30/07/2021).

No que se refere ao controle de matéria similar à que constitui objeto destas arguições, a limitação da discricionariedade do Presidente da República foi reconhecida nos seguintes julgados: ADI 2795, Relator MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgada em 08/05/2003, DJ 20-06-2003; HC 81565, Relator SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 19/02/2002; HC 96431, Relator CEZAR PELUSO, Segunda Turma, julgado em 14/04/2009, DJe 15-05-2009; HC 84829, Relator MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 22/02/2005, DJ 18-03-2005; HC 90364, Relator RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 31/10/2007, DJ 30-11-2007.

Mais recentemente o Plenário deste Supremo Tribunal Federal

ADPF 964 / DF

apreciou a pretensão trazida na ADI 5874, Relator Min. ROBERTO BARROSO, Relator p/ Acórdão: ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 09/05/2019, Dje 5/11/2020, em que se buscava a declaração de inconstitucionalidade do Decreto nº 9.246, de 21 de dezembro de 2017, editado para conceder indulto às pessoas nacionais e estrangeiras que, até 25 de dezembro de 2017, tivessem cumprido os requisitos naquele ato descritos.

No que se refere à pretensão posta nestes autos, as diretrizes para o controle judicial do ato de concessão do indulto individual, para além dos aspectos extrínsecos (competência e forma), o objeto não pode contemplar a prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e os definidos como crimes hediondos (art. 5ª, inciso XLIII, da Constituição Federal). A finalidade do ato ainda é delimitada por outras caras restrições constitucionais expressas, como aquelas impostas pelos princípios da moralidade e impessoalidade.

Para o aprofundamento do controle dessa espécie de ato, cumpre tecer detalhes que possam permitir melhor compreensão em torno da extensão da sindicabilidade judicial.

O instituto da graça como competência privativa e totalmente discricionária do Presidente da República para perdoar as penas **não foi recepcionado pela Constituição de 1946, não tendo praticamente sido empregado nenhuma vez em toda a experiência constitucional que se lhe seguiu**¹.

A Constituição de 1891 estabelecia em seu art. 48, n. 6º, competir privativamente ao Presidente da República “indultar e comutar as penas nos crimes sujeitos à jurisdição federal, salvo nos casos a que se referem os arts. 34, nºs 28, e 52, § 2º”. As ressalvas diziam respeito à competência do Congresso para legislar sobre o trabalho e aos crimes comuns e de responsabilidade dos Ministros de Estado. Vale dizer, na prática, a

1 O Presidente Fernando Collor assinou, em 23.06.92, um decreto que beneficiou Maurício Pio de Souza, condenado por homicídio simples em Rondônia. Pio foi candidato a prefeito naquele ano. No mesmo dia, o Presidente também indultou Miguel Barbosa da Silva Filho, que recebeu graça, para livrá-lo de cumprir o restante da pena a que foi condenado por infringir o art. 157, §2º, incisos I e II, do Código Penal. O ato não esclarece os motivos da graça.

ADPF 964 / DF

Constituição impedia que fossem indultados grevistas e Ministros de Estado. Por outro lado, a redação do dispositivo deixa transparecer que cabia aos Estados o exercício da competência de indultar.

De fato, a Constituição de 1934, optou por uma redação completamente diferente: compete privativamente ao Presidente da República “conceder indulto e comutar penas, com audiência dos órgãos instituídos em lei” (art. 87, XIX). Apesar de o texto submetido à votação ser idêntico ao de 1891, a redação que prevaleceu partiu de emenda Ministro do Supremo Tribunal Federal Arthur Ribeiro, cuja cadeira é hoje ocupada pelo e. Min. André Mendonça. Ao justificar a redação, o Ministro disse que o poder de indultar era de direito substantivo, portanto não poderia ser dado aos Estados. Dos debates na Constituinte, percebe-se que a preocupação de fundo não era propriamente quanto à correta identificação do instituto, mas à sua aplicação justa. Isso porque, nas mãos dos Estados, o instituto prestava-se a abusos, sendo com frequência concedido a quem era amigo dos governadores.

Em 1937, fruto da concepção autoritária então prevalecente, ao Presidente da República cabia privativamente “exercer o direito de graça” (art. 74, “n”). A graça veio então a ser regulamentada pelo Código de Processo Penal, decretado em 1941, prevendo que ela poderia ser provocada por petição do condenado, de qualquer pessoa do povo, do Conselho Penitenciário, ou do Ministério Público, ressalvada ao Presidente da República, a faculdade de concedê-la espontaneamente.

Como típico das experiências constitucionais brasileiras, em 1946, quando dos debates da nova Constituição, o texto de 1937 é utilizado como base para as discussões, mas acrescida do regime que vigorou durante a Primeira República, isto é, com competência também atribuída aos Estados (cabia ao Presidente “exercer o direito de graça, nos crimes políticos e militares, nos que atentarem contra o patrimônio da União, e nos funcionais dos servidores federais”).

A redação que acabou por prevalecer (“conceder indulto e comutar penas, com audiência dos órgãos instituídos em lei”), no entanto, foi a proposta por Milton Campos, ao prever competir ao Presidente da

ADPF 964 / DF

República conceder indulto e comutar penas, com audiência dos órgãos instituídos em lei. Ao justificar sua proposta, Milton Campos afirmou que “com a intervenção dos órgãos especializados, que esclarecerão amplamente cada caso, o Presidente da República poderá exercer privativamente e com as necessárias cautelas o direito de graça, que, assim, não correrá o risco de ser desvirtuado por outras autoridades”. O objetivo, também aqui, era o de evitar que a faculdade de indultar e comutar penas criminais pudesse ser exercida pelos chefes dos governos estaduais.

No mesmo sentido, o Deputado Aloysio de Carvalho Filho advertiu que:

“Em verdade, os modernos postulados da justiça penal, não mais consente, nos termos irrestritos e soberanos do passado, o instituto da graça. Cumpriu ele, não há negar, e muitas vezes com eficácia, um papel individualizador da punição, num tempo em que a pena era castigo, imposto sem atenção a condições pessoais ou circunstâncias ocasionais dignas de respeito. Serviu, sob a forma de comutação, e ainda hoje serve, para conter a feição irreparável da pena de morte, humanizando a justiça, como foi no Brasil, e continua sendo nos países que adotam a penalidade máxima. Mas os institutos novos, advindos à justiça penal, e imprimindo rigor científico à aplicação e execução das penas, -- tais como a condenação condicional, o livramento sob palavra, a pena indeterminada, o arbítrio judicial, etc., -- substituem o instituto da graça, sem nenhum dos seus inconvenientes. De resto, como já de outra feita afirmamos, o declínio do absolutismo real e a democratização crescentes dos governos tornaram obsoleta a instituição, e o indulto, principalmente assim, a motivação do ato de indulgência, que a emenda exige, é corolário natural da própria evolução penal”.

ADPF 964 / DF

Nas disposições constitucionais posteriores, a de 1967 e a de 1969, o dispositivo praticamente se manteve intacto, apenas modificando-se, em 1969, a necessidade de intervenção dos órgãos, para uma faculdade (“conceder indulto e comutar penas com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei”). Esse é, aliás, o texto adotado pelo Constituinte de 1988.

A disposição de que “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem” (art. 5º, XLIII), não encontra paralelo na experiência constitucional brasileira.

A referência à palavra “graça” pode dar margem para pensar que ela foi readmitida pela Constituição de 1988. A opção por esse texto é justificada por outras razões. Ele surge de uma rejeição absoluta da prática de tortura. A primeira versão do texto é de autoria do constituinte Jamil Haddad: “a tortura é crime comum, inafiançável, insuscetível de graça ou anistia”. A proposta alterava o texto oriundo da Comissão Afonso Arinos, cujo projeto era tecnicamente mais preciso: “A tortura, a qualquer título, constitui crime inafiançável e insuscetível de anistia e prescrição.” Ao corroborar a sugestão de acréscimo feita pelo Deputado Jamil Haddad, o saudoso advogado Modesto da Silveira, que honrou a democracia deste país, afirmou:

“Louvo a medida mas ousaria acrescentar, ainda, a inagraciabilidade e a indultabilidade desses delitos, dada a sua gravidade. É claro que ainda há a preocupação formulada pela professora Armida quanto ao terrorismo. Isso pode vir a ser objeto de novo debate e de apreciação por parte desta Subcomissão. Naturalmente, teremos de estudar toda a doutrina que envolve o terrorismo individual e o terror institucionalizado, do Estado, do qual

ADPF 964 / DF

tivemos uma longa, triste e célebre experiência durante os vinte e um anos de ditadura militar no Brasil.

E digo essas coisas não por ouvir falar, mas pelo fato de ter sido advogado e defensor dos direitos humanos durante todo esse tempo. É evidente que participei desse processo como advogado e defensor de milhares de pessoas que foram submetidas à violência, à tortura, ao sequestro, à empalação, ao pau-de-arará e, quantas vezes, à própria castração. E, peia ousadia de termos sido defensor dos direitos humanos, eu próprio e todos quantos tivemos essa ousadia, fomos seqüestrados e carregamos, no corpo e na alma, as marcas dessas violências praticados durante os vinte e um anos de ditadura militar, em que Estado se institucionalizou como um estado de terror.

Pois bem. Eu acrescentaria aqui a impossibilidade da graça e do indulto como complemento ao parágrafo único do art. 16. Esta, sim, seria uma pequena inovação a punição à tortura como desdobramento do respeito físico e mental ao preso, seja provisório, seja definitivo.”

Ao ser perguntado sobre qual tortura referia-se, Modesto da Silveira foi ao ponto:

“A última pergunta que me foi dirigida refere-se à tortura. É claro que um cidadão qualquer pode seqüestrar um outro, mas sem torturá-lo. Nós vemos aí: marido que tortura mulher, mulher que tortura filho e vice-versa. É um crime grave. Aqui me parece que o projeto contemplou bem o assunto, e eu, na verdade, não só o apoiei como até sugeri um acréscimo, ao art. 16, parágrafo único, que é o seguinte: "da tortura institucionalizada como tal".

ADPF 964 / DF

Porque um torturador pode ser apenas um doente mental que nos pega no escuro, na esquina; um assaltante que nos tortura desnecessariamente, além de roubar. Mas aquela tortura institucionalizada, sobre a qual me referi, ocorrida durante os vinte e um anos de ditadura militar – e temos mil experiências disso, são milhões de casos, esta é absolutamente inaceitável, porque é uma tortura do estado, institucionalizada por ele, e é a essa que o projeto se refere: Art. 16. "Todos tem direito à vida, segurança e liberdade." Fala de vida, de existência digna, de integridade física e mental; a preservação de sua honra, reputação, etc. E o parágrafo único da Proposta Afonso Arinos diz: "A tortura, a qualquer título, constitui crime inafiançável, insusceptível de anistia e prescrição". Isto é: o sujeito já sabe que se ele torturou alguém, não vai ter anistia se for um caso vinculado ao delito político – não vai haver prescrição, nem fiança em quaisquer hipóteses. Acrescentei o seguinte: pode não haver nada disso, mas cabe ao Presidente da República quando quiser ou, lhe agradar, quando o preso tem prestígio, conceder-lhe um indulto ou uma graça. Não é verdade?"

Em seguida, o Presidente da Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais, Antonio Mariz, intervém para indicar que há uma definição de tortura já reconhecida pelo Brasil ao aderir à Convenção das Nações Unidas e que, portanto, incidiria diretamente sobre o caso, porque já havia sido encaminhada a inclusão da cláusula de abertura. Neste momento, intervém novamente o advogado modesto da Silveira, para elucidar o alcance do instituto da graça a que se referia:

“Na verdade, o que se objetiva ali realmente é a tortura institucionalizada contra o funcionário público, que trai a sua função ao torturar um

ADPF 964 / DF

cidadão. Mas o próprio projeto diz, em outros artigos, que as convenções internacionais, às quais o Brasil aderiu – é o caso – tornam-se um dos outros direitos não especificados no artigo dos direitos do cidadão. Então, esses estarão incluídos de forma indireta. Mas ocorre que lá não se prevê, porque é um mero protocolo internacional, o que o projeto previu: da inafiançabilidade, a insuscetibilidade de anistia e a imprescritibilidade, condições às quais acrescentaria ainda: a não agraciabilidade e a não indultabilidade, para evitar essas "graças" que o Presidente normalmente dá a um preso, a qualquer título apenas fixando-se no quantum da pena recebida. Isso não pode ser assim, de forma alguma".

A refletir esse sentido da graça, o anteprojeto de constituição previa, dentre as atribuições do Presidente da República a de "conceder indulto ou graça". No entanto, no curso dos trabalhos, já na fase do Plenário, a redação caiu, permanecendo apenas a competência do Presidente para indultar ou comutar as penas, com a mesma redação dada em 1969.

O que parece explicar essa opção foi a própria experiência internacional, que prevê, ecoando Aloysio de Carvalho Filho, o indulto individual, em qualquer caso, apenas para os condenados à pena de morte. Para as demais condenações criminais, o indulto deve ser justificado, ou seja, deve ter por base novos fatos ou novas provas que demonstrem o erro judicial.

É o que consta, por exemplo, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. Ao disciplinar o alcance do direito à vida, dispõe o Pacto, no parágrafo 4 do Artigo 6: "qualquer condenado à morte terá o direito de pedir indulto ou comutação da pena. A anistia, o indulto ou a comutação da pena poderão ser concedidos em todos os casos". Disposição análoga consta também do Pacto de São José, em seu Artigo 4, parágrafo 6.

Já no Artigo 14, que disciplina as garantias judiciais, dispõe que: "se uma sentença condenatória passada em julgado for posteriormente anulada ou se um indulto for concedido, pela ocorrência ou descoberta de

ADPF 964 / DF

fatos novos que provem cabalmente a existência de erro judicial, a pessoa que sofreu a pena decorrente dessa condenação deverá ser indenizada, de acordo com a lei, a menos que fique provado que se lhe pode imputar, total ou parcialmente, a não-revelação dos fatos desconhecidos em tempo útil.”

A graça está, portanto, ligada à pena de morte. Não por acaso, na única Constituição que expressamente fez menção ao “poder de graça”, a Constituição autoritária de 1937, houve também expressa previsão da aplicação da pena de morte. Por outro lado, o indulto individual é o que é expressamente motivado e tem fundamento nos casos de erro judicial, comprovados por novos elementos após o trânsito em julgado.

Dessa forma, caso seja admitido, a única forma possível de falar do “indulto individual” como “graça” é restrita para casos de erro judiciário devidamente comprovado e exarado após decisão transitada em julgado. **Indulto individual sem trânsito em julgado ou sem fundamento em novas provas que atestem erro judicial é irritó e inconstitucional.**

Para além, entre os motivos para prática do ato impugnado, sustentou o então Presidente da República que: *considerando que a sociedade encontra-se em legítima comoção, em vista da condenação de parlamentar resguardado pela inviolabilidade de opinião deferida pela Constituição, que somente fez uso de sua liberdade de expressão.* Como se verifica, estamos diante de razões bastantes distanciadas da atenta leitura acerca da finalidade do indulto, escapam totalmente dos contornos impostos pelas exigências constitucionais de moralidade e impessoalidade. Portanto, ainda que de qualificação política, o ato não pode ser afastado do controle judicial, sob pena de comprometimento de princípios fundamentais.

