



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

Ao

Excelentíssimo Senhor Doutor

MARCUS VINICIUS FURTADO COELHO,

M. D. Presidente Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil.

O Conselheiro Federal Guilherme Octávio Batochio (SP), no uso de suas atribuições legais e regimentais, vem à presença de Vossa Excelência para propor digno-se esse Conselho Federal aforar a competente Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (**ADPF**) perante o E. Supremo Tribunal Federal, em face do Decreto-lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967, em razão dos motivos fáticos e jurídicos fundamentos que vão a seguir alinhados.

1 - Como de conhecimento geral, o decreto-lei constitui ato legislativo anômalo - no que se refere à legitimidade de sua fonte formal e à observância do devido processo legislativo -, eis que não promana de órgão legiferante típico (dada a competência constitucionalmente reservada ao Congresso Nacional), é dizer, do Poder Legislativo, como convém às democracias, ao menos às



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

dignas de serem como tal conceituadas. Nestas, os Poderes são independentes e autônomos, com atribuições e competências próprias, prévia e especificamente distribuídas em uma Constituição que expresse, por seus representantes, a vontade e os valores da Nação. Entre nós, o decreto-lei constitui espécie legislativa que somente floresceu nos hiatos das liberdades, nos eclipses da nossa democracia, ou seja, em períodos ditatoriais (sob as Constituições de 1937, a “Polaca” do Estado Novo, e as do período do Regime Militar, ou seja, a de 1967 e a de 1969), em que o centralismo, a ilegitimidade e a hipertrofia do poder se impuseram de forma autoritária e pela força das armas.

2 - Hoje, todavia, é um fóssil jurídico, a ser estudado apenas pelo prisma histórico que possa suscitar e objeto da - digamos assim - arqueologia do Direito público brasileiro, já que banido da ordem constitucional instaurada com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil em 1988. Em suma, espécie que mais não subsiste no nosso Direito positivo.

3 - Ordinariamente instrumento de reafirmação de regimes de força, de centralismo do Executivo, interfere a modalidade nos *checks and balances* das três instituições fundamentais da República, traduzindo forma de usurpação de



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

competência do Legislativo, a vulnerar o equilíbrio e o recíproco controle dos Poderes.

4 - Na verdade, o Decreto-lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967, é filho legítimo do autoritarismo militar, imposto no período mais agudo da ditadura (publicado em 24 de fevereiro de 1967), assinado pelo General Humberto de Alencar Castello Branco, que desalojou da presidência da República quem fora legitimamente eleito para a magistratura suprema da Nação, e ali se instalou, *manu militari*.

5 - Qual teria sido - é de se indagar - a matriz normativa legitimadora da competência desse General-Presidente para legar à Nação um édito de tão abrangente espectro punitivo e de tão eficaz instrumental de controle dos Prefeitos Municipais e Vereadores, eleitos através do sufrágio direto, universal e secreto? Seria a democrática Constituição Federal antes vigorante (a de 1946, eis que a Carta de 1967 sobreveio depois do diploma guerreado) que estaria a lhe dar competência legislativa anômala para tanto? Não!

6 - A competência atribuída ao então Chefe do Executivo Federal para irregularmente legislar sobre matéria penal e, dessa forma, editar tal diploma, derivou de outro ato de força, antidemocrático, usurpador das atribuições do Congresso



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

Nacional. Referimo-nos ao **Ato Institucional nº 4**, de 7 de dezembro de 1966, que se vê invocado no preâmbulo daquele Decreto-lei, ora inquinado de aberrante da Lei Máxima, *verbis*:

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA,
usando da atribuição que lhe
confere o parágrafo 2º, do artigo
9º, do Ato Institucional nº 4, de 7
de dezembro de 1966, DECRETA:
Art. 1º. São crimes de
responsabilidade dos Prefeitos...

7 – Extraí-se, então, que foi alicerçado em ato de exceção (Ato Institucional nº 4) que o General-Presidente editou o Decreto-lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967, para conferir ao *establishment* que representava um instrumental jurídico capaz de conter eventuais “inconformismos” contra o regime por parte de agentes políticos eleitos pelo povo. Isso também se fez com a imprensa brasileira, através da Lei nº 5.250/1967, embora neste



Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal
Brasília - D. F.

caso se tratasse de lei e não de decreto-lei... Aliás, naqueles tempos não se admitia qualquer oposição ao governo instalado e, para manter seus ensaios (de insurgência) recolhidos e contidos, nada melhor que a força da lei penal draconiana... Daí o utilitário advento do Decreto-lei nº 201, de 1967, ao pretexto de se moralizar a administração pública municipal.

