

# O CASO CARANDIRU: CONTROLE DO INDULTO DA LETALIDADE POLICIAL

## *THE CARANDIRU CASE: PARDON CONTROL OF POLICE LETHALITY*

Márcio Augusto Friggi de Carvalho<sup>1\*</sup>

Octahydes Ballan Junior<sup>2\*\*</sup>

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Contornos a respeito da concessão da graça e do indulto. 3. A possibilidade de controle dos decretos de indulto geral e/ou individual. 3.1. O controle do indulto sob a ótica do constitucionalismo abusivo. 3.2. O controle do indulto sob a ótica da convencionalidade: descumprimento de obrigações internacionais assumidas pela República Federativa do Brasil. 3.3. O controle do indulto sob a ótica da tutela da vida humana: bem jurídico situado no epicentro do sistema de proteção constitucional. 4. A afronta ao princípio democrático por violação à soberania dos veredictos. 5. Considerações finais. Referências.

**Resumo:** No dia 2 de outubro de 1992, o Brasil presenciou a operação policial mais letal de sua história: 341 agentes da Polícia Militar do Estado de São Paulo foram enviados para conter uma rebelião na Casa de Detenção (“Carandiru”); em aproximadamente 20 minutos, 111 presos foram mortos. Os responsáveis foram julgados e condenados pelo tribunal do júri, mas até hoje não iniciaram o cumprimento das respectivas penas. Em 22 de dezembro de 2022, o Presidente da República editou o Decreto n. 11.302 e concedeu indulto que favoreceu os agentes de segurança pública. Tendo o “Caso Carandiru” como foco, o presente artigo pretende responder o seguinte problema de pesquisa: o mencionado decreto presidencial pode ser objeto de controle pelo Supremo Tribunal Federal por eventual violação

1 **Márcio Augusto Friggi de Carvalho:** 6º Promotor de Justiça do II Tribunal do Júri de São Paulo. Atualmente, exerce suas funções na Assessoria Jurídica Criminal da Procuradoria-Geral da República perante o Superior Tribunal de Justiça e na Assessoria Jurídica da Procuradoria-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo. Atuou no Grupo Especial de Combate ao Crime Organizado (GAECO) entre 2010 e 2013, exercendo as funções de Coordenador Estadual (Secretário-Executivo do GAECO) em 2015. Doutor em Direito Processual Penal e Mestre em Direito Penal pela PUC/SP. Extensão universitária em Direito Penal e Processual Penal pela Georg-August Universität, Göttingen, Alemanha. Professor de Direito Penal dos programas de graduação e pós-graduação da PUC/SP e do G7 Jurídico. Trabalhou em centenas de casos afetos ao Tribunal do Júri, destacando-se julgamentos de repercussão nacional e internacional, como o homicídio do ex-prefeito de Santo André Celso Daniel e o Massacre do Carandiru. Autor de obras jurídicas.

2 **Octahydes Ballan Junior:** Doutor e mestre em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (Uni-CEUB). Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Franca. Pós-graduado em Ciências Criminais (Unama); Estado de Direito e Combate à Corrupção (Esmat); Processo Civil (PUC-Minas); Crime Organizado, Corrupção e Terrorismo (Universidade de Salamanca/Espanha) e Direitos Humanos (Universidade Pablo de Olavide, Sevilha/Espanha). Promotor de Justiça no Estado do Tocantins. Membro Auxiliar da Procuradoria-Geral da República na Assessoria Jurídica Criminal no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal. Professor da Escola Superior do MP/TO e da Escola da Magistratura do Paraná.

de comandos constitucionais e normativas internacionais? A pesquisa é bibliográfica, aplicando-se a dogmática jurídica, complementada, em menor extensão, pela análise de documentos e registros do caso concreto, concluindo pela inconstitucionalidade e inconveniência do perdão presidencial.

**Palavras-chave:** Caso Carandiru. Letalidade policial. Decreto de indulto. Controle judicial.

**Abstract:** *On October 2, 1992, Brazil witnessed its deadliest police operation in history: 341 State of São Paulo Military Police officers were sent to contain a rebellion in the House of Detention (“Carandiru”); in approximately 20 minutes, 111 prisoners were killed. Those responsible were tried and convicted by the jury, but they have not yet begun serving their sentences. On December 22nd, 2022, the President of the Republic issued Decree No. 11,302 and granted a pardon that favored public security agents. Focusing on the “Carandiru Case”, this article aims to answer the following research problem: can the aforementioned presidential decree be subject to control by the Federal Supreme Court for possible violation of constitutional commands and international regulations? The research is bibliographical, applying legal dogmatics, complemented, to a lesser extent, by the analysis of documents and records of the concrete case, concluding that the presidential pardon is unconstitutional and unconventional.*

**Keywords:** *Carandiru case. Police lethality. Decree of pardon. Judicial control.*

## 1. INTRODUÇÃO

No dia 2 de outubro de 1992, uma sexta-feira, por volta das 16h30, 341 agentes da Polícia Militar do Estado de São Paulo foram enviados para conter uma rebelião no Pavilhão 9 da Casa de Detenção, no Complexo do Carandiru, em São Paulo. Os agentes da força policial entraram no estabelecimento prisional com cães, bombas e armas de grosso calibre. Dados oficiais<sup>3</sup> noticiam que foram disparados em torno de 3,5 mil tiros num espaço temporal de aproximadamente 20 minutos. O saldo da operação assim se resume: 111 presos mortos.

Passados mais de 30 anos daquela que foi a operação policial de maior letalidade no sistema prisional brasileiro, os responsáveis, embora julgados e condenados pelo tribunal do júri, não iniciaram o cumprimento das respectivas penas. A verdadeira *via crucis* processual

---

3 As informações constam dos autos do Processo n. 0338975-60.1996.8.26.0001, da 2ª Vara do Júri da Comarca da Capital do Estado de São Paulo.

envolve a anulação, pelo Tribunal de Justiça de São Paulo<sup>4,5</sup>, de todos os cinco julgamentos em plenário, a reforma dessa decisão pelo Superior Tribunal de Justiça<sup>6</sup>, com o restabelecimento das condenações, e a manutenção das decisões do júri pelo Supremo Tribunal Federal<sup>7</sup>.

Vencidas essas etapas, os autos voltaram ao Tribunal de Justiça de São Paulo para análise das apelações, naquilo que dizem respeito à dosimetria das penas, quando o curso processual foi obstado pela edição do Decreto n. 11.302, de 22 de dezembro de 2022<sup>8</sup>, pelo Presidente da República, concedendo indulto aos agentes públicos integrantes de órgãos de segurança pública e que, no exercício das funções ou em decorrência delas, tenham sido condenados, ainda que provisoriamente, por fato praticado há mais de trinta anos, contados da data da publicação do mencionado ato normativo, e não considerado hediondo no momento de sua prática (art. 6º, *caput*), aplicando-se o perdão presidencial às pessoas que, no momento do fato, integravam os órgãos de segurança pública na qualidade de agentes públicos (parágrafo único).

O art. 7º, II, do mesmo Decreto n. 11.302/2022 dispõe que o indulto não abrange os crimes praticados mediante grave ameaça ou violência contra a pessoa ou com violência doméstica e familiar contra a mulher, mas o § 3º ressalva que essa previsão não se aplica na hipótese do art. 6º.

Apesar de aparente generalidade, abstração e autonomia, o ato normativo está direcionado, ao menos quanto ao contido no art. 6º, a alcançar destinatários certos, é dizer, os agentes da força policial que ingressaram no Pavilhão 9 da Casa de Detenção no dia 2 de outubro de 1992, afinal o Decreto, editado em dezembro de 2022, renuncia o direito de o Estado punir policiais condenados, ainda que provisoriamente, por crime praticado há mais de 30 anos e que não era considerado hediondo à época, exatamente a situação posta no Caso Carandiru.

4 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Criminal n. 00338975-60.1996.8.26.0001**. Rel. Des. Ivan Sartori. São Paulo, 4ª Câmara Criminal.

5 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Embargos Infringentes n. 00338975-60.1996.8.26.0001/50001**. Rel. Des. Luis Soares de Mello Neto. São Paulo, 4ª Câmara Criminal, j. 11 abr. 2017.

6 Número do recurso não divulgado. Matéria disponível em: <<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/09062021-Ministro-restabelece-condenacoes-do-juri-por-massacre-do-Carandiru.aspx>>. Acesso em: 24 maio 2023.

7 Recursos Extraordinários com Agravo (AREs) n. 1.158.494 e 1.196.593.

8 BRASIL. Presidência da República. **Decreto n. 11.302, de 22 de dezembro de 2022**. Concede indulto natalino e dá outras providências. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2022/decreto/d11302.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/decreto/d11302.htm)>. Acesso em: 24 maio 2023.

Compreendidos os contornos fático-jurídicos, o presente artigo científico busca resposta para o seguinte problema de pesquisa: o indulto previsto no art. 6º, *caput* e parágrafo único, do Decreto n. 11.302, de 22 de dezembro de 2022, pode ser objeto de controle pelo Supremo Tribunal Federal por eventual violação de comandos constitucionais e normativas internacionais?

Sabe-se que, em 27 de dezembro de 2022, a Procuradoria-Geral da República, questionando os dispositivos acima referidos, ingressou com a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 7.330, da relatoria do Min. Luiz Fux. A tese central adotada na ação consiste na violação do disposto no art. 5º, XLIII, CF, que veda a concessão de fiança, graça ou anistia aos delitos de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e aos definidos como crimes hediondos.

A Procuradoria-Geral da República sustenta que o decreto concessivo do indulto não pode alcançar delitos que, *no momento da sua edição*, estejam definidos como hediondos, “pouco importando se, na data do cometimento do crime, este não se qualificava pela nota de hediondez”<sup>9</sup>.