O presente contexto é diverso daquele verificado para as conclusões exaradas no julgamento da retrocitada ADI 5874, cuja constitucionalidade do exercício da discricionariedade Presidente da República foi reconhecida no voto condutor do acórdão (apresentei voto que terminou vencido), considerando não ter sido encontrado elemento que infirmasse a higidez da decisão, em especial, de sua finalidade.

ADPF 964 / DF

No mais, naquela ação tratou-se de ato administrativo geral e abstrato, e aqui tratamos de ato de efeito concreto, embora se cuide em ambos os casos de controle da finalidade da atividade político-administrativa no exercício da sua discricionariedade.

O cerne distintivo não se trata da existência de margem de discricionariedade conferida, mas do seu exercício nos limites constitucionais. O cristalino esvaziamento de uma específica decisão judicial como é a hipótese destas arguições, por motivos – explicitados pelo autor do ato – que não contemplam nenhuma das excepcionais hipóteses que autorizam o reconhecimento de clemência para a concessão do indulto individual, não encontra agalho na prática política dirigida pela Constituição.

Forte nessas razões, acompanho a eminente Relatora para declarar nulo o decreto objeto dessas arguições.

É como voto.

04/05/2023

PLENÁRIO

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 964
DISTRITO FEDERAL**

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Boa tarde, Presidente, prezados Colegas, Ministra Cármen Lúcia, Senhor Procurador-Geral da República Doutor Augusto Aras.

A hipótese já foi exaustivamente descrita. São ADPFs contra o decreto presidencial de concessão de indulto individual a uma pessoa após condenação pelo Supremo Tribunal Federal.

Tal como Vossa Excelência, eu rejeito as preliminares que foram apresentadas. Não vi irregularidade na representação em uma das ADPFs por se tratar de servidor público, porque nós não vislumbramos esse tipo de impedimento no caso dos processos objetivos.

E a mim me parece clara a possibilidade de ajuizamento de arguições de descumprimento de preceito fundamental, porque é um ato do Poder Público que não é passível de questionamento no plano objetivo por nenhum outro tipo de ação. Rejeito as preliminares e passo ao mérito, também em um voto breve.

A renúncia ao direito de punir no Brasil se manifesta em três possibilidades, como nós sabemos: a anistia, que cabe ao Poder Legislativo conceder; o indulto, que é um perdão coletivo; e a graça individual, que é esse tipo de perdão que nós estamos considerando aqui.

Eu vou ser muito breve, porque tudo que era importante, na minha visão, já constou do voto memorável que Vossa Excelência pronunciou ontem aqui.

E ninguém discute tampouco o caráter discricionário do ato de concessão de indulto e, logo, o seu substrato predominantemente político. O controle judicial, portanto, é limitado, mas possível, a meu ver, quando ocorram, especialmente, dois tipos de disfunção: a violação à separação de Poderes e o desvio de finalidade. E no caso, com todas as vênias, me parece, como Vossa Excelência já apontou, estarem presentes, muito

ADPF 964 / DF

nitidamente, essas duas disfunções.

Quanto à violação da separação de Poderes, o fato é que, de forma absolutamente inusitada, o Presidente da República editou o decreto de indulto individual no dia seguinte à decisão condenatória do Supremo Tribunal Federal, deixando muito clara, inclusive numa reunião de celebração do indulto, a afronta que pretendeu fazer ao Tribunal. Um desrespeito, um descrédito que procura trazer às instituições como um projeto.

A violação à separação dos Poderes fica evidenciada por dois fatores, a meu ver.

Primeiro, o açodamento e, segundo, as justificativas que foram apresentadas para o indulto. O açodamento se manifestou no fato de que o indulto foi concedido não antes do trânsito em julgado, o que já seria absurdo, foi concedido antes mesmo da publicação da decisão, da qual ainda cabiam embargos de declaração e outros tipos de recursos. Portanto, uma graça individual concedida de maneira absolutamente intempestiva.

Segundo, a justificativa para a concessão de indulto foi a de que o Supremo teria desrespeitado a liberdade de expressão do condenado. Ou seja, o Presidente julgou o mérito da decisão do Supremo Tribunal Federal, dele discordou, e se arvorou na condição de juiz dos juízes para dizer que os juízes estão errados e, portanto, eu é que estou certo e vou dar indulto. Num Estado Democrático de Direito, num Estado Constitucional, quem diz o sentido e o alcance da Constituição e das leis é o Supremo Tribunal Federal em última palavra. De modo que me parece claramente caracterizada, também por esta justificação apresentada, a afronta ao princípio da separação de Poderes.

Quanto ao desvio de finalidade, tradicionalmente, no direito brasileiro, o indulto é concedido por dois fundamentos. O primeiro, razões humanitárias, notadamente no caso de pessoas idosas ou doentes, ou como política de desencarceramento dos crimes menos graves, para desafogar o sistema penitenciário.

E aqui neste caso concreto, neste processo que nós estamos julgando,

ADPF 964 / DF

surgem dois problemas, que são a quebra da impessoalidade e a quebra da moralidade administrativa.

Imaginem se o Supremo pudesse cancelar um tipo de concepção em que o Presidente pudesse, discricionariamente, ao seu alvedrio, conceder graça a qualquer tipo de criminoso por qualquer crime, apenas por uma relação de amizade ou de afinidade política. Evidentemente, seria o fim do Estado de Direito.

A decisão que estou proferindo aqui é inteiramente coerente com o meu voto na ADI 5.874, em que havia suspenso cautelarmente o indulto concedido por Presidente anterior. Na ocasião, o meu voto não prevaleceu, mas considere também ter havido desvio de finalidade por entender violadora de princípios constitucionais a concessão de anistia, após o cumprimento de apenas 1/5 da pena, aos crimes de corrupção ativa, corrupção passiva, lavagem de dinheiro e peculato. A inclusão de tais crimes, que tradicionalmente eram deixados de fora do indulto, pareceu-me constitucionalmente incompatível. Mas aqui a situação é muito mais grave, por todas as razões que expus até aqui.

Faço um último comentário, porque há uma reiterada repetição de que a decisão do Supremo teria violado a liberdade de expressão.

Só pode achar que houve violação à liberdade de expressão quem não se deu ao trabalho de ouvir ou ler as manifestações do condenado - só em abstrato. Quem ler o conteúdo e, sobretudo, a forma da manifestação - se for uma pessoa normal -, ficará completamente horrorizado com o que aqui se julgou. Ali constava ameaça de agressão física a Ministros do Supremo - gostaria de dizer, a quem tenha alguma dúvida, que ameaça de agressão física não faz parte do conteúdo da liberdade de expressão -; incitação à invasão e ao fechamento do Congresso Nacional e do Supremo Tribunal Federal - gostaria de dizer que incitar crime não é comportamento protegido pela liberdade de expressão -; criação de animosidade entre as Forças Armadas e as instituições civis; uma lista de ofensas e xingamentos às pessoas, de fazer perder a fé na condição humana de tão estarrecedoras que eram aquelas declarações; além de o réu ter incitado o povo a cercar e invadir o

ADPF 964 / DF

Congresso Nacional e o Supremo Tribunal Federal, tudo isso apontado na denúncia. Portanto, esse era o prenúncio do golpe. Ali estava a incitação do espetáculo de selvageria a que nós assistimos no 8 de janeiro. Era o embrião do que estava por vir.

De modo que eu queria deixar claro às pessoas de boa-fé que foram induzidas a achar que havia liberdade de expressão envolvida aqui que não há vestígio de liberdade, mas sim agressão, ofensa, incitação à violação das instituições e preparação de um golpe de Estado.

Na minha visão, as pessoas que falam em Deus, pátria e família não podem compactuar com isso e deviam, se tiverem alguma dúvida, reunir a família na sala, invocar a proteção de Deus e exibir o vídeo que motivou a condenação. E se acharem que está bem após ouvirem o vídeo, digam para a família: esse é o país que nós queremos, antidemocrático, com animosidade entre civis e militares e com uma linguagem chula e grosseira, parecendo mais um esgoto a céu aberto.

Não há nada de liberdade de expressão envolvida aqui. Nós, por evidente, não podemos confundir liberdade de expressão com incitação ao crime e convocação para a invasão física do prédio das instituições e para a agressão física dos seus integrantes, quando não a agressão moral. O país que nós queremos é melhor e maior do que isso. Nós não podemos indultar esse tipo de comportamento.

Por essas razões, Presidente, cumprimentando Vossa Excelência uma vez mais, compreendendo e respeitando as razões dos eminentes Colegas que entenderam de maneira diferente, eu estou acompanhando Vossa Excelência pela ilegitimidade desse decreto individual de indulto.

É como voto.

04/05/2023

PLENÁRIO

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 964
DISTRITO FEDERAL****ANTECIPAÇÃO AO VOTO****O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:**

Boa tarde, Senhora Presidente; Senhora Ministra **Cármem Lúcia**, nossa Decana; nosso Decano, Ministro **Gilmar Mendes**; eminentes Colegas que já votaram; Senhor Procurador-Geral da República; senhoras advogadas e os senhores advogados, servidoras e servidores, imprensa e todos que nos acompanham.

Saudando os votos proferidos, Senhora Presidente, serei bastante breve. Eu também acompanho Vossa Excelência quanto às preliminares. E peço vênias ao Ministro **Nunes Marques** para divergir quanto à preliminar específica que Sua Excelência trouxe em relação à impossibilidade de alguém que seja servidor da União entrar com ação direta de inconstitucionalidade em razão do Estatuto da Ordem dos Advogados.

Aqui, como já foi destacado por alguns Colegas e agora, mais próximo de meu voto, por meu predecessor, Ministro **Luís Roberto Barroso**, que votou no sentido de que estamos em sede de ações abstratas, entendo que, em sede de ações abstratas – mas não só de ações abstratas, mas também, por exemplo, de ação popular –, o servidor público que é advogado e que verifica que há, Ministro **Luís Roberto Barroso**, em seu município, um problema, pode entrar com uma ação popular, porque ela também tem um determinado grau de defesa do patrimônio público, ou mesmo com um **habeas corpus** contra uma decisão que é do Estado, que é do juiz, no caso de Justiça Federal. Então, eu não me limitaria, única e exclusivamente, às ações de controle de constitucionalidade, mas às ações que têm uma natureza de ordem coletiva ou ao **habeas corpus**, porque basta ser cidadão maior de idade para impetrar a ordem de **habeas corpus**. Então, peço vênias a Sua Excelência para divergir e dar seguimento, reconhecer a legitimidade da única subscritora daquela ação.

ADPF 964 / DF

Pois bem. Quanto ao caso concreto, Senhora Presidente, eu peço vênica à divergência. Farei juntada de voto por escrito e acompanho Vossa Excelência, mas também com fundamentos um pouco distintos, porque eu penso que o indulto pode sim ser discricionário, como Vossa Excelência também destacou e os Colegas todos destacaram, mas também pode ser pessoal, relativo ao seio do relacionamento do Presidente da República. Isso não impede - o princípio da impessoalidade na Administração Pública - de o Presidente fazê-lo. Ele pode ser individual, na modalidade da graça, como também já destacado.

Mas aqui o principal foco – penso que o Ministro **Alexandre de Moraes** já destacou um pouco isso e também, como resumiu o voto, deve trazer isso em seu voto por escrito, -, o que está em jogo é o estado democrático de direito. O que está em jogo aqui são ações, como falou agora há pouco o Ministro Luís **Roberto Barroso**, destacando quais foram os crimes cometidos e pelos quais o aqui indultado ou agraciado foi condenado por esta Suprema Corte. E esses crimes, Senhora Presidente, atentam contra a democracia.

Há coisas que não estão escritas na Constituição mas que, implicitamente, estão lá. Por exemplo, não está escrito, no § 4º do art. 60, que a democracia é insuscetível de proposta de emenda constitucional, mas, implicitamente, se estão lá todas as outras cláusulas pétreas dos direitos ao voto universal, ao voto direto, ao voto secreto, se estão lá a federação e a separação dos poderes, que são elementos todos do estado democrático de direito, lá está também que a democracia é insuscetível de proposta de emenda à Constituição. Então, é evidente que o objeto de indulto, como disse o Ministro **Alexandre de Moraes** agora há pouco, não poderia sequer ser objeto de uma proposta de emenda constitucional, porque, na verdade, o ato praticado é um ato atentatório ao estado democrático de direito, à democracia e às instituições. E vejam que não é um ato qualquer, tanto que tivemos o nosso 8 de janeiro de 2023.

Então, Senhora Presidente, eu destaco isto: que, embora a Constituição diga, em seu art. 5º, os crimes que não podem sofrer graça ou indulto – e ali não está o atentado ao estado democrático de direito,

ADPF 964 / DF

que hoje está na lei da defesa do estado democrático de direito –, implicitamente, eu faço a leitura de que esses crimes não podem ser objeto de graça e indulto. Embora não esteja escrito, implicitamente, eu entendo que eles são insuscetíveis de graça e indulto. Os atos – e aqui já adiantando em tese –, por exemplo, praticados em 8 de janeiro neste Plenário são insuscetíveis de indulto, porque são atentatórios ao estado democrático de direito, à separação de poderes. Em tese, entendo que poderiam ser objeto de lei de anistia aprovada pelo Parlamento, como já ocorreu no passado em nossa história. Mas não de graça individual.

Por isso, Senhora Presidente, eu entendo que eles são insuscetíveis de graça ou indulto, seja coletivamente, seja individualmente.

Agradecendo a atenção de Vossa Excelência, é assim que voto.

04/05/2023

PLENÁRIO

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 964
DISTRITO FEDERAL****VOTO****O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:**

São julgadas, em conjunto, quatro arguições de descumprimento de preceito fundamental, propostas pela Rede Sustentabilidade (ADPF nº 964/DF), pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT) (ADPF nº 965/DF), pelo Cidadania (ADPF nº 966/DF) e pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) (ADPF nº 967/DF), com pedido de medida liminar, tendo por objeto o Decreto de 21 de abril de 2022, editado pelo então Presidente da República para conceder indulto individual a Daniel Lúcio da Silveira, à época Deputado Federal recém-condenado criminalmente pela Suprema Corte nos autos da AP nº 1.044/DF.

Alegam os autores, em síntese, ser o decreto presidencial nulo, em vista da ausência de definitividade da condenação e da existência de relação interpessoal entre o Presidente da República e o agraciado, o que caracterizaria desvio de finalidade na concessão da benesse.

Sustentam, ainda, que mesmo os atos de natureza política, a exemplo do decreto de indulto, devem observância aos princípios constitucionais que norteiam a Administração Pública e são passíveis de apreciação pelo Poder Judiciário.

Afirmam, então, que o ato questionado importa na violação dos princípios constitucionais da moralidade e da impessoalidade, atenta contra a separação dos poderes – “na medida em que submete o Poder Judiciário (...) ao crivo pessoal do Presidente da República” –, além de consistir em “incongruência inaceitável” sua concessão quando estão em jogo crimes que a própria Constituição reputa imprescritíveis.

