

OS LIMITES DA DISCRICIONARIEDADE DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA NA CONCESSÃO DO INDULTO PENAL NO BRASIL E A POSSIBILIDADE DE ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM SEU CONTROLE

THE LIMITS OF DISCRETIONARITY OF THE REPUBLIC PRESIDENT IN THE CONCESSION OF THE CRIMINAL PARDON IN BRAZIL AND THE POSSIBILITY OF ACTING FROM SUPREME FEDERAL COURT IN HIS CONTROL

¹**Luís Fernando Centurião Argondizo**
(UNIPAR/UESPAR)

²**Celso Hiroshi Iocohama**
(UNIPAR)

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Previsão Constitucional do Indulto Penal Presidencial – 3. Princípios Constitucionais do Direito Administrativo – 3.1 Princípio da Legalidade – 3.2 Princípio da Impessoalidade – 3.3 Princípio da Moralidade – 3.4 Princípio da Publicidade – 3.5 Princípio da Eficiência – 3.6 Princípio da Supremacia do Interesse Público – 4. Atos Administrativos Discricionários – 5. Atos Administrativos Vinculados – 6. Princípio da Moralidade x Discricionariedade do Administrador Público – 7. O Indulto Penal Presidencial de 2017 e suas Polêmicas – 8. Função Fiscalizadora e Limitadora do STF – 9. Decisão Cautelar na ADI 5.874 – 10. Conclusões – 11. Referências.

Resumo: Apresenta-se no presente os princípios constitucionais que primam o Direito Administrativo, destacando a necessidade de obediência destes quando da expedição de ato administrativo discricionário, em especial do decreto presidencial que concede indulto penal de natal. Ainda, restará demonstrado a possibilidade de atuação do Judiciário para controle da discricionariedade na prática do ato pelo Presidente da República, fato que compete ao Supremo Tribunal Federal, por meio de Ação Direta de Inconstitucionalidade, por meio de análise aos fins ideais dos atos, ainda observar as limitações de atuação do tribunal, que não podem adentrar ao mérito do ato analisado, bem como, verificar a finalidade do ato, que não pode ser manipulado com intenção de legitimar ato obscuro a discricionariedade oponível ao ato.

Palavras-chave: Indulto penal; Discricionariedade Presidente da República; Controle Jurisdicional dos Atos Públicos; Limitação dos Poderes.

Abstract: Presented in this constitutional principles that press the administrative law, highlighting the need for obedience of these when shipment of discretionary administrative act, in particular the presidential decree granting criminal pardon of christmas. Even, will be left the possibility of the performance demonstrated the

¹ Mestre em Direito Processual e Cidadania pela UNIPAR, Professor dos Projetos de Especialização da Universidade Paranaense – UNIPAR, Professor dos Cursos de Graduação da UESPAR. e-mail: lf_centuriao@hotmail.com

² Doutor em Direito Processual Civil pela PUC-SP. Doutor em Educação pela USP. Mestre em Direito pela Universidade Estadual de Londrina. Professor da Graduação em Direito e do Programa de Mestrado em Direito Processual e da Cidadania, na Universidade Paranaense - UNIPAR. e-mail: celso@prof.unipar.br

judiciary for control of discretion in practice of the Act by the President, a fact that compete for the Supreme Court, through the direct action of unconstitutionality, for analysis purposes ideals of the acts, still observe the limitations of practice of the Court, that may not enter the merits of Act analyzed, as well as, verify the purpose of the Act, which cannot be handled with intention to the legitimization of the discricionarity to such an obscure opposable act.

Key-words: Criminal pardon, President discricionarity, Jurisdictional control of public acts; Limitation of powers.

1 INTRODUÇÃO

A incursão intentada no presente estudo se faz necessária por conta da grande polêmica lançada ao cotidiano social, com a expedição do Decreto 9.246/2017, que concedeu indulto natalino e comutação de penas e outras providências, publicado no Diário Oficial da União em 22 (vinte e dois) de dezembro de 2017.

Nota particular sobre o fato e sua análise se faz necessária quanto a imperiosidade em delimitar o tempo da realização do presente estudo que fora ultimado na primeira quinzena do mês de janeiro de 2018, refletindo, assim, a realidade dos fatos até aquele momento.

Percorrerá a exposição no que concerne os princípios constitucionais oponíveis ao direito administrativo, com breve elencar individualizado de cada um, permeando as particularidades principais para confrontação a expedição do indulto penal presidencial.

Em consequência, se expõem os critérios de discricionariedade que podem ser utilizados pelo Presidente da República, tanto para delegação da legitimidade para confecção do comando normativo, ainda, nas obrigações vinculativas principiológicas que se impõe ao feito.

Por fim, expressar a possibilidade de atuação do Poder Judiciário quanto a análise dos atos administrativos discricionários, em análise que limite a atuação deste poder e as consequências desta.

De modo especial no trato já dado ao Decreto 9.246/2017, que se encontra sob questionamento judicial por conta do ajuizamento da ADI 5.874/DF, proposta pela Procuradoria Geral da União, onde restará exposto os questionamentos, respostas e embasamento jurídico social utilizado pela Ministra Carmen Lúcia para justificação de sua conduta no conduzir do feito.

2 PREVISÃO CONSTITUCIONAL DO INDULTO PENAL PRESIDENCIAL

Em que pese a existência de previsão e de trato do assunto em legislação diversa da Constituição Federal, a saber a Lei de Execuções Penais, o Código de Processo Penal e o Código Penal, estes tratam tanto da previsão legal, quanto a forma de pedido e o procedimento para sua concessão do indulto, o que não é o tema de nossa abordagem.

Posto isso, é necessário submergir a questão com olhos fincados no prisma constitucional, já que o nosso estudo calça-se na previsão constitucional, na forma, nos efeitos e nas limitações que recaem ao Presidente da República ao editar o decreto regulador do indulto.

A previsão é expressa no artigo 84, inciso XII, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, onde se destaca a privatividade do Presidente da República para conceder indulto e comutar penas, urge destacar que todas as previsões contidas no artigo em comento tratam de assuntos de competência privativa do Presidente da República, porém restringe-se nosso debruçar analítico ao inciso ora invocado.

Vale ressaltar lição de José Miguel Garcia Medina³, que algumas das atribuições lançadas no texto em destaque podem ser delegadas pelo Presidente da República, desde que observados as condições e possibilidade elencadas no parágrafo único, do mesmo dispositivo, onde pondera-se a possibilidade de delegação em favor dos Ministros de Estado, ao Procurador-Geral da República ou ao Advogado-Geral da União, nos limites de suas delegações.

Cabe ainda, reflexão quando a atuação dos atores delegados para elaboração das matrizes reguladoras do indulto natalino, estes atuariam como se fossem as mãos do Presidente da República.

Porém, independente de que tal atuação se faça como uma extensão das mãos presidenciais, estes devem observar o regramento quando a sua conduta pessoal no que concerne as regras impostas pelo direito administrativo, que serão analisadas em melhor intensidade posteriormente.

Ademais, ainda, necessário observar que por mais que o instituto do indulto penal tenha previsão constitucional, bem como nas leis específicas do Direito Penal pátrios, não se observa em momento algum uma vinculação de obrigatoriedade para concessão da benesse, sendo este um ato discricionário do Presidente da República, sendo editado ao tempo que seu emissor julgar pertinente, ou seja, não existindo uma data específica para sua expedição, ou mesmo uma obrigação legislativa para sua concessão.

A discricionariedade dos atos administrativos por seus agentes é fator determinante para a boa gestão do executivo, pois assim, possibilita-se o melhor determinar dos atos, conforme a realidade social vivida pela sociedade no momento de sua expedição, sem olvidar a necessidade de observância dos princípios aplicáveis ao direito constitucional e administrativo.