Na data de 16 de janeiro de 2023, a Min. Rosa Weber, Presidente do Supremo Tribunal Federal, durante o plantão, deferiu o pedido de medida cautelar e suspendeu “(i) a expressão no momento de sua prática constante da parte final do art. 6º, *caput*, do Decreto Presidencial 11.302/2022 e (ii) o § 3º do art. 7º do Decreto Presidencial 11.302/2022”<sup>10</sup>.

Considerando que a questão da aferição da hediondez ao tempo do fato ou do momento da edição do decreto de indulto já é objeto da ADI ajuizada pela Procuradoria-Geral da República, essa temática, sem embargo de sua relevância, não compõe o objeto do presente estudo, que tem o objetivo específico de avaliar eventuais outras violações autorizadas de apreciação judicial, no âmbito do controle concentrado, com o objetivo geral de responder o problema proposto acima.

Parte-se da hipótese de que o perdão concedido a agentes do Estado responsáveis pela ação policial mais letal da história do país, registrada

---

9 BRASIL. Procuradoria-Geral da República. **Ação direta de inconstitucionalidade com pedido de medida cautelar**. Disponível em: <<https://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/adi-decreto-indulto-natalino>>. Acesso em: 24 maio 2023.

10 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade com pedido de medida cautelar n. 7.330**. Requerente: Procurador-Geral da República. Rel. Min. Luiz Fux. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=6543644>>. Acesso em: 24 maio 2023.

no interior de uma unidade prisional, viola preceitos fundamentais e normativas internacionais, autorizando o controle judicial, com a sua consequente retirada do ordenamento jurídico.

Cuida-se de pesquisa bibliográfica, aplicando-se a dogmática jurídica, complementada, em menor medida, pela análise de documentos e registros do caso concreto, mais especificamente, de elementos de informação contidos nos autos do Processo n. 0338975-60.1996.8.26.0001, da 2ª Vara do Júri da Comarca da Capital do Estado de São Paulo.

## 2. CONTORNOS A RESPEITO DA CONCESSÃO DA GRAÇA E DO INDULTO

Como demonstrado no tópico precedente, o art. 6º do Decreto n. 11.302/2022, na verdade, constitui um ato de graça, com destinatários certos. Nessa ordem de ideias, o benefício dependia de pedido dos interessados, o que não ocorreu, violando a legislação de regência. Antes da Lei n. 7.210/84 – Lei de Execução Penal (LEP), os institutos da graça e do indulto eram tratados somente no Código de Processo Penal (CPP), disciplinando seu art. 734 que a graça seria provocada por petição do condenado, por qualquer pessoa do povo, pelo Conselho Penitenciário, ou pelo Ministério Público, ressalvada ao Presidente da República a faculdade de concedê-la espontaneamente<sup>11</sup>.

Com o advento da LEP, o capítulo da graça e do indulto no CPP passou a ser aplicado subsidiariamente, apenas nos pontos em que aquela for omissa. Ocorre que a LEP, diferentemente do CPP, no art. 188, proibiu o Presidente da República de conceder a graça (“indulto individual”) de ofício, demandando, sempre, pedido do condenado, iniciativa do Ministério Público, do Conselho Penitenciário ou da autoridade administrativa<sup>12</sup>.

A concessão de indulto individual ou graça aos policiais do Caso Carandiru era gestada há alguns anos pelo Presidente da República. Matéria jornalística datada de 2019 já anunciava a intenção da clemência presidencial<sup>13</sup>, fato que se concretizou nos últimos dias do mandato,

11 BRASIL. Presidência da República. **Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>. Acesso em: 24 maio 2023.

12 BRASIL. Presidência da República. **Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm)>. Acesso em: 24 maio 2023.

13 LELLIS, Leonardo. Sem presos, Bolsonaro não pode dar indulto a PMs do Carandiru: ao anunciar sua

gerando efeitos concretos e individuais, abarcando beneficiários específicos, quais sejam, os condenados nos autos do Processo n. 0338975-60.1996.8.26.0001, da 2ª Vara do Júri da Comarca da Capital do Estado de São Paulo.

No entanto, em que pese a margem de discricionariedade do chefe do Executivo Federal para a eleição dos requisitos do indulto – *in casu*, verdadeira graça com destinatários facilmente individualizáveis –, há ofensa a preceitos constitucionais fundamentais mercedores de proteção, mais especificamente os arts. 1º, parágrafo único, e 5º, inciso XXXVIII, alínea *c* (princípio democrático e soberania dos veredictos); art. 1º, inciso III (dignidade da pessoa humana); art. 2º (separação dos poderes); art. 5º, *caput* (proibição de proteção deficiente da vida humana); art. 5º, inciso XLIII (vedação de perdão aos crimes hediondos e equiparados, não objeto do presente estudo), estes da Carta da República<sup>14</sup>; e violação dos arts. 4º (direito à vida), 5º (direito à integridade pessoal), 8º (garantias judiciais) e 25 (proteção judicial), na forma do art. 1º (1), estes do Pacto de San José da Costa Rica (a ensejar controle de convencionalidade pelo STF), confrontando-se, ainda nesse trilho, com o art. 5º, § 3º, da Constituição Federal.

Em última análise, o Decreto n. 11.302, de 22 de dezembro de 2022, tal como publicado, termina por violar o art. 60, § 4º, IV, da Constituição Federal, que não admite nem sequer Proposta de Emenda Constitucional tendente a abolir os direitos e garantias individuais, arranhados pelo perdão conferido aos autores do mais violento ato policial em prisões brasileiras, violando direitos humanos fundamentais, como se verá na sequência.

### 3. A POSSIBILIDADE DE CONTROLE DOS DECRETOS DE INDULTO GERAL E/OU INDIVIDUAL

O Supremo Tribunal Federal já se debruçou a respeito da possibilidade de controle de constitucionalidade de decretos concessivos de indulto. O Decreto n. 9.246, assinado em dezembro de 2017 pelo

---

intenção de perdoar penas de policiais, Bolsonaro também citou caso do ônibus 174 no Rio de Janeiro, em que PMs foram absolvidos. **Veja**, 3 set. 2019. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/brasil/sem-presos-bolsonaro-nao-pode-dar-indulto-a-pms-do-carandiru/>>. Acesso em: 24 maio 2023.

14 BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 24 maio 2023.

então Presidente da República Michel Temer, foi objeto de ação direta de inconstitucionalidade (ADI n. 5.874).

Ao julgar a ação direta, o Supremo Tribunal Federal, embora reconhecendo a validade daquela norma, assentou ser possível o controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário, que, sem adentrar o mérito, entendido como juízo de conveniência e oportunidade do Presidente da República, “poderá, entre as hipóteses legais e moralmente admissíveis, escolher aquela que entender como a melhor para o interesse público no âmbito da Justiça Criminal”.<sup>15</sup>

Mais recentemente, ao julgar as arguições de descumprimento de preceito fundamental (ADPFs) n. 964, 965, 966 e 967, a Corte Constitucional, constatando desvio de finalidade, por maioria, julgou procedente o pedido formulado, declarando a inconstitucionalidade do Decreto de 21 de abril de 2022, editado pelo então Presidente da República, concessivo de indulto individual ao ex-Deputado Federal Daniel Lucio da Silveira<sup>16</sup>.

Como assentado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, é perfeitamente lícito ao Poder Judiciário analisar a compatibilidade constitucional do decreto de indulto, estando o Presidente da República, dentro de sua margem de discricionariedade, vinculado a hipóteses legais e moralmente admissíveis, não podendo incidir em desvio de finalidade, que está evidenciado no caso do indulto do Carandiru.

O posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal no último julgado citado parece caminhar no sentido do reconhecimento de que “[o] controle de constitucionalidade nunca pode negligenciar os fatos e as provas, quer se esteja diante do controle direto ou do controle incidental”, afastando a “falsa suposição de que os fatos não importam para o controle de constitucionalidade”<sup>17</sup>, até porque essa será a única forma de se identificar o exercício de um constitucionalismo abusivo.

---

15 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.874**. Rel. Min. Roberto Barroso. Rel. para acórdão Min. Alexandre de Moraes. Brasília, Tribunal Pleno, j. 9 mai. 2019.

16 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 964, 965, 966 e 967**. Rel. Min. Rosa Weber. Brasília, Tribunal Pleno, j. 10 mai. 2023.

17 MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo constitucional e democracia**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 690-691.

### 3.1. O controle do indulto sob a ótica do constitucionalismo abusivo

Muito embora se reconheça que o Presidente da República dispõe de uma larga margem de discricionariedade para a edição do decreto de indulto, seu ato não pode resvalar em hipóteses legais ou morais que o invalidem, como também não se aceita a violação dos preceitos fundamentais acima referidos e o desvio de finalidade.

Ao fazê-lo, o chefe do Poder Executivo expõe a nação a sério e evidente risco de condenação internacional pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, ofendendo a legalidade e, igualmente, a moralidade, invalidando seu ato ao incorrer naquilo que contemporaneamente se nomina de constitucionalismo abusivo.