A eminente Relatora, Ministra **Rosa Weber**, conheceu das arguições, refutou a alegação de perda do objeto pelo trânsito em julgado da AP nº 1.044 e, no mérito, julgou procedentes os pedidos formulados para se declarar a inconstitucionalidade do decreto impugnado. Entendeu Sua

ADPF 964 / DF

Excelência que referido ato se encontra eivado por vício de desvio de finalidade, violando os princípios constitucionais da moralidade e da impessoalidade, por privilegiar pessoa determinada, por razões políticas e pessoais, no intuito de lhe assegurar a impunidade, o que revelaria sua utilização autoritária e descumpridora da Constituição.

O Ministro **André Mendonça** acompanhou a Relatora quanto ao conhecimento das arguições e inaugurou divergência no que tange à matéria de fundo para julgar improcedentes os pedidos, deixando para o voto escrito a exposição dos fundamentos que embasariam sua conclusão.

Na sequência, o Ministro **Nunes Marques** abriu divergência relativamente às questões preliminares, posicionando-se pelo não conhecimento tão somente da ADPF nº 964/DF, tendo em vista o impedimento circunstancial da advogada subscritora da inicial dessa ação para atuar contra a pessoa jurídica de direito público da qual emanou o ato do Poder Público questionado na arguição, dado o exercício de cargo em comissão no Senado Federal.

Quanto ao mérito das demais arguições, Sua Excelência também divergiu da Relatora para julgar improcedentes os pedidos. Sustentou, para tanto, que compete exclusivamente ao Presidente da República conceder indulto individual, calcado em amplo juízo de conveniência e oportunidade, de modo que o excepcionalíssimo controle jurisdicional desse ato político estaria adstrito à aferição dos limites explícitos impostos pela Constituição, em seu art. 5º, inciso XLIII. Respeitados esses limites, como no caso, entende que se estaria diante de censura no campo político, pertinente ao mérito da **clementia principis**.

Por sua vez, o Ministro **Alexandre de Moraes** acompanhou integralmente a Relatora e acresceu às razões do voto de Sua Excelência o entendimento de que “não é possível indulto cuja finalidade seja atacar um outro Poder do Estado”, havendo, portanto, “uma limitação constitucional implícita” a observar. Segundo defendeu, “assim como não é possível que [o indulto] atente contra a democracia, não é possível que [o decreto] atente contra as cláusulas pétreas, entre elas a separação e a independência de Poderes”.

ADPF 964 / DF

Também acompanharam a Relatora, na íntegra, os eminentes Ministros **Edson Fachin** e **Roberto Barroso**.

Feito esse breve retrospecto do julgamento para destacar os pontos mais polêmicos no exame da matéria, passo a proferir meu voto.

Conforme antecipei oralmente, acompanho a Relatora quanto ao afastamento das preliminares, ao passo que peço vênia ao Ministro **Nunes Marques** para dele divergir quanto à preliminar suscitada pelo Procurador-Geral da República na ADPF nº 964.

Nesse ponto, como bem observou a Relatora e alguns dos pares predecessores, a exemplo do Ministro **Roberto Barroso**, as ações típicas de controle concentrado de constitucionalidade, conforme reiterada jurisprudência da Corte, deflagram processos objetivos, em que não existem propriamente partes, mas tão somente interessados, o que afasta, por assim dizer, a incidência do impedimento estatutário.

E vou além, não me limitando a afastar o impedimento única e exclusivamente nas ações de controle concentrado. Parece-me que o mesmo raciocínio se aplicaria em relação a algumas ações de ordem coletiva, a exemplo da ação popular, cujo escopo ultrapassa a defesa de direitos e interesses subjetivos e próprios do indivíduo que figura como requerente; ou, ainda, aos **habeas corpus**, porque basta ser maior de idade para impetrar esse remédio constitucional, sem nenhuma outra exigência adicional.

Em todas essas hipóteses, não tenho dúvidas de que não incidiria o impedimento ora suscitado.

Do mesmo modo, no tocante à **matéria de mérito**, e com todo respeito aos que pensam de forma distinta, acompanho o **louvável voto da Relatora pela procedência dos pedidos**. No entanto, peço a Sua Excelência as mais devidas vênias para utilizar-me de **fundamentação um pouco diversa** e, assim, trazer minha contribuição ao debate.

Sem me estender em considerações teóricas e históricas acerca do indulto individual e de institutos congêneres, as quais já constam do substancial voto da Relatora, destaco que o Supremo Tribunal Federal consagrou o entendimento de que o indulto se insere “no exercício do

ADPF 964 / DF

poder discricionário de clemência que detém o chefe do Poder Executivo, a evidenciar instrumento de política criminal colocado à disposição do Estado para a reinserção e ressocialização dos condenados que a ele façam jus, segundo a conveniência e oportunidade das autoridades competentes” (ADI nº 2.795/DF-MC, Rel. Min. **Maurício Corrêa**, DJ de 20/6/03 – grifos nossos).

Cuida-se, assim, de **ato de indulgência soberana privativo do Presidente da República** (cf. art. 84, XII, da CF/88) **que se reveste de ampla discricionariedade**, justificando-se pelo “conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 61).

Por isso, com o devido respeito aos pares que pensam de forma distinta, acredito que **o indulto (individual ou coletivo) pode sim ser concedido no seio de relacionamentos próprios e diretos do Chefe do Poder Executivo**, significando que o Presidente da República está livre para concedê-lo a quaisquer pessoas, inclusive àquelas que lhe são próximas e com as quais mantém relação de afeto, amizade, e/ou profunda identificação ou afinidade político-ideológica. Todavia, a par de se verificar essa intensa discricionariedade do presidente da República para sua concessão, **tal não se confunde com o poder absoluto e irrestrito de fazê-lo como bem entender**.

Nesse ponto, vale registrar a lição sempre válida de que “não se pode, sob a égide de um Estado de Direito, confundir discricionariedade com escusa universal para arbítrios vários” (BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 39).

E mais: considerando que “o Estado Democrático de Direito é um Estado de Controle” (BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997, pp. 27-28), é fato que os agentes públicos devem ser amplamente responsivos na condução de seus atos, justamente porque suas funções devem ser

ADPF 964 / DF

dirigidas ao atendimento de interesses e finalidades públicas.

Lembro, ademais, que recentemente, no julgamento da ADI nº 5.874/DF, a Corte reconheceu a constitucionalidade do indulto natalino coletivo concedido pelo então Presidente da República, nos termos do voto do Ministro **Alexandre de Moraes**, redator do acórdão, ocasião em que foram assentadas três premissas sobre o tema, assim sintetizadas por Sua Excelência:

“(1) É competência discricionária do Presidente da República a definição dos requisitos e da extensão do ato de clemência constitucional, a partir de critérios de conveniência e oportunidade.

(2) O exercício do poder de indultar não fere a separação de poderes por supostamente esvaziar a política criminal estabelecida pelo legislador e aplicada pelo Judiciário, uma vez que foi previsto exatamente como mecanismo de freios e contrapesos para possibilitar um maior equilíbrio na Justiça Criminal, dentro da separação de poderes, que é uma das cláusulas pétreas de nossa Carta Magna (CF (LGL\1988\3), art. 60, § 4º, III).

(3) O Decreto de Indulto não é um ato imune ao absoluto respeito à Constituição Federal e, conseqüentemente, torna-se passível de controle jurisdicional para apuração de eventuais inconstitucionalidades.”

O acórdão do referido julgado recebeu a seguinte ementa:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO PENAL E PROCESSO PENAL. INDULTO. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA (CF, ART. 84, XII) PARA DEFINIR SUA CONCESSÃO A PARTIR DE REQUISITOS E CRITÉRIOS DE CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE. PODER JUDICIÁRIO APTO PARA ANALISAR A CONSTITUCIONALIDADE DA CONCESSÃO, SEM ADENTRAR NO MÉRITO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA

ADPF 964 / DF

IMPROCEDENTE. 1. A Constituição Federal, visando, principalmente, a evitar o arbítrio e o desrespeito aos direitos fundamentais do homem, previu a existência dos Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, repartindo entre eles as funções estatais. 2. **Compete ao Presidente da República definir a concessão ou não do indulto, bem como seus requisitos e a extensão desse verdadeiro ato de clemência constitucional, a partir de critérios de conveniência e oportunidade.** 3. A concessão de indulto não está vinculada à política criminal estabelecida pelo legislativo, tampouco adstrita à jurisprudência formada pela aplicação da legislação penal, muito menos ao prévio parecer consultivo do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, sob pena de total esvaziamento do instituto, que configura tradicional mecanismo de freios e contrapesos na tripartição de poderes. 4. Possibilidade de o Poder Judiciário analisar somente a constitucionalidade da concessão da *clementia principis*, e não o mérito, que deve ser entendido como juízo de conveniência e oportunidade do Presidente da República, que poderá, entre as hipóteses legais e moralmente admissíveis, escolher aquela que entender como a melhor para o interesse público no âmbito da Justiça Criminal. 5. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente.” (ADI nº 5.874, Rel. Min. **Roberto Barroso**, Red. do ac. Min. **Alexandre de Moraes**, Tribunal Pleno, julgado em 9/5/19, publicado em 5/11/20 – grifos nossos).

Como assentado pela Suprema Corte no caso paradigmático acima mencionado, o indulto está inserido na competência discricionária do presidente da República, e, nada obstante, pode - ou melhor, deve - ser sindicado pelo Judiciário, a fim de se verificar se foram observados os parâmetros constitucionais para a concessão da benesse.

Ressalte-se que a própria Suprema Corte, na citada ADI nº 5.874, decidiu que o indulto é juridicamente limitado, porquanto subserviente à disciplina que a Constituição a ele impõe. Essa disciplina, como todos sabem, se dá tanto de forma expressa, pelo que consta literalmente do

ADPF 964 / DF

texto constitucional, como também implicitamente, pelo que se pode depreender de sua interpretação, após a aplicação dos princípios e métodos hermenêuticos adequados, eis que é preciso que haja coerência na ordem constitucional vigente.

Nesse ponto, vale retomar lição dada pelo eminente Ministro **Alexandre de Moraes** em artigo doutrinário, segundo a qual

“apesar de o indulto ser ato discricionário e privativo do chefe do Poder Executivo, a quem compete definir os requisitos e a extensão deste verdadeiro *ato de clemência constitucional*, a partir de critérios de conveniência e oportunidade, **não constitui ato imune ao absoluto respeito à Constituição Federal e [é], excepcionalmente, passível de controle jurisdicional.**

Esse exercício de hermenêutica, conforme tenho defendido academicamente ao comentar o art. 5º, inciso XLIII, leva-nos à conclusão de que compete, privativamente, ao presidente da República conceder indulto, desde que não haja proibição expressa ou implícita no próprio texto constitucional, como ocorre em relação aos crimes hediondos e assemelhados, para os quais a própria Constituição Federal entendeu necessário o afastamento das espécies de **clementia principis**” (**Democracia e sistema de justiça**: obra em homenagem aos 10 anos do Ministro **Dias Toffoli** no Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 59).

Nessa linha de raciocínio, no caso em apreço, parece-me que os princípios constitucionais administrativos, notadamente os da moralidade e da impessoalidade, não constituem os únicos – nem sequer os maiores – óbices jurídico-constitucionais à concessão de indulto.

Em outras palavras, a meu ver, a questão central ou o ponto nodal da controvérsia posta diz respeito não à inobservância dos princípios da moralidade e da impessoalidade, ou ao eventual desvio de finalidade na prática do ato político, mas sim, sobretudo, ao fato de que a benesse é concedida a pessoa que praticou crimes que atentam contra o **estado**

ADPF 964 / DF**democrático de direito.**

Assim sendo, para além dos limites expressamente consignados pelo Constituinte originário, penso que a discussão travada nos autos faz emergir, como questão imprescindível e inadiável, a reflexão acerca das limitações implícitas para a concessão da clemência constitucional. E é a essa ordem de reflexões que vou me ater para fundamentar meu voto.

Rememoro aqui que se discute, no caso, a possibilidade constitucional de concessão de graça constitucional – mais especificamente de indulto individual – a ex-deputado federal que foi condenado pelo Supremo Tribunal Federal à pena de 8 (oito) anos e 9 (nove) meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática dos crimes de incitação à abolição violenta do **estado democrático de direito** (art. 23, inciso IV, c/c o art. 18 da Lei nº 7.170/83), por duas vezes, na forma do art. 71, **caput**, do Código Penal, e de coação no curso do processo (art. 344 do Código Penal), por três vezes, também, na forma do art. 71, **caput**, do Código Penal.

Ademais, o crime de abolição violenta do estado democrático de direito, antes tipificado na Lei de Segurança Nacional (Lei nº 7.170/83), a partir da revogação desse diploma legal pela Lei nº 14.197/21, passou a constar do Título XII do Código Penal, que se dedica à tipificação dos crimes contra o estado democrático de direito, dentre os quais se incluem os de atentado à soberania, de atentado à integridade nacional, de espionagem, de abolição violenta do estado democrático de direito, de golpe de Estado, de interrupção do processo eleitoral, de violência política e de sabotagem.

Embora esses crimes contra o estado democrático de direito não constem, de fato, expressamente no rol do inciso XLIII do art. 5º da Constituição, o qual veda a concessão de graça em sentido amplo (ou seja, de indulto coletivo ou individual, bem como de anistia) aos crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e os definidos em lei como crimes hediondos, não se pode olvidar que o inciso XLIV do mesmo dispositivo constitucional considera inafiançáveis e imprescritíveis os crimes que atentem contra a ordem constitucional e o

ADPF 964 / DF

estado democrático.

E, se nem mesmo o decurso do tempo não é capaz de apagar, de tornar inútil ou desnecessária, a punição por esses crimes, dada a extrema relevância da preservação da ordem constitucional e do próprio estado democrático de direito, visto que esses são pressupostos inarredáveis, condições de existência, ou, ainda, as razões de ser do próprio Estado enquanto tal, bem como, em última análise, também do poder soberano de indulgência, de clemência, de perdão conferido ao chefe do Poder Executivo, tenho muita dificuldade de enxergar, nesse contexto, a possibilidade de aplicação do perdão constitucional aos crimes contra a ordem constitucional e o estado democrático de direito.

Dito de outro modo, não vislumbro coerência interna em ordenamento jurídico-constitucional que, a par de impedir a prescrição de crimes contra a ordem constitucional e o estado democrático de direito, possibilita o perdão constitucional, a **clementia principis**, aos que forem condenados por tais crimes. Pergunto: que interesse público haveria em perdoar aquele que foi devidamente condenado por atentar contra a própria existência do estado democrático, de suas instituições e institutos mais caros?

Assim colocada a questão, não se sustenta o argumento de que a clemência concedida por atos antidemocráticos contribuiria para a pacificação social. Isso não é verdade! A graça constitucional, por ser instrumento político e jurídico a serviço do estado democrático, cuja finalidade se volta, antes de tudo, a conferir equilíbrio entre os Poderes da República, dentro do sistema de freios e contrapesos cautelosamente estabelecido para tanto, não se pode propor à promoção, ao fomento, ainda que indireto ou reflexo, de fins considerados de qualquer modo antidemocráticos. Se isso ocorresse, é preciso que se diga, estar-se-ia usando da graça constitucional não a serviço do estado democrático, mas para solapar seus alicerces.