Tem-se inequívoco com o breve exposto a previsão constitucional para a concessão do indulto penal, pela pessoa do Presidente da República, ou por agente por ele designado, desde que respeitadas as prerrogativas legais explícitas na Carta Constitucional, ao observar tal previsão tem-se a certeza que quando da emissão do decreto de indulto penal pelo Presidente da República inexistirá qualquer possibilidade de supressão de poderes, em que se cogite a necessidade de tramitação do tema ou matéria junto ao legislativo, evidenciada a essência constitucional, pessoal e discricionária do Presidente da República em ser o ator ativo para confecção do ato.

3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO ADMINISTRATIVO

O Direito Administrativo é regido por princípios, como todo ramo do direito, cabe observar que alguns destes princípios são comuns e atingem de modo direto tanto o direito administrativo, como os demais ramos do direito, porém, não se pode deixar de observar a essência principiológica deste ramo.

³ MEDINA, J.M.G. *Constituição Federal Comentada*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012, p. 328.

Assim, em lição de José Cretella Júnior:

Princípios de uma ciência são as proposições básicas, fundamentais, típicas que condicionam todas as estruturas subsequentes. Princípios, neste sentido, são os alicerces da ciência⁴.

Com isso, nota-se que a raiz principiológica cabível ao direito administrativo, se dá com preceitos basilares que visam resguardar a essência principal deste ramo, que visa de modo direito o bem estar social e a prevalência dos direitos sociais e coletivos.

Os princípios basilares do Direito Administrativo, podem ser evidenciados em cinco princípios que decorrem expressamente do texto constitucional, quais sejam, princípio da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência, sendo que estes estão descritos de forma expressa no artigo 37, da Constituição Federal de 1988.

Ainda, vale observar o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, conforme destaca Maia Sylvia Zanella Di Pietro⁵, que pode ser observado seja em ramificações, ou mesmo, de forma indúbil nos princípios acima invocados, bem como, deve ser condão primordial no conduzir do gestor público e nos ditames de aplicação do direito administrativo, estando segregado no artigo 111, da Carta Constitucional de 1988, através da Emenda Constitucional 19, de 04 de junho de 1998.

Posta a necessidade basilar dos princípios e demonstrada de forma sintética a razão de ser destes, volta-se a análise individualizada de cada um dos princípios alhures evidenciados, pois possuem condão especial e sincrético no desenvolvimento dos atos relacionados ao direito administrativo.

3.1 Princípio da legalidade

O princípio da legalidade transmite em sua leitura, sua essência, afinal através de um simples correr de olhos pelos verbetes que compõe o termo, se extrai a necessidade de observância a legalidade quando da conduta e expedição de atos do gestor público, de modo especial do Presidente da República, no caso em análise.

Porém, tal leitura é simplória e evidente, pois a observância das leis é algo que se espera de todo cidadão, sendo feito necessário para qualquer agente ocupante de cargo público.

Hely Lopes Meirelles, leciona que:

As leis administrativas são, normalmente, de ordem pública e seus preceitos não podem ser descumpridos, nem mesmo de acordo ou vontade conjunta de seus aplicadores e destinatários, uma vez que contêm verdadeiros poderes-deveres, irrelegáveis pelo agente público.⁶

⁴ CRETILLA JÚNIOR, J. "Os cânones do direito administrativo". *Revista de Informação Legislativa*, v. 25, n. 97, p. 5-52, jan./mar. 1988, p.7.

⁵ DI PIETRO, M. S. Z. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 101.

⁶ MEIRELLES, H. L. *Direito administrativo brasileiro*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 87.

Ou em lição mais sintética trazida por Alexandre Mazza⁷, “não se pode desvincular o agente público da obrigação legal que lhe é imposta”, ou seja, a administração pública só pode praticar as condutas autorizadas ou prevista em lei, sendo impossível ao agente público praticar ato não previsto no ordenamento jurídico pátrio.

O princípio da legalidade se subdivide em algumas ramificações internas, porém sem perder a essência do entendimento global e básico exposto no conceito central do tema, que pode ser lido, ainda no artigo 5º, II da Constituição Federal de 1988, onde desobriga-se de cumprimento a todo e qualquer cidadão de ato não previsto em lei.

Nota-se que a vontade do agente público é secundária a execução do ato, não prevalecendo o desejo de pactuar ou de gerir por sua autonomia de vontade, como ocorre em uma relação de particulares, e que será melhor exposto quando do debate acerca do princípio da primazia do interesse público.

Com isso, conforme destaca Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁸, não pode a Administração Pública, por simples ato administrativo, conceder direitos de qualquer espécie, criar obrigações ou impor vedações aos administrados, sem a existência prévia de legislação que a condicione ou permita, estando a vontade do agente vinculada ao ato pretérito que lhe preveja.

Ante o exposto resta inequívoco que o princípio da legalidade é fundamento que faz exigência ao agente público de previsão legal que permita a realização do ato por este praticado.

O que no nosso caso resta evidente a previsão constitucional que possibilidade ao Presidente da República a concessão do indulto penal, com isso, temos comprovado o respeito ao princípio da legalidade quando da expedição de Decreto Presidencial que verse sobre o tema.

3.2 Princípio da Impessoalidade

No tocante ao princípio da impessoalidade, este é revestido com o condão da marcada imparcialidade necessária para o bem gerir os atos da administração pública, que não comportam comportamentos discriminatórios ou prejudiciais ao bom trâmite dos atos da administração, seja pela possibilidade de favorecimento pessoal tanto ao gestor quanto ao destinatário do ato.

Como letra legal ao princípio invocado pode-se observar a previsão do artigo 2º, parágrafo único, III da Lei 9.784/99, que versa sobre a necessidade de observância critérios de objetividade, voltando na busca do interesse público, vedando-se a promoção pessoal de agentes ou autoridades.

Hely Lopes Meireles sintetiza que o princípio da impessoalidade reflete o princípio da finalidade, quando assevera que:

[...] o qual se impõe ao administrador público que só pratique o ato para seu fim legal. E o fim legal é unicamente aquele que a norma do Direito indica expressa ou virtualmente como objetivo do ato, de forma impessoal⁹.

⁷ MAZZA, A. *Manual de direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 92.

⁸ DI PIETRO, M. S. Z. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 102.

⁹ MEIRELLES, H. L. *Direito administrativo brasileiro*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 89-90.

Do conceito exposto alhures resta sentenciado que ao se observar a imposição da finalidade do ato, previsto no ordenamento, restaria garantida a observância do princípio da impessoalidade.

Porém, importante não olvidar a lição de José Afonso da Silva¹⁰, onde aponta:

Os atos e provimentos administrativos são imputáveis não ao funcionário que os pratica, mas ao órgão ou entidade administrativa da Administração Pública, de sorte que ele é o autor institucional do ato. Ele é apenas o órgão que formalmente manifesta a vontade estatal.

Com isso notamos que a impessoalidade transcende a atuação do agente público e chega ao órgão que emana o ato, já que o órgão é a representação do Estado junto ao ato praticado, pois ao verificar o ato o cidadão entende que este adveio do Poder Público e não do pseudo poder pessoal do agente público.

O alerta acima é evidenciado por Mazza, quando assevera que a ação do agente é imputada ao Estado, haja vista a responsabilidade destes atos recaírem sobre o Estado e não sobre o agente público que o assinou, vale ressaltar a existência da possibilidade de regresso do Estado frente ao agente, fato que se faz neste momento apenas para rememorar a possibilidade.

Cabe ainda observar quando da interpretação do princípio da impessoalidade que este não se confunde com o princípio da isonomia, consagrado no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, conforme lição de Lucia Valle Figueiredo¹¹, que nos esclarece:

É possível haver tratamento igual a determinado grupo (que estaria satisfazendo o princípio da igualdade); porém, se ditado por conveniências pessoais do grupo e/ou do administrador, está infringindo a impessoalidade.

Por derradeiro, importante lembrança a imposição legal de alguns impedimentos e suspeições que versam para a preservação efetiva do princípio em comento, estão estes impedimentos listados nos artigos 18 a 21, da Lei 9.784/99 e vem ao encontro da efetivação da impessoalidade de confirmação da moralidade administrativa, evitando uma possível parcialidade da autoridade administrativa.

Nota-se, então que o princípio da impessoalidade transcende a pessoa do agente público e atinge a pessoa do Estado, que através tem sua vontade emanada através do ato praticado não pela pessoa do agente, mas sim pelo órgão que lhe representa.

Assim, tem-se a clareza de que o princípio da imparcialidade é extensivo em sua aplicação, não se limitando ao emissores ou praticantes do ato, mas sim a toda a Administração Pública, pois se assim não fosse deixaria margem a interpretações rasas e tendenciosas junto aos órgãos estatais, de modo que a pessoa que deve agir com impessoalidade é o Estado e não apenas a figura representativa que ocupa determinado cargo/função quando da prática de determinado ato.

¹⁰ SILVA, J. A. *Curso de direito constitucional positivo*. 34. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 647.

¹¹ FIGUEIREDO, L. V. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros 1995, p. 63

3.3 Princípio da Moralidade

O princípio da moralidade em primeiro momento nos remete a um pensamento em termos arcaicos de retidão, hombridade e saber conviver social. Afinal, esta advém do sabe popular que nos impôs de forma afirmativa um desenvolvimento cultural que era sedimentado na moral e nos bons costumes das épocas.

Porém, não podemos fincar entendimento nesta seara já que o objetivado no presente está correlacionado com a moralidade administrativa, Diogo de Figueiredo Moreira Neto¹² destaca que a moralidade em comento advém da legitimidade política do agente público, consubstanciada com a finalidade do ato praticado, ou seja, em sendo o agente emissor legítimo e com a finalidade adequada do ato, ter-se-ia a observância do princípio da moralidade.

Ainda cabe reflexão quanto a lição de Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo¹³ o ato administrativo praticado com ausência de observância ao princípio da moralidade tal não deve ser considerado válido, transcendendo a necessidade de verificação de oportunidade e conveniência, sendo por consequência considerado e devendo ser declarada um ato nulo.

Com isso, temos comprovado que se impõe ao agente público, o uso irrestrito dos preceitos éticos, consubstanciados com a plena observância da conveniência, oportunidade e justiça como guia de sua conduta.

Sendo válida a assertiva de José dos Santos Carvalho Filho¹⁴ “que somente quando os administradores estiverem realmente imbuídos de espírito público é que o princípio será efetivamente respeitado”, já que tal princípio tem vínculo sensível com o entendimento de bom administrador, que se destaca não apenas pelo saber e cumprir as leis, mas também pelo observar aos princípios basilares da função e da administração pública.

No que concerne à análise do princípio *in voga* quanto a sua interpretação e aplicabilidade junto ao Decreto 9.246/2017, será tratado em tópico próprio mais adiante.

Em observando estes preceitos, restará o ato administrativo revestido de moralidade, garantindo-lhe lisura, validade e aplicabilidade de modo satisfatório a população que será a recebedora do ato.

3.4 Princípio da Publicidade

A Constituição Federal de 1988, possui duas previsões necessárias ao comento do princípio nesta abordado, em primeiro momento carece de reflexão o ditado no art. 5º, LX, que assevera a possibilidade de privação ou restrição da informação, quando os atos processuais, e nesta seara poder-se-ia realizar uma interpretação extensiva vinculado este entendimento aos atos administrativos, quando estes afrontarem ou lesarem a defesa da intimidade ou o interesse social no caso/ato em comento.

¹² MOREIRA NETO, D. de F. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 179-180.

¹³ ALEXANDRINO, M.; PAULO, V. *Direito administrativo descomplicado*. 23. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 254.

¹⁴ CARVALHO FILHO, J. S. *Manual de direito administrativo*. 30. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016, p. 74

Já o segundo dispositivo preceitua a exigência da ampla divulgação dos atos praticados pela Administração Pública, ressalvadas as hipóteses de sigilo que a lei determinar, a saber do contido no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988, conforme ressalta Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁵.

Outro feito de suma importância quando em debate sobre o princípio da publicidade é que esta tem sensível ligação com a eficácia da norma administrativa, da lição de Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo¹⁶, a publicidade não está vinculada a validade do ato, mas sim a sua eficácia, pois sem a publicidade este não tem vigência possível.

Além da imperiosidade da publicidade para os feitos alhures evidenciados José dos Santos Carvalho Filho¹⁷ destaca ainda, que advém do princípio da publicidade o direito de petição, que é caracterizado pela possibilidade do cidadão postular frente aos órgãos administrativos, também, as certidões, que devem ser expedidas pelos órgãos administrativos, contendo a verdade dos fatos que lhe integram.

Como forma de obedecer o art. 37, §3º, II da Constituição que consagra o acesso a informação do cidadão aos bancos de dados oficiais, com observância as limitações do sigilo oponente previsto em lei e os dados que concernem a vida privada do administrador.

Vê-se com isso que o Órgão Administrativo possui responsabilidade gritante quando a publicidade de seus feitos, não bastando a simples publicação legal das leis, decretos ou portarias, mas também, deve estar à disposição do cidadão para esclarecer-lhe quanto a suas solicitações.

Importante não olvidar que as solicitações realizadas pelos cidadãos também devem observar as limitações legais, bom como, necessária observância dos prazos para resposta pelo órgão competente.

Com isso, tem-se latente, que o princípio da publicidade não se esgota quando da publicação dos atos administrativos para a população, sempre subsistindo ao administrador público a obrigação de fornecer as informações pleiteadas pelos Administrados, ressalvadas as limitações legais, criando assim, um ambiente de transparência administrativa que corrobora a boa condução que a administração pública exige e necessita.

3.5 Princípio da Eficiência

O princípio da eficiência insta consagrado na Carta Constitucional, através da Emenda Constitucional nº 19, de 1998, que a inseriu no *caput* do artigo 37. Existindo previsão, ainda, junto ao artigo 2º, *caput*, da Lei 9.784/99, que versa sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

Hely Lopes Meirelles, traz a eficiência com uma das obrigações da Administração Pública, quando a define como:

O que se impõe a todo agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já

¹⁵ DI PIETRO, M. S. Z. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 109.

¹⁶ ALEXANDRINO, M.; PAULO, V. *Direito administrativo descomplicado*. 23. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 217.

¹⁷ CARVALHO FILHO, J. S. *Manual de direito administrativo*. 30. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016, p. 79.

não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros.¹⁸

Pode-se extrair deste princípio que o administrador público tem em si o dever da boa administração, já que este encontra respaldo descritivo em dois aspectos, conforme destaca Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁹, pois reputa observância ao modo de atuação do agente público, o qual deve entregar a população seu melhor, tanto em desempenho, quanto em resultados, e ainda, no modo organizacional, que deve ser gerido de forma a melhor estruturar e disciplinar a Administração Pública, com vistas a alcançar os melhores resultados.

Matheus Carvalho, sintetiza o princípio ainda com outros elementos, observemos:

Eficiência é produzir bem, com qualidade e com menos gastos. [...] Buscam-se sempre melhores resultados práticos e menos desperdício, nas atividades estatais, uma vez que toda coletividade se beneficia disso²⁰.

Ante as pontuações expostas, resta evidente que a eficiência que trata o princípio deve ter entendimento *lato*, não sendo possível suscitar apenas a eficiência pessoal, sem observar os custos e reflexos desta eficiência pontual, que por mais que ocorra pode contaminar todo o processo trazendo um resultado ineficiente para a população.

Vale ressaltar que o princípio da eficiência, não se limita aos serviços públicos que são prestados diretamente pelo Estado para com a coletividade, urge destacar a lição de José dos Santos Carvalho Filho²¹ que destaca que os efeitos do princípio da eficiência atingem as pessoas federativas, as concessionárias de serviço público, as autarquias, enfim, todas as atividades que possuam ligação direta ou indireta com a Administração Pública.

Extraí-se da leitura que o princípio da eficiência contém forte ligação com os demais princípios já analisados anteriormente, sem deixar claro de ponderar que cada um deles possui sua importância no processo administrativo.

Porém, pode-se observar que este possui íntimo com o princípio da moralidade, já que impossível obter resultado eficiente de manifestação que desrespeite a moralidade administrativa, já que ter-se-ia destaque conduta inaceitável do agente público.

No que concerne à aplicação do princípio em análise junto ao Decreto 9.246/2017, resta evidente que ocorre possível latência de afronta deste junto ao contido no Decreto em debate, já que o entendimento de perdão exacerbado, onde se permite um pensamento de abrandamento demasiado da pena, o que não vai ao encontro com a satisfação e as necessidades da sociedade.

¹⁸ MEIRELLES, H. L. *Direito administrativo brasileiro*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, 102.

¹⁹ DI PIETRO, M. S. Z. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, 84.

²⁰ CARVALHO, M. *Manual de direito administrativo*. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 78.

²¹ CARVALHO FILHO, J. dos S. *Manual de direito administrativo*. 30. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016, p. 84.

Por fim, cabe observar que a o princípio da eficiência, não se confunde com a eficácia nem como a efetividade, pois a primeira transmite sentido vinculado ao modo que se processa o desempenho da atividade administrativa, sendo vinculado a conduta dos agentes, enquanto a segundo é voltado para os resultados obtidos com as ações administrativas.

3.6 Princípio da Supremacia do Interesse Público

Após observar os princípios antecedentes, visualizando sua previsão constitucional, finda-se o breve percorrer sobre os princípios que norteiam o direito administrativo é chegada o momento de debruçarmo-nos em atenção ao princípio da supremacia do interesse público.

Matheus Carvalho²² ressalta que a “atuação do administrador não visa ao interesse do indivíduo, mas do grupo social em sua totalidade, e se assim não ocorrer, a conduta estatal sofrerá de Desvio de Finalidade, o que não está amparado pelo direito.”

Do breve entender extrai-se que a condução da Administração Pública sendo calçada na busca constante de benesses coletivas, sendo possível, inclusive, a ação do Estado frente ao particular obrigando, ou mesmo, suprimindo direitos em face dos direitos da coletividade.

Nas lição de José dos Santos Carvalho Filho²³ o princípio da supremacia do interesse público rompe com o individualismo exacerbado que se alastra pela sociedade em prol do *Welfare State* (Estado de bem-estar), voltando atenção aos interesse públicos/coletivos.

Em que pese o exposto, não pode-se entender que o indivíduo passa a ser descartável perante a sociedade, ao contrário, este é integrante fundamental para a formação social.

Porém, não pode-se conceber uma sociedade formada por milhares de milhões de vontades autônomas, com contentamento amplo. Afinal, a cada ato ter-se-ia milhares de pessoas descontentes com os atos administrativos praticados, sendo-os motivados na busca da satisfação do interesse particular do administrador ou de alguém que este prese.

A essência do indulto penal presidencial vai ao encontro da humanização da pena, que atende ao interesse público, afinal, a imposição de penas cruéis e penosas não coadunam com um Estado de bem estar social, que é um dos ideias da República Federativa do Brasil, porém abrandar penas de forma abrupta como a lançada no Decreto 9.246/2017, torna o cumprimento de pena aquém do exigido pelo interesse público, pois lança condão de impunidade frente a pessoas condenadas por afrontas legais praticadas em detrimento da sociedade.

Sendo imperioso o destaque que para a realização dos atos pelos administrador público, este não pode apenas justificar pelo princípio da supremacia do interesse público, nota-se que a realização de qualquer dos atos possíveis de serem praticados pelo agente público, estes devem observar e atender a integralidade dos princípios debatidos, sob pena de restar o ato viciado por

²² CARVALHO, M. *Manual de direito administrativo*. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 62.

²³ CARVALHO FILHO, J. dos S. *Manual de direito administrativo*. 30. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016, p. 86.

desrespeito a qualquer deles, causando, com isso, transtornos e prejuízos a coletividade.

4 ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS

A discricionariedade do ato administrativo, não pode ser confundida com a vontade livre e plena do administrador público, caso o fosse, estaríamos diante de uma possibilidade de permitir ao administrador a realização de atos baseados exclusivamente em sua vontade, situação que não é aceitável no direito hodierno.

É certo que a prática do ato discricionário propicia ao administrador público certo grau de liberdade para que este decida, qual a melhor maneira de que se atinja o interesse público, analisando pormenorizadamente o caso concreto que lhe é posto, leciona Alexandre Mazza²⁴.

Quando da realização de um ato discricionário cabe ao administrador público se revestir de cautela, afinal, o ato a ser praticado deve estar em plena conformidade com o fim legal que este busca alcançar, já que a lei determinada explicita ou implicitamente os ditames de conduta e as finalidades da Administração Pública.

José dos Santos Carvalho Filho²⁵ leciona que a não observância do alhures evidenciado eiva o ato de ilegalidade, gerando afronta insanável frente ao princípio da legalidade que insta consagrado no artigo 37 da Constituição Federal de 1998.

Na mesma seara de alerta quanto a necessidade de observância plena dos princípios matrizes do direito administrativo, quando da expedição de atos discricionários pelos administradores Públicos, Diogo de Figueiredo Moreira Neto²⁶ ressalta que "A ilicitude se caracterizará então pelo *desvio moral* imprimido à reta ação da Administração, [...] sempre que, em qualquer delas, o ato visar a *finalidades* divorciadas das que o agente deveria atender."

Diante do breve exposto em que pese a conceituação de atos discricionário trazido por Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo²⁷, "são aqueles que a administração pode praticar com certa liberdade de escolha, nos termos e limites da lei, quanto ao seu conteúdo, seu modo de realização, sua oportunidade e sua conveniência administrativas."

O conceito alhures exposto reafirma a condição de submissão do agente público aos princípios do direito administrativo, ainda, destaca que a moderação desta discricionariedade, fato que em hipótese alguma deve ser desconsiderada, haja vista a primazia da Lei e do interesse público frente aos interesses particulares do administrador, ou mesmo de integrantes da sociedade em detrimento dos demais.

As possibilidades administrativas também devem ser levadas em conta quando da expedição de ato administrativo discricionário, fato que é destacado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro²⁸ "E a atuação é discricionária quando a

²⁴ MAZZA, A. *Manual de direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 257.

²⁵ CARVALHO FILHO, J. dos S. *Manual de direito administrativo*. 30. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016, p. 201.

²⁶ MOREIRA NETO, D. de F. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 319

²⁷ ALEXANDRINO, M.; PAULO, V. *Direito administrativo descomplicado*. 23. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 527.

²⁸ DI PIETRO, M. S. Z. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 221.

Administração, diante do caso concreto, tem a possibilidade de apreciá-lo segundo critérios de oportunidade e conveniência e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas para o direito.”

O comentário acima exposto versa sobre o poder discricionário do administrador público, porém, este mesmo poder é utilizado quando da expedição de ato discricionário, ou seja, vale-se dos mesmos preceitos em ambas as situações.

Vale ressaltar ainda, quanto as previsões legislativas que expressam conceitos jurídicos indeterminados, com isso, restar-se-ia o agente público impedido de realizar atos que possam garantir o bem comum, haja vista, a falta de previsão legal, que empunharia ao administrador a impossibilidade de ação frente a imposição de obediência ao princípio da legalidade.

Porém, quando da ocorrência de situação similar a narrada preceitua Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2015, p. 486) que:

[...] há discricionariedade, ou possibilidade de atuação discricionária do agente público, na aplicação das leis que utilizam conceitos indeterminados - tais como "boa-fé", "conduta escandalosa", "moralidade pública" -, quando, no caso concreto, o agente se depara com situações em que não existe possibilidade de afirmar, com certeza, a ocorrência ou não do enquadramento do fato no conteúdo da norma. Nessas situações, a administração, dentre as possibilidades de atuação juridicamente legítimas, determinará a mais oportuna e conveniente, tendo em vista o interesse público; o Poder Judiciário não pode substituir a administração nesse juízo de valor (porque se trata de um juízo de mérito administrativo).²⁹

Cabendo exclusivamente ao agente administrativo a escolha dentre as opções possíveis para o melhor solucionar da situação fática vivenciada no momento em que se impõe a decisão, levando-se em conta os preceitos da conveniência e da oportunidade administrativas, pois respeitadas estas, em tese, ter-se-á decisão que albergue a adequada proteção e respeito ao interesse público, bem como, aos preceitos legais expostos na lei de caráter indeterminado.

A discricionariedade do ato deve observar a existência de um juízo de conveniência prévio, destacando-se a oportunidade em seu objeto ou no motivo da realização do ato, que é determinado como mérito do ato praticado.

Em caso de não observância destes preceitos incorrerá o agente administrativo em ato arbitrário, pois por arbitrário seria o ato praticado fora dos padrões de legalidade, bem como transcendendo os limites de competência para expedição do ato, situações que ensejariam afronta latente a legislação.

Urge evidenciar que a otimização da conduta do agente administrativo gera como consequência uma otimização de seus atos, diante disso vale destacar lição de Celso Antonio Bandeira de Melo³⁰, que assevera que a “discricionariedade existe,

²⁹ ALEXANDRINO, M.; PAULO, V. *Direito administrativo descomplicado*. 23. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 486.

³⁰ MELO, C. A. B. de. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2009, p. 430.

por definição, *única e tão somente para proporcionar em cada caso a escolha da providência ótima*, isto é daquela que realize superiormente o interesse público almejado pela lei aplicada.”

Com o breve analisado nota-se que a possibilidade de atuação discricionária advém exclusivamente para possibilitar ao agente administrativo uma melhor condução dos atos que lhe cabem, sem a fuga da legalidade, da legitimidade e dos demais princípios que norteiam o direito administrativo, em situações pontuais que permitam atuação nos moldes vistos, também as situações que possuam interpretação legal ampla ou indefinida.

Ainda, a discricionariedade possibilita um agir mais célere ao administrador, que muitas vezes necessita tomar decisões imediatas na busca do bem social, tendo ainda, a particularidade da desnecessidade de motivação para alguns atos, facultando-a ao administrador quando da expedição do ato.

Confirma-se que a possibilidade do agir discricionário do administrador público, no caso especial do ato administrativo discricionário é tentativa de otimizar e garantir ao coletividade uma ação ativa do administrador, possibilitando respostas eficientes e adequadas as situações que lhe caibam.

Como forma de ultimar o comentário do tópico vale ressaltar que os atos discricionários são oponíveis ao controle judiciário, com as limitações impostas pela legislação, sendo este assunto tratado em momento posterior em tópico específico.

5 ATOS ADMINISTRATIVOS VINCULADOS

Como base de ponderação, necessário se faz, mesmo que brevemente pontuar algumas características no que concerne aos atos administrativos vinculados, evidenciando, assim, as diferenças deste frete aos atos administrativos discricionários, sendo-os antagônicos.

Os atos vinculados, surgem do poder vinculado que segundo lição de Hely Lopes Meirelles³¹, “o poder vinculado ou regrado é aquele que estabelece único comportamento possível a ser tomado pelo administrador diante de casos concretos, sem nenhuma liberdade para juízo de conveniência e oportunidade.”

Da leitura sobre o poder vinculado nota-se a ausência de liberdade do administrador público pois este fica adstrito exclusivamente as permissões legais, sendo vedada qualquer possibilidade de emissão de juízo de valor para emissão do ato, em lição de Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo, observa-se a conceituação aos atos vinculados, também, as imposições objetivas que o administrador está adstrito ao deparar-se com situação que imperiosamente necessita da intervenção por meio deste tipo de ato, vejamos:

[...] os que a administração pratica sem margem alguma de liberdade de decisão, pois a lei previamente determinou o único possível a ser obrigatoriamente adotado sempre que se configure a situação objetiva descrita na lei. Não cabe ao agente público apreciar oportunidade e conveniência administrativas quando à edição do ato; uma vez atendidas

³¹ MEIRELLES, H. L. *Direito administrativo brasileiro*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 96-97.

as condições legais, o ato tem que ser praticado, invariavelmente.³²

Na mesma senda assevera Celso Antonio Bandeira de Melo³³ para a necessidade de objetividade absoluta entre o previsto legal e o fático enfrentado pelo administrador, não cabendo a Administração interferência derivada de qualquer tipo de apreciação subjetiva, situação que vincula obrigatoriamente a expedição do ato previsto em lei.

Ainda, vale observar que o ato vinculado, possui condão de conceder direitos a terceiros, fato que incorre quando da expedição de atos discricionários, pois cumpridos determinados requisitos que esteja estipulados por lei, impõe-se ao administrador a concessão de direitos aos particulares.

Diante do breve comentário inegavelmente mostra-se que o ato vinculado impõe limitação de vontade, subjetividade, conveniência ou oportunidade ao administrador público, impondo-se a ele a tomada de decisão ou expedição de ato único possível, previsto em lei.

Vale observar que a vinculação em comentário se faz necessária para maior segurança jurídico administrativa, pois a possibilidade de tomada de decisões amplas de modo discricionário poderia ensejar a não expedição de atos que hodiernamente são de condão obrigatório, conseqüentemente a possíveis prejuízos sociais coletivos.

6 PRINCÍPIO DA MORALIDADE X DISCRICIONARIEDADE DO ADMINISTRADOR PÚBLICO

Tema de grande repercussão na atual conjuntura política nacional, diz respeito à aplicação da moralidade administrativa quando da expedição de atos discricionários pelos administradores públicos, de modo especial aos agentes políticos.

Latente é o saber quando a delicada situação vivida pelos entes públicos no país nos últimos anos, condição que se reafirma a cada novo escândalo ou desenrolar das páginas investigativas das diversas operações deflagradas em todo país frente a ações fraudulentas, que geram prejuízos imensuráveis aos cofres públicos, conseqüentemente a população em geral.

Diante de fatos como estes, a população anseia pelo surgimento de uma política digna e justa, composta por pessoas que observem os limites legais e principiológicos, de modo especial no que concerne ao ponto de debate ao princípio da moralidade, observando as possibilidades de expedição de atos discricionários que visem a otimização dos atos que permeiam a gestão pública de modo eficaz, respeitando-se os méritos e cobrando-se os deméritos advindos dos atos administrativos.

Viu-se anteriormente que a moralidade exigida do administrador público transcende o conceito vago geral tido pela grande massa populacional, sendo necessária uma interpretação ampla do princípio para obtenção de sua essência junto ao direito administrativo.

³² ALEXANDRINO, M.; PAULO, V. *Direito administrativo descomplicado*. 23. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 484-485.

³³ MELO, C. A. B. de. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2009, p. 424.

Mister destacar elemento fundamental para a concepção da moralidade administrativa, que é a legitimidade política para a expedição do ato, no que concerne a proposta do trabalho, vê-se que a figura legitimada para expedição do decreto que concede o indulto é o Presidente da República, ou seja, tem-se observada a legitimidade política do ato quando este é expedido pelo Chefe do Poder Executivo, ou por Autoridade Administrativa por ele delegado nos termos da previsão constitucional.

Já em observar-se a finalidade do ato este deve ser adequado as previsões legislativas, no que concerne ao ponto de debate, que é a expedição de indulto presidencial penal, este possui finalidade explícita e prevista nos diplomas penais, não sendo um legislar avulso do Presidente da República, sendo em tese consubstanciado sem a necessidade de verificação da oportunidade ou da conveniência do ato, pois respeita-se a previsão legal, quando de sua expedição, garantindo-se a observância ao princípio da moralidade.

Anseio que provém dos corredores sociais trazem que esta moralidade seja observada, além dos preceitos alhures lançados, pois necessita se confrontar o teor da expedição presidencial, frente as condições de discricionariedade oponível a sua condição de agente público, pois a não observância plena dos preceitos ensejaria em expedição de ato nulo.

A fuga dos guias morais para a expedição de conduta discricionária vicia o ato trazendo prejuízos a grande massa populacional, fugindo, assim, das características básicas da Administração Pública, que devem versar exclusivamente pelo bem comum e social pleno, pois esta é obrigação do administrador público.

Alerta-se, então para a necessidade de observância pelo administrador público em especial ao princípio da moralidade quando da expedição de atos discricionários possíveis, bem como, a imperiosidade de que este mesmo administrador não fuja das previsões legais para a condução de suas atividades administrativas, pois a expedição do ato é a exteriorização de pensamento do ente administrativo.

Fato que não se pode aceitar quando da discricionariedade lese frontalmente os preceitos morais, que podem englobar de modo sintético os demais princípios do direito administrativo, pois através da lesão moral podemos englobar situações que firam a legalidade, a impessoalidade, a eficiência e a supremacia do interesse público.

Assim, exige-se uma atuação pacífica e adstrita as previsões legais e principiológicas que se impõe a atuação de todo e qualquer agente administrativo Público, este é vinculado a tais condicionamentos, mesmo quando da expedição de atos discricionários.

7 O INDULTO PENAL PRESIDENCIAL DE 2017 E SUAS POLÊMICAS

Como já exposto em momento oportuno o indulto penal presidencial, possui previsão legal, bem como, condiciona sua expedição a conveniência administrativa, não existindo uma vinculação de realização do ato, sendo possível ao Presidente da República sua expedição em qualquer momento que julgue oportuno para tal.

Ocorre que tradicionalmente é expedido pelo Presidente da República em meados de dezembro de cada ano, o indulto penal de natal como é conhecido, sendo este decreto aguardado por toda comunidade carcerária e jurídica, pois estes

aguardam o conteúdo que regulará a aplicação individual do concedido através do indulto.

Dando sequência a tradição o Presidente da República, Michel Temer, expediu em 21 (vinte e um) de dezembro de 2017, o decreto n.º 9.246, que concede o indulto natalino e comutação de penas e dá outras providências.

Inobstante a concretização do decreto tradicional, ocorre de modo especial grande alvoroço no meio jurídico quando da publicidade do ato, que fora publicado no Diário Oficial da União em 22 (vinte e dois) de dezembro de 2017.

Tanto que no dia 27 (vinte e sete) de dezembro de 2017, segundo dia útil subsequente a publicação do decreto, a Procuradoria Geral da União, através de sua procuradora chefe, peticionou ADI – Ação Declaratória de Inconstitucionalidade, que fora distribuída sob número 5874, onde requereu-se a cautelarmente a suspensão dos efeitos do inc. I do art. 1º; do inc. I do §1º do art. 2º, e dos arts. 8º, 10 e 11 do Decreto n. 9.246, de 21.12.2017, com julgamento final confirmando-se a inconstitucionalidade dos mesmos pontos pleiteados em pedido cautelar.

Deferido o pedido cautelar pela Presidente do Supremo Tribunal de Justiça em 28 (vinte e oito) de dezembro de 2017, surtindo seus efeitos suspensivos até o momento da análise e elaboração do presente, sendo que a decisão cautelar será analisada adequadamente em momento futuro.

A indignação ministerial, reflete entendimento social, que aduz a amplitude demasiada do decreto que concede o indulto natalino em 2017, pois a concessão, em tese fere a separação dos poderes, fere a liberdade dos magistrados, quando da individualização da pena e induz uma proteção ineficiente do Estado para com seus membros, sendo o exposto pelo Procurador da República Deltan Dallagnol³⁴, em seu artigo: Um indulto sob medida para estancar a sangria, publicado no dia 24 (vinte e quatro) de dezembro junto ao portal UOL, refletindo o sentimento dos demais procuradores, que já no mês de novembro de 2017, alertavam para a possibilidade do alcance dos reflexos do indulto a pelo menos 37 (trinta e sete) condenados na Lava Jato, sendo todos condenados por crimes de corrupção.

Aduz, ainda, que a insegurança jurídica restará sedimentada junto à sociedade, pois propiciará uma interpretação de que a impunidade e a insegurança sobrepõem-se a discricionariedade do ato praticado pelo Presidente da República, sendo o ato tratado como arbitrário e de consequências desproporcionais, nas palavras da Procuradoria Geral da União.

Razão de grande crítica concentra-se na proporcionalidade de pena cumprida para habilitar o condenado ao gozo do decreto, pois demonstra que nos dois últimos decretos o avanço, em tese, desproporcional para a obtenção do indulto, haja vista a necessidade de cumprimento de 1/3 (um terço) da pena nos decretos expedidos entre os anos de 1999 a 2015, tendo sensível modificação nos dois últimos anos, quando modificou-se a necessidade para 1/4 (um quarto) no ano de 2016 e 1/5 (um quinto) no decreto em comento.

Com análise fria das exigências lançadas no decreto em análise, nota-se que a exigência de cumprimento de pena para recebimento da benesse do indulto penal de natal, mostra a necessidade de cumprimento de pena em patamar mínimo

³⁴³⁴ DALLAGNOL, D. M. "Artigo: Um indulto sob medida para estancar a sangria". *Portal UOL*. De 24/12/2017. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2017/12/24/um-indulto-sob-medida-para-estancar-a-sangria.htm>. Acessado em: 26/12/2017.

de 20% (vinte por cento), cumulado com a dispensa do ressarcimento dos significativos danos causados ao patrimônio público e à sociedade e do pagamento das multas estabelecidas nas condenações.

Grande discordância, social lançada quando da análise do decreto em comento é a ausência de cunho humanitário quando da concessão do indulto para condenados em crimes contra o patrimônio público, com visão direcionada aos envolvidos nos escândalos de corrupção que vem se multiplicando no cotidiano nacional nos últimos anos, em todas as ramificações políticas possíveis, atingindo desde as masmorras as torres palacianas do poder, como se observa da pesquisa realizada junto ao portal UOL, onde mais de 93% (noventa e três por cento) dos mais de 23.000 (vinte e três mil) participantes, em números extraídos no dia 28 (vinte e oito) de dezembro de 2017, externam sua discordância com os termos do decreto presidencial.

A ira evidenciada possui razão pois o indulto penal presidencial possui condão primordial de impulsionar condições de cumprimento de pena mais humanitárias, tendo sua origem no império romano e sendo utilizado também nos tempos medievais, como forma de libertar prisioneiros de penas corporais e desumanas, conforme leciona Rogério Grecco³⁵.

Diante de tantas polêmicas resta inequívoco que a sociedade não se calaria, a saber do risco ventilado pela Procuradoria Geral da União quanto as condenações advindas da Operação Lava Jato, uma das operações judiciais mais eficazes da história do direito penal, no concernente aos crimes cometidos contra o patrimônio público. Afinal, possibilita-se a aplicação do indulto para o perdão de condenação no valor pecuniário de qualquer natureza.

Com o exposto nota-se que o indulto penal presidencial, concedido através do Decreto 9.246/2017, possui diversos pontos de possível incongruência com os ditames aceitáveis para aplicação plena da discricionariedade do Presidente da República o que enseja a manifestação da Procuradoria Geral da União através do ajuizamento da ADI 5874 que ataca os pontos alhures expostos de forma sintetizada.

8 FUNÇÃO FISCALIZADORA E LIMITADORA DO STF

As competências do Supremo Tribunal Federal estão consagradas no artigo 102 da Constituição Federal de 1.988, no que concerne ao analisado no presente destaca-se o inciso I, alínea a, pois nela versa a competência para apreciação de Ação Direta de Inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, que é o caso do Decreto 9.246/2017.

No que concerne a possibilidade de revisão judicial dos atos discricionários ao agente público, restringe-se a atuação do judiciário no tocante a analisar os aspectos da legalidade do ato, não se possibilitando a análise da oportunidade, conveniência ou mérito do ato, já que estes expressam necessariamente a vontade do administrador.

³⁵ GRECO, R. *Curso direito penal: parte geral*. 4. ed. Niterói: Editora Impetus, 2004, v. 1, p. 781.

Conforme lição de Matheus Carvalho³⁶, "Sempre que o Poder Judiciário atua no controle de legalidade do ato, não haverá invasão do mérito administrativo, desde que o conceito de mérito fique entendido e respeitado na decisão judicial."

Portanto, compete ao Supremo no tocante a análise do Decreto 9.246/2017, analisar as possíveis inconformidades do texto frente a Constituição Federal, com isso, vale o destacar que se fará necessário, o confrontamento deste com os princípios que regem o direito administrativo, alhures evidenciados, já que estes possuem matriz originária de nossa Carta Constitucional vigente.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro³⁷, ressalta que além da necessidade de verificação frente a legalidade necessária para expedição do ato, se faz necessário que o judiciário ao apreciar um ato administrativo discricionário, observe se este não ultrapassou o limite da discricionariedade, sendo que em caso positivo, incumbe ao Judiciário invalidar o ato, pois este encontrar-se-ia viciado por ter o agente público ultrapassado tal limite, o que de forma extensiva fere o princípio da legalidade, pois este atuou além das perspectivas legais possíveis.

No que concerne à análise do Decreto 9.246/2017, este incumbe análise quanto a possível supressão de poderes, já que o Presidente da República, pode ter ultrapassado os limites discricionários e legislado, mesmo que indiretamente em matéria penal, fato que não lhe é legítimo e que confirmaria um abuso de poder.

Importante destaque, ao fato dado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro³⁸, que assevera em sua lição a possibilidade de que o Judiciário decrete a nulidade do ato, pois este seria realizado em divergência ao interesse público, definido em lei, consubstanciado com a supressão de poderes realizada pelo Chefe do Executivo.

Vale observar, ainda, o posicionamento de Antonio Escosteguy Castro³⁹, onde este pontua a necessidade de atuação do Poder Judiciário, em sua essência política:

O Poder Judiciário é um autêntico *órgão de poder político* na exata medida em que, no exercício da sua atividade típica, a jurisdição, são proferidas decisões com caráter valorativo em face de alternativas fáticas. O ato de julgar não é meramente técnico, nem se resume na aplicação da lei. É antes disso a produção de Direito. Ao julgar, o juiz cria uma nova norma, específica para o caso concreto. Assim, toda decisão jurídica é também uma decisão política

Da análise do trecho exposto, extrai-se a necessidade de respeito a atuação do Judiciário, quando da análise dos atos governamentais, pois quando da análise e consequente julgamento do que se põe a mesa da jurisdição busca-se a otimização dos atos em detrimento do interesse social e da proteção dos institutos constitucionais que são base para expedição dos mandamentos administrativos.

Incumbe, ainda, ao STF análise quanto a moralidade do ato praticado, pois este possui caráter autônomo dos demais princípios constitucionais que permeiam a Administração Pública, sendo oponível ao regime jurídico-administrativo coerência

³⁶ CARVALHO, M. *Manual de direito administrativo*. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 124.

³⁷ DI PIETRO, M. S. Z. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 229.

³⁸ DI PIETRO, M. S. Z. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 229.

³⁹ CASTRO, A. E. "A necessidade de controle social sobre o Poder Judiciário". *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, vol. XX, n. 55, set./dez. 1991, pp. 157-161.

plena na condução dos rumos e expedição de comandos que emanam da Administração para a população, em destaque de Vladimir da Rocha França⁴⁰.

Ademais, a análise pelo Judiciário possui papel de fundamental importância frente aos possíveis atos eivados de arbitrariedades que podem ser cometidos pelo administrador público em fuga latente de obediência aos ditames principiológicos que devem permear sua conduta, em destaque final de Di Pietro⁴¹.

Nota-se com o breve debate que o STF possui papel fundamental na proteção dos direitos da coletividade, incumbindo a ele a análise dos atos administrativos, buscando aperfeiçoá-los entregando a sociedade uma legislação que respeite plenamente a Carta Maior da nação.

Também, resta evidente que a conduta do judiciário quando desta análise não se contamina de supressão de autonomia ou, mesmo, na análise de mérito quando da expedição de ato discricionário, mas tão somente busca analisar se o ato em análise fora concebido dentro das necessidades legais e principiológicas, bem como, se este respeita a primazia do interesse social que deve ser norte na condução do administrador público, ainda, em especial no caso da análise do Decreto 9.246/2017, se este possui o caráter humanitário necessário para sua expedição.

9 DECISÃO CAUTELAR NA ADI 5.874

Em respeito ao princípio da inafastabilidade da jurisdição consagrado no artigo 5º, XXXV da Constituição Federal de 1988, impõe-se ao STF julgar o que lhe é posto pelos postulantes respeitadas as prerrogativas mínimas para incursão jurisdicional.

O presente estudo limita-se a analisar o deferimento de medida cautelar pleiteada junto a ADI 5.874, onde a PGR elenca possíveis inconstitucionalidades contidas no Decreto 9.246/2017.

A decisão coube a Ministra Cármen Lúcia, então presidente da Corte, pois a propositura da demanda ocorrera em tempo de recesso forense, bem como, este encontra amparo de apreciação junto ao artigo 13 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, pois o aguardar pelo trâmite normal da demanda na corte poderia ensejar em prejuízo irreparável ou de difícil reparação vez que o fora sorteado eletronicamente e remetido posterior ao despacho cautelar ao Eminente Ministro Roberto Barroso, que dará continuidade ao feito quando do retorno do recesso.

Destarte, a frase inicial lançada pela Ministra Carmen Lúcia, quando da apreciação do mérito do pedido cautelar, onde assevera categoricamente que:

Indulto não é nem pode ser instrumento de impunidade. É providência garantidora, num sistema constitucional e legal em que a execução da pena definida aos condenados seja a regra, possa-se, em situações específicas, excepcionais e não demolidoras do processo penal, permitir-se a extinção da pena pela superveniência de medida humanitária.
[...]

⁴⁰ FRANÇA, V. da R. "Considerações sobre o controle de moralidade dos atos administrativos", *Revista dos Tribunais*, vol. 774/2000, abr/2000, pp. 108-125.

⁴¹ DI PIETRO, M. S. Z. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 231

Indulto não é prêmio ao criminoso nem tolerância ao crime. Nem pode ser ato de benemerência ou complacência com o delito, mas perdão ao que, tendo-o praticado e por ele respondido em parte, pode voltar a reconciliar-se com a ordem jurídica posta.

Aponta a Ministra que a confecção do decreto que enseja a concessão indulto penal deve submeter-se restritamente as previsões legais existentes e oponíveis a confecção do ato, não podendo o administrador público, utilizar-se da discricionariedade para avançar em seara que ultrapasse os limites objetivos e subjetivos da emissão do ato.

Ainda, ao levar-se em consideração a essência de sua emissão do mandamento que concede o indulto, pois este deve ser revestido de caráter humanitário, afastando do apenado condições penosas de cumprimento de pena, ou de penas que caracterizem sofrimento além dos suportados pelo condenado, numa forma de demonstrar e oportunizar a este a reinserção social.

Na sequência da leitura tem o *decisum* expressa concordância com a lição de Di Prieto que fora alhures exposta, quando assevera que em não se observando a finalidade juridicamente estabelecida ao indulto, este se caracteriza em arbítrio, ferindo de morte sua existência e sustentabilidade na seara jurídica pátria.

Firme refletir é posto quando da exasperação da possibilidade de que se pratique um enfraquecimento sistêmico e contínuo das instituições que primam pelo cumprimento da lei em nosso país, afinal, ao aceitar-se que a partir de um decreto que usa de maquiagem humanitária, vem sistemicamente criando cultura de descriminalização de condutas, de modo especial nos dois últimos anos, quando a expedição do decreto de indulto natalino traz abrandamento das penas impostas em definições jurídicas justas, adequadas e de plena consonância com os diplomas legais de nosso país, além do consagrado a mais de década nos decretos pretéritos.