Descrito inicialmente por David Landau, o constitucionalismo abusivo foi assim definido:

Eu defino “constitucionalismo abusivo” como o uso de mecanismos de mudança constitucional para tornar um Estado significativamente menos democrático do que era antes. Ao me referir aos mecanismos de mudança constitucional, o meu foco é sobre os métodos de mudança formais (não informais) – emenda e substituição constitucionais. Ao me referir às manobras que tornam um regime “significativamente menos democrático”, conceituo a democracia num espectro, reconhecendo que existem vários tipos de regimes autoritários híbridos ou competitivos entre o raio que vai do autoritarismo completo à democracia plena. Finalmente, ao me referir ao grau de democracia em um determinado país, concentro-me em duas dimensões distintas: (1) a esfera eleitoral e até que ponto os mandatários políticos em exercício e os membros da oposição competem em igualdade de condições; e (2) a extensão pela qual são protegidos os direitos dos indivíduos e dos grupos minoritários. Conceitualmente, essas duas dimensões são independentes e podem divergir, mas, nos regimes discutidos aqui, o retrocesso no campo eleitoral parece estar altamente correlacionado com o recuo nas questões de direitos.<sup>18</sup>

<sup>18</sup> LANDAU, David. Constitucionalismo abusivo. Trad. Ulisses Levy Silvério dos Reis e Rafael Lamera Giesta Cabral. **REJUR – Revista Jurídica da UFERSA**, Mossoró, v. 4, n. 7, jan./jun. 2020, p. 17-71. Disponível em: <<https://periodicos.ufersa.edu.br/rejur/article/view/9608/10261>>. Acesso em: 24 maio 2023. Texto original, em inglês, publicado na **UC David Law Review**, vol. 47, n. 1, nov. 2013, p. 189-260.



No Brasil, a identificação do constitucionalismo abusivo tem se dado para além do uso de mecanismos de mudança constitucional. Na realidade, o que se nota, com muito maior facilidade, é a utilização de mecanismos constitucionais para frustrar preceitos da própria Constituição.

Identificando essa forma ou modalidade de abuso dos mecanismos constitucionais, Estefânia Maria Queiroz Barboza e Ilton Norberto Robl Filho ressaltam o uso não de emendas, mas de simples procedimentos ou instrumentos próprios do Direito Constitucional para frustrar as expectativas da Carta da República:

Por sua vez, o fenômeno do constitucionalismo abusivo pode ser utilizado para descrever a utilização de procedimentos, institutos e medidas próprias do direito constitucional para minar ou restringir a democracia constitucional em geral e não somente em algumas democracias, como as latino-americanas e do leste europeu. Nesse novo contexto de emprego dessa categoria, trata-se de ferramenta interpretativa mais ampla, a qual é adotada para descrever o uso de (*sic*) abusivo dos instrumentos constitucionais inclusive em democracias constitucionais mais sólidas, que se encontram distantes de um modelo de democraturas, designando a categoria como constitucionalismo abusivo episódico.<sup>19</sup>

O constitucionalismo abusivo já foi reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal. Ao julgar ADPF ajuizada pela Procuradoria-Geral da República, tendo por objeto o Decreto n. 10.003/2019, que alterou as normas sobre a constituição e o funcionamento do Conselho Nacional da Criança e do Adolescente – Conanda e destituiu imotivadamente seus membros, no curso dos seus mandatos, portanto, igualmente um decreto de efeitos concretos, a Suprema Corte reconheceu que alterações normativas pontuais (diga-se, não necessariamente emendas, mas simples uso de instrumentos constitucionais), “aparentemente válidas do ponto de vista formal, que, se examinadas isoladamente, deixam dúvidas quanto à sua inconstitucionalidade”<sup>20</sup>, podem expressar a corrosão da

---

Disponível em: <[https://lawreview.law.ucdavis.edu/issues/47/1/articles/47-1\\_landau.pdf](https://lawreview.law.ucdavis.edu/issues/47/1/articles/47-1_landau.pdf)>. Acesso em: 24 maio 2023.

19 BARBOZA, Estefânia Maria Queiroz; ROBL FILHO, Ilton Norberto. Constitucionalismo abusivo: fundamentos teóricos e análise da sua utilização no Brasil contemporâneo. **Direitos Fundamentais & Justiça**, Belo Horizonte, ano 12, n. 39, p. 79-97, jul./dez. 2018.

20 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 622**. Rel. Min. Roberto Barroso. Brasília, Tribunal Pleno, j. 1º mar. 2021.

tutela de direitos e da esperada e regular atuação do regime democrático, que necessariamente impõe a responsabilização penal dos autores do mais grave ato de violência registrado no sistema prisional do país pelas forças do Estado.

O Decreto n. 11.302, de 22 de dezembro de 2022, esvazia os preceitos fundamentais acima referidos e, em outras palavras, termina por tornar letra morta a Carta da República, principalmente no ponto em que assegura a não submissão a tortura ou tratamento desumano ou degradante e o respeito à integridade física e moral dos presos (art. 5º, III e XLIX).

Analisando esses dispositivos, Rogério Lauria Tucci enfatiza:

Ainda que o primeiro deles possa ser considerado óbvio, até desnecessário (posto que integrante do regime e dos regramentos adotados, genericamente, pela Lei das Leis nacional), ou redundante; ambos, conjuntamente, estatuem a *inviolabilidade da integridade física e moral do ser humano*, membro da comunidade, especificando o segundo, certamente dirigido à execução penal, a do preso: “Todas essas indicações constitucionais estão a evidenciar que, por força de imperativos constitucionais, o postulado da Reserva Legal também atinge a execução das penas.

E com louváveis propriedade e pertinência, a nosso ver, por inibirem a violência e o abuso de poder das autoridades públicas, e de seus agentes, sobrelevando o *status dignitatis* do indivíduo envolvido numa *persecutio criminis*.<sup>21</sup>

Dizendo de outra forma, a norma editada em dezembro de 2022, concessiva de perdão aos policiais do Caso Carandiru, viola o *status dignitatis* dos indivíduos sob custódia do Estado, solapando os fundamentos da República Federativa do Brasil, em especial a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e os objetivos fundamentais do art. 3º da Carta Política. Independentemente de o delito, ao tempo dos fatos, ser ou não hediondo, veda-se ao Presidente da República a edição de decreto que desconsidere comandos constitucionais fundamentais e que funcionam com limites imanentes<sup>22</sup> a toda atividade do próprio Estado, merecendo o controle pelo Poder Judiciário.

21 TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 2. ed. São Paulo: RT, 2004, p. 327.

22 Limites definidos pela própria Carta da República, implícita ou explicitamente (SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014,

### 3.2. O controle do indulto sob a ótica da convencionalidade: descumprimento de obrigações internacionais assumidas pela República Federativa do Brasil

A concessão do indulto no Caso Carandiru não passa pelo filtro de convencionalidade a ser realizado pelo Supremo Tribunal Federal. A Organização dos Estados Americanos (OEA), por intermédio da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), no Relatório n. 34/00, tendo como objeto do caso 11.291 (Caso Carandiru), no dia 13 de abril de 2000, recomendou<sup>23-24</sup> ao Estado brasileiro a realização de uma investigação completa, imparcial e efetiva para identificar e processar as autoridades e funcionários responsáveis pelas violações dos direitos humanos assinaladas nas conclusões do relatório, com adoção das medidas necessárias para que as vítimas das violações que fossem identificadas e suas famílias recebessem adequada e oportuna indenização, bem como que fosse buscada a identificação das demais vítimas.

De outro lado, recomendou-se o desenvolvimento de políticas e estratégias de descongestionamento da população das casas de detenção, com programas de reabilitação e reinserção social consentâneos com as normas nacionais e internacionais e a prevenção de surtos de violência nas unidades prisionais, desenvolvendo-se, para o pessoal carcerário e policial, políticas, estratégias e treinamento especial de negociação e solução pacífica de conflitos, como também técnicas de reinstauração da ordem que permitam a subjugação de eventuais motins com o mínimo de risco para a vida e a integridade pessoal dos internos e das forças policiais.

O total cumprimento das recomendações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos constitui um elemento indispensável para assegurar a plena vigência dos direitos humanos nos Estados-Membros da OEA, bem como para contribuir com o fortalecimento do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. O indulto concedido pelo Decreto n. 11.302/2022 ignora a recomendação mencionada, inviabilizando a investigação completa,

---

p. 131).

23 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Relatório n. 34/00, caso 11.291 (CARANDIRU)**, Brasil, de 13 de abril 2000. Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/annualrep/99port/Brasil11291.htm>>. Acesso em: 29 maio 2023.

24 As conclusões e recomendações do Relatório n. 34/00 também foram citadas na petição inicial da ADI n. 7.330.

imparcial e efetiva para identificar e processar as autoridades e funcionários responsáveis pelas violações dos direitos humanos.

O perdão efetivado pelo Presidente da República àqueles que foram condenados por crimes contra os direitos humanos, cuja reprimenda é obrigação que também decorre das normas e jurisprudência do sistema interamericano de direitos humanos, é inconvenção e, portanto, inválido do ponto de vista do direito internacional dos direitos humanos.

Valério de Oliveira Mazzuoli demonstra que:

[...] “o Estado brasileiro reconheceu a ocorrência de violações ao direito à vida e à integridade pessoal dos detentos”, e que “o Estado afirmou ter tomado medidas sólidas e profundas para resolver a situação das prisões no Estado de São Paulo, além de garantir que os processos contra os agentes responsáveis, bem como as indenizações, haviam sido devidamente instaurados nos diferentes foros e prosseguiram de acordo com as garantias processuais, motivo pelo qual não haviam sido esgotados os recursos internos”<sup>25</sup>.

O mesmo autor continua explicando que:

[...] após analisar assuntos como a situação carcerária e de segurança do centro penitenciário, o controle institucional da prisão, o padrão de violência da Polícia Militar paulista à época, a resposta do Estado à revolta, o motim em si e sua subjugação, a atuação das autoridades civis e dos magistrados durante a revolta, a ação policial imediata à rebelião, as ações destinadas a destruir a evidência e evitar a ação da imprensa, o tratamento dado aos feridos e às famílias, as investigações oficiais e as ações da justiça, bem como os procedimentos judiciais, a Comissão concluiu pela violação, por parte do Brasil, dos arts. 1º, 4º, 5º, 8º e 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos”, razão pela qual a mesma Comissão Interamericana “recomendou ao Estado brasileiro que realizasse uma investigação completa, imparcial e efetiva do caso, a fim de identificar e processar os responsáveis pelas violações de direitos humanos constatadas, bem assim adotar as medidas necessárias para que as vítimas

---

<sup>25</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direitos Humanos na Jurisprudência Internacional**: sentenças, opiniões consultivas, decisões e relatórios internacionais. São Paulo: Método, 2019, p. 858.

de tais violações fossem identificadas e suas famílias recebessem uma justa indenização”<sup>26</sup>.