Aqui, é importante lembrar que, como vem demonstrando a experiência histórica mundial, no século XXI, as democracias morrem não em decorrência de violentos golpes de estado que, pela força bruta,

ADPF 964 / DF

rompem com a ordem constitucional até então instituída. Elas padecem, agonizam até o último suspiro, dia a dia, pela atuação velada e ininterrupta de forças autoritárias que, muitas vezes, ascendem ao poder de modo democrático, mas que passam a fazer uso autoritário e antidemocrático dos instrumentos políticos e jurídicos existentes na ordem constitucional, levando ao colapso gradual da democracia, sem que se perceba a ruptura com a ordem constitucional.

Por isso, é preciso que, como Ministros do Supremo Tribunal Federal, estejamos sempre atentos. Institucionalmente, cabe a essa Suprema Corte, no papel de Corte Constitucional e como guardião máximo da Constituição e da ordem constitucional por ela implantada, assegurar a perpetuidade e a higidez do estado democrático de direito e da própria democracia, e isso só se faz pela vigilância quanto ao uso dos instrumentos políticos e jurídicos, o que deve se dar em conformidade com os princípios democráticos, e nunca a seu arrepio.

A única lógica que consigo conceber para a existência da graça constitucional é que ela releva as consequências penais pela prática de crimes, seja por necessidade de pacificação social, investindo na ressocialização dos condenados, seja por necessidade de desafogar o sistema carcerário, como instrumento de política pública criminal. Como já foi falado ao longo dos debates, é aí que reside o interesse público buscado como finalidade última do perdão presidencial.

De outro turno, a tipificação penal de atos contra o estado democrático de direito têm por finalidade a proteção dos bens jurídicos essenciais à própria existência e à própria manutenção do estado instituído pela ordem constitucional vigente. Vide que não se está a falar da existência e da manutenção de qualquer estado, de forma que não basta a manutenção do Estado enquanto ente dotado de soberania da ordem interna e de independência na ordem internacional. Fala-se, aqui, em existência e manutenção do Estado tal qual desenhado pela Constituição em vigor. Isso porque não se pode mudar, sorrateiramente, o modelo constitucional de estado implantado pela ordem constitucional, o que, *s.m.j*, certamente ocorreria com a concessão da benesse na hipótese

ADPF 964 / DF

de crimes contra a ordem constitucional e o estado democrático de direito.

Como explica Luiz Regis Prado,

“[a] adição do conceito democrático à ideia de Estado significa a exigência de respeito aos princípios fundamentais do Estado de Direito, como o império da lei, da divisão das funções estatais, da legalidade da Administração, da lei como expressão da vontade geral, e, finalmente, do respeito, garantia e realização material dos direitos e liberdade fundamentais” (PRADO. Luiz Regis. Bem jurídico-penal e Constituição, 8ª ed. p. 73-74).

A Constituição de 1988 não somente instituiu o Estado Brasileiro, dando-lhe a forma de estado de direito, como também, expressamente, atribuiu-lhe a substância de um verdadeiro estado democrático de direito, declarando-o como tal logo em seu preâmbulo:

“Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.”

E, como se não bastasse essa declaração, a fórmula é sacramentada pelo texto constitucional, o qual declara, em seu art. 1º, que “a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, **constitui-se em Estado Democrático de Direito**” e está dotada de fundamentos (art. 1º, incisos I a V) e de

ADPF 964 / DF

objetivos (art. 3º), os quais são em tudo compatíveis com essa natureza.

Ressalto, ainda, que nem tudo está escrito na Constituição. É óbvio que os valores intrínsecos, que inspiraram suas disposições expressas, encontram abrigo no texto constitucional e podem dele ser extraídos mediante interpretação, do que resulta que esses valores podem se traduzir em regras implícitas tão eficazes quanto as normas expressas. A título ilustrativo, e para melhor compreensão do ponto de vista que estou a defender, observo que **não está escrito no § 4º do art. 60 do texto constitucional que a democracia é insuscetível de proposta de emenda constitucional tendente a aboli-la, mas ninguém duvida de que essa seja uma regra implícita albergada pelo referido preceito legal.**

Com efeito, os incisos do citado § 4º consagram como cláusulas pétreas, expressamente, “a forma federativa de Estado” (inciso I); “o voto direto, secreto, universal e periódico” (inciso II); “a separação dos poderes” (inciso III), e, por último, mas não menos importante, “os direitos e garantias individuais” (inciso IV). Em última instância, ao se proteger o voto, com todos esses predicativos, a separação dos poderes do Estado e os direitos e as garantias individuais, está-se a proteger, direta e efetivamente, como não poderia deixar de ser, o próprio estado democrático de direito.

Então, como sagazmente alertou o Ministro **Alexandre de Moraes**, o objetivo do indulto individual – que, no caso, é o perdão por crimes contra o estado democrático de direito – não poderia ser alcançado sequer por meio de uma proposta de emenda constitucional, que dirá por meio de mero decreto presidencial.

Na verdade, o ato ora questionado - longe de consubstanciar exercício legítimo da discricionariedade constitucionalmente conferida ao chefe do Poder Executivo, constitui-se mais como um ato atentatório ao estado democrático de direito, a suas instituições e à própria democracia, o que torna impossível reconhecer sua validade ou o convalidar, visto que implica a destruição velada da ordem constitucional e altera a própria identidade da Constituição.

Entendo, destarte, que os crimes contra o estado democrático de

ADPF 964 / DF

direito são naturalmente insuscetíveis de graça constitucional, por razão teleológica que resvala nos próprios pilares do estado democrático de direito. É dizer: no caso, os crimes praticados pelo indultado consistem em nítida antítese da democracia; por óbvio, seria verdadeiro contrassenso permitir a concessão desse tipo de benefício em tais casos. Isso porque aquiescer com a graça constitucional para relevar atos criminosos que atentam contra o estado democrático de direito caracteriza retrocesso constitucional consistente no “uso de mecanismos de mudança constitucional para tornar um Estado significativamente menos democrático do que era antes” (LANDAU, David. Abusive Constitutionalism. In: Davis Law Review. University of California, v. 47, 2013, p. 195).

Portanto, sob qualquer ângulo que se avalie, não subsiste validade constitucional do decreto em apreço.

Com essas razões, **acompanho a eminente Relatora no julgamento de procedência dos pedidos formulados nas presentes arguições.**

É como voto.

04/05/2023

PLENÁRIO

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 964
DISTRITO FEDERAL**

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Senhora Presidente, Relatora deste caso, que ontem deu um voto tão pormenorizado, profundo, Senhores Ministros, Senhor Procurador-Geral da República, Senhores Advogados, Servidores, todos que nos acompanham.

Presidente, como fizeram os que me antecederam nesta tarde, basicamente abreviando suas mensagens, seus votos, considerando que vão fazer juntada, também o farei.

Eu acompanho Vossa Excelência nas preliminares. Acho que este é um caso que manifesta o desenvolvimento do constitucionalismo, no qual nós pensamos exatamente em como dar cobro, pelo direito, a qualquer tentativa de desfazimento do próprio direito.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.874, tantas vezes citada, para aguardar o Relator, porque foi ajuizada em um período de recesso, deferi a liminar até que houvesse o reexame pelo Relator, o

ADPF 964 / DF

Ministro Luís Roberto Barroso. Eu disse expressamente, naquela decisão inicial, que indulto não é e não pode ser considerado um instrumento de impunidade, ou um recado de impunidade para a sociedade. Não é isso. Desde sempre, o que se tentou foi, em algumas situações específicas, não demolir o direito, menos ainda o Direito Penal, menos ainda a democracia, mas permitir que, no caso, o Presidente da República possa, por questões humanitárias ou de interesse público demonstrado, valer-se de um instrumento exatamente dentro dos princípios constitucionais.

Para mim, indulto não é um prêmio ao criminoso, não é tolerância ao crime, não é uma complacência com o delito, mas é um perdão voltado exatamente para uma reconciliação com a ordem jurídica por uma situação muito específica e que é demonstrada em cada caso. Neste caso específico de uma graça individualizada, eu mencionava, Senhora Presidente, e estou mencionando de novo no voto, uma passagem de Rui Barbosa, que dizia exatamente em um caso como este, no final do século XIX, que:

"Nenhum poder mais augusto confiou a nossa lei fundamental ao Presidente do que o indulto. É a sua colaboração na justiça. Não se lhe deu, para se entregar ao arbítrio, para se desnaturar em atos de

ADPF 964 / DF

validismo, para contrariar a justa expiação dos crimes.

Pelo contrário, é o meio que se faculta ao critério do mais alto magistrado nacional, para reparar as iniquidades da rigidez da lei, acudir aos arrependidos, relevando, comutando, reduzindo as penas, quando se mostrar que recaem sobre os inocentes, exageram a severidade com os culpados, ou torturam os que, regenerados, já não merecem o castigo, nem ameaçam com a reincidência a sociedade."

E ainda, nos comentários a ato do Presidente, afirmava que o indulto ali concedido era "essa marroada na Constituição da República, uma pancada mortal ao martinete na probidade oficial". E ele perguntava: "O que resta, então, da Constituição, o que resta ao pudor dos homens?"

Então, o indulto tem, como Vossa Excelência ontem, com tanto detalhamento realçou, uma finalidade que se volta para cumprir o interesse público, para cumprir o interesse da sociedade, não para (como aqui já foi demonstrado desde o voto de Vossa Excelência e com ênfase dada agora pelos votos do Ministro Alexandre, do Ministro Fachin, do Ministro Barroso e agora do Ministro Toffoli) encarecer e resultar numa mensagem a eventuais detratores da democracia e da Constituição que eles pudessem continuar a praticar os crimes, porque

ADPF 964 / DF

havia esse instrumento que estaria nas mãos, não de forma discricionária, com o que todos nós concordamos, que é da natureza desse ato, mas de forma arbitrária, não de forma a cumprir o interesse público, mas para descumprir o interesse de toda a sociedade em benefício de interesses voluntariosos e até de iniquidade, como também aqui já foi demonstrado.

Eu diria - como disse, aliás, o Ministro Seabra Fagundes, ao tratar de um assunto paralelo sobre a busca da finalidade pelas autoridades na prática dos seus atos - que, hoje, foi posto no voto do Ministro André Mendonça, citando o doutrinador, que: quem diz (foi a pergunta feita hoje no início desta sessão) qual é a intenção da Constituição? Porque é a Constituição que estabelece o indulto. Bom, até onde me parece, quem diz, em última instância, sempre foi, considerado um Estado Constitucional, o tribunal constitucional ou o tribunal correspondente. No nosso caso, o Supremo Tribunal Federal. Se não somos nós, eu não sei como seria, então, de um direito em que cada um buscasse uma intenção que seria absolutamente subjetiva, e a pergunta era: são 213 milhões de Constituições que nós temos no Brasil, se ninguém pode questionar a vontade da Constituição?

É isso que se faz no controle de constitucionalidade:

ADPF 964 / DF

buscar, a partir de valores na sociedade e princípios constitucionais, como a Constituição há de ser interpretada e aplicada. E isso é entregue, em última instância, por ser uma matéria de Direito, ao Poder Judiciário.

Eu, como disse, Senhora Presidente, já tratei desse assunto naquela ocasião e voltei a tratar no voto especificamente aqui sob a relatoria do Ministro Barroso, na ADI 5.874. Tenho para mim que, neste caso, a discricionariedade foi arrombada por uma arbitrariedade que se demonstra neste caso, que, com finalidades muito espúrias e absolutamente desviantes do que é esse instrumento na Constituição, e, por isso, acho que não passa, pelos filtros da constitucionalidade, o ato. Não fico a imaginar que, se tivesse um ato mesmo de natureza política, não pudesse ser sujeito ao Poder Judiciário, porque foi assim que as ditaduras se fizeram. Por que a Constituição brasileira é diferente das outras Constituições? Tem o direito ao acesso à Justiça com uma locução que é diferente, porque, desde a Declaração dos Direitos do Homem, todo o ser humano tem direito, todo o cidadão tem direito a ter acesso ao Poder Judiciário. Na nossa, desde 46, tem-se que a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Isso porque havia leis e os atos institucionais, que excluía da apreciação do Poder

ADPF 964 / DF

Judiciário algumas matérias, alguns atos ditos atos do poder revolucionário. Exatamente por isso, desde 46, as Constituições brasileiras não adotam isso que é a locução encontrada nas declarações de direitos e nas Constituições muito comumente: todo mundo tem direito a ter acesso a um juiz, ou a um tribunal independente e imparcial. No nosso caso, o direito ao acesso à Justiça vem exatamente numa fórmula, dirigida ao legislador, no sentido de que não se pode excluir da apreciação do Poder Judiciário.

Claro que nós sempre fizemos a distinção: aquilo que é um merecimento do ato em relação à conveniência e oportunidade não será substituído pelo ato do juiz, pela decisão do julgador, mas esses atos passam pelo crivo, porque, já disse em mais de uma ocasião aqui, o Estado de Direito é uma construção de uma fortaleza contra o arbítrio e de nada valeria se a gente pudesse colocar nessa fortaleza um portão de papelão, porque então se poderia arrebentar o tempo todo com esse tipo de atitude.

Por isso mesmo, Senhora Presidente, aqui como disse, para mim, indulto não faz milagre, não transforma o crime num ato de valor moral, não transforma uma agressão à Constituição em alguma

ADPF 964 / DF

valia de interesse público. O que se tem aqui é um instrumento legítimo para ser usado com a discricção e a prudência própria da República e, claro, com a discricionariedade outorgada pela Constituição, o que não se teve neste caso.

Por isso é que estou, como disse, fazendo juntada de voto escrito, mas acompanhando Vossa Excelência tanto nas preliminares quanto na parte dispositiva, conhecendo das ações e julgando procedente, com todas as vênias do Ministro André, do Ministro Nunes Marques, especialmente no que se refere ao não conhecimento da ação própria.

É como voto, Senhora Presidente.

Muito obrigada pela palavra.

Publicado sem revisão. Art. 95, RISTF.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 964

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATORA : MIN. ROSA WEBER

REQTE.(S) : REDE SUSTENTABILIDADE

ADV.(A/S) : FLAVIA CALADO PEREIRA (3864/AP, 24842-A/MA)

INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

AM. CURIAE. : PARTIDO TRABALHISTA BRASILEIRO - PTB

ADV.(A/S) : LUIZ GUSTAVO PEREIRA DA CUNHA (28328/DF, 137677/RJ, 462972/SP)

AM. CURIAE. : PARTIDO DOS TRABALHADORES

ADV.(A/S) : CRISTIANO ZANIN MARTINS (32190/DF, 96503/PR, 153599/RJ, 172730/SP)

ADV.(A/S) : EUGENIO JOSE GUILHERME DE ARAGAO (04935/DF, 30746/ES, 428274/SP)

AM. CURIAE. : PARTIDO LIBERAL - PL

ADV.(A/S) : MARCELO LUIZ AVILA DE BESSA (12330/DF, 1565A/MG, 474139/SP)

Decisão: Após a leitura do relatório e a realização das sustentações orais, o julgamento foi suspenso. Falaram: pelo *amicus curiae* Partido dos Trabalhadores, o Dr. Miguel Filipi Pimentel Novaes; e, pela Procuradoria-Geral da República, o Dr. Antônio Augusto Brandão de Aras, Procurador-Geral da República. Presidência da Ministra Rosa Weber. Plenário, 27.4.2023.