Ademais, em análise contínua do comando cautelar extrai-se possível desvio de finalidade quando da expedição do Decreto 9.246/2017, afinal, este deveria revestir-se de caráter humanitário, ressoando na sociedade lição de que a justiça não pode se confundir com vingança.

Porém, aceitar o perdão quanto as imposições pecuniárias de devolução de numerário público e multas, oriundas de crimes praticados contra o patrimônio público, em nada possuem caráter humanitário, ao contrário se impõe uma forma de prêmio ao agente público que fora flagrado em conduta diversa do aceitável para a função pública e que tenha lesado indeterminado grupo de pessoas, através da obtenção de vantagens pessoais.

Ainda, no que concerne a qualquer comentário polêmico quanto à possibilidade de ação do Pretório Excelso frente a ato discricionário praticado pelo Presidente da República, vale relembrar o julgamento de medida liminar em Mandado de Segurança n. 34.070, quando o Ministro Gilmar Mendes, quando suspendeu a nomeação de ministro de Estado pelo Presidente da República, por desvio de finalidade, feito que pode ser abarcado pelo presente Decreto.

Por fim, vale análise ao princípio da proteção insuficiente da tutela, que teria aplicação propulsão através da descriminalização latente que ocorreria com a aplicação irrestrita de controle jurisdicional do comando exarado no Decreto 9.247/2017.

Aduz a Ministra Carmen Lúcia, que a possível ausência de proporcionalidade expostos no Decreto, possuem condição de alavancar junto à

sociedade a condição de suposta impunidade e omissão do Estado frente aos crimes praticados pelos beneficiados do comando presidencial, já que este possui tratamento brando a situações abominadas pela sociedade.

Ainda, necessário observar que o conteúdo do Decreto 9.247/2017 gera afronta a jurisprudência pacífica da Suprema Corte, que entende que a imposição de pena pecuniária, multa ou imposição de valor aplicado por outra causa, não se consubstancia em imposição desumana ou que possibilite tratamento vinculado a possível benignidade, pois o recolher destes valores são convertidos para a sociedade, aplicando-se a supremacia do interesse público quando da necessidade de arrecadação destes valores.

Em tratamento extensivo, vale destacar que a Corte Mor de nosso país entende que para obtenção de progressão de regime ou de qualquer benefício carcerário diverso do indulto, se faz necessário o adimplemento da obrigação pecuniária imposta na condenação, salvo motivo justificado.

Ultimando sua decisão a Ministra Carmen Lúcia, destaca a comparativo com os decretos de indulto editados nos últimos anos e expõe, o já comentado anteriormente, onde se observa um latente favorecimento a determinados grupos e crimes, o que poderia se concluir como uma espécie de política criminal, o que é vedado em nosso ordenamento, gerando lesão a diversos princípios constitucionais basilares a conduta do agente Administrativo.

Com o exposto, a Ministra e atual Presidente do Supremo Tribunal Federal, Carmen Lúcia, determinou a suspensão os efeitos do inc. I do art. 1º; do inc. I do § 1º do art. 2º, e dos arts. 8º, 10 e 11 do Decreto n. 9.246, de 21.12.2017, feito que gera seus efeitos até o momento da ultimação do presente.

10 CONCLUSÕES

Vê-se que os princípios constitucionais que regem o Direito Administrativo, com as características individualizadas de cada um, possuem caráter vinculativo entre seu conteúdo e a conduta do agente público que pratica qualquer ato em razão de sua função pública.

A possibilidade de expedição de ato acobertado pela discricionariedade não é condição para fuga das matrizes do direito administrativo, sendo necessária a observância destes preceitos pelo agente público quando da sua atuação em razão de sua função.

O ato discricionário possui possibilidade de atuação com certa margem de liberdade pelo agente público, pois incumbe a ele observar a conveniência e necessidade do ato, mas não o isenta de agir em conformidade com as exigências da sociedade.

Bem como, nota-se além da possibilidade, a necessidade de intervenção do Poder Judiciário no controle de comandos, como o analisado no presente, que possuem possíveis afrontas constitucionais, necessitando de uma atuação firme do Supremo Tribunal Federal, em razão da necessidade da proteção dos interesses sociais que prevalecem as intenções pessoais ou políticas que podem ser expressadas do Decreto 9.246/2017.

O Judiciário é baluarte da justiça e da moral em nosso país, cabendo a este Poder atuação massiva na intenção de conter abusos e desvios de finalidade que possam ser expressos nos comandos governamentais.

Tal atuação é notada inquestionavelmente na decisão da Ministra Carmem Lúcia, quando defere a cautelar em ADI de nº 5.874/DF, onde suspende a os efeitos de parte do Decreto 9.246/2017, que concede o indulto penal, até que se julgue o mérito do pedido pelo trâmite normal da Corte, a atuação da Ministra é digna de aplauso social, pois busca assegurar a sociedade o respeito das instituições constitucionais quando da expressão de comandos governamentais.

Por fim, destaca-se a atuação jurisdicional como forma de garantir voz e vez a sociedade, não se omitindo quando invocada, sempre na busca de entregar resposta adequada, célere e justa aos feitos que se apresentam a sua análise, como feito junto ao Decreto 9.246/2017.

11 REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, M.; PAULO, V. *Direito administrativo descomplicado*. 23. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

BRANDT, R.; MACEDO, F.; AFONSO, J.; VASSALLO, L. "Procuradores querem barrar "perdão" de Natal para 37 condenados da Lava Jato". *Estadão* Conteúdo de 10.11.2017. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2017/11/10/procuradores-querem-barrar-indulto-de-natal-para-37-condenados-da-lava-jato.htm>. Acessado em: 28.12.2017.

BRASIL. "Constituição da República Federativa do Brasil: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações determinadas pelas Emendas Constitucionais de Revisão nos 1 a 6/94, pelas Emendas Constitucionais nos 1/92 a 91/2016 e pelo Decreto Legislativo no 186/2008". Brasília: *Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas*, 2016.

_____. "Lei nº 9.784/99, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal". *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 1 fev. 1999.

BITTENCOURT, M. *Manual de direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Forum Editora, 2011.

CARVALHO, M. *Manual de direito administrativo*. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017.

CARVALHO FILHO, J. dos S. *Manual de direito administrativo*. 30. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

CASTRO, A. E. "A necessidade de controle social sobre o Poder Judiciário". *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, vol. XX, n. 55, set./dez. 1991, pp. 157-161.

CRETELLA JÚNIOR, J. "Os cânones do direito administrativo". *Revista de Informação Legislativa*, v. 25, n. 97, p. 5-52, jan./mar. 1988.

DALLAGNOL, D. M. "Artigo: Um indulto sob medida para estancar a sangria". *Portal UOL*. De 24/12/2017. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2017/12/24/um-indulto-sob-medida-para-estancar-a-sangria.htm>. Acessado em: 26/12/2017.

DI PIETRO, M. S. Z. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FIGUEIREDO, L. V. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros 1995.

FRANÇA, V. da R. "Considerações sobre o controle de moralidade dos atos administrativos", *Revista dos Tribunais*, vol. 774/2000, abr/2000, pp. 108-125.

GRECO, R. *Curso direito penal: parte geral*. 4. ed. Niterói: Editora Impetus, 2004, v. 1.

MARCHAO, T. "PGR pede ao STF suspensão imediata de indulto de Natal concedido por Temer". *Portal UOL*. De 27/12/2017. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2017/12/27/pgr-entra-com-acao-contra-indulto-de-natal-concedido-de-temer.htm>. Acessado em: 28/12/2017.

MAZZA, A. *Manual de direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MEDINA, J.M.G. *Constituição Federal Comentada*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012.

MEIRELLES, H. L. *Direito administrativo brasileiro*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELO, C. A. B. de. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2009.

MOREIRA NETO, D. de F. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SILVA, J. A. *Curso de direito constitucional positivo*. 34. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.