O ato presidencial que indulta policiais que participaram do massacre do Carandiru está na contramão das decisões internacionais existentes contra o Brasil, não passando incólume ao devido controle de convencionalidade das leis e dos atos normativos.

No caso dos preceitos do decreto em estudo, tem-se que “a República Federativa do Brasil violou suas obrigações decorrentes dos arts. 4º (direito à vida) e 5º (direito à integridade pessoal), em virtude da morte de 111 pessoas e de um número indeterminado de feridos, todos eles detidos sob a sua custódia, na subjugação do motim de Carandiru em 2 de outubro de 1992, pela ação dos agentes da Polícia Militar de São Paulo”, sendo considerada responsável “pela violação dos arts. 8º e 25 (garantias e proteção judicial) em conformidade com o art. 1º (1) da Convenção, pela falta de investigação, processamento e punição séria e eficaz dos responsáveis e pela falta de indenização efetiva das vítimas dessas violações e seus familiares”.

A concessão do indulto é incompatível com esses dispositivos da Convenção Americana de Direitos Humanos, promulgada pelo Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992, justificando-se a tomada de providências judiciais contra o indulto concedido aos agentes da força policial, haja vista sua incompatibilidade com as normas acima indicadas da Convenção Americana de Direitos Humanos.

O perdão concedido vai em sentido diametralmente oposto ao compromisso assumido pelo país na direção do intransigente respeito à dignidade da pessoa humana e à tutela da vida, inclusive no campo de suas relações internacionais, reconhecidas as responsabilidades dos agentes de Estado em demanda penal em que se lhes assegurou plenamente o devido processo legal.

### **3.3. O controle do indulto sob a ótica da tutela da vida humana: bem jurídico situado no epicentro do sistema de proteção constitucional**

O indulto remonta ao período do absolutismo monárquico, em que não havia separação dos Poderes ou mesmo o sistema de freios e contrapesos adotado na Constituição brasileira, a partir da teoria de

<sup>26</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direitos Humanos na Jurisprudência Internacional**: sentenças, opiniões consultivas, decisões e relatórios internacionais. São Paulo: Método, 2019, p. 858.

Montesquieu. O direito penal era aplicado de forma arbitrária e violenta e, assim, o instituto representava um ato de clemência do monarca, que concentrava funções legislativas, judiciais e executivas.

Mesmo nessas circunstâncias de aplicação da lei penal, o indulto, na sua origem, tinha caráter excepcional e era aplicado em casos pontuais, quando a condenação se apresentava injusta. Também havia situações em que era utilizado para favorecer os “amigos do rei” ou para perseguir seus “inimigos”, que não eram beneficiados nas mesmas circunstâncias.

No entanto, nas democracias contemporâneas, esse instituto deve ser aplicado sob critérios constitucionais específicos, para correção de injustiças pontuais em casos concretos; não há espaço constitucional para a sua utilização em substituição à norma penal descriminalizante, sob pena de invasão de competência do Poder Legislativo.

O campo de utilização do indulto em um Estado Democrático de Direito é bastante restrito, porque as penas já são aplicadas sob a orientação dos princípios da individualização e proporcionalidade, com base em decreto condenatório editado por órgão do Poder Judiciário, imparcial e no âmbito do devido processo legal.

O indulto, quando aplicado de forma a possibilitar a extinção da punibilidade de graves crimes praticados com violência contra a pessoa, quando o condenado sequer iniciou o cumprimento da pena, também viola o princípio constitucional da separação dos Poderes. Na prática, verifica-se uma substituição dos Poderes Legislativo e Judiciário pela vontade unipessoal do chefe do Poder Executivo, não obstante exista expressa vedação no art. 62 da Constituição, impedindo semelhante atuação no campo de edição das medidas provisórias.

No entanto, embora aplicado de forma utilitarista e para atingir determinados fins que podem não se conformar aos contornos constitucionais<sup>27</sup>, o fato é que há limites materiais à utilização do instituto, e esses limites estão previstos na Constituição, explícita e implicitamente.

Em primeiro plano, há certos delitos (tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os crimes definidos como hediondos) que foram excluídos do indulto (art. 5º, XLIII, CF), mas também há outros a serem considerados, sobretudo ao se observar a finalidade do instituto, que é humanitária, de correção de política

<sup>27</sup> O Decreto n. 11.302/2022 foi editado, em desvio de finalidade, com o intuito de agradar uma forte base eleitoral do então Presidente da República, que sempre teve um discurso armamentista e de defesa das forças policiais.

criminal e de injustiças pontuais e concretas, e não de substituição do legislador na descriminalização de tipos penais ou de imotivada e desproporcional isenção de responsabilidade.

Sequer como legítimo fator descriminalizante é possível se qualificar o Decreto n. 11.302/2022, no ponto objeto deste estudo, porque atinge crimes, para fins de extinção da punibilidade dos seus executores, que ofendem bens jurídicos situados no epicentro do sistema de proteção constitucional, como é o caso dos crimes dolosos contra a vida.

O direito penal é considerado a *ultima ratio* pelo ordenamento jurídico-constitucional e como fator de proteção dos direitos fundamentais e de bens coletivos. O não atendimento às exigências constitucionais de tutela de bens jurídicos relevantes para a sociedade, como é o caso da vida humana e da própria exigência de higidez da conduta dos agentes públicos, é causa de violação da garantia que veda a tutela insuficiente por parte do Estado.

A esse respeito, José Paulo Baltazar Júnior esclarece que os direitos fundamentais, além de sua função negativa que objetiva limitar arbítrios estatais, proibindo excessos, também possuem uma função de proibição de insuficiência, é dizer, “determina a existência de deveres de proteção jurídico-fundamentais, que enfatiza o aspecto da obrigação estatal, ou direitos de proteção jurídico fundamentais, expressão que dá ênfase ao direito do cidadão e não ao dever do Estado”<sup>28</sup>.

A proteção do Estado não pode ser deficiente, menor do que a necessária. A atuação do Estado atenderá à garantia constitucional de necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito para concreta preservação dos direitos individuais fundamentais daqueles que estejam em conflito com a lei penal, mas também para garantir a proteção dos direitos fundamentais da coletividade e dos bens jurídicos mais relevantes tutelados pela norma penal, traduzido na observância e aplicação das leis penais àqueles que violem bens de relevante interesse social, viabilizando segurança jurídica e confiança de proteção do indivíduo pelo Estado e a estabilidade das relações sociais.

A importância do tema não escapou do exame da Suprema Corte em reiterados julgados, merecendo destaque o HC 104.410, da Relatoria do Ministro Gilmar Mendes, que pontuou os limites de atuação do

---

<sup>28</sup> BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. A doutrina da proibição de insuficiência. In: HECK, Luís Afonso (org.). **Direitos fundamentais, teoria dos princípios e argumentação**: escritos de e em homenagem a Robert Alexy. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2015, p. 76-77.

legislador, de modo a não conformar situações de proteção deficiente dos bens jurídicos. A ideia, na excepcional situação da edição do Decreto n. 11.302/2022, é ainda mais evidente, afinal, no mencionado julgado, definiu-se que a Constituição determina a criminalização de condutas, e “[em] todas essas normas é possível identificar um mandato de criminalização expresso, tendo em vista os bens e valores envolvidos”, com os direitos fundamentais funcionando “como proibições de intervenção (*Eingriffsverbote*)”, mas “expressando também um postulado de proteção (*Schutzgebote*)” ou como “proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (*Untermassverbote*)”, impondo ao legislador “o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente”<sup>29</sup>.

Essas mesmas razões são aplicáveis ao Caso Carandiru, não sendo permitido ao legislador, e menos ainda ao chefe do Executivo, em ato unilateral, dispor da tutela penal da vida. O chamado garantismo positivo, que veda a proteção jurídica deficiente, sustenta, conforme Luciano Feldens, que o Estado perdeu parte de seu poderio para organizações privadas que realizam funções antes cumpridas pelo poder público, de notório interesse público e que não só os burgueses, mas também a pluralidade de pessoas e classes sociais dominam o poder político; logo elas passam a exigir do Estado proteção para seus direitos, diante dos crescentes temores do poderio privado; daí, ficou ultrapassada a visão dos direitos fundamentais como direitos contra o Estado. Em assim sendo, surgem: a) eficácia dos direitos fundamentais entre particulares; e b) a doutrina dos deveres de proteção, expressão da atribuição dos direitos fundamentais da função de imperativo de tutela<sup>30</sup>.

Ainda nos termos expostos pelo citado autor<sup>31</sup>:

A questão novamente passa por compreender a relação que se trava entre Estado e direitos fundamentais no marco do modelo atual. O princípio do Estado constitucional de Direito, na atualidade, não exige apenas a garantia da defesa de direitos e liberdades contra o Estado; exige, também, a defesa dos mesmos contra quaisquer poderes sociais de fato. Nessa linha, se poderá afirmar, com Baptista

29 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 104.410. Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília, Segunda Turma, j. 6 mar. 2012.

30 FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 75.

31 FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 71-72.



Machado, que a ideia de Estado (Constitucional) de Direito se demite de sua função quando se abstém de recorrer aos meios preventivos e repressivos que se mostrarem indispensáveis à tutela da segurança, dos direitos e liberdades dos cidadãos. A necessidade de uma intervenção eficaz do Estado na preservação dos direitos fundamentais e/ou interesses constitucionais é missão de um Direito Penal valorativamente ajustado ao modelo de Estado constitucional nas vestes de um Estado Social e Democrático de Direito, um modelo no qual há coisas sobre as quais o legislador não pode decidir e algumas outras sobre as quais não pode deixar de decidir. [...].

Por essa razão, o denominado garantismo penal, se realmente se pretende uma projeção da teoria garantista ao Direito Penal, há de promover um *equilíbrio* entre as diversas funções hoje atribuídas aos direitos fundamentais: como *direitos de defesa e imperativos de tutela*. Mesmo quando vertido ao ambiente jurídico-penal, o garantismo está no equilíbrio dessas funções. Ingo Sarlet enfatiza, a propósito, que a “*sobrevivência do garantismo*” está atrelada a adequado manejo da noção de proporcionalidade na esfera jurídico-penal, a qual rejeita tanto “um minimalismo unilateral e cego, que não faz jus a um sistema de garantias negativas e positivas”, como uma “*intervenção máxima*” que desatenda aos limites do necessário.

Sob essa perspectiva, o indulto possui uma limitação material à sua aplicação justamente na chamada “dupla face” do garantismo constitucional, que, por um lado, estabelece garantias fundamentais ao indivíduo frente ao Estado, mas, por outro, também garante à sociedade a legítima expectativa de manutenção da ordem jurídica e aplicação e cumprimento das leis, aprovadas sob o rigor do devido processo legislativo. Praticado um delito, notadamente delitos graves cometidos com violência contra a pessoa, contra a vida humana de vítimas que estavam sob a custódia do Estado e cujas condutas letais foram praticadas pelas forças de segurança estatais, a sociedade tem a legítima (e necessária) pretensão de aplicação da lei penal, com a devida responsabilização dos condenados pela prática de tais crimes.

O perdão amplo e irrestrito concedido no Caso Carandiru, alcançando agentes devidamente julgados e condenados pelo Poder Judiciário pelo cometimento de homicídios qualificados, afronta o

ordenamento jurídico-constitucional vigente, sob a ótica da separação dos Poderes – pois o chefe do Poder Executivo não tem a competência constitucional de extrapolar os limites finalísticos do instituto do indulto – e também sob a ótica da tutela de proteção deficiente de bem jurídico constitucionalmente protegido, retirando o conteúdo de preceitos constitucionais fundamentais.

Dito de outra forma, o indulto produzido sob medida para o perdão dos réus condenados pela participação no massacre do Carandiru, e desatento à ideia da pena individualizada que deve ser cumprida, afronta o princípio constitucional da proporcionalidade, por atribuir ao Estado um resultado deficiente naquilo que deve ser a reprimenda justa e eficaz da criminalidade produzida pelo próprio Estado contra pessoas sob a sua custódia, violando, de resto, fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil e obrigações internacionalmente assumidas para a promoção e proteção dos direitos humanos.

A utilização do instituto do indulto encontra limitação material constitucional naquelas situações não só de crimes hediondos, mas também qualificados como graves pelo ordenamento jurídico-constitucional e, quanto aos demais delitos, quando desdote direitos fundamentais e cláusulas pétreas ou quando não forem atendidos critérios finalísticos específicos do instituto, ou seja, aquelas situações concretas ou abstratas pautadas em relevantes razões humanitárias relacionadas à saúde, idade, especial situação do condenado, sem que constitua, como foi o caso do Decreto n. 11.302/2022, causa de ineficácia da aplicação da lei penal, de violação da igualdade de todos perante a lei e de manifesta impunidade.

Com mais razão, os direcionamentos levados a efeito pelos arts. 6º, *caput* e parágrafo único, e 7º, § 3º, do Decreto n. 11.302/2022 desconsideram a primazia da tutela da vida humana.

Não fosse o fato de os direitos e garantias fundamentais (entre eles o direito à vida – art. 5º, *caput*, CF) serem insuscetíveis de redução protetiva até mesmo por emenda constitucional (art. 60, § 4º, IV, CF), admitir a clemência presidencial em favor de agentes de segurança pública que, no interior de unidade prisional, promoveram o massacre de mais de uma centena de pessoas ali confinadas, corresponde a violar as bases do Estado de Direito, sem o qual não se pode falar das próprias

cláusulas pétreas, mas da instituição inconstitucional do arbítrio da força<sup>32</sup>.

Em que pese a evolução da ideia de bem jurídico para a proteção de objetos coletivos, a vida é valor essencial e inquestionável, desde sempre reconhecida como merecedora da proteção do Direito Penal. Atrelada à dignidade da pessoa humana, é pressuposto para o exercício dos demais direitos assegurados ao homem.

Nas palavras de Nelson Hungria, a vida é sublinhada como pressuposto da personalidade e supremo bem individual:

A pessoa humana, sob o duplo ponto de vista material e moral, é um dos mais relevantes objetos da tutela penal. Não a protege o Estado apenas por obséquio ao indivíduo, mas principalmente, por exigência de indeclinável interesse público ou atinente a elementares condições da vida em sociedade. Pode dizer-se que, à parte os que ofendem ou fazem periclitar os interesses específicos do Estado, todos os crimes constituem, em última análise, lesão ou perigo de lesão contra a pessoa. Não é para atender a uma diferenciação essencial que os crimes particularmente chamados contra a pessoa ocupam setor autônomo entre as *species delictorum*. A distinção classificatória justifica-se apenas porque tais crimes são dos que mais imediatamente afetam a pessoa. Os bens físicos ou morais que eles ofendem ou ameaçam estão intimamente consubstanciados com a personalidade humana. Tais são: a vida, a integridade corporal, a honra e a liberdade.<sup>33</sup>

A Constituição Federal assegura o direito à vida em sua dupla acepção, qual seja, o direito de continuar vivo e de se ter vida digna

32 “Dentro dessa perspectiva, o Estado de Direito é um conceito formal de acordo com o qual os sistemas jurídicos podem ser mensurados, não a partir de um ponto de vista substantivo, como a justiça ou a liberdade, mas por sua funcionalidade. A principal função do sistema jurídico é servir de guia seguro para a ação humana. Essa é a primeira razão pela qual as concepções formalistas do Estado de Direito, semelhantes à formulada por Raz, recebem amplo apoio de diferentes perspectivas políticas. É extremamente importante para os governos em geral contarem com um eficiente instrumento para guiar o comportamento humano. Contudo, servir de ferramenta para distintas perspectivas políticas não significa que mesmo a concepção formalista de Estado de Direito seja compatível com todos os tipos de regimes políticos. Por favorecer a previsibilidade, a transparência, a generalidade, a imparcialidade e por dar integridade à implementação do Direito, a ideia do Estado de Direito se torna a antítese do poder arbitrário. Dessa maneira, as perspectivas políticas distintas que apoiam o Estado de Direito têm em comum uma aversão ao uso arbitrário do poder; essa é uma outra explicação sobre por que o Estado de Direito é defendido por democratas, liberais igualitários, neoliberais e ativistas de direitos humanos. Apesar de suas diferenças, eles são todos a favor de conter a arbitrariedade. Em uma sociedade aberta e pluralista, que ofereça espaço para ideais concorrentes acerca do bem público, a noção de Estado de Direito se torna uma proteção comum contra o poder arbitrário.” (VIEIRA, Oscar Vilhena. A desigualdade e a subversão do Estado de Direito. **Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos**, v. 4, n. 6, p. 28-51, 2007, p. 33)

33 HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. v. 5. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955, p. 14.

quanto à subsistência. Nessa senda, o direito fundamental à vida deve ser entendido como direito a um nível de vida adequado com a condição humana, isto é, direito à alimentação, vestuário, assistência médico-odontológica, educação, cultura, lazer e demais condições vitais<sup>34</sup>.

Vale dizer que a completa proteção à vida humana, sob a ordem constitucional, está atrelada à concretização dos princípios e objetivos fundamentais da República, bem como à efetivação dos demais direitos fundamentais e dos direitos sociais. Pretende-se, com supedâneo nas diretrizes sublinhadas, registrar que a vida humana não é protegida pelo Direito Penal por se tratar de raciocínio lógico e indiscutível calcado em base empírica e no próprio sentido do valor vida, embora pudesse ser. A vida humana é abraçada pelo Direito Penal porque o legislador está obrigado, por mandamento constitucional, a proceder assim. Conquanto não exista comando explícito nesse sentido, há mandado constitucional de criminalização implícito a sustentar essa ideia, que não pode ser violado por decreto presidencial, clara expressão, no caso em estudo, de constitucionalismo abusivo e de prevalência do arbítrio do poder.

Não se olvida que a existência de mandados de criminalização é questionada por alguma doutrina, que discorre no sentido de que, ao se tomar a Constituição como fundamento do Direito Penal, segue-se para a sua maximização na medida em que toda aparente necessidade de proteção penal desencadeará um levante pela efetivação do direito à criminalização, quando, na verdade, o texto constitucional traz apenas uma possibilidade de criminalizar<sup>35</sup>.

No entanto, Luiz Luisi, ao tratar das relações entre a Constituição e o Direito Penal, aponta que os princípios penais traduzem, em geral, orientação ao legislador infraconstitucional no sentido de determinar a ele a elaboração de normas incriminadoras destinadas à proteção de valores supraindividuais, como o meio ambiente, o trabalho e a cultura. Destaca, em continuação, que os princípios referidos, em sua quase totalidade, traduzem exigências de criminalização para a proteção de bens coletivos, embora possam ser concernentes aos aspectos gerais do Direito Penal<sup>36</sup>.

---

34 MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 87.

35 PASCHOAL, Janaína Conceição. **Constituição, criminalização e direito penal mínimo**. São Paulo: RT, 2003, p. 75.

36 LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003, p. 13-14.

Antonio Carlos da Ponte registra que a Constituição Federal brasileira, na esteira de Constituições de países europeus, como as da Alemanha, Espanha, Itália, França e da própria Comunidade Europeia, estabelece mandados explícitos e implícitos de criminalização. Significa dizer que os aludidos mandados constitucionais indicam matérias sobre as quais o legislador ordinário não tem a faculdade de legislar, mas a obrigatoriedade de tratar, protegendo determinados bens ou interesses de forma adequada e, dentro do possível, integralmente<sup>37</sup>.

Indicam-se, como mandados explícitos de criminalização, as disposições encontradas na Constituição Federal nos arts. 5º, XLII, XLIII e XLIV; 7º, X; 227, § 4º; e 225, § 3º. Acrescente-se a esse rol o art. 5º, § 3º, da Carta Magna, o qual, embora não se cuide de comando constitucional direto, confere posição de emenda aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados por quórum qualificado.

Se a Constituição Federal impõe ao legislador o dever de proteger penalmente determinados bens jurídicos, essa obrigação naturalmente funciona, para o chefe do Poder Executivo, como limite negativo, a tornar inconstitucional a clemência que afete a tutela penal de direito fundamental a ponto de torná-lo oco.

A vida humana, conquanto não esteja albergada em dispositivo constitucional direto de criminalização, nos dizeres de Luciano Feldens, compõe o epicentro do sistema de proteção jurídico-penal, acompanhada da liberdade e da dignidade humana.

Efetivamente, ao desenvolver o raciocínio que desemboca na percepção da existência de mandados implícitos de criminalização, o autor direciona as seguintes conclusões<sup>38</sup>:

- da opção constitucional pela existência de um sistema penal afigura-se lógica a afirmação de que estaria vedado, desde logo, uma espécie de abolicionismo penal;

37 DA PONTE, Antonio Carlos. **Crimes eleitorais**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 151-152. Além da existência de mandados de criminalização, importa considerar quais as consequências no caso de descumprimento da ordem constitucional, registro também destacado pelo autor: “No ordenamento jurídico brasileiro, o não atendimento a um mandado de criminalização por parte do Poder Legislativo não traz, no âmbito legal, qualquer consequência, a não ser a instituição do Congresso Nacional em mora legislativa, desde que, para tanto, tenha sido proposta ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a arguição de descumprimento de preceito fundamental ou mandado de injunção. Esse é o grande problema que acomete o assunto, qual seja, não há qualquer tipo de sanção efetiva destinada ao legislador que, de forma dolosa ou não, deixa de proceder ao enfrentamento de matéria que seria obrigatório”. (DA PONTE, Antonio Carlos. **Crimes eleitorais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 174-175)

38 FELDENS, Luciano. **A Constituição penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 117-118.

- um sistema jurídico-penal constitucionalmente exigido deveria fazer-se representado por um catálogo de crimes, deles constando, pelo menos, as condutas cuja criminalização é expressamente requerida pela Constituição;
- afirmada a vontade do poder constituinte quanto à existência de um sistema de proteção jurídico-penal, indaga-se quanto à suficiência de criminalização apenas das condutas cuja penalização é expressa e constitucionalmente determinada. A título de exemplo, seria constitucional a despenalização do homicídio doloso ao passo que a retenção dolosa de salário do trabalhador constitui mandado expresso de criminalização? Não estaria o legislador, antes disso, indiretamente obrigado a proteger a própria vida do trabalhador?

Esse é o ponto fundamental da discussão. Entre tantos argumentos que sinalizam para a existência de mandados implícitos de criminalização, dúvidas não há de que a vida humana, pressuposto para a existência e fruição de direitos subjetivos e para realização de outros valores, não pode ser afastada da tutela penal por questões político-criminais e, muito menos, para sinalização a um determinado setor da base eleitoral.

Conquanto não tenha o constituinte expressamente imposto a criminalização do atentado contra a vida humana na forma que o fez quanto às disposições enumeradas há pouco, é certo que a inviolabilidade do direito à vida, estampada no art. 5º, *caput*, da Carta Política, associada à nota de magnitude do direito em referência, habilita-o a exigir proteção pela normativa penal, afinal nenhum outro direito há sem o exercício da própria vida.

Entretanto, a identificação dos mandados constitucionais implícitos de criminalização não pode se dar no campo subjetivo. A eleição de critérios seguros mostra-se imprescindível para que não haja violação do corpo constitucional, sob pretexto de preservá-lo.

A vida humana é direito fundamental inviolável e se afigura valor jurídico com magnitude e supremacia na hierarquia dos bens desse jaez. Está disposta no epicentro do sistema de proteção jurídico-penal, espelhado na Constituição Federal, certo que a tutela da vida humana contra os atentados mais graves justifica o reconhecimento de imperativo implícito de proteção.

Nesse diapasão, o crime de homicídio doloso é de previsão obrigatória, e sua conformação legal não está ao talante do legislador; retirá-lo do Código Penal implicaria ato inconstitucional, passível de correção por via judicial. De igual modo, a proteção deficiente do predito bem jurídico, derivada de atos do poder público, legitima medida no mesmo sentido, como na hipótese de perdão por ato discricionário e imotivado do Presidente da República a condenados por atentados contra a vida humana, conformados em homicídios dolosos qualificados, que retrata violação aos direitos humanos.

É sob essa ótica que deve ser enfrentada a proteção da vida humana diante das mais variadas formas de atentados e de contextos. Entre as questões que se colocam, sobreleva em importância a identificação de limites ao indulto ou ao perdão em sentido mais amplo no que se refere à persecução penal dos crimes dolosos contra a vida.

Propõe-se um aprofundamento da discussão sob o prisma dos mandados implícitos de criminalização e, por conseguinte, das possíveis implicações de ordem político-criminais no processamento penal dos crimes contra a vida humana.

A discussão não se restringe à ingerência penal, mas também diz respeito à identificação das limitações às possibilidades de indulto e de perdão nos mais diversos cenários em casos de delitos dolosos contra a vida, sob pena de violação direta da proibição de proteção deficiente por incompatível aplicação de mecanismos processuais.

Além dos condenados pela prática de delitos hediondos ou equiparados, acrescente-se que a referida vedação também se sustenta, especificamente em relação ao crime de homicídio doloso, ainda que em formato não revelador de hediondez, uma vez identificada a vida humana como epicentro do sistema de proteção jurídico-penal, nos termos há pouco discutidos.

Em casos de homicídio doloso, cujos efeitos são eternos e irreparáveis, inviável se ponderar no sentido do afastamento completo de qualquer resposta punitiva por força de discricionariedade do chefe do Executivo federal, evitando-se que seu efeito seja uma total desfiguração da pena cominada ou imposta, subvertendo a lógica do sistema penal de tutela da vida humana diante do evidente desequilíbrio entre a resposta estatal – ou a ausência dela – e a envergadura do bem jurídico lesado.

Com base nessa perspectiva, além das infrações penais contra a vida rotuladas como hediondas pela Lei n. 8.072/1990, não podem ser

agraciados por perdão em sentido amplo os acusados ou sentenciados a quem se possa imputar a autoria ou a participação em homicídio doloso simples ou privilegiado, consumado ou tentado, ou ainda que em contexto de participação de menor importância.

Não há espaço para perdoar, pura e simplesmente, aquele que atenta contra a vida de outro ser humano, considerando-se a conduta mais repugnante, o homicídio doloso. Os efeitos do comportamento do autor são de reversão impossível, de modo que seu arrependimento não altera o quadro consumado. A leitura do texto normativo não pode ser alheia à dor incontornável e absoluta irreparabilidade da lesão. Em suma, não se politiza nem se capitaliza impunidade de crimes contra a vida.

Como lembra Edilberto de Campos Trovão, existe uma ideia de proteção mútua que torna o tribunal do júri, na defesa da vida humana, uma instituição sólida e eficiente, como um grande pacto: quem quer que seja, se vítima de homicídio, seu algoz deverá ser processado, julgado e condenado. Se eu for o ofendido, espero a mesma decisão do Tribunal Popular<sup>39</sup>.

#### **4. A AFRONTA AO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO POR VIOLAÇÃO À SOBERANIA DOS VEREDICTOS**

O princípio da soberania dos veredictos deve ser adequadamente compreendido para que se delimite com correção a sua extensão. Kátia Duarte de Castro diz que a Constituição Federal de 1988 assegurou o indicado princípio retomando o estabelecido na Carta Magna de 1946 (art. 141, § 28)<sup>40</sup>.

Contudo, a ideia de soberania dos veredictos não é incompatível com o duplo grau de jurisdição, cabendo, nesse ponto, exercício de ponderação entre as excogitadas garantias constitucionais para se inferir a exata dimensão do anotado princípio. Conforme explica Hermínio Alberto Marques Porto, a soberania do júri “[...] deve ser entendida como a ‘impossibilidade de os juízes togados se substituírem aos jurados na decisão da causa’”<sup>41</sup>.

---

39 TROVÃO, Edilberto de Campos. **Reflexões de um aprendiz de Promotor de Justiça no Tribunal do Júri**. 2. ed. Curitiba: JM, 2005, p. 49-50.

40 CASTRO, Kátia Duarte de. **O júri como instrumento de controle social**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 63.

41 PORTO, Hermínio Alberto Marques. **Júri: procedimentos e aspectos do julgamento**. Questionários. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 33-34.



Justamente para que não ocorra a anotada sobreposição da opinião do Tribunal de Apelação à vontade dos jurados exteriorizada na votação dos quesitos, o Código de Processo Penal limita o recurso de mérito à situação em que a decisão proferida pelo Conselho de Sentença for manifestamente contrária à prova dos autos, ou seja, quando não tiver supedâneo em qualquer versão dos fatos reproduzida em linguagem probatória. Demais disso, o recurso de mérito somente pode ser manejado e apreciado uma vez pela Corte Superior, a qual, se lhe der provimento, determinará a realização de um novo julgamento.