Decisão: Após o voto da Ministra Rosa Weber (Presidente e Relatora), que conhecia da arguição de descumprimento de preceito fundamental e, no mérito, julgava procedente o pedido formulado, para declarar a inconstitucionalidade do Decreto de 21 de abril de 2022, editado pelo Presidente da República à época, que concedeu "graça constitucional" ao então Deputado Federal Daniel Lucio da Silveira, o julgamento foi suspenso. Ausente, justificadamente, o Ministro Roberto Barroso. Plenário, 3.5.2023.

Decisão: Em continuidade de julgamento, após o voto do Ministro André Mendonça, que acompanhava a Relatora, Ministra Rosa Weber (Presidente), quanto à rejeição das preliminares, mas, no mérito, julgava improcedentes as arguições de descumprimento de preceito fundamental (nºs 964, 965, 966 e 967); do voto do Ministro Nunes Marques, que acolhia a preliminar de não conhecimento da ADPF 964, suscitada pela Procuradoria-Geral da República, e, no mérito, julgava improcedentes todas as arguições; e dos votos dos Ministros Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Toffoli e Cármen Lúcia, que acompanhavam a Relatora na rejeição das preliminares e no juízo de procedência

das ADPFs para reputar inconstitucional o Decreto presidencial impugnado, nos termos dos votos proferidos, o julgamento foi suspenso. Ausente, ocasionalmente, o Ministro Luiz Fux. Plenário, 4.5.2023.

Presidência da Senhora Ministra Rosa Weber. Presentes à sessão os Senhores Ministros Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Roberto Barroso, Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Nunes Marques e André Mendonça.

Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Augusto Brandão de Aras.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário

10/05/2023

PLENÁRIO

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 964
DISTRITO FEDERAL**

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhora Presidente, gostaria de agradecer a Vossa Excelência, que gentilmente aguardou a minha oportunidade de poder votar, e a generosidade do nosso Decano, Ministro de Gilmar Mendes, que também aguardou a minha oportunidade para votar, para depois, então, manifestar o seu entendimento acerca de tudo quanto ocorreu.

Senhora Presidente, quando nós nos colocamos nessa posição em que nos encontramos topograficamente, nessas cadeiras, tem uma situação de desconforto e outra situação de conforto. O desconforto é que já se prenuncia que, quanto mais perto nós chegamos, mais rapidamente vamos embora. Por isso é que se afirma que "magistrado" vem de mais e "ministro" vem de *minus*, porque, quanto mais se sobe, menos se é.

Então, eu queria dizer a Vossa Excelência que eu manifesto a minha inteireza em relação ao voto de Vossa Excelência, em primeiro lugar, citando vários precedentes da nossa Corte no sentido do cabimento do controle abstrato de constitucionalidade do decreto presidencial ora em foco. E eu cito a ADI 3.239, da relatoria do Ministro Peluso - Vossa Excelência foi a redatora -, cito também a ADI 4.874, em que Vossa Excelência foi relatora, e a Medida Cautelar na ADI 4.661, relator o Ministro Marco Aurélio, todos precedentes do Tribunal Pleno.

Sem prejuízo, Senhora Presidente, eu faço uma rápida digressão sobre a função do Poder Judiciário frente aos demais Poderes, principalmente à luz da cláusula dos *checks and balances*, que foram inseridos na nossa Constituição desde há muito. E aqui trago as lições do Professor Bruce Ackerman nessa obra sobre a separação de poderes, de janeiro de 2000, pela *Harvard Law Review*; e a obra do Professor David Landau sobre as instituições políticas e a função do Poder Judiciário.

Por outro lado, Senhora Presidente, tudo já se disse; e eu faço aqui

ADPF 964 / DF

uma análise também sob o ângulo político, porque eu entendo que crime contra o Estado Democrático de Direito é um crime político e impassível de anistia, porquanto o Estado Democrático de Direito é uma cláusula pétrea que nem mesmo o Congresso Nacional, por emenda, pode suprimir.

De sorte que, malgrado nós tenhamos precedentes em relação a outros crimes que eu também reputei graves, e restei vencido juntamente com uma parcela do Colegiado, voto para acompanhar integralmente o voto de Vossa Excelência com esses adminículos doutrinários e acadêmicos, não sem antes reiterar a minha saudação a Vossa Excelência em relação ao seu brilhante voto.

Evidentemente que também acompanho na parte relativa à inelegibilidade, talvez o ponto mais importante desse voto, para conjurar políticos que não mereçam integrar o Congresso Nacional, nem, digamos assim, atentar contra a nossa democracia, e dizer que seu voto não deixou pedra sobre pedra.

Acompanho-a integralmente.

10/05/2023

PLENÁRIO

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 964
DISTRITO FEDERAL**

OBSERVAÇÃO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Boa tarde, Presidente. Boa tarde, Ministra Cármen Lúcia. Cumprimento todos os Colegas presentes no Plenário e aqueles que nos acompanham no Plenário Virtual.

Dizer, Presidente, mais uma vez, que Vossa Excelência houve por bem relembrar - e acho que nós temos que adotar essa prática - esses episódios lamentáveis do 8 de janeiro, que atingiram de maneira tão forte esta Corte e o próprio país. Quando Vossa Excelência traz esse pequeno filme, esse pequeno vídeo sobre essa temática, nós podemos aquilatar a virulência desses atos.

Eu até, esses dias, via manifestações de vários parlamentares, alguns até com quem eu privo, tenho relações, dizendo dos abusos que são cometidos com eventuais prisões alongadas dessas pessoas. É bom que se olhe esse vídeo, até numa ponta de observação, sem nenhuma fina ironia, veio no meu espírito que alguma coisa de bom esse episódio terá propiciado, certamente todo esse aprendizado. Mas, sobretudo, para essas pessoas, certamente, a gente pode dizer que eles descobriram os presídios. Aqueles que diziam que direitos humanos só existem para homens direitos, agora viram as condições dos presídios. Parlamentares visitando presídios era muito raro.

Ministro Alexandre, quando eu estive à frente do CNJ, visitei um número imenso de presídios. Estive em Bangu, Talavera Bruce, no famoso Pedrinhas, lá no Maranhão. Ministra Cármen tem discutido comigo, está devendo um convite para eu visitar as Apacs em Minas Gerais. Em suma, eu sei, portanto, da importância disso.

Então, tendo esses parlamentares descoberto que existem presídios no Brasil e que suas condições são precárias, de fato, talvez seja um ganho. É raro o ganho que se possa ter num episódio como esse.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (PRESIDENTE E RELATORA) - Apenas me permita uma observação.

ADPF 964 / DF

Visitei, com o Ministro Alexandre de Moraes, tanto a Papuda quanto a Colmeia em função do 8 de janeiro. Posteriormente, estive no Complexo Prisional do Curado, em Recife. E digo a Vossa Excelência que os presídios de Brasília, a que Vossa Excelência acabou de se referir, que já causam tanta insatisfação, constituem verdadeiramente o primeiro mundo comparados com o Complexo Prisional do Curado.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Importante. Eu também tive oportunidade de destacar esse seu trabalho. Eu até soube pelos bastidores que o Ministro Alexandre até provou a comida aqui no caso da Papuda.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (PRESIDENTE E RELATORA) - Sim, fantástico. Coincidiu o momento em que lá estivemos com a chegada das marmitas, e o Ministro Alexandre provou, não só provou como comeu toda.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Não chegou a ser toda, Presidente, porque Vossa Excelência não me permitiu.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (PRESIDENTE E RELATORA) - É verdade.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Presidente, se me permite, Ministro Gilmar, o que a Vossa Excelência falou é importantíssimo. Eu, como todos sabem, fui promotor de carreira, depois secretário de justiça, quando acumulei a presidência da antiga Febem, secretário de segurança, então, a primeira vez que eu fui a um presídio, como promotor substituto, eu tinha 23 anos de idade - faz uns 5, 6 anos. Desde então, em vários locais, houve uma progressão na construção de presídios, uma melhoria, mas em outros locais, não. Lamentavelmente, nós percebemos, e Vossa Excelência, Ministro Gilmar, colocou, é que não por motivos humanitários, mas por motivos políticos, eu diria politiquinhos, houve um aumento de visita aos presídios por parte de alguns parlamentares.

Mas, independentemente dos motivos, é muito importante para verificar duas questões: primeiro, o número excessivo de presos provisórios que nós temos no Brasil, que beira 40%, sendo que, em alguns

ADPF 964 / DF

casos, a prisão provisória, a prisão cautelar, o tempo já é maior do que ficaria preso em regime fechado se condenado fosse. Então, esse é o primeiro ponto.

O segundo ponto, para verificar realmente as condições dos presídios. Nós fomos, Presidente, eu acompanhei Vossa Excelência, e verificamos, na Papuda, as condições obviamente duras no presídio, mas as condições razoáveis, inclusive de alimentação. Já na Colmeia, a situação muito pior e nós constatamos aqui.

Mas é importante que o Congresso Nacional, aproveitando esse momento, destine mais verbas para o sistema penitenciário. Isso é plenamente possível, quando eu era Ministro da Justiça, nós elaboramos um plano nesse sentido: mais verbas para o regime semiaberto e aberto, não há necessidade de tanto encarceramento. Em torno de 30% são presos por crimes praticados contra o patrimônio, sem violência ou grave ameaça. Obviamente, devem ser responsabilizados, mas não há necessidade de encarceramento nesses casos.

Então, que o Congresso Nacional agora possa, e tenho certeza de que essa experiência será frutífera aos parlamentares que estiveram na Colmeia, na Papuda, pela primeira vez na vida num presídio, que possam realmente elaborar um projeto melhor para o país, para o sistema penitenciário do país.

Obrigado, Presidente.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (PRESIDENTE E RELATORA) - Agradeço ao Ministro Alexandre. Na verdade, nós estamos apartando o Ministro Gilmar Mendes, mas esse tema é importante e sério, e nós teremos oportunidade de debatê-lo tanto na ADPF 347/DF, que estava com pedido de vista do Ministro Luís Roberto Barroso, era da relatoria do Ministro Marco Aurélio, e agora voltará, Sua Excelência já liberou para julgamento, e vou incluí-lo em pauta. Há também uma ADI da minha relatoria. E especificamente com relação ao CNJ, nós vamos renovar, no final do mês de julho, os mutirões carcerários e com visitas a alguns Estados, até convidei Vossa Excelência, Ministro Gilmar, se houver disponibilidade de agenda, para me acompanhar quando eu for a Mato

ADPF 964 / DF

Grosso.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Obrigado, Presidente. Acho extremamente importante. Os mutirões carcerários são um bom exemplo de como nós podemos ter um desenvolvimento institucional adequado e até uma política pública a partir da ação do Judiciário.

E aquilo sobre o qual falávamos agora, o Ministro Alexandre e eu, a propósito da visita dos parlamentares, veja que, nas duas Casas, há setores, comissões de direitos humanos e já houve, até no passado, uma CPI sobre a situação do sistema penitenciário, mas isso já vai muito tempo.

No próprio âmbito do Judiciário, eu pude verificar que, quando fizemos os mutirões carcerários, o próprio juiz da execução criminal e o promotor, responsáveis pela execução criminal, não visitavam presídios. Portanto, também não sabia dessa realidade, com as exceções, claro, que existem de praxe.

10/05/2023

PLENÁRIO

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 964
DISTRITO FEDERAL****VOTO – VOGAL**

(conjunto: ADPF 964, 965, 966 e 967)

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES: Trata-se de Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental ajuizadas em face do Decreto s/n de 21.4.2022. Alegadamente amparado no inciso XII do art. 84 da Constituição, o ato impugnado formaliza a concessão de uma “graça constitucional” a parlamentar que – no dia imediatamente anterior – fora julgado, pelo Plenário deste Supremo Tribunal Federal (AP 1.044), como incurso nos crimes de incitação à abolição violenta do Estado Democrático de Direito (art. 23, inciso IV, c/c art. 18 da Lei 7.170/1983) e de coação no curso do processo (art. 344 do Código Penal).

Tenho acompanhado com atenção o debate que se instalou desde a publicação do ato que figura como objeto desta ADPF. A leitura dos considerandos do Decreto e a escuta dos argumentos vocalizados por alguns de seus defensores colocaram-me em sério estado de dúvida. Das duas, uma: ou o Decreto impugnado é obra de uma mente de elevada inteligência jurídica, por recuperar uma prerrogativa presidencial esquecida pela doutrina do direito público nacional; ou o **Decreto em exame é peça fadada a ocupar um lugar de destaque no museu das estultices normativas.**

Pelo menos na vigência da ordem constitucional instaurada em 1988, nenhum Presidente da República até então havia concedido graça – assim afirmou o Ministério da Justiça em resposta a pedido de acesso à informação reportado pelos Professores Aury Lopes Júnior e Alexandre Moraes da Rosa em artigo (“O Presidente pode conceder a delatores perdão da pena por meio de ‘graça’?” In: *Conjur*, 24 de novembro de 2017).

Vou mais longe. O último período de nossa história constitucional em que se tem notícia da utilização frequente do instituto da graça (na

ADPF 964 / DF

dicção de alguns: o indulto individual), remete ao final da Segunda Guerra Mundial e da atuação da Força Expedicionária Brasileira (FEB) na Campanha da Itália.

É o que se verifica, por exemplo, no infame caso dos dois oficiais da FEB condenados pelo Conselho Supremo da Justiça Militar pela prática, durante a campanha na Itália, dos crimes de homicídio doloso e de “violência carnal”. Condenados à morte durante a guerra, por alguma razão a sanção deixou de ser executada. De volta ao Brasil, viram suas respectivas penas de morte serem comutadas numa reclusão de trinta anos, por ato presidencial de março de 1945 (LAPORT, William Pereira. *A atuação da justiça expedicionária brasileira no teatro de guerra da Itália – 1944-1945* (Dissertação de Mestrado em História). Brasília: Universidade de Brasília, 2016).

Na mesma quadra, cito expediente semelhante promovido pelo Decreto 20.082 de 3 de dezembro de 1945, editado poucos meses após a finalização definitiva da II Guerra. Em seu art. 1º, o Presidente da República – José Linhares – concedeu indulto geral a todos os “*oficiais e praças que, como parte integrantes da F. E. B., na Itália, hajam cometido crimes que não os de homicídio doloso ou de deserção para o inimigo, tenham sido ou não julgados e condenados*”. Por seu turno, o art. 2º do Decreto aviou remédio para amenizar a exceção posta no art. 1º: procedeu à comutação das penas de um cabo e um soldado do Exército Brasileiro – ironia da História – que cometeram exatamente crimes de homicídios dolosos (e, bem explicado, não o fizeram em combate).