8 - Foi bem assim que introduzimos (à força) no nosso ordenamento jurídico, a criminalização de condutas, é dizer, a definição de crimes e a cominação de penas, através de ato normativo emanado do Poder Executivo, isto é, por decreto-lei, em vez de fazê-lo pela via de lei, discutida e aprovada pelo Congresso Nacional... Isso pode ser tudo, menos legítimo do ponto de vista constitucional e político. Tanto assim que a vigente e republicana Constituição Federal, ao dispor sobre competência para legislar, dispõe que:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral...



Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal
Brasília - D. F.

9 – E para que não se venha dizer que “União” aí referida pode também compreender o Poder Executivo nessa tarefa legislativa, colacione-se a dicção de seu artigo 48:

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

10 - Mas, poderiam dizer os nostálgicos dos “anos de chumbo”: “nossos Tribunais têm aplicado o espúrio Decreto-lei 201/1967 a despeito da instauração da nova ordem constitucional em 1988, portanto, mesmo após a promulgação da atual Constituição”.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

11 - Aos que só se importam com os precedentes e aos que se limitam a reproduzir mecanicamente os clichês pretorianos, isso bastaria para se aplicar, integralmente e sem maiores indagações, o diploma normativo em foco, rebento espúrio da caserna e não filho das Casas do Congresso Nacional.

12 - Mas ao intérprete comprometido com a axiologia democrática positivada na ordem constitucional vigente, tal desvio hermenêutico causaria inquietação e, por isso, seria levado a se perguntar: teria, então, a Constituição da República de 1988 recepcionado, integralmente, o texto autoritário em causa, que dispusera sobre direito penal mesmo a tanto desautorizado? Será mesmo que teria ocorrido essa recepção? Ainda que contra o espírito e contra disposições expressas da *Charta Magna* de 1988?

13 - Pese embora a vetusta Súmula nº 496 do STF (editada sob a vigência da Carta Constitucional - do governo militar - de 1967), a resposta é, definitivamente, **não!** O Decreto-Lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967, não foi recepcionado pela Constituição de 1988. Nem poderia sê-lo, malgrado alguma jurisprudência em contrário, eis que se mostra *ultra vires* e em flagrante fricção com a Lei Maior.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

14 - E recepcionado não foi, tal qual sucedeu com a extinta **Lei de Imprensa (Lei nº 5.250, de 09 de fevereiro de 1967)**, com a qual se buscava também oprimir a Imprensa livre), lei extravagante (veja-se bem, aqui lei e não decreto-lei) que **somente em 30 de abril de 2009 foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal e extirpada do nosso ordenamento jurídico (cf. ADPF 130 DO STF).**

15 - Observe-se que a malsinada **Lei de Imprensa** se manteve em vigor e foi aplicada, ilegitimamente, **por quarenta e dois anos**, até que, em data de **30 de abril de 2.009**, a Corte Suprema se lembrou de declará-la inconstitucional. Foram quarenta e dois (42) anos de vigência, **vinte e um (21) dos quais (de 1988 a 2009), portanto a metade desse lapso, em plena conflagração com a ordem constitucional inaugurada em 1988...**

16 - Ainda bem que muitos juízes há com genuína vocação jurisdicional, consciência de legalidade, inquebrantável compromisso com a ordem constitucional e coragem funcional para proferir decisões dessa magnitude. É que, conquanto copiosa jurisprudência – inclusive do STF – houvesse (como ocorre no tema posto), chancelando a aplicação da ilegítima legislação e, com base nela, punindo pessoas por crime de opinião, acabou (a Lei de



Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal
Brasília - D. F.

Imprensa) por ser eliminada do nosso universo legal, em razão da antiga, antiquíssima, e já crônica doença da inconstitucionalidade. Foi extirpada do nosso ordenamento jurídico. Por que não também o Decreto-lei nº 201, de 1967, que padece do mesmo mal, de idêntica patologia?

17 - Sua inconstitucionalidade, formal e material, é manifesta, e deve ser declarada pelo STF, por meio de **ADPF**, no indeclinável dever de controle da constitucionalidade dos atos normativos.

18 - Algumas questões devem ser postas, desde logo, aos que entendem e proclamam que o Decreto-lei nº 201/1967 foi recepcionado pela CF de 1988 "já que o STF até agora não declarou a inconstitucionalidade de nenhum de seus dispositivos" (sic), quais sejam:

a-) quer isto dizer que passamos nós, então, a admitir e chancelar a definição de crimes e cominação de penas por texto normativo que não tenha tramitado pelo Congresso Nacional, mas simplesmente editado pelo Poder Executivo (acaso poderia sê-lo por Medida Provisória, *exempli gratia?*), como é o caso deste Decreto-lei? E os artigos 22 e 48 da Carta Política? Como ficam? Sobrepõe-se a estes dispositivos



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

constitucionais a ressalva contida no corpo da Carta Constitucional outorgada em 1967, que validou tais decretos-lei e proibiu o Poder Judiciário de apreciar qualquer matéria que questionasse sua validade?

b-) o artigo 2º do citado Decreto-lei nº 201/1967 dispõe que os prefeitos municipais são julgados por órgão jurisdicional monocrático, de primeiro grau, ao passo que o artigo 29, inciso X, da Carta Política de 1988 fixa o Tribunal de Justiça (ou Regional Federal) como órgão julgador competente. Os dois dispositivos contraditórios e que se repelem estão em vigor? Qual das disposições prevalece? Há julgados, dos Tribunais Superiores, que declaram que o artigo 2º do questionado Diploma legal não foi recepcionado, tanto assim que os Tribunais, e não juízes singulares julgam, originariamente, os prefeitos. Aliás, se isso é certo, então também não se pode afastá-los do cargo, cautelarmente, eis que a previsão de afastamento (quando houver interferência indevida do acusado na instrução probatória, e somente nesta hipótese), se acha prevista (em confronto com o princípio constitucional da presunção de inocência) precisamente no parágrafo do artigo 2º em análise, é dizer, na norma não-recepcionada.

c-) o inciso III do mesmo artigo 2º desse Decreto-lei dispõe que contra a decisão cautelar de afastamento do prefeito cargo cabe recurso em



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

sentido estrito com efeito suspensivo. Acaso subsiste recurso *stricti juris* para o STJ contra decisão que tal proferida pelo Tribunais estaduais ou regionais federais? Contempla-o, por acaso, a Lei nº 8.038/1990 (que disciplina a ação penal originária nos Tribunais, entre outros temas)? Seria este mais um dispositivo não recepcionado? O caos exegético acha-se instalado...

19 – Seja como for, a incompatibilidade de tais preceitos com a ordem constitucional vigente é vítrea, irrecusável. Logo, não há como fugir da realidade de que o Decreto-lei 201/1967 não foi recepcionado pela Constituição da República Federativa do Brasil, assim como não houvera sido, já vimos, a extinta Lei de Imprensa (Lei 5.250/1967)...

20 - Nesse sentido foi o voto vencido do Ministro MARCO AURÉLIO nos autos do *habeas corpus* nº 70.671-1/PI do STF:

Cumpre, assim, assentada esta premissa – creio que incontroversa, a partir do voto



Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal
Brasília - D. F.

proferido na Corte pelo Ministro Paulo Brossard – saber da subsistência, ou não, do Decreto-Lei nº 201/67, no que se teria alcançado o endosso, a valia de atos legislativos mediante preceitos das Cartas de 1967 e 1969, ou seja, cabe indagar se, no caso, a disciplina de matéria penal, mediante decreto-lei, estava, ou não, autorizada pelo que se entendia à época ser a “ordem jurídica”.

O artigo 173 da Carta de 1967 dispunha:

“Art. 173 - Ficam aprovados e excluídos de apreciação judicial os atos praticados pelo Comando Supremo da Revolução de 31 de março de 1964, assim como:



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

I - pelo Governo Federal, com base nos Atos Institucionais nº 1, de 9 de abril de 1964; nº 2, de 27 de outubro de 1965; nº 3, de 5 de fevereiro de 1966; e nº 4, de 6 de dezembro de 1966, e nos Atos Complementares dos mesmos Atos Institucionais;

II - as resoluções das Assembléias Legislativas e Câmaras de Vereadores que hajam cassado mandatos eletivos ou declarado o impedimento de Governadores, Deputados, Prefeitos e Vereadores, fundados nos referidos Atos Institucionais;

III - os atos de natureza legislativa expedidos com base nos Atos Institucionais e Complementares referidos no item I;"



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

E aí temos mais um inciso que não guarda qualquer sintonia com o que estamos tratando neste caso concreto.

É de se perguntar: a Carta de 1967, frente à clareza do artigo 173, e mais ainda, da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, relativamente ao artigo 181, teria emprestado valia a todo e qualquer ato praticado pelos Governos que se sucederam à Revolução de março de 1964? Não! Conforme consta do Texto Constitucional, validados foram apenas aqueles diplomas normativos baixados com base nos atos institucionais.

Então vale ainda perquirir: o ato institucional de regência, que o Ato nº 4, autorizou o Presidente



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

da República a baixar decreto-lei em matéria penal? Não! Por que não? Porque, segundo o teor do artigo 9º desse Ato Institucional, somente poder-se-ia versar, em decreto-lei, sobre matéria ligada à segurança nacional.

Não me consta que aqui, muito embora em face ao emprego da expressão "ordem pública" para se definir os crimes, estejamos diante de dispositivo legal atinente à segurança nacional propriamente dita.

Recuso-me a admitir que, diante da clareza dos artigos 173 e 181 referidos, tenha-se não apenas o endosso dos atos praticados com base em atos institucionais, mas o de todo e qualquer procedimento, ainda que



Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal
Brasília - D. F.

discrepante desses atos institucionais. Recuso-me, Senhor Presidente, a caminhar em tal sentido. Não se deu esse passo que seria um passo demasiadamente largo no que se teria um "bill" de imunidade.

Nem se diga que, a não ser para validação de todo e qualquer ato praticado, deixaria de haver razão para a existência dos dispositivos constitucionais em comento. Entendo-os como objetivando a emprestar colorido constitucional aos atos praticados, pelos Governos revolucionários, a partir de autorizações institucionais. Estou convicto de que o referendo apenas alcançou os



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

procedimentos harmônicos com estas últimas.

Reafirmo o voto que proferi na assentada pretérita, a que se referiu o Senhor Ministro Francisco Rezek, no julgamento do habeas-corpus nº 69.850-6-RS, oportunidade na qual salientei:

Todavia, há uma matéria que não tenho em mente: qual tem sido o enfoque a ela emprestado por esta Corte. Cuida-se de saber se o decreto-lei era instrumento próprio à disciplina de tema penal ou processual penal. Nesta parte, peço vênua ao nobre Ministro-Relator para divergir. O Decreto-Lei nº 201/67 foi editado à luz do Ato Institucional nº 4, de 7 de dezembro de 1966, que somente



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

permitia - conforme salientado em memorial distribuído pelo ilustre Advogado Dr. Plínio de Oliveira Corrêa - a edição de decretos, com força de lei, em três hipóteses: em matéria de segurança nacional, administrativa e financeira. Se esta premissa é correta, e quanto a isto estou convencido, não havia campo propício à disciplina de tema penal mediante decreto-lei. O ilustre Ministro-Relator articulou com o disposto no artigo 181 da Constituição Federal pretérita. Acontece que o empréstimo de contornos constitucionais aos atos praticados no chamado regime de exceção ficou restrito àqueles



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

***praticados com respaldo nos Atos
Institucionais.***

***Logo, se com o Decreto-Lei nº
201/67 em comento adentrou-se
tema que o Ato Institucional nº
04 não incluiu dentre os passíveis
de disciplina mediante decreto-
lei, forçoso é concluir que não se
está diante de óbice
intransponível ao respectivo
exame. Por incrível que possa
parecer, o que busca o
Impetrante, e isto atende
sobremaneira aos interesses do
Paciente, é a supremacia do Ato
Institucional nº 4 tal como
editado e encampado pelas
Constituições pretéritas. Dizer-se,
a esta altura, que estas
“sanearam” todo e qualquer
procedimento do período dito***



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

revolucionário, ainda que discrepante dos próprios Atos Institucionais baixados, é passo para mim demasiadamente largo e que implica identidade conflitante com os textos constitucionais promulgados com o fim de conferir endosso às atuações que, embora extravagantes, fizeram-se à luz dos parâmetros normativos revolucionários então vigentes. É este o enfoque que confiro aos preceitos pertinentes da Carta de 1967, reiterados quando da Emenda Constitucional nº 1 de 1969 - artigo 181.

Senhor Presidente, minha fé na ordem jurídica constitucional, tal como se contém, minha convicção



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

de que o endosso constitucional fez-se em termos, isto é, em vista dos procedimentos, ainda que normativos, formalizados em harmonia com a legislação extravagante da época, revelada pelo atos institucionais, levam-me a pedir vênua ao nobre Ministro-Relator para conceder a ordem.

(HC 70.671-1/PI)

21 - Um pequeno excerto do voto (vencedor) do Ministro CELSO DE MELLO no mesmo julgamento:

...O poder de editar o decreto-lei, deferido com absoluta exclusividade ao Presidente da República, sofria, na vigência do



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

ordenamento constitucional anterior, limitações materiais explícitas. O domínio normativo do decreto-lei estendia-se, apenas, às matérias taxativamente relacionadas no art. 55 da Carta Federal/65. Matérias de caráter extrapenal – assinale-se.

A taxatividade do rol inscrito no art. 55 da Constituição de 1969 restringia aos temas nele versados.

Instrumento jurídico-constitucional extraordinário, destinado a agilizar o processo de produção normativa, o decreto-lei – pela natureza mesma de que se revestia – estava sujeito a regime de direito estrito.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

Esta Corte, em decisão de singular importância, discutiu, longamente, a impossibilidade jurídico-constitucional de o Presidente da República legislar sobre direito penal, mediante a utilização do decreto-lei (RTJ 86/409-9).

O sentido dessa posição encontrava pleno respaldo na doutrina mais autorizada, que só admitia a substituição da lei ordinária, pelo equivalente constitucional do decreto-lei, nas hipóteses estritamente indicadas, em numerus clausus, no texto da própria Constituição (Geraldo Ataliba, "O decreto-lei na Constituição de 1967, RT ; José Afonso da Silva, "Curso de Direito Constitucional Positivo", 1987;



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

**Manoel Gonçalves Ferreira Filho,
"Comentários à Constituição
Brasileira", 1985, Saraiva).**

**O Presidente da República não
podia, assim, no regime
constitucional anterior, editar
decreto-lei cujo conteúdo
normativo veiculasse regras de
direito penal.**

**Ao editar o decreto-lei nº 201/67,
e ante as razões expostas,
entendo que o Chefe do Poder
Executivo da União: a-)
efetivamente agiu ultra vires; b-)
claramente usurpou o domínio
normativo da lei e c-)
inquestionavelmente vulnerou,
com esse ilegítimo
comportamento, o princípio
constitucional da separação dos
Poderes...**



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

...

O extravasamento do âmbito de incidência material do decreto-lei traduzia, no regime anterior, uma típica situação de inconstitucionalidade, passível de repulsa jurisdicional.

(STF, HC 70.671-1 PI)

22 - Na verdade, todo o texto autoritário aqui apontado como desconforme à Carta Constitucional de 1988 é, na verdade, a ela antagônico, conflitante mesmo, razão pela qual não se deve e não se pode, com fundamento nele, suprimir ou restringir direitos, máxime direitos políticos decorrentes do exercício de mandato eleitoral conferido pelo Povo... Desautorizada interferência em outro Poder da República tal implicaria.

23 - Remarque-se ainda uma vez que, a despeito do que continha o AI nº 4, de 1966, não estava o General-presidente Castello Branco autorizado a legislar sobre matéria



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

penal e processual penal através de decreto-lei, cobrindo-se de ilegitimidade as disposições penais e procedimentais contidas no texto assim editado e aqui sob exame. Palmar, pois, a inconstitucionalidade formal na própria origem do diploma autoritário que, ademais, não pode conviver com a com a vigente ordem constitucional, por absoluta incompatibilidade.

24 - Nem se argumente que se estaria desarmando o poder de repressão da sociedade e de ressarcimento do erário com a supressão do diploma aludido do nosso ordenamento jurídico. É que, para preservar a moralidade, o patrimônio público e os valores éticos na administração municipal, há um opulento e eficaz arsenal jurídico disponível, desde a ação popular, a civil pública, a de improbidade, a de fraude à licitação etc. até o próprio Código Penal.

25 - Eis porque, afrontoso ao Texto Magno, o Decreto-lei nº 201/67, deve ser declarado inconstitucional, através da competente Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), cujo aforamento se está a propor, com fundamento nos artigos 102, § 1º, e 103, VII, da Constituição Federal, e na Lei nº 9.882/99. Faz-se necessário o pleito de concessão



Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal
Brasília - D. F.

de provisão jurisdicional de urgência, para que cessem, imediatamente,
seus nefastos efeitos.

Brasília, março de 2015.

Guilherme Octávio Batochio

Conselheiro Federal