Tão grave o preceito da soberania dos veredictos que a Constituição Federal emprega a locução *soberania* apenas oito vezes, e todas elas são para garantir a manutenção do próprio Estado Democrático de Direito (soberania nacional ou do país) ou a defesa do exercício de direitos contra vontades políticas indevidas (veredictos, exercício de liberdades constitucionais e sufrágio universal)<sup>42</sup>, a revelar a impossibilidade de se indultar homicídios dolosos e condenações pelo tribunal popular.

Alicerçado nas mencionadas limitações à revisão de mérito das decisões do tribunal do júri, o sistema processual penal brasileiro

42 Art. 1º 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 tem como fundamentos:

I – a *soberania*;

[...]

Art. 5º [...]

XXXVIII – é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

[...]

c) a *soberania* dos veredictos;

[...]

LXXI – conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à *soberania* e à cidadania;

[...]

Art. 14. A *soberania* popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

[...]

Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a *soberania* nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos:

[...]

Art. 91. O Conselho de Defesa Nacional é órgão de consulta do Presidente da República nos assuntos relacionados com a *soberania* nacional e a defesa do Estado democrático, e dele participam como membros natos:

[...]

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I – *soberania* nacional;

[...]

Art. 231. [...]

§ 5º É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, “ad referendum” do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da *soberania* do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.

compatibilizou a soberania dos veredictos sem suprimir o direito à apelação, certo que os julgamentos do Conselho de Jurados, ainda que baseados em prova marginal, devem ser mantidos, “[...] circunstância a demonstrar que, no julgamento de apelação para avaliação do que foi decidido pelos jurados, o entendimento do conceito de soberania dá atenção a seus limites, agora, então sem caráter ampliativo e indevido”<sup>43</sup>.

O respeito à soberania do júri é essencial à própria existência da instituição, constituindo-se pedra fundamental do Estado Democrático de Direito e garantia expressamente prevista na Constituição, insuscetível de revisão até mesmo por emenda constitucional. Decisões do tribunal *ad quem* que nitidamente desrespeitam o posicionamento dos jurados, valendo-se de recursos argumentativos para se sobrepor às suas decisões, implicam desconstrução do tribunal do júri e ofensa ao próprio princípio democrático no qual a instituição se assenta.

Como lembrou Ary Azevedo Franco, à época do Decreto-Lei n. 167, de 5 de janeiro de 1938, que encerrou a controvérsia acerca da manutenção ou não do tribunal do júri no Brasil diante da omissão a seu respeito na Constituição de 1937, havia prescrição, no seu art. 96, que o Tribunal de Apelação, ao apreciar livremente as provas produzidas, se estivesse convencido de que a decisão do júri não encontrava nenhum apoio nos autos, deveria dar provimento ao apelo para aplicar a pena justa ou absolver o réu conforme o caso. “O que o Decreto-Lei n. 167 fez, regulando a instituição do júri, foi praticamente abolir o júri. [...] Da antiga instituição, regulada pelo Decreto-Lei n. 167, ficou apenas a palavra júri, eis o que se ouve a cada passo”<sup>44</sup>.

Efetivamente, a construção de disposição a conferir competência plena de mérito ao Tribunal de Apelação implica, senão abolição da justiça popular, sua virtual supressão, como apontou Pedro Aleixo em citação levada adiante por Edgard de Moura Bittencourt em comentário ao art. 96 do Decreto-Lei n. 167/1938. Apesar do registro, importante anotar que o próprio juiz Bittencourt se posicionava de forma diversa e aplaudia a sistemática adotada pelo diploma citado. Segundo ele, na medida em que o decreto atribuiu ao Tribunal a possibilidade de correção das decisões do júri proferidas sem qualquer apoio nos autos (literalmente, o Decreto-Lei se vale da expressão nenhum apoio nos autos), impede-se que o Conselho de Sentença faça do preto o branco ou

43 PORTO, Hermínio Alberto Marques. **Júri**: procedimentos e aspectos do julgamento. Questionários. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 33.

44 FRANCO, Ary Azevedo. **O júri e a Constituição Federal de 1946**. Rio de Janeiro e São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1950, p. 261.

do quadrado o redondo. A inovação, segue Edgar de Moura Bittencourt, “[...] não prejudica senão os grandes assassinos nas suas pretensões de se esquivarem da sanção penal”<sup>45</sup>.

Contudo, travestido de controle, conferiu-se à Corte de Apelação, em leitura livre dos autos, a possibilidade de se sobrepor à decisão popular no modelo esculpido pelo Decreto-Lei n. 167/1938. A interpretação do conjunto de provas e mesmo da própria lei livremente, como apontava o texto normativo, por juízes técnicos, parece dar de ombros para a essência do júri que se lastreia justamente na ampla liberdade do cidadão convocado a julgar e decidir acerca da responsabilidade do acusado por crime doloso contra a vida, por íntima convicção e também com assento em suas experiências de vida, do contato com ambientes aos quais o magistrado, por mais das vezes, nunca teve acesso, constituindo-se em instituição efetivamente popular, também em termos político-criminais, para o bem e para o mal.

Evidentemente, não se poderia conceber a soberania dos veredictos como vetor inflexível e não sujeito a qualquer mecanismo de controle de mérito. Organização com esse matiz implicaria atribuição de poder absoluto a órgão do Poder Judiciário, e, como cediço, o poder absoluto é inclinado ao arbítrio e ao abuso. Firmino Whitaker, ao comentar a regulamentação do tribunal do júri do Estado de São Paulo ainda no começo do século XX, apontava que as apelações eram sacadas contra as sentenças definitivas “[...] quando foram preteridas formalidades substanciaes do processo, estiver a sentença em contraposição com o veredictum, ou fôr imposta pena diversa da estabelecida em lei”<sup>46</sup>.

Nesse modelo, como se nota, caminha-se para o extremo oposto da regulamentação adotada em 1938, ao se arranjar ordenação em que o tribunal do júri, quanto ao mérito, proferia decisão materialmente imutável. Apenas o reconhecimento de nulidades, o desrespeito da decisão do Conselho de Sentença pelo juiz togado ou a injustiça na aplicação da pena eram questões passíveis de devolução à Corte de Apelação.

Não por outra razão, trilhou-se para termo médio na construção do modelo de júri estabelecido no Código de Processo Penal atual, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 263, de 23 de fevereiro de 1948, recepcionado pelas Constituições que se seguiram à sua vigência. Há possibilidade de controle de mérito pelo tribunal, contudo,

45 BITTENCOURT, Edgard de Moura. **A instituição do júri**: anotações aos dispositivos do Decreto-Lei n. 167, de 5 de janeiro de 1938. São Paulo: Saraiva, 1939, p. 303-304.

46 WHITAKER, Firmino. **Jury (Estado de S. Paulo)**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1930, p. 227.

restrito a situações de teratologia ou, em outros termos, em completa dissonância entre o *verdictum* e o material probatório. Desse modo, há de se compreender que apenas a decisão manifestamente contrária à prova dos autos deve conduzir à anulação do julgamento pelo Poder Judiciário “[...] isto é, sem as peias de juiz de ofício, que se habitua a ver as provas com rigor de técnica, chegar à conclusão de que a mesma nenhum apoio encontra na prova [...] o desembargador deve revestir-se da mentalidade de jurado e não exigir que o jurado se revista da mentalidade de desembargador”<sup>47</sup>.

Vale frisar: manifestamente significa absolutamente, patentemente, descobertamente contrária à prova dos autos. À luz dessas diretrizes, a condenação embasada em provas produzidas em processo criminal, como no caso do massacre do Carandiru, respeitados os ditames do devido processo legal no âmbito dos julgamentos pelo tribunal do júri, uma vez que respaldada pela soberania dos *verdictos*, prevista no art. 5º, XXXVIII, alínea *c*, e no próprio princípio democrático, estabelecido no art. 1º, parágrafo único, ambos da Constituição Federal, está sujeita a regime revisional específico e restritivo, nas condições há pouco discutidas.

Pondere-se, pelo mesmo ângulo de visão, acerca da impossibilidade de o chefe do Executivo federal, cujo mandato é outorgado por decisão popular, sobrepor sua vontade àquela da sociedade em júris distintos. O tribunal do júri, enquanto instituição, é o *locus* para o exercício direto da cidadania. Ali a decisão é tomada, de imediato e soberanamente, pelo titular do poder: o povo.

Não cabe ao representante, ainda que ele seja o Presidente da República, substituir a vontade do titular do poder pela sua, a menos que se subverta a lógica e se admita que o mandatário possa contrariar a vontade do mandante, sobretudo quando isso se dá por questões ideológicas e eleitorais que descuram dos preceitos constitucionais.

O indulto capaz de beneficiar condenados por crimes dolosos contra a vida subverte a própria ordem democrática a encaminhar solução do mandatário em conflito com as decisões dos titulares do poder, exercido diretamente, em condenações proferidas por íntima convicção e em absoluto respeito ao devido processo legal.

---

47 FRANCO, Ary Azevedo. **O júri e a Constituição Federal de 1946**. Rio de Janeiro e São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1950, p. 267.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O massacre do Carandiru foi a ação policial mais letal da história brasileira em uma unidade prisional. Chamada a conter uma rebelião na Casa de Detenção de São Paulo, a força militar de segurança ingressou no Pavilhão 9 e, em poucos minutos, deixou um saldo de 111 presos mortos.

Passados mais de 30 anos e com os agentes responsabilizados nos diversos julgamentos pelo tribunal do júri, nenhum deles iniciou o cumprimento da pena. Em dezembro de 2022, dias antes do término do seu mandato, o Presidente da República editou o Decreto n. 11.302/2022, concedendo indulto (na verdade, graça) aos policiais do Caso Carandiru.

O perdão presidencial, que era gestado há alguns anos, beneficiou os condenados nos autos do Processo n. 0338975-60.1996.8.26.0001, da 2ª Vara do Júri da Comarca da Capital do Estado de São Paulo, abrindo as portas para uma eventual declaração de extinção da punibilidade dos policiais (art. 107, II, CP<sup>48</sup>). Apesar da larga margem de discricionariedade do chefe do Executivo Federal, o decreto concessivo de indulto (geral ou individual) é ato normativo passível de controle pelo Poder Judiciário.

No caso do Decreto n. 11.302/2022, houve ofensa a preceitos constitucionais fundamentais da Constituição Federal, dando ensejo ao controle concentrado de constitucionalidade. De igual modo, foram violados os arts. 4º (direito à vida), 5º (direito à integridade pessoal), 8º (garantias judiciais) e 25 (proteção judicial), na forma do art. 1º (1) do Pacto de San José da Costa Rica, autorizando controle de convencionalidade pelo Supremo Tribunal Federal.

O indulto em análise expõe o Brasil a risco de nova condenação internacional pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, num claro ato de constitucionalismo abusivo pela utilização de mecanismos constitucionais para frustrar preceitos da própria Constituição, porque o Decreto n. 11.302/2022 vilipendia os preceitos fundamentais mencionados em tópicos anteriores, principalmente garantias que asseguram a não submissão à tortura ou tratamento desumano ou degradante e o respeito à integridade física e moral dos presos (art. 5º, III e XLIX, CF).

48 BRASIL. Presidência da República. **Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 24 maio 2023.

Portanto, a concessão do indulto no Caso Carandiru não passa pelos filtros de constitucionalidade e de convencionalidade, sendo importante ter em mente que a Organização dos Estados Americanos (OEA), por intermédio da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), no Relatório n. 34/00, tendo por objeto o caso 11.291 (Carandiru), no dia 13 de abril de 2000, recomendou ao Estado brasileiro a realização de uma investigação completa, imparcial e efetiva para identificar e processar as autoridades e funcionários responsáveis pelas violações dos direitos humanos assinaladas nas conclusões do relatório, com adoção das medidas necessárias para que as vítimas dessas violações que fossem identificadas e suas famílias recebessem adequada e oportuna indenização, bem como que fossem identificadas as demais vítimas.

O indulto que beneficia policiais que participaram do massacre do Carandiru contraria decisões internacionais existentes contra o Brasil e esvazia, por ato unilateral do Presidente da República, a tutela penal da vida, arranhando o dever de proteção a direitos fundamentais, adentrando indevidamente em zona de limitação material ao perdão presidencial.

Os comandos veiculados pelos arts. 6º, *caput* e parágrafo único, e 7º, § 3º, do Decreto n. 11.302/2022 desconsideram a primazia da tutela da vida humana. Os direitos e garantias fundamentais (entre eles o direito à vida – art. 5º, *caput*, CF) são insuscetíveis de redução protetiva até mesmo por emenda constitucional (art. 60, § 4º, IV, CF). Admitir a clemência presidencial em favor de agentes de segurança pública que, no interior de unidade prisional, promoveram o massacre de mais de uma centena de pessoas ali confinadas, corresponde a violar as bases do Estado de Direito, sem o qual não se pode falar das cláusulas pétreas, mas sim da instituição inconstitucional do arbítrio da força estatal.

Em outros termos, se a Constituição Federal impôs ao legislador o dever de proteger penalmente determinados bens jurídicos, essa obrigação naturalmente funciona, para o chefe do Poder Executivo, como limite negativo, tornando inconstitucional a clemência que afete a tutela penal de direito fundamental a ponto de torná-lo oco.

A vida humana, pressuposto para a existência e fruição de direitos subjetivos e para realização de outros valores, não pode ser afastada da tutela penal por questões político-criminais e menos ainda funcionar como simples sinalização a um determinado setor da base eleitoral da autoridade pública.

Some-se a isso que homicídios dolosos são da competência do tribunal do júri, cujas decisões são soberanas, certo que a Constituição Federal emprega a locução “soberania” apenas oito vezes, todas elas para garantia da manutenção do Estado Democrático de Direito ou para a defesa do exercício de direitos contra vontades políticas indevidas.

Desse modo, subverte a lógica do sistema penal de tutela da vida humana, revelando a impossibilidade de se indultar homicídios dolosos e condenações pelo tribunal popular, a substituição da vontade dos jurados pela vontade unilateral do chefe do Executivo federal, cujo mandato é outorgado pelo povo. O tribunal do júri é *locus* de exercício direto da cidadania, e, por isso mesmo, suas decisões são tomadas pelo titular do poder, não se admitindo que o representante possa substituir a vontade do titular do poder pela sua, afinal não é dado ao mandatário contrariar a vontade do mandante.

Por tudo isso, o Decreto n. 11.302/2022 (especialmente seus arts. 6º, *caput* e parágrafo único, e 7º, § 3º) está sujeito ao controle concentrado pelo Supremo Tribunal Federal e, seja pela inconstitucionalidade ou pela inconvenção, deve, ao menos nos pontos tratados no presente estudo, ser extirpado do mundo jurídico.

## REFERÊNCIAS

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. A doutrina da proibição de insuficiência. *In*: HECK, Luís Afonso (org.). **Direitos fundamentais, teoria dos princípios e argumentação**: escritos de e em homenagem a Robert Alexy. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2015.

BARBOZA, Estefânia Maria Queiroz; ROBL FILHO, Ilton Norberto. Constitucionalismo abusivo: fundamentos teóricos e análise da sua utilização no Brasil contemporâneo. **Direitos Fundamentais & Justiça**, Belo Horizonte, ano 12, n. 39, p. 79-97, jul./dez. 2018.

BITTENCOURT, Edgard de Moura. **A instituição do júri**: anotações aos dispositivos do decreto-lei n. 167, de 5 de janeiro de 1938. São Paulo: Saraiva, 1939.

BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 24 maio 2023.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto n. 11.302, de 22 de dezembro de 2022**. Concede indulto natalino e dá outras providências. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2022/decreto/d11302.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/decreto/d11302.htm)>. Acesso em: 24 maio 2023.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 24 maio 2023.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>. Acesso em: 24 maio 2023.

BRASIL. Presidência da República. **Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm)>. Acesso em: 24 maio 2023.

BRASIL. Procuradoria-Geral da República. **Ação direta de inconstitucionalidade com pedido de medida cautelar**. Disponível em: <<https://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/adi-decreto-indulto-natalino>>. Acesso em: 24 maio 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade com pedido de medida cautelar n. 7.330**. Requerente: Procurador-Geral da República. Rel. Min. Luiz Fux. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=6543644>>. Acesso em: 24 maio 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.874**. Rel. Min. Roberto Barroso. Rel.



para acórdão Min. Alexandre de Moraes. Brasília, Tribunal Pleno, j. 9 mai. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 622**. Rel. Min. Roberto Barroso. Brasília, Tribunal Pleno, j. 1º mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 964, 965, 966 e 967**. Rel. Min. Rosa Weber. Brasília, Tribunal Pleno, j. 10 mai. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 104.410**. Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília, Segunda Turma, j. 6 mar. 2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Criminal n. 00338975-60.1996.8.26.0001**. Rel. Des. Ivan Sartori. São Paulo, 4ª Câmara Criminal.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Embargos Infringentes n. 00338975-60.1996.8.26.0001/50001**. Rel. Des. Luis Soares de Mello Neto. São Paulo, 4ª Câmara Criminal, j. 11 abr. 2017.

CASTRO, Kátia Duarte de. **O júri como instrumento de controle social**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

DA PONTE, Antonio Carlos. **Crimes eleitorais**. São Paulo: Saraiva, 2008.

FELDENS, Luciano. **A Constituição penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FRANCO, Ary Azevedo. **O júri e a Constituição Federal de 1946**. Rio de Janeiro e São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1950.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. v. 5. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955.

LANDAU, David. Constitucionalismo abusivo. Trad. Ulisses Levy Silvério dos Reis e Rafael Lamera Giesta Cabral. **REJUR – Revista Jurídica da Ufersa**, Mossoró, v. 4, n. 7, jan./jun. 2020, p. 17-71. Disponível em: <<https://periodicos.ufersa.edu.br/rejur/article/view/9608/10261>>. Acesso em: 24 maio 2023.

LELLIS, Leonardo. Sem presos, Bolsonaro não pode dar indulto a PMs do Carandiru: ao anunciar sua intenção de perdoar penas de policiais, Bolsonaro também citou caso do ônibus 174 no Rio de Janeiro, em que PMs foram absolvidos. **Veja**, 3 set. 2019. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/brasil/sem-presos-bolsonaro-nao-pode-dar-indulto-a-pms-do-carandiru/>>. Acesso em: 24 maio 2023.

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo constitucional e democracia**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direitos Humanos na Jurisprudência Internacional: sentenças, opiniões consultivas, decisões e relatórios internacionais**. São Paulo: Método, 2019.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Relatório n. 34/00, caso 11.291 (CARANDIRU)**, Brasil, de 13 de abril 2000. Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/annualrep/99port/Brasil11291.htm>>. Acesso em: 24 maio 2023.

PASCHOAL, Janaína Conceição. **Constituição, criminalização e direito penal mínimo**. São Paulo: RT, 2003.

PORTO, Hermínio Alberto Marques. **Júri: procedimentos e aspectos do julgamento**. Questionários. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

TROVÃO, Edilberto de Campos. **Reflexões de um aprendiz de Promotor de Justiça no Tribunal do Júri**. 2. ed. Curitiba: JM, 2005.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 2. ed. São Paulo: RT, 2004.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A desigualdade e a subversão do Estado de Direito. **Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos**, v. 4, n. 6, p. 28-51, 2007.

WHITAKER, Firmino. **Jury (Estado de S. Paulo)**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1930.