Por fim, o mais interessante para os fins do julgamento em curso, o art. 3º do Decreto 20.082/1945, que concedeu indulto individual a dois civis de nacionalidade italiana, expressamente nominados no dispositivo. Os agraciados, “funcionários do Serviço de Intendência da FEB e do Pôsto Regulador de Livorno”, haviam sido condenados pela Justiça da Força Expedicionária Brasileira por violência sexual da qual resulta lesão corporal de natureza grave (art. 198, § 4º, V, CPM), homicídio culposo (art. 181, § 3º, CPM) e lesão corporal culposa (art. 182, § 5º, CPM).

Ainda que sem pretensões de completude – porque isso é um tema à

ADPF 964 / DF

procura de um autor – digo que um percurso pela vasta lista de Decretos Presidenciais parece indicar que temos uma ligação entre a graça concedida aos “violentadores” acima referidos, no art. 3º do Decreto 20.082/1945, e o Decreto impugnado na presente ADPF, que contempla o ex-Deputado Daniel Silveira. Se vislumbro um paralelo entre esses dois episódios, não o faço por uma eventual semelhança quanto à personalidade criminosa dos agraciados – como maldosamente se poderia pensar – e sim pelas assonâncias que a compreensão constitucional subjacente ao Decreto de 2022 guarda com traços fundamentais do regime de 1937.

Com efeito, o Decreto impugnado invoca, à guisa de *fundamento de direito*, o inciso XII do artigo 84 da Constituição de 1988, que afirma que ao Presidente da República compete, privativamente, “conceder indulto e comutar penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei”. Sob tal pressuposto, dispõe, no art. 1º, que “fica concedida graça constitucional a Daniel Lucio da Silveira”. De um ponto de vista estritamente nominal – por assim dizer – a “graça constitucional”, a qual o art. 1º do Decreto impugnado menciona, não consta nem no inciso XII e tampouco em qualquer outro dispositivo do artigo 84 da Constituição Federal, que elenca as competências privativas do Presidente da República. Como bem pontuado pelo voto da Eminente Ministra Rosa Weber, Relatora, tão somente no inc. XLIII do art. 5º a Constituição de 1988 refere-se à graça, mas apenas para interditá-la para certos crimes (tortura, tráfico de entorpecentes, terrorismo e os definidos como hediondos). Se essa menção afiança que o ordenamento jurídico conhece o instituto da graça, nada diz quanto à privatividade de seu exercício nas mãos do Presidente.

Aliás, há bom tempo não se encontra, a **graça**, no campo das atribuições privativas presidenciais. Era assim na Constituição de 1937:

Art. 75. São prerrogativas do Presidente da República:

(...)

a) indicar um dos candidatos à Presidência da República;

b) dissolver a Câmara dos Deputados (...)

ADPF 964 / DF

- c) nomear os Ministros de Estado;
- d) designar os membros do Conselho Federal reservados à sua escolha;
- e) adiar, prorrogar e convocar o Parlamento;
- f) **exercer o direito de graça**;

A Constituição de 1946, por seu turno, reputava competir privativamente ao Presidente da República, em seu artigo 87, inciso XIX, “conceder indulto e comutar penas, com audiência dos órgãos instituídos em lei”. Tal redação foi mimetizada desde então. Com ligeiras adaptações relacionadas à audiência dos órgãos, também a Carta de 1967 (art. 83, XX) e a Emenda Constitucional n. 1/69 (art. 81, XXII) cingiram-se a nominar tão somente o **indulto** e a **comutação de penas** como atribuições do Chefe de Estado. **Sequer as Constituições de 1946, 1967 e 1969 aludem ao termo graça, em passagem alguma.**

A legislação processual penal, entretanto, fala, sim, de **graça** no art. 734 do Decreto-Lei n. 3.689 de 1941, o Código de Processo Penal (CPP):

“Art. 734. A **graça** poderá ser provocada por petição do condenado, de qualquer pessoa do povo, do Conselho Penitenciário, ou do Ministério Público, **ressalvada, entretanto, ao Presidente da República, a faculdade de concedê-la espontaneamente.**”

Ao lado do já referido inc. XII do art. 84 da Constituição Federal, o art. 734 do CPP integra os considerandos do Decreto em exame, a título de fundamento de direito – seu trecho final, muito convenientemente, admite que a graça seja administrada *ex officio* pelo Presidente. Essa referência ao art. 734 não deixa de ser intrigante: inserido no Título IV do CPP, pairam dúvidas até mesmo sobre sua vigência, dado que a Lei de Execuções Penais – LEP (Lei 7.210/1984) regulou integralmente a matéria. Esta não se refere, em lugar algum, ao instituto da “graça”. O mais próximo disso é quando alude, no art. 188, ao indulto individual, cuja redação não mais menciona a faculdade de o Presidente concedê-lo

ADPF 964 / DF

“espontaneamente”, como gizado no diploma legislativo de 1941 – em termos perfeitamente adequados ao universo conceitual da Carta de 1937, que devotava ao Presidente, de modo expresse, o poder de graça.

Não parece ser um mero acaso que diplomas normativos elaborados durante a vigência da Carta de 1937 falem de graça e que a legislação de regência produzida pelo Congresso Nacional após o início da ordem constitucional de 1946 evite o termo. Também não coloco na conta da “astúcia da Razão” que o ato do poder público em questionamento tenha se apoiado em dispositivo que remonta ao Estado Novo, em detrimento da regulamentação mais atual.

Tais indícios instalam a fundada suspeita de que o Decreto de 2022 seria um réquiem à Polaca de 1937. A circulação de sentido quanto ao léxico utilizado autoriza com sobras essa conjectura, mas também serve para advertir este Tribunal acerca dos riscos envoltos numa abordagem de referentes conceituais que chegam até nós pela via de uma doutrina processual penal que deita raízes na década de 1940.

Conforme exaurientemente demonstrado pela Eminente Relatora, a doutrina nacional hodierna – de forma quase monolítica – iguala a **graça** ao **indulto individual** e, assim, conduz tal instituto ao programa normativo do inciso XII do art. 84 da Constituição de 1988. Não ponho em disputa a fidelidade com a qual fora retratado pela Senhora Relatora o estado da arte, mas não posso deixar de registrar minha perplexidade quanto a esse consenso teórico majoritário, cujo dístico parece ser “as Constituições passam, a legislação penal permanece”.

Já em 1958, Otávio de Sá Barreto registrou seu desconforto com o caráter inercial da doutrina majoritária. De modo clarividente, pontificou que o art. 75 da Constituição de 1937 consagrou a prerrogativa do Presidente da República de “exercer o direito de graça” em termos deliberadamente amplos. Assim concebido, o direito de graça abarcaria o indulto, a comutação de pena, e a graça (ou perdão), o que explicava por qual razão os dispositivos do CPP aludiam, indistintamente, à graça, ao indulto sem que, com isso se chocassem com a Carta de 1937. Tal tratamento indiferenciado, todavia, não mais se justificaria com o fim do

ADPF 964 / DF

Estado Novo. Disse ele:

“É que, pela Constituição promulgada em 1.946, compete, privativamente, ao Presidente da República, segundo se lê, no n. XIX, do seu artigo 87, apenas: "Conceder indulto e comutar penas, com audiência dos órgãos instituídos em lei". Não mais se nos depara, aí, no texto imperativo da Lei das Leis, a prerrogativa anterior do exercício amplíssimo, ao supremo magistrado, do direito de graça que, não fôsse o pudor ou a conveniência de aparentar o regime democrático, abrangeria, na própria Constituição, naqueles idos tenebrosos, inclusive a anistia e a reabilitação. (SÁ BARRETO, Otávio de. *“A clementia principis de nossos dias, no direito nacional”*. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*. Vol. 6. Curitiba: UFPR, 1958, p. 209)

Se, por um lado, em Otávio de Sá Barreto sobrava clarividência para perceber que o advento da ordem democrática de 1946 exigia uma mudança de enfoque em relação à graça. Por outro lado, no Decreto de 2022 ora impugnado e nas teses que procuram salvá-lo do paiol dos refugos jurídicos, abundam uma interpretação do inciso XII do art. 84 da Constituição de 1988 à luz do Código de Processo Penal de 1941.

Veja-se bem. Estamos a tratar daquela Carta que contemplava a autoritária possibilidade de se cassar decisões do Supremo Tribunal Federal. Nos termos de seu art. 96, parágrafo único, era facultado ao Presidente da República submeter a exame do Parlamento uma lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal; se o Legislativo “confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal”. Como sabemos, o Parlamento nunca foi instalado no Estado Novo, e a regra transitória do art. 180 da Carta de 1937 tornou-se permanente, habilitando o Presidente a expedir decretos-leis sobre as matérias de competência do Legislativo. Era assim que, por decreto-lei, se cassava um acórdão do Supremo Tribunal Federal. (MENDES, Gilmar Ferreira. *“A evolução do controle de constitucionalidade no direito brasileiro”*. In: *Direitos Fundamentais e*

ADPF 964 / DF

Controle de Constitucionalidade. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 195-196)

Pois bem. A consciência a respeito desse estado de coisas obriga que o exame da juridicidade do Decreto impugnado adote por premissa aquela de realocar a Constituição de 1988 no seu devido patamar hierárquico: uma norma suprema, cujo consectário é uma relação de precedência *vis-a-vis* o restante do ordenamento jurídico. (MÜßIG, Ulrike. “A new order of ages. Normativity and Precedence”. In: MÜßIG, Ulrike (org.). *Reconsidering Constitutional Formation II: decisive constitutional normativity. From Old Liberties to New Precedence*. Cham: Springer Verlag, 2018, pp. 6-7)

O meio para que esse objetivo seja levado a sério é a técnica da interpretação conforme à Constituição. Cuida-se de instrumento especialmente vocacionado a promover a coerência do ordenamento jurídico: obsta que a legislação infraconstitucional faça “sistema em si mesma”, na medida em que promove a integração desta com o plexo normativo superior. (MODUGNO, Franco. “Metodi ermeneutici e Diritto Costituzionale”. In: *Scritti sull’Interpretazione Costituzionale*. Nápoles: Editoriale Scientifica, 2008, pp. 68 e ss.).

Essa impositação assume a premissa de que nem só de efeitos ablativos vive a jurisdição constitucional. A atividade das Cortes Constitucionais precisa adotar especial cautela para evitar a produção de resultados inconstitucionais extremos, observando um dever de gradualidade. (ZAGREBELSKY, Gustavo; MARCENÒ, Valeria. *Giustizia Costituzionale*. Bolonha: il Mulino, 2012, p. 338). Esse endereçamento teórico redimensionou a técnica da interpretação conforme à Constituição. Sua face mais evidente continua a ser aquela que produz efeito negativo; assim se dá quando, por exemplo, o Tribunal delibera pela exclusão de interpretações consideradas inconstitucionais. À essa função negativa, ajunta-se uma função positiva, preocupada com a integração e coerência do ordenamento jurídico, e que permite à jurisdição constitucional a levar a bom termo sua atividade de otimização constitucional (GUSY, Christoph. *Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht*. Berlim: Duncker und Humblot, 1985, p. 214;

ADPF 964 / DF

ZIPPELIUS, Reinhold. “Verfassungskonform Auslegung von Gesetzen”. In: *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*. Vol. 2. Tübingen: Mohr Siebeck, 1976, p. 121).

Vários dos votos proferidos na assentada anterior comungaram desse ponto de partida, quando sublinharam que a existência de um dispositivo na Constituição de 1988 que serve como norma habilitante ao Decreto impugnado não é condição suficiente para que conclua que o exercício dessa competência privativa do Presidente da República possa se dar de qualquer modo. O inciso XII do art. 84 é apenas ponto de partida, não de chegada. Afinal, “há limites implícitos naquilo que o direito autoriza”, como inexcedivelmente pontificou Lenio Streck em Parecer ofertado ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil imediatamente após a concessão da “graça” em exame:

“Um dispositivo legal ou constitucional que confere uma prerrogativa a um indivíduo em posição de poder traz limites que não estão necessariamente explícitos. Porque o próprio direito, enquanto fenômeno de limitação do arbítrio, estabelece esses limites. É o caso do indulto concedido ao parlamentar. (STRECK, Lenio Luiz. “Parecer – indulto concedido pelo Decreto Presidencial s/n de 21 de abril de 2022”. Comissão de Estudos Constitucionais do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, 24 de abril de 2022, p. 19)

Trata-se do conhecido caráter ambivalente das normas jurídicas, que no direito constitucional é particularmente visível. Conferindo-lhe tratamento conceitual apurado, a dogmática constitucional alemã trabalha essa ambivalência assentando que a mesma norma que habilita a atuação de um órgão público (norma de ação – *Handlungsnorm*) é tanto **ordem de ação** (*Handlungsanweisung*) como **limite de ação** (*Handlungsgrenze*) (SCHLAICH, Klaus. *Das Bundesverfassungsgericht: Stellung, Verfahren, Entscheidungen*. Munique: C. H. Beck, 1985, p. 224).

Nesse quadro conceitual, é fácil convir que embora o inciso XII do art. 84 da Constituição não incorra no detalhismo de esmiuçar em quais

ADPF 964 / DF

situações o exercício da prerrogativa presidencial é legítima, disso não segue que o silêncio da **norma de ação** possa ser compreendido como uma ausência de **limite de ação**.

E, no ponto, a **função positiva** da interpretação conforme à Constituição, a qual acabei de referir, mostra-se particularmente adequada para evidenciar tal limite de ação, isto é, para fixar o **parâmetro de controle** em casos como o presente, em que a atividade da jurisdição constitucional não se restringe a indicar pontos exatos dentro de uma “banda de oscilação de significados normativos possíveis de uma disposição legislativa”. Em sua dimensão positiva, interpretar uma disposição com base em outras significa realizar uma **interpretação sistemática**, isto é, **construir uma norma compatível com todas.**” (CHESSA, Omar. “Non manifesta infondatezza versus interpretazione adeguatrice?”. In: D’AMICO, Marilisa; RANDAZZO, Barbara (orgs.). *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*. Turim: Ed. Giappichelli, 2009, p. 272).

Essa impositação revela o quão juridicamente frágeis são os posicionamentos que defendem um caráter incontrastável ao Decreto de “graça constitucional”, calcados na circunstância de o ato questionado invocar como fundamento de direito a norma de ação inscrita no inciso XII do art. 84 da Constituição Federal. Desde a prolação do referido ato presidencial, não faltam vozes supostamente preocupadas em salvaguardar o texto constitucional de “interpretações ativistas”; elas não conseguem, entretanto, ocultar o essencial: por trás de uma compreensão isolacionista da competência prevista no inciso XII do art. 84 da Constituição Federal, encontra-se uma interpretação que conforma tal dispositivo à lógica processual penal do Estado Novo e, por isso, permite que a legislação “faça sistema em si mesma”.

Ainda quando a defesa da “graça” recebe o reforço da vocalização abstrata e descontextualizada de princípios formais como o da separação de poderes, o isolacionismo permanece, embora deslocado para o **resultado da interpretação**, qual seja um Presidente da República elevado à posição de soberano incontrastável. Assim, em nome da separação dos

ADPF 964 / DF

poderes, o Estado de Direito é minado por uma lógica normativa fundada em poderes exorbitantes (um *Maßnahmenstaat* na dicção de Ernst Fraenkel), que elimina exatamente a separação dos poderes (*Der Doppelstaat*. 5ª ed., aos cuidados de Alexander von Brünneck]. Berna: Stämpfli, 2023).

Ora, não consiste em mera preferência subjetiva encampar uma compreensão da Constituição cujo resultado implique na sua ruína. Não está à disposição de ninguém – seja integrante do Poder Judiciário, seja membro do Congresso Nacional – a possibilidade de adotar postura complacente com tais interpretações, que, na melhor das hipóteses (a da ingenuidade de quem a adota), traduziria uma hermenêutica suicida, pelo menos do ponto de vista democrático. Tal postura incauta olvidaria a correspondência recíproca que existe entre *direito constitucional* e *realização da Constituição*. (MAURER, Hartmut. *Direito do Estado: fundamentos, órgãos constitucionais, funções estatais*. 6ª ed. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2018, p. 71).

Também isso não é uma opção aos que exercem a jurisdição constitucional:

“É simplesmente impossível para um Tribunal Constitucional considerar-se totalmente desligado da ordem política que será afetada por suas decisões. Seria uma ilusão, e mais ainda, um intolerável formalismo positivista, estimar que no campo do direito constitucional é possível ou lícito aplicar de alguma maneira uma norma geral (como por exemplo, o princípio da igualdade dos cidadãos), uma garantia institucional ou um princípio como o Estado de Direito, sem procurar ao mesmo tempo relacioná-las de maneira coerente e significativa com a realidade política”. (LEIBHOLZ, Gerhard. “El Tribunal Constitucional de la Republica Federal Alemana y el problema de la apreciación judicial de la política”. In: *Revista de Estudios Políticos*. Vol. 26, N. 146. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1966, p. 93)

É da tessitura do direito constitucional. “Não existe norma jurídica

ADPF 964 / DF

senão norma jurídica interpretada” (*Es gibt keine Rechtsnormen, es gibt nur interpretierte Rechtsnormen*), de modo que interpretar um ato normativo nada mais é do que colocá-lo no tempo ou integrá-lo na realidade pública. (HÄBERLE, Peter. “Zeit und Verfassung”. In: DREIER, Ralf; SCHWEGMANN, Friedrich (orgs). *Probleme der Verfassungsinterpretation*. Baden-Baden: Nomos, 1976, p. 312-313).

Dessa peculiaridade da estrutura normativa constitucional Gerhard Leibholz deduz um dos mais sérios deveres de um Tribunal Constitucional: “incluir entre suas considerações as consequências políticas de sua eventual decisão”. Mas não para decidir ao sabor de um decisionismo consequencialista, e sim para se prestigiar o significado unitário que a Constituição precisa ter: considerando que a indeterminação das normas constitucionais é um dado inafastável, o Tribunal deve se assegurar de que a concepção jurídica por ele encampada gera consequências consoantes aos valores jurídicos que a Constituição precisa implementar. (LEIBHOLZ, Gerhard. “El Tribunal Constitucional de la Republica Federal Alemana y el problema de la apreciación judicial de la política”. In: *Revista de Estudios Políticos*. Vol. 26, N. 146. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1966, p. 94)

Se é certo que a democracia não pode prescindir da jurisdição constitucional, e que Tribunais Constitucionais não podem desconsiderar a realidade política, o que difere o Supremo Tribunal Federal do Congresso Nacional e demais órgãos políticos de cúpula?

Quem ajuda a responder é Dieter Grimm. Em estudo primoroso, Emérito Professor dissecou o dilema, ao enfrentar a seguinte indagação, que dá nome ao título do artigo: “O que é político na jurisdição constitucional?” (*Was ist politisch an der Verfassungsgerichtsbarkeit?*). No estudo, preleciona que é vã a procura de assentar no *objeto* da jurisdição constitucional o seu traço distintivo. Afinal, o objeto só pode ser político:

“Tribunais Constitucionais têm a tarefa de fazer valer as prescrições da Constituição. A Constituição, por sua vez, é aquele Direito que se reporta à organização e ao exercício do

ADPF 964 / DF

poder político (*politischer Herrschaft*). Ela define não somente a estrutura política básica de um país, mas também dirige, e limita, a ação política. Decisões políticas só podem reivindicar validade se forem compatíveis com a Constituição. Por isso, os objetos do controle judicial de constitucionalidade são, obrigatoriamente, ações ou omissões políticas – e via de regra ações dos órgãos de cúpula do Estado, inclusive daqueles cuja legitimação deriva diretamente do povo, por meio de eleições.” (GRIMM, Dieter. “Was ist politisch an der Verfassungsgerichtsbarkeit?”. In: *Verfassungsgerichtsbarkeit*. Frankfurt: Suhrkamp, 2019, p. 90)

Também infrutífero é divisar o traço distintivo das Cortes Constitucionais no plano do efeito (*Wirkung*) de suas decisões. Ora, tais efeitos são ineludivelmente políticos:

“É de considerável significação política decidir se uma lei aprovada com maioria no Parlamento pode, ou não, vigorar. O mesmo vale para quando um Tribunal Constitucional decide acerca da questão de se o Parlamento pode ratificar um acordo internacional celebrado pelo governo. Mesmo atos reservados ao Executivo, tais como a decisão de participar de missões de paz no exterior, podem depender da última palavra do Tribunal Constitucional. Decisões acerca de regras da competição política, como, por exemplo, a legislação eleitoral ou as leis sobre o financiamento de campanhas eleitorais, têm enormes consequências políticas. Nunca um efeito político de uma decisão de Tribunal foi mais evidente do que aquela do caso *Bush v. Gore*”. (GRIMM, Dieter. “Was ist politisch an der Verfassungsgerichtsbarkeit?”. In: *Verfassungsgerichtsbarkeit*. Frankfurt: Suhrkamp, 2019, p. 91)

É apenas em uma terceira dimensão da jurisdição constitucional, aquela relativa à **atividade** (*Vorgang*) de controlar a constitucionalidade das leis, que aparece a especificidade dos Tribunais Constitucionais. Aqui, “é evidente que acontece uma *mudança de arenas* quando um ato político é

ADPF 964 / DF

atacado perante um Tribunal Constitucional. Mudam os agentes, os critérios e o procedimento (*Verfahren*). De sujeito, a política passa a ser objeto.” (GRIMM, Dieter. “Was ist politisch an der Verfassungsgerichtsbarkeit?”. In: *Verfassungsgerichtsbarkeit*. Frankfurt: Suhrkamp, 2019, p. 92)

Essa ordem de ideias deveria ser suficiente para evidenciar que só pode ser considerada vã a insistência dos que advogam que o Supremo Tribunal Federal não poderia sequer conhecer das ADPFs apregoadas, ao argumento de que o Decreto nelas adversado, que veicula uma “graça constitucional”, seria um **ato puramente político**. Se é assim, como explicar que o mais elevado produto da atividade política, a Lei, possa se colocar em relação de subordinação (formal e material) com a Constituição, com a possibilidade constante de ser anulada por Tribunal? Seja em razão da omissão dos Parlamentos europeus para a contenção dos fascismos nacionais, no Entreguerras, seja pela inflação legislativa que acompanhou o início do Estado Social, o fato é que as várias ordens jurídicas nacionais que até então não conheciam a supremacia constitucional, passaram a conhecê-la por meio do estabelecimento de uma jurisdição constitucional (MENDES, Gilmar Ferreira. GONET, Paulo Branco. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2022, p. 991; SAJÓ, András; UITZ, Renáta. *The Constitution of Freedom: an introduction to legal constitutionalism*. Oxford: Oxford University Press, 2017, pp. 326 e ss.).

Gustavo Zagrebelsky captura conceitualmente esse movimento histórico como a passagem do Estado de Direito para o Estado Constitucional (*Verfassungsstaat*). (ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il Diritto Mitte*. Bolonha: il Mulino, 1992). Este último traduz uma concordância prática entre, de um lado, a necessidade política de forjar uma unidade territorial com poder de mando e, de outro, a construção de uma nova forma de relacionamento entre o indivíduo e o Estado, segundo a qual a cidadania promovida pelo *medium* de padrões de cidadania encartados nos direitos fundamentais (THORNHILL, Chris. “A Constituição de Weimar como uma Constituição militar.” In: BERCOVICI, Gilberto (org.).

ADPF 964 / DF

Cem Anos da Constituição de Weimar. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 271).

A novidade que o Estado Constitucional encerra é aquela de colocar o poder do Estado na condição de poder defensor desses direitos fundamentais (KRIELE, Martin. *Introducción a la teoría del Estado: fundamentos históricos de la legitimidad del Estado constitucional democrático*. Trad. Eugênio Bulygin. Buenos Aires: Depalma, 1980, pp. 149-150). Do ponto de vista prático, essa posição de garante tinha por pressuposto que o ordenamento jurídico fosse imerso num processo de constitucionalização (PETERS, Anne. “Rechtsordnungen und Konstitutionalisierung: Zur Neubestimmung der Verhältnisse”. In: ZÖR, Vol. 65, 2010, pp. 10-11).

E todo esse amplo movimento histórico resultou no consenso civilizatório que exige que os detentores de poder de decisão atuem dentro de limites prescritos, estando os seus atos vinculados a determinados procedimentos. Não por tirania da toga nem por capricho de uma “juristocracia”: é por força da própria soberania popular que assembleias constituintes exigem que os atos praticados pelos órgãos políticos representativos possam ser objeto de crítica e controle. (GRIMM, Dieter. “Verfassungserichtbarkeit – Funktion und Funktionsgrenzen in demokratischem Staat”. In: *Jus-Didaktik*. N. 4, Munique, 1977, pp. 83-95)

Tem-se aí, em verdade, um modelo de *fiscalização democrática* dos atos do Poder Público, seja pela origem – decisão política constituinte –, seja em termos finalísticos: busca-se a manutenção de uma nova concepção substancial de ordem democrática, fundada em valores inegociáveis, segundo a qual o pluralismo político de uma sociedade aberta depende de exigentes pressupostos, tais como a separação dos poderes e a independência dos tribunais. (HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. Trad. Hector Fix-Fierro, México D.F: Universidad Autónoma de México; 2001, p. 7).

Como muito bem ressaltado pelo Ministro Roberto Barroso, em sede doutrinária, o novo populismo autoritário sabe muito bem a importância que o princípio da separação dos poderes e a posição de autonomia do

ADPF 964 / DF

Poder Judiciário possuem para a manutenção do Estado Constitucional, e não por acaso envidam seus esforços para erodir o primeiro e inviabilizar o segundo (BARROSO, Luís Roberto. “Populismo, autoritarismo e resistência democrática: as cortes constitucionais no jogo do poder”. In: *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro: UERJ, 2022, p. 4-5, principalmente).

Se é bem verdade que, lamentavelmente, observamos vários Tribunais Constitucionais que foram desarticulados em países que tiveram seu sistema político tragado pelo populismo, por outro lado vem da Suprema Corte do Reino Unido (UKSC) um exemplo primoroso de como lidar com expedientes inconstitucionais como o que estamos a julgar na presente assentada. Refiro-me ao caso *Cherry/Miller* ([2019] UKSC 41), pelo qual a Corte invalidou a decisão do Gabinete Britânico de suspender o funcionamento do Parlamento às vésperas do *Brexit*.

Os autores da ação judicial – um grupo de 75 parlamentares liderados pela Deputada Joanna Cherry e a ativista anti-*Brexit* Gina Miller – alegavam que o Primeiro-Ministro Boris Johnson aconselhou a Rainha Elizabeth II a suspender as atividades parlamentares (*prorogation*) com o propósito de sabotar o funcionamento da Câmara dos Comuns (*House of Common*). Na perspectiva dos autores, tal Casa representaria o maior obstáculo para o alcance do grande plano político do Gabinete, a retirada do Reino Unido da União Europeia sem a celebração de um acordo de transição. Considerando o termo final das negociações (31 de outubro de 2019), a suspensão do funcionamento parlamentar por cinco semanas consecutivas, de 9 de setembro a 14 de outubro de 2019, comprometeria substancialmente a capacidade do Parlamento de controlar o Gabinete.

Com inexcedível acerto, os juízes da Suprema Corte reconheceram a possibilidade de controle jurisdicional do ato de *prorogation*. No ponto, averbaram que é longa a tradição britânica de controle de prerrogativas (régias) por parte do Judiciário inglês: já em 1611 (*Case of Proclamations*), fora fixado o entendimento de que toda prerrogativa constitucional deve ser exercida com observância dos limites projetados pelo ordenamento jurídico (“*the King has no prerogative, but that which the law of the land allows him*”).

ADPF 964 / DF

Firmada a justiciabilidade do caso, a Corte prosseguiu na construção de um critério de julgamento (um *standard*). Para tanto, os juízes reconheceram que é um exercício de poder de prerrogativa a decisão régia (precedida do aconselhamento do Primeiro-Ministro) de levar a efeito uma suspensão das atividades parlamentares (*prorogation*). O inegável caráter político dessa decisão, entretanto, não é suficiente para reputá-la imune ao controle jurisdicional. O critério de julgamento (*standard*) foi exatamente esse: no sistema britânico, em que o Governo é responsável ao Parlamento, um ato que suspende as atividades deste é antijurídico (*unlawful*) quando o seu efeito é o de frustrar ou obstar, sem justificação razoável, a capacidade do mesmo Parlamento de cumprir sua função constitucional de supervisionar o Gabinete ([2019] UKSC 41, parágrafo 50).

De posse desse critério, decidiu-se, no caso concreto, que o Gabinete promoveu um aconselhamento inconstitucional, na medida em que frustrou a capacidade do Parlamento de fiscalizar as ações do Poder Executivo em meio a um momento singular da política externa britânica. A Suprema Corte foi enfática ao consignar que o parâmetro de controle construído ocupa-se de razões faticamente identificáveis, e não de intenções. Nessa senda, o acórdão asseverou que os “**motivos**” que embalsamaram o Primeiro-Ministro não são sindicáveis; o ponto central é saber se há qualquer **razão** para fechar o Parlamento por cinco semanas (parágrafo 58).

A essa altura, o Tribunal já estava plenamente informado, pelo depoimento prestado pelo ex-Primeiro Ministro John Major, de que segundo o costume parlamentar longamente estabelecido, a *prorogation* é mormente utilizada para preparar o programa de governo enunciado no Discurso da Rainha (atualmente, Discurso do Rei), e tem por duração média apenas seis dias. De posse desse quadro, a Suprema Corte do Reino Unido sentenciou: “*É impossível para nós concluir, com base nas provas que foram colocadas diante de nós, que haja qualquer razão – muito menos uma boa razão – para aconselhar Sua Majestade a suspender o Parlamento por cinco semanas (...)*”. Dessa forma, se não se pode “*especular, na ausência de outras*

ADPF 964 / DF

provas, por quais razões” assim foi feito, essa impossibilidade reforça que a decisão é contrária ao direito (parágrafo 61).

Cogito que a abordagem reservada ao *Prorogation*, por parte da Corte do Reino Unido, traduz um estilo adequado de como conduzir o controle da conformidade jurídica de expedientes abusivos do populismo autoritário, do qual a “graça constitucional” que ora se julga é exemplar representativo.

Com efeito, a questão central que aqui se coloca não é saber se o Presidente da República pode conceder indulto. O que importa é indagar se há alguma razão jurídica idônea que justifique a concessão da graça veiculada no Decreto impugnado.

Sob esse enfoque, minimalista, o que está sendo anunciado como um “hard case”, passa a conhecer deslinde relativamente singelo. Os considerandos reduzidos a escrito no Decreto flertam com uma realidade alternativa dos fatos ao verbalizar que “a sociedade encontra-se em legítima comoção, em vista da condenação de parlamentar resguardado pela inviolabilidade de opinião deferida pela Constituição, que somente fez uso de sua liberdade de expressão”. **O agraciado não fora condenado na AP 1044 por ter proferido um discurso na Tribuna da Câmara acerca do papel do Estado no domínio econômico, mas por ter proferido ameaças contra membros do Poder Judiciário, incitado animosidade entre as Forças Armadas e instituições civis e veiculado propostas de fechamento da Suprema Corte e de renovação de atos antidemocráticos utilizados no período mais repressivo da ditadura militar, o Ato Institucional n. 5, de 13 de dezembro de 1968.**

Não desconheço que constitucionalistas que entendem possível a concessão de graça (individual) com apoio no inciso XII do art. 84 da Constituição preconizam que deve ser levada em conta as características do caso concreto, e não do delito abstratamente considerado. Sob esse prisma, nem o Decreto impugnado nem nada mais nos autos milita a favor do agraciado, cuja longa ficha corrida de abusos foi recuperada pelo Ministério Público na peça acusatória inicial da AP 1044:

“O denunciado é um ex-soldado da Polícia Militar do

ADPF 964 / DF

Estado do Rio de Janeiro, instituição na qual se notabilizou pelo mau comportamento, faltas, atrasos e, sobretudo, a gravação e postagem de vídeos ofensivos na rede social (...)."

O acusado praticou 'numerosas transgressões funcionais', que lhe renderam um total de vinte e seis dias de prisão, cinquenta e quatro dias de detenção, quatorze repreensões e duas advertências, bem como a abertura de um processo administrativo disciplinar pela Corregedoria que o levou à sua exclusão da Polícia Militar no dia 4 de outubro subsequente (...)."

Por tudo isso, tenho que estão absolutamente ausentes quaisquer razões aptas a justificar o Decreto impugnado. Faço minhas as palavras dos que me antecederam – nomeadamente a Senhora Presidente, a quem rendo minhas homenagens novamente – no sentido de que a “graça constitucional” em comento situa-se no contexto de uma campanha errática de deslegitimação dos poderes constitucionais, avalizando ameaças graves contra a segurança e a vida dos membros deste Supremo Tribunal Federal. Não é preciso ter grande imaginação para ver que, por trás da pomposa invocação de uma competência privativa do Poder Executivo para perdoar a pena do ex-parlamentar, há uma peça vulgar de puro proselitismo político, cujo efeito prático é o de validar expedientes subversivos praticados pelo agraciado em detrimento do funcionamento de instituições centrais da democracia.

Ao tempo em que encerro, reputo importante averbar que a questão controvertida nos presentes autos é avessa a soluções que articulem com formulações gerais e abstratas. A tese que o Tribunal fixa, hoje, será distorcida nos considerandos do próximo ato abusivo. Seria muito cômodo, por exemplo, assentar a tese de que o Decreto impugnado é inconstitucional porque agraciou o condenado antes do trânsito em julgado. Tal encontraria apoio em jurisprudência secular deste Supremo Tribunal Federal, que exige o trânsito em julgado desde 1903 (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1946*.

ADPF 964 / DF

Vol. III. Rio de Janeiro: Borsoi, 1963, p. 118). Firmada essa tese, este Tribunal serviria de assessor daquele que abusa do direito, aconselhando o titular da competência privativa para que, da próxima vez, espere a preclusão do prazo recursal. A propósito, eu mesmo guardo minhas dúvidas quanto à subsistência da graça individual na ordem institucional pós-1946, tanto o mais no presente marco da Constituição de 1988. Tenho, também, convicção de que o caso vertente é impróprio para estabelecer tese a respeito. Um uso responsável da graça poderia cumprir um fim humanitário e, nessa medida, a depender do caso concreto, claro, nutrir um objetivo conforme aos direitos fundamentais.

Ante o exposto, na ausência de qualquer razão idônea que autorize a edição do Decreto impugnado, acompanho a Eminente Relatora, adotando os fundamentos expostos no irretocável voto de Sua Excelência e mais estes que acabo de vocalizar.

É como voto.

10/05/2023

PLENÁRIO

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 964
DISTRITO FEDERAL**

INCIDÊNCIAS AO VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Só para relembrar, Presidente, é importante destacar que a Carta de 1937 continha, em seus dispositivos permanentes, autorização para que o Parlamento, o Congresso Nacional, cassasse decisões do Supremo e confirmasse sua constitucionalidade - esse era um texto da disposição permanente.

Como se sabe, não houve parlamento em 1937. A solução veio nas fórmulas "enquanto", nas disposições transitórias. "Enquanto" não houvesse parlamento, essas disposições e autorizações ficavam transferidas ao Presidente da República, que fez uso desse poder: cassou decisões do Supremo e confirmou a constitucionalidade de leis declaradas inconstitucionais pelo Supremo.

Não precisamos destacar, portanto, o caráter flagrantemente iliberal, para usar uma expressão muito ao gosto do atual público, do texto de então.

10/05/2023

PLENÁRIO

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 964
DISTRITO FEDERAL****INCIDÊNCIAS AO VOTO**

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Aquilo que, na doutrina constitucional, nós chamamos de interpretação da Constituição segundo a lei. Ao contrário do que se deve fazer: interpretar as leis segundo a Constituição. Eu aproveito, Presidente, para lembrar esse ilustre curitibano, inclusive por falas que me foram atribuídas e que não correspondem a nenhum sentido que eu pretendi atribuir. Quando falei que Curitiba produziu o fascismo e as virulências que nós vimos, inclusive o Governo Bolsonaro, estava me referindo à "República de Curitiba", que era assim chamada por esses autores, mas não estava me referindo à Curitiba.

Pelo contrário, na minha formação, Presidente, há uma marca indelével que é a *VII Conferência dos Advogados*, realizada em Curitiba, em 1978, em que tive a oportunidade de encontrar gente como Pontes de Miranda, Oscar Correia, Evaristo de Moraes Filho. Essa conferência era presidida por ninguém mais ninguém menos do que Raymundo Faoro, um nome que honra as letras jurídicas até mesmo pelo seu trabalho, pelo que escreveu sobre *Os Donos de Poder*, um clássico da nossa literatura política e sociológica, mas também por sua visão de política, que ia para muito além dos aspectos comezinhos. Ministro Edson Fachin.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Vossa Excelência me concede um breve aparte, Ministro Gilmar? Apenas para subscrever a lembrança da histórica *VII Conferência Nacional da OAB*, que foi sobre *O Estado de Direito*, em Curitiba.

A abertura foi no Teatro Guaíra, desenvolveu-se no prédio histórico da centenária Universidade Federal do Paraná. E me recordo de ter assistido à conferência de Pontes de Miranda sobre a restauração da garantia do *habeas corpus*. E ele fez, na verdade, duas conferências: uma no evento da OAB e uma outra, a convite do glorioso Centro Acadêmico Hugo Simas da Faculdade de Direito, para os estudantes no teatro da

ADPF 964 / DF

reitoria da Universidade Federal do Paraná. Portanto, esta é uma marca da cidade de Curitiba e do povo curitibano, dentre eles, Otávio de Sá Barreto, lembrado agora também por Vossa Excelência, um ilustre curitibano e paranaense.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Obrigado, Ministro Fachin, por esse acréscimo. E ainda ontem, em função desse incidente, Presidente, eu conversava com meu amigo de tantos anos, o prefeito de Curitiba, um belo prefeito, Rafael Greca, que eu tive a honra de conhecer e com ele conviver no Governo Fernando Henrique Cardoso.

Eu sempre quando falo do Governo Fernando Henrique Cardoso, lembro que a gente vivia bons tempos, era uma gente muito educada, muito civilizada. Quando a gente, depois, viu os padrões que se foram comprometendo ao longo dos anos, eu me lembro de Serra, Malan, do próprio Presidente Fernando Henrique, Pedro Parente e tantos outros. Eu, de vez em quando, lembro-me e falo que parecia que a gente tinha um *dream team*.

Mas eu me lembro também de Pelé. Eu brinco, até hoje, com os colegas estrangeiros que me visitam e veem minhas fotos com o Pelé. Eu digo que fui colega de Pelé, e eles querem saber em que posição eu jogava, e eu digo que fui colega do Pelé no Governo Fernando Henrique Cardoso.

Meu amigo santista Eduardo Alckmin está aqui e nós, que já sofremos tanto pelo Santos, mas também tivemos boas vitórias, sabemos dessa boa memória.

10/05/2023**PLENÁRIO****ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 964
DISTRITO FEDERAL**

RELATORA	: MIN. ROSA WEBER
REQTE.(S)	: REDE SUSTENTABILIDADE
ADV.(A/S)	: FLAVIA CALADO PEREIRA
INTDO.(A/S)	: PRESIDENTE DA REPÚBLICA
PROC.(A/S)(ES)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
AM. CURIAE.	: PARTIDO TRABALHISTA BRASILEIRO - PTB
ADV.(A/S)	: LUIZ GUSTAVO PEREIRA DA CUNHA
AM. CURIAE.	: PARTIDO DOS TRABALHADORES
ADV.(A/S)	: EUGENIO JOSE GUILHERME DE ARAGAO
AM. CURIAE.	: PARTIDO LIBERAL - PL
ADV.(A/S)	: MARCELO LUIZ AVILA DE BESSA

OBSERVAÇÃO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (PRESIDENTE E RELATORA) - Agradeço a Vossa Excelência, Ministro Gilmar Mendes.

O voto de Vossa Excelência me faz explicitar algo que apenas referi, *en passant*, na leitura de meu voto, dizendo que estava respeitando o estado atual da arte, tanto na nossa jurisprudência quanto na doutrina, em relação à persistência do instituto da graça individual ou indulto individual em nosso ordenamento jurídico.

Não fiz a leitura, apenas a referência. Deixei de ler vinte laudas do meu voto, em que manifesto exatamente essa mesma inquietação que Vossa Excelência expõe: a dificuldade ou impossibilidade de se fazer a leitura do texto constitucional a partir da legislação infra e pré-constitucional. A mim, realmente, na verdade, parece que, de fato, o instituto do indulto individual ou da graça individual, entendidos aqui como sinônimos, são pelo menos incompatíveis, aparentemente, com a Constituição de 1988, por todos os princípios informadores da Administração Pública, princípios democráticos e princípios republicanos. Por isso disse que superava a questão, considerada a

ADPF 964 / DF

jurisprudência do Tribunal e a doutrina majoritária, mas deixei, no voto, essas minhas preocupações, no sentido da não recepção do instituto como tal na ordem constitucional de 1988. Enfim, é um tema muito interessante.

O Ministro André havia sugerido que pensássemos, eventualmente, em uma tese. Agora até encontro reforço nas considerações de Vossa Excelência quanto a ponderar que o Tribunal entendeu, em assentadas anteriores, que esse debate, nas ações de controle concentrado, sobre estipular ou não tese, ainda não estava suficientemente amadurecido, ainda mais em uma sessão como essa, em que não estamos com nosso quórum completo.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 964

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATORA : MIN. ROSA WEBER

REQTE.(S) : REDE SUSTENTABILIDADE

ADV.(A/S) : FLAVIA CALADO PEREIRA (3864/AP, 24842-A/MA)

INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

AM. CURIAE. : PARTIDO TRABALHISTA BRASILEIRO - PTB

ADV.(A/S) : LUIZ GUSTAVO PEREIRA DA CUNHA (28328/DF, 137677/RJ, 462972/SP)

AM. CURIAE. : PARTIDO DOS TRABALHADORES

ADV.(A/S) : CRISTIANO ZANIN MARTINS (32190/DF, 96503/PR, 153599/RJ, 172730/SP)

ADV.(A/S) : EUGENIO JOSE GUILHERME DE ARAGAO (04935/DF, 30746/ES, 428274/SP)

AM. CURIAE. : PARTIDO LIBERAL - PL

ADV.(A/S) : MARCELO LUIZ AVILA DE BESSA (12330/DF, 1565A/MG, 474139/SP)

Decisão: Após a leitura do relatório e a realização das sustentações orais, o julgamento foi suspenso. Falaram: pelo *amicus curiae* Partido dos Trabalhadores, o Dr. Miguel Filipi Pimentel Novaes; e, pela Procuradoria-Geral da República, o Dr. Antônio Augusto Brandão de Aras, Procurador-Geral da República. Presidência da Ministra Rosa Weber. Plenário, 27.4.2023.

Decisão: Após o voto da Ministra Rosa Weber (Presidente e Relatora), que conhecia da arguição de descumprimento de preceito fundamental e, no mérito, julgava procedente o pedido formulado, para declarar a inconstitucionalidade do Decreto de 21 de abril de 2022, editado pelo Presidente da República à época, que concedeu "graça constitucional" ao então Deputado Federal Daniel Lucio da Silveira, o julgamento foi suspenso. Ausente, justificadamente, o Ministro Roberto Barroso. Plenário, 3.5.2023.

Decisão: Em continuidade de julgamento, após o voto do Ministro André Mendonça, que acompanhava a Relatora, Ministra Rosa Weber (Presidente), quanto à rejeição das preliminares, mas, no mérito, julgava improcedentes as arguições de descumprimento de preceito fundamental (nºs 964, 965, 966 e 967); do voto do Ministro Nunes Marques, que acolhia a preliminar de não conhecimento da ADPF 964, suscitada pela Procuradoria-Geral da República, e, no mérito, julgava improcedentes todas as arguições; e dos votos dos Ministros Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Toffoli e Cármen Lúcia, que acompanhavam a Relatora na rejeição das preliminares e no juízo de procedência

das ADPFs para reputar inconstitucional o Decreto presidencial impugnado, nos termos dos votos proferidos, o julgamento foi suspenso. Ausente, ocasionalmente, o Ministro Luiz Fux. Plenário, 4.5.2023.

Decisão: O Tribunal, por maioria, conheceu da ADPF 964, vencido, no ponto, o Ministro Nunes Marques. Por unanimidade, conheceu das ADPFs 965, 966 e 967. No mérito, por maioria, julgou procedente o pedido formulado, para declarar a inconstitucionalidade do Decreto de 21 de abril de 2022, editado pelo Presidente da República à época, que concedeu "graça constitucional" ao então Deputado Federal Daniel Lucio da Silveira. Tudo nos termos dos votos proferidos, vencidos os Ministros André Mendonça e Nunes Marques, ausente, justificadamente, tendo proferido voto em assentada anterior. Redigirá o acórdão a Ministra Rosa Weber (Presidente e Relatora). Plenário, 10.5.2023.

Presidência da Senhora Ministra Rosa Weber. Presentes à sessão os Senhores Ministros Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Roberto Barroso, Edson Fachin, Alexandre de Moraes e André Mendonça.

Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Nunes Marques.

Vice-Procuradora-Geral da República, Dra. Lindôra Maria Araújo.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário