



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

COMISSÃO DE ESTUDOS CONSTITUCIONAIS DO CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL

Consulente: Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil

Parecerista: Professor Doutor LENIO LUIZ STRECK

Objeto: indulto concedido pelo Decreto Presidencial s/n de 21 de abril de 2022

P A R E C E R

1 Trata-se de consulta dirigida pelo Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Dr. JOSÉ ALBERTO SIMONETTI e pelo Presidente da Comissão de Estudos Constitucionais, Dr. MARCOS VINICIUS FURTADO COELHO, para análise e parecer acerca do Decreto Presidencial s/n de 21 de abril de 2022 e suas implicações jurídicas.

— I —

PONTO DE PARTIDA HERMENÊUTICO: O CASO CONCRETO

2 O Supremo Tribunal Federal julgou, em 20 de abril de 2022, o Deputado Federal DANIEL LUCIO DA SILVEIRA (PTB-RJ). Acusado pela Procuradoria-Geral da República de coação no curso do processo (art. 344, CP), incitação à animosidade entre as Forças Armadas e o Supremo Tribunal Federal e tentativa de impedir o livre exercício dos Poderes da União (arts. 18 e 23, Lei de Segurança Nacional - Lei 7.170/1973), restou condenado a oito anos e nove meses de reclusão, em regime inicial fechado, além de multa. Também foi determinada a perda do mandato do parlamentar e a suspensão de seus direitos políticos enquanto durarem os efeitos da condenação.

3 O Deputado foi preso em flagrante por divulgar vídeos com ofensas e ameaças a Ministros do Supremo Tribunal e por defender a defesa de



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

medidas antidemocráticas como o AI-5. Teve a prisão decretada por decisão do ministro ALEXANDRE DE MORAES, no Inquérito nº 4.718, e que foi referendada pelo Plenário. Posteriormente é que o plenário autorizou a substituição preventiva do parlamentar por prisão domiciliar com monitoramento eletrônico.

4 No dia seguinte ao do julgamento, o presidente da República JAIR BOLSONARO concedeu o benefício da graça (perdão de pena judicial e uma forma de indulto) mediante Decreto publicado em 21 de abril de 2022 ao parlamentar, de quem é aliado. O presidente da República editou o ato baseado no dispositivo da “graça institucional” — previsto no artigo 734 do Código de Processo Penal. No contexto do Decreto, o presidente determinou que os efeitos primários e secundários da condenação fossem anulados.

5 Segundo os termos do próprio Decreto, o benefício foi concedido tão somente ao Deputado. Daí porque tem-se, aqui, um indulto individual.

— II —

DA CARACTERIZAÇÃO DO DECRETO DE INDULTO

6 O indulto individual aqui examinado é um instituto previsto no (i) artigo 84, inciso XII, da Constituição Federal, (ii) no artigo 734 do Código de Processo Penal e (iii) no Título VII, Capítulo III da Lei de Execução Penal (art. 187 e seguintes).

7 Em que pese ter havido benefício individual mediante Decreto e que seus termos são desenvolvidos enquanto concessão de indulto individual, há de se pontuar que perde objeto qualquer cotejo que diferencie “graça constitucional” de “indulto”. Desacordos empíricos-semânticos tornam-se esvaziados pelo fato de que o Decreto em exame adota e considera, sem ressalvas, a determinação de indulto individual. Que assim será tratado neste parecer.

8 Diante do caso, torna-se necessário avaliar o alcance do artigo 107, inciso II, do Código Penal (elencando o indulto como causa de extinção de punibilidade) e se o Decreto em discussão tem as condições de possibilidade para



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

perdoar crimes atentatórios ao próprio regime constitucional — envolvendo a própria sobrevivência da democracia, na medida em que houve também um ataque ao Supremo Tribunal Federal, que tem a função precípua de ser o intérprete último e guardião da Constituição.

9 A discussão que se põe, no âmbito da busca de uma resposta constitucionalmente adequada, é de saber se o Presidente da República tem poderes para perdoar crimes que lesam o próprio sistema institucional que estabelece os próprios poderes da República.

10 Ainda que se diga haver discricionariedade quanto ao exercício de uma prerrogativa, mostra-se evidente em um Estado Democrático de Direito que discricionariedade não se confunde com o arbítrio. A melhor doutrina — brasileira e estrangeira — indica não haver discricionariedade quanto ao **modo e o procedimento** pelo qual essa prerrogativa é exercida. Numa palavra inicial: uma autoridade não pode tudo.

11 Há dispositivos infraconstitucionais que regulam a concessão de indulto. Ultrapassando qualquer discussão acerca da revogação ou não do artigo 734 do Código de Processo Penal, fixemo-nos na Lei de Execução Penal de 1984, que estabelece um procedimento próprio para a concessão de graça ou indulto individual. Isto é, o Presidente lança mão de um dispositivo revogado.

12 O artigo 188 da LEP estabelece que “o indulto individual poderá ser provocado por petição do condenado, por iniciativa do Ministério Público, do Conselho Penitenciário, ou da autoridade administrativa”; o artigo 189, por sua vez, diz que “a petição do indulto, acompanhada dos documentos que a instruírem, será entregue ao Conselho Penitenciário, para a elaboração de parecer e posterior encaminhamento ao Ministério da Justiça”. Os artigos seguintes detalham ainda mais o procedimento.

13 Assim, já de pronto, além de desrespeitar princípios mínimos que fazem parte da própria função do direito em uma democracia, o decreto do presidente da República não respeita sequer os requisitos procedimentais mínimos para o instituto que pretende conceder por decreto.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

— III —

A UNIDADE DA CONSTITUIÇÃO E OS LIMITES REPUBLICANOS DOS ATOS JURÍDICOS

14 É constitucional um decreto que afronta os princípios constitucionais mais básicos que constituem uma República? Essa é a questão fundamental; vista sob essa perspectiva, a discussão já começa equivocada ao se partir do pressuposto de que o ônus argumentativo está com quem impõe limites à prerrogativa presidencial. É justamente o contrário.

15 O parlamentar foi condenado por tentativa de coação em processo judicial e, registra-se, pelo crime de tentar **impedir o livre exercício dos poderes**. No decreto aqui discutido, o presidente da República diz, em suas razões, que o condenado “somente fez uso de sua liberdade de expressão”.

16 Ao fazê-lo, em última análise, o presidente **avaliza a conduta criminosa do parlamentar**. É por isso que a discussão meramente dogmática, aqui, se torna secundária: num contexto de crise institucional, e sob o pretexto de exercer uma prerrogativa tida como constitucional, **o presidente da República torna-se fiador de um criminoso condenado por atentar contra as instituições republicanas**. É disso que se trata. É assim que devemos ler essa fenomenologia. Despiciendo relembrar os graves fatos que conformam o fenômeno que levou ao indulto. Ode ao AI-5, conclamação à intervenção militar, quebra da institucionalidade, ameaça pessoal aos ministros, fechamento do STF, incitação à invasão da Corte Suprema, para dizer o básico. O que há de mais abominável em termos de atos antidemocráticos foram praticados pelo parlamentar indultado. E esses atos foram avalizados pelo presidente da República. Não há precedente na história do país. E não se conhece precedentes no direito comparado. Esse é contexto que constrange qualquer exame isolado do texto. Que não sobrevive sem o contexto. A concretude do texto exsurge de seu contexto.

17 Se o decreto se funda no artigo 84 da Constituição, que, em seu inciso XII, dispõe que compete ao presidente “conceder indulto e comutar penas,



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei”, é também verdade que a própria Constituição estabelece, em sua unidade, um conjunto de freios e contrapesos, como por exemplo, o inciso XLI de seu art. 5º, pelo qual “**a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais**”. A Constituição sacraliza princípios mínimos que garantem **o livre exercício do Poder Judiciário**.

18 O Direito não é um apanhado de textos isolados, mas um corpo jurídico que almeja à **coerência** e à **integridade**. Todo e cada padrão normativo presente em um ordenamento jurídico deve ser lido, interpretado e aplicado dentro de um contexto maior a que pertence: um **paradigma constitucional**, fundado e fundamentado no **Estado Democrático de Direito**, pautado por poderes livres, independentes e harmônicos.

19 Apegar-se uma prerrogativa presidencial em termos textualistas — como que a repetir postulados de um velho exegetismo — significa deixar de lado o próprio paradigma constitucional em que está inserido o ordenamento jurídico brasileiro. Aceitar que não haja limites substantivos a uma prerrogativa **significa renunciar à própria *raison d’être* do Direito; significa rejeitar a função do Direito enquanto fenômeno civilizatório**.

20 O parlamentar atacou o Supremo Tribunal, a Constituição e, assim, atacou a própria democracia constitucional brasileira. Isso já se via em SHAKESPEARE, em seu *Henrique IV, parte II*. Na peça, o filho de HENRIQUE IV (que logo será HENRIQUE V) esbofeteia o Lorde Chefe da Corte da Inglaterra. *E, para surpresa de todos, o Lorde-Juiz prende o príncipe. Manda-o ao cárcere*. O Lorde-Juiz mostra que quem foi esbofeteado foi o Estado da Inglaterra. Ele, Juiz, representava o Rei. O Estado. As Instituições. “*Vossa Grandeza esqueceu meu posto*”, diz o Juiz ao então príncipe. A literatura parece sempre estar à frente do seu tempo.

21 Decretando “graça constitucional” a um **aliado político**, não apenas perdoando como, ainda, dizendo **não ter havido crime, Bolsonaro ofende os mesmos princípios desrespeitados pelo criminoso**. Para



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

usar a linguagem shakespeariana, esbofeteia o juiz. E a República. Se quem ataca a democracia usa a democracia para fazer isso, de que modo a própria democracia poderá sair desse paradoxo?

22 O Presidente pode conceder indulto individual, graça, comutar penas? Pode, desde que respeitadas as condições mínimas de legalidade constitucional e infraconstitucional. A má compreensão de que existam atos discricionários sem limites dá azo que “que se pense que, de fato, não há qualquer força normativa nos princípios. E que o enunciado ‘O Brasil é uma República’ é vazio de conteúdo. Afinal, **o que é uma República?**”¹.

23 Presidentes não são reis eleitos. Há limites. Nesse sentido, é da Inglaterra de SHAKESPEARE que vem ilustrativo e paradigmático exemplo — bem recente: o caso MILLER & CHERRY, após a tentativa de suspensão do Parlamento por parte do primeiro-ministro BORIS JOHNSON². O ato de *prorogation* é um procedimento político-constitucional britânico que, em geral, costuma marcar o fim de sessões parlamentares; trata-se de uma prerrogativa real na qual, por convenção, o Governo aconselha a Coroa a prorrogar e o pedido é acatado. Uma convenção.

24 À época, período de votação de eventual acordo para o *Brexit*, a prorrogação do Parlamento foi uma tentativa de manobra política por parte de Johnson para limitar o tempo disponível aos parlamentares para impedir a saída do Reino Unido da União Europeia sem acordo.

25 Baseada nas evidências postas, a Corte declarou ser “impossível” concluir que havia “qualquer razão — muito menos uma boa razão — para aconselhar Sua Majestade a prorrogar o Parlamento por cinco semanas”. O julgamento (unânime) da Suprema Corte do Reino Unido declarou a suspensão “nula” e “sem efeito”; mais do que isso, declarou-a “*unlawful*”. **Antijurídica**,

¹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 6ª edição, revista, modificada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 609.

² UK Supreme Court 41 (2019), R v. The Prime Minister, Cherry and others v. Advocate General for Scotland.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

portanto. Mais do que tecnicamente ilegal: **contrária ao próprio direito**. Esse é o ponto.

26 A discussão aqui, portanto, é eminentemente teórica — não num sentido de abstração, mas por passar diretamente por aquilo que se entende como propriamente **jurídico**, como **pertencente aos domínios do império do direito**.

27 A maior lição de RONALD DWORKIN em *Law's Empire* está no seguinte ponto: uma discussão sobre legalidade é, sempre, **uma discussão que engaja os participantes na prática uma concepção acerca daquilo que o Direito exige**. E isso é muito mais do que mero encaixe textualista ou bricolagem em dispositivos isolados — é uma questão de **ajuste institucional** (“*fit*”, nas palavras de DWORKIN). **Uma questão de princípio**.

28 Textos têm contextos. Isso é hermenêutico. Textos são eventos. O presidente da República **não está** exercendo uma prerrogativa constitucional. **Esse é o ponto de partida equivocado no qual a discussão parece estar assentada**. A premissa não é essa. Sob o pretexto de estar exercendo uma prerrogativa constitucional em abstrato, o presidente da República está

- (i) enfrentando uma **decisão soberana do Supremo Tribunal** e
- (ii) **subscrevendo as ofensas, os ataques, e as ameaças sofridas pela Suprema Corte**. É esse o cerne da discussão.

29 Faz parte da própria ideia de direito a noção de que indivíduos em posição de poder devem agir sempre de acordo com os princípios do *rule of law*. Neste caso, ao favorecer por decreto um aliado político — diga-se, contrariando substantivamente uma decisão do Supremo Tribunal —, o presidente da República não está apenas colocando em dúvida os limites próprios da discricionariedade administrativa à luz de princípios como a impessoalidade, o interesse público e o livre exercício do Poder Judiciário. **O Presidente da República está explicitamente, por meio de um decreto, endossando uma conduta criminosa de ataque às instituições republicanas no Brasil**. É



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

isso que, no debate público, venho chamando de **pânico institucional**³. Perder isso de vista em discussões menores significa já capitular à barbárie.

30 O decreto ora sob análise deve ser epitetado com o nome que tem. É o ato mais afrontoso a um Poder de Estado — o Judiciário — já feito desde a nova ordem constitucional. **Com esse decreto que concede graça a um criminoso condenado por atentar contra a República, o Presidente está, enfim, explicitando e assinando, de punho próprio, sua própria afronta à democracia brasileira.**

31 Dizendo não ter havido crime, o presidente da República coloca-se em posição de superintérprete da Constituição. E, na democracia, não há espaço para superinterpretações. Se o STF decidiu quais são os atos que ferem a democracia e ao próprio STF, não pode ser o Presidente que se arvorará no intérprete do intérprete. **O presidente não é o superego da nação.** Há abuso de competência. Quem guarda a Constituição Federal é o STF, não o Presidente da República.

— IV —

O DESVIO DE PODER E O MODELO CONSTITUCIONAL

32 O decreto do presidente da República ofendeu diversos critérios jurídicos, que vêm determinando o controle dos atos administrativos ao longo da história. Já em 1864 o Conselho de Estado francês passou a admitir o controle de tais atos com fundamento na ideia do “desvio de poder” ou “de finalidade”, isto é, quando uma autoridade administrativa cumprisse um ato de sua competência, mas em vista de fim diverso daquele para o qual o ato poderia legalmente ser cumprido. Em 1948, tal conceito foi invocado na praxe jurídica brasileira, em decisão famosa de SEABRA FAGUNDES quando desembargador do TJ/RN. De lá para cá, tornou-se uma das barreiras mais claras contra os desmandos de um Executivo com forte tradição autoritária.

³ FOLHA DE SÃO PAULO. **O Brasil em pânico institucional.** Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/opiniaao/2022/04/o-brasil-em-panico-institucional.shtml>. Acesso em: 23 abr. 2022.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

33 Contudo, a grande maioria dos casos em que o conceito tem sido aplicado se mostra prosaica e de pequena gravidade se comparada com a violação ora discutida. Não se trata aqui de uma mero indulto individual conferido a uma infração leve, por razões de política criminal (doença, razões humanitárias). Trata-se do desvio da finalidade desse instituto para fomentar o conflito institucional, beneficiando indivíduo que atentou contra a própria segurança física dos membros da Corte.

34 O órgão de Cúpula do Judiciário — cuja função é dizer o que diz a Constituição e ser o guardião do Estado Democrático de Direito — foi agredido ameaçado e o presidente da República lhe retirou os meios jurídicos de auto-defesa, é dizer, a punição aplicada seguindo o devido processo legal. O instituto do indulto, à toda evidência, não foi concebido para instilar ódio e vitaminar conflitos entre os Poderes. Ao contrário: sua teleologia vai no sentido inverso. Concede-se indulto para obedecer aos princípios constitucionais. Não tem sentido em lançar mão de um dispositivo constitucional para colocar em risco a própria Constituição.

35 Uma reconstrução da história institucional do instituto revela um padrão normativo de clemência voltada a preocupações humanitárias, o que em nada se compatibiliza com o atual decreto, que o instrumentaliza para atacar outro Poder. A estrutura de incentivos que isso gera é perigosíssima, encorajando ataques cada vez mais violentos à Corte, numa escalada que só pode ser detida por uma sinalização clara dos limites jurídicos necessários à preservação da democracia e do equilíbrio entre os Poderes da república.

36 Outrossim, a publicação do decreto antes mesmo do encerramento do processo penal indica claro desvio de finalidade. Fazemos essa afirmação porque a graça, da maneira que foi concedida, além de impessoal caracteriza indevida ingerência na atribuição do Poder Judiciário dado que sua propositura, antes do trânsito em julgado, tem o condão de transformar a graça em uma espécie de habeas corpus repressivo cuja função real é o esvaziamento da competência constitucional do STF.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

37 O texto e o contexto deixam evidentes a real finalidade do ato. Não cabe sequer cogitar a falsa motivação levantada, de uma suposta “defesa da liberdade de expressão”, considerando a restrição do benefício ao discurso (violento e extremista) de um aliado político do Presidente. Na linha de um controle hermenêutico dos atos administrativos, sustentada por GEORGES ABBOUD⁴ a partir de minha obra, destaco que **o ato fracassaria** numa pergunta básica que desenvolvi para a identificação de decisões arbitrárias: **ele não pode ser universalizado para casos similares, a partir dos mesmos motivos que lhe foram determinantes**. Isto porque, em outras palavras, não se pode utilizar a liberdade de expressão como fundamento do indulto, como fez o presidente da República nos *considerandos* do decreto, se o uso dela pelo deputado federal condenado o foi para atacar a democracia e um dos Poderes da República (STF).

38 Por aí se vê que há uma malversação das competências do Executivo, inserida num perigoso jogo político (diagnosticado por inúmeros trabalhos acadêmicos no mundo todo): políticos autocráticos vêm tentando sabotar o Estado de Direito, forçando os limites de suas competências sob justificativas artificiosas. O fenômeno é conhecido no contexto norte-americano como “*constitutional hardball*”.

— V —

DO DESVIO DE FINALIDADE E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

39 O artigo 84 da Constituição estabelece a competência privativa do Presidente da República para conceder graça, que é — em outras palavras — o indulto individual. No mesmo dispositivo, entre os demais incisos, também estabelece a prerrogativa para decretar estado de sítio e intervenção federal, por exemplo.

⁴ ABBOUD, Georges. **Direito Constitucional Pós-Moderno**. São Paulo, RT, 2021, passim.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

40 Isso não quer dizer, contudo, **que ele pode assim agir sem se ater aos princípios que devem reger a Administração Pública, notadamente a impessoalidade e o zelo pelo interesse público** (art. 37, CF). O Presidente da República, apesar da competência privativa, não pode agir como um Monarca Absolutista e pautar a graça a partir de satisfação alheia ao interesse público. Principalmente agindo como *superego da nação*, como se fosse dele — presidente — a palavra final sobre a interpretação da Constituição.

41 É preciso dizer que a Constituição não pensou no indulto individual — ou mesmo nas outras disposições do art. 84 — como um **botão de implosão do sistema**, fundamentalmente porque deve ser lida como um todo e não a partir de dispositivos que estabelecem prerrogativas, mas não permitem que estes sejam acionados ao bel prazer do chefe do Poder Executivo. Isso é elementar. Uma leitura enviesada, anarco-textualista, poderia levar, nessa linha de implosão sistêmica, por exemplo, à intervenção das Forças Armadas nos termos da “dicção” do artigo 142 da CF — leitura essa que já foi sepultada pela Suprema Corte brasileira.

42 Premissa básica, então, é que a decisão por indultar alguém deve atender, especialmente, **ao interesse público** e não pode — sob nenhuma perspectiva — ter o condão de ferir o **princípio da impessoalidade**, de modo que o agente político deve manter equidistância e imparcialidade na concessão do indulto.

43 Dito isso: na decisão de indultar o parlamentar são necessárias respostas às seguintes perguntas:

- (i) De que modo atende ao interesse público o indulto de alguém que promove crime contra a própria Constituição e a Democracia?
- (ii) Como o interesse público se faz presente na concessão de graça a um inimigo da Constituição?

44 O limite de qualquer ato fundado na Constituição é a própria garantia da Constituição. O que houve no caso foi verdadeira fraude à Constituição,



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

por meio do uso de um instituto constitucional contra a Constituição, por tentar agraciar alguém que violou a democracia e a ordem jurídica como um todo.

45 O ponto, nesse sentido, é definir o que viola o interesse público e a resposta só pode ser uma: há abuso de direito pela violação desse interesse público, atentando à Democracia e à Carta Política. Daí porque é seguro afirmar que há desvio de finalidade apto a atrair revisão judicial (como já decidiu o STF – RE 1179073/RS).

46 O desvio de finalidade pela ausência de interesse público também se revela flagrante nos “considerandos” do Decreto Presidencial, na medida em que:

- (i) utiliza o argumento de que a liberdade de expressão é o pilar essencial da sociedade, dando a impressão de que as manifestações claramente criminosas do parlamentar estão dentro do manto da legalidade. Não quer dizer necessariamente que endossa o discurso, porém certamente faz pouco caso daquele que atenta contra a Democracia, o Estado de Direito e as instituições. Atentados esses que — caso levados a cabo (a expressão não é por acaso) — não existiria STF para julgá-los, na linha do que referiu magistralmente a ministra CARMEN LÚCIA; e
- (ii) o Presidente da República afirma estar zelando pelo interesse público, reafirma o uso da liberdade de expressão pelo deputado e indica que a sociedade está em comoção pela condenação — argumento empírico impossível, aliás, de ser demonstrado. Nesse particular, a concepção de “interesse público” é vaga e de uso meramente retórico para justificar uma ação que tem claro e inequívoco intento político-partidário e a pretensa comoção da sociedade, a bem da verdade, é discurso vazio e fático-juridicamente incerto.

47 Por derradeiro, NÉSTOR PEDRO SAGUÊS⁵, presidente titular do Centro Argentino de Direito Processual Constitucional, não vê dúvida em haver

⁵ Cf. **Derecho Constitucional**. Buenos Aires: Astrea, passim.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

controle judicial de indulto. Com efeito, encaixa-se com uma luva no caso sob exame:

“Sin embargo, pueden existir las siguientes categorías de indultos inconstitucionales. (...) 2) Los espúrios por irrazonabilidad. Es el caso, por ejemplo, de que resulten palmariamente arbitrarios, productos de un innegable favoritismo, o concedido con respecto a delitos inindutables, según el derecho internacional, también si hubiere um error de persona o causa, etcétara.”

48 São, pois, três pontos: tentar substituir-se ao mérito da decisão, o que implica violação da separação de poderes, como se o presidente da República fosse o revisor das decisões do STF; fraude contra a Constituição, ao abusar de prerrogativa constitucional contra a própria Constituição; e crime de responsabilidade ao se posicionar em favor de quem viola a própria Constituição.

— VI —

DA JURISPRUDÊNCIA: A QUESTÃO DO PRECEDENTE

49 Para fins de estabilidade, coerência e integridade (equanimidade)⁶ dos julgados do STF (CPC, art. 926), neste Parecer parto dos critérios postos pela Suprema Corte para a concessão do indulto e da graça postos no artigo 84, XII, parágrafo único, da Constituição da República, principalmente, na ADI

⁶ A “coerência liga-se à consistência lógica que o julgamento de casos semelhantes deve guardar entre si. Trata-se de um ajuste que as circunstâncias fáticas que o caso deve guardar com os elementos normativos que o Direito impõe ao seu desdobramento; integridade é a exigência de que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do Direito, numa perspectiva de ajuste de substância. A integridade traz em si um aspecto mais valorativo/moral enquanto a coerência seria um *modus operandi*, a forma de alcançá-la. De algum modo, a integridade refere-se a um freio ao estabelecimento de dois pesos e duas medidas nas decisões judiciais, constituindo-se em uma garantia contra arbitrariedades interpretativas, vale dizer, coloca efetivos freios às atitudes solipsistas-voluntaristas, pois aponta um caminho. A igualdade política exige que coerência e integridade sejam faces de uma mesma moeda. A ideia nuclear da coerência e da integridade é a concretização da igualdade. **O lobo não pode ter “liberdade” de matar o cordeiro; eu não tenho “liberdade” para matar alguém. A liberdade também funciona como um conceito interpretativo.** Na construção do meu direito à liberdade, a igualdade já está envolvida e vice-versa. STRECK, Lenio. **Dicionário de hermenêutica: 50 verbetes fundamentais de acordo com a crítica hermenêutica do direito.** 2.ed. Belo Horizonte: Letramento, 2021, *passim*.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

5.874 e no RE 1.179.073, de relatoria da ministra CÁRMEN LÚCIA, decisão publicada em 25.06.2019, para fundamentar a resposta a consulta.

50 Desse modo, o Supremo Tribunal reforçou os parâmetros de aplicação do artigo 84, XII, parágrafo único, Constituição:

- (a) Na ADI 5.874, o STF fixou a tese da “aplicabilidade de indulto, respectivamente, àqueles que tiveram a pena privativa de liberdade substituída por restritiva de direitos”.
- (b) Nessa linha, prevaleceu o voto do Min. Alexandre de Moraes no qual apontou haver um “complexo mecanismo de freios e contrapesos, de controles recíprocos, ao lado das funções preponderantes de cada um dos Poderes.
- (c) Sobre o poder de indultar ficou assentado que, ainda que seja ato discricionário do presidente, **o STF aportou limites** ao decreto e disse existir a possibilidade de controle jurisdicional. Não compete ao Poder Judiciário reescrever o decreto de indulto. **Ou o STF entende que o Presidente extrapolou o exercício de sua competência e declara a inconstitucionalidade do ato, ou, mesmo que não esteja de acordo com a opção, compreende que ele cumpriu as exigências constitucionais.** O Tribunal não pode fixar requisitos, uma vez que, ao Poder Judiciário, também se impõe o império da Constituição da República.
- (d) Voltando ao ponto “a)” e em razão da importância da ADI 5.874, torna-se necessário frisar: o Ministro Alexandre de Moraes fixou critérios para análise de um decreto de indulto presidencial. Vejamos: “A análise da constitucionalidade do Decreto de Indulto deverá, igualmente, verificar a **realidade dos fatos** e a **coerência lógica da decisão discricionária** com os fatos. **Se ausente a coerência, o indulto estará viciado por infringência ao ordenamento jurídico constitucional** e, mais especificamente, ao **princípio da proibição da arbitrariedade dos poderes públicos** que impede o extravasamento dos limites razoáveis da discricionariedade, evitando que se converta em causa de decisões desprovidas de justificação fática e, conseqüentemente, arbitrárias.” Sobre esses critérios:



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

- (i) **da realidade dos fatos:** mostra-se evidente que (i.i) o presidente editou Decreto concessivo de indulto individual, (i.ii) *in casu*, trata-se de aliado político do Presidente da República, (i.iii) o Decreto em discussão busca pretensão de validade no Art. 734 do Código de Processo Penal e numa suposta comoção social que não se verifica na prática, (i.iv) o ato reconhece que o parlamentar foi condenado pelo Supremo Tribunal Federal e (i.v) o que apresenta é um ato do Poder Executivo que pretende perdoar um parlamentar que cometeu crimes reconhecidamente antidemocráticos.

Em síntese: a “realidade dos fatos” mostra que um deputado é condenado pela Suprema Corte por atos antidemocráticos e ataques à Corte e o Presidente da República se insurge contra essa decisão e lança mão, arbitrariamente, do instituto do indulto, provocando uma crise política.

- (ii) **coerência lógica da decisão discricionária:** o presidente motivou a concessão do benefício na liberdade de expressão, além de uma série de supostas preocupações institucionais com o interesse público, como a “manutenção do Estado Democrático de Direito, inspirado em valores compartilhados por uma sociedade fraterna, justa e responsável” e a “manutenção do mecanismo tradicional de freios e contrapesos na tripartição de poderes”. Estabeleceu ainda como premissa que seu ato “decorre de juízo íntegro baseado necessariamente nas hipóteses legais, políticas e moralmente cabíveis”.

51 Como vimos minuciosamente ao longo deste parecer, tais motivos justificariam precisamente a condenação de DANIEL SILVEIRA, que extrapolou todos os limites jurídicos da liberdade de expressão para atentar violentamente contra o Estado Democrático de Direito, especialmente contra o órgão de cúpula de um dos Poderes da República. Agindo assim, ofendeu os valores fundamentais com os quais o Brasil se compromete em sua Constituição, a legalidade e os princípios da moralidade administrativa.

52 Por tudo isso, o decreto do presidente da República contraria frontalmente os motivos **por ele mesmo invocados**, e que determinam sua



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

legitimidade. A concessão da graça é inferência desautorizada pelas premissas adotadas na motivação do decreto, sendo com elas incompatível logicamente.

53 Não há, a olhos vistos, qualquer coerência lógica no ato de indulto, desbordando, assim, a concessão de indulto do precedente da Suprema Corte, não sendo difícil fazer o respectivo *distinguishing*.

54 Claramente, os critérios estabelecidos no aludido precedente permitem a conclusão de que **o Decreto que indulta Daniel Silveira é arbitrário e sem coerência lógica — para utilizar as palavras do precedente**. Em termos de *distinguishing*, o decreto não respeita a realidade dos fatos — ao sustentar não ter havido a conduta criminosa que o próprio Supremo, em sua competência, classificou como criminosa — e não guarda coerência lógica com os fatos mesmos — uma vez que se aproveita de um suposto “interesse público” para **perdoar um aliado político, subscrevendo sua conduta criminosa de ataque às instituições republicanas**. Eis, aqui, a aplicação do precedente do ministro ALEXANDRE DE MORAES.

55 O que vincula, num precedente, não é uma regra extraída a ser aplicada abstratamente às cegas. O que vincula são os princípios subjacentes à razão de decidir. O precedente do Supremo Tribunal, o entendimento estabelecido, é o de que **decretos presidenciais não podem ser arbitrários** e devem respeitar um grau mínimo de **coerência** com os fatos e aquilo que fundamenta a prerrogativa. Respeitar um precedente não é reprimatizar uma decisão pretérita às cegas, como se o resultado de um julgamento anterior fosse algo a ser repetido sem critério. Respeitar um precedente significa atender às exigências dos fundamentos jurídicos que foram estabelecidos como jurídicos — significa **obediência aos padrões que tornam verdadeira uma proposição jurídica aos olhos da Corte**.

56 É por isso que a **própria história institucional da Suprema Corte**, por si só, já é capaz de demonstrar inequivocamente a antijuridicidade de um decreto arbitrário, afrontoso e, em última análise, **criminoso**.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

57 Dizendo de outro modo, não é porque em outro contexto, outro tipo de indulto, geral, concedido por outro presidente, foi tido como legal que isso significa que *todo indulto ou graça ou perdão é legal, à conveniência do presidente*. O próprio julgado reconhece que há limites e que a questão é sempre passível de exame do Judiciário. Endossar os ataques, as ofensas e as ameaças de um criminoso imediatamente após sua condenação por parte do Supremo Tribunal parece ser um desses limites. Do contrário, fracassa(re)mos — em uma teoria de precedentes, em uma compreensão sobre prerrogativas presidenciais, fracassamos enquanto república constitucional.

58 Diante disso, percebe-se que o caso concreto demonstra um evidente desvio de finalidade. Antes de ser algo, nunca foi constitucional. Ademais, há que se registrar que a não invalidação do ato de indulto pelo Poder Judiciário pelos vícios apontados acarretará a produção de um perigoso precedente, caracterizado pela violação do princípio da proibição de proteção insuficiente (deficiente), a *Untermassverbot*, já adotada pelo Supremo Tribunal em vários momentos (p.ex., ADI 3.510). Esse princípio incide quando a atuação do Estado deixa um determinado direito — sob seus mais variados ângulos — sem proteção ou protegido insuficientemente.⁷ Se se admitir um indulto nos moldes postos pelo presidente, estar-se-ia em face de uma espécie de “atravesamento sistêmico”, em que o presidente concede habeas preventivo a um parlamentar.

— VII —

**DA LÓGICA DO RAZOÁVEL E DE
COMO TODAS AS NORMAS TÊM FINALIDADE OU
“DE COMO O INDULTO SERVE PARA ATENDER INTERESSE
PÚBLICO E NÃO PARA CONFRONTAR O PODER JUDICIÁRIO”**

59 Um exemplo paradigmático da filosofia nos ajuda a compreender a força dos jogos de linguagem e, com isso, ajuda-nos também a entender que **há limites implícitos naquilo que o direito autoriza.**

⁷ Nesse sentido, STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**, op.cit.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

60 Nas palavras de LON FULLER (autor de O Caso dos Exploradores de Cavernas e a Moralidade do Direito, entre tantas), “qualquer propósito humano — tenha sido ele expresso em ações ou palavras — é um evento incompleto quando separado do sistema total do qual faz parte”.⁸ Para reforçar sua ideia, FULLER recorre a WITTGENSTEIN e um exemplo em suas *Investigações Filosóficas*.

61 Com efeito, LUDWIG WITTGENSTEIN traz como exemplo a situação de um pai que pede a um amigo que ensine um jogo a seus filhos. Quando esse pai retorna, ao descobrir que o amigo ensinou um jogo absolutamente inapropriado para crianças, envolvendo apostas e dinheiro, diz: “*Eu não quis dizer esse tipo de jogo!*” E WITTGENSTEIN então pergunta: a vedação ao jogo envolvendo apostas e dinheiros já deveria ter sido prevista *antes*, já deveria estar na cabeça do pai que pede ao amigo que ensine um jogo a seus filhos?⁹ Precisa dizer?

62 A obviedade da resposta, por si só, já revela a força do contexto. Como bem diz LON FULLER, o problema levantado por WITTGENSTEIN **é absolutamente comum no direito** e, à exceção de períodos que FULLER caracteriza como desvios, verdadeiros “escorregões literalistas” (e dizer que o presidente tem poder absoluto para decretar indulto individual é um típico exemplo de “escorregão literalista”), a resposta do direito sempre foi na seguinte linha: **é óbvio que não era esse o tipo de jogo, e é óbvio que sua exclusão não precisaria já estar na mente do pai que fez o pedido**. Porque o contexto já constrange (no sentido de limitar, naquilo que BERND RÜTHERS usa como “*Begrenzte*” no seu clássico *Die unbegrenzte Auslegung: Uma interpretação irrestrita*).

63 E por que é óbvio que sempre há limitações implícitas? Porque o *próprio contexto, o próprio jogo de linguagem já traz implicitamente esse*

⁸ “Any single human purpose — whether expressed in actions or words — is an incomplete thing when severed from the total system of which it forms a part.” FULLER, LON L. Human Purpose and Natural Law. **Natural Law Forum**, vol. 28, 1958, pp. 68-76.

⁹ “Someone says to me: ‘Show the children a game.’ I teach them gaming with dice, and the other says, ‘I didn’t mean that sort of game.’ Must the exclusion of the game with dice have come before his mind when he gave me the order?” WITTGENSTEIN, Ludwig. **Philosophical Investigations**. Oxford: Blackwell, 1986, p. 33 (§ 70).



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

limite. Novamente com FULLER, “**o significado de qualquer propósito é sempre controlado por propósitos subjacentes**”¹⁰ — propósito que servem de padrão, orientação, que estabelecem *limites* ao que está explícito.

64 O exemplo de WITTGENSTEIN e a leitura de FULLER nos trazem uma importante lição. Um dispositivo legal ou constitucional que confere uma prerrogativa a um indivíduo em posição de poder traz limites **que não estão necessariamente explícitos. Porque o próprio direito, enquanto fenômeno de limitação do arbítrio, estabelece esses limites**. É o caso do indulto concedido ao parlamentar.

65 A ilusão de um código universal capaz de prever e antever todas as hipóteses de aplicação já foi superada no século XIX. JEREMY BENTHAM talvez tenha sido o último dos que pensavam dessa forma romântica-utópica. Desde então já se sabe que o pai, após pedir que seu amigo ensinasse um jogo a seus filhos, não precisaria completar com “não ensine um jogo de apostas com dados”.

66 O Direito não precisa antever todas as possibilidades de subversão do próprio Direito para proibi-la. Faz parte do próprio jogo de linguagem a noção de que **não se pode degradar o Direito em nome do Direito, pois a validade do Direito enquanto Direito são os princípios que o fundam, como diria CASTANHEIRA NEVES**.¹¹ Dou a isso o nome de “fator do constrangimento implícito”. Quando uma loja anuncia “tudo a R\$ 1,99”, você não pode comprar a caixa registradora do estabelecimento — sem que seja necessário um asterisco que diga, em letras miúdas, “proibido comprar a caixa registradora e o telefone celular do proprietário”.

67 Na mesma linha, por diligência epistêmica, podemos pensar com o clássico RECASÉNS SICHES (recolhido de RADBRUCH).¹² Quando uma placa diz

¹⁰ *The meaning of any given purpose is always controlled by latent purposes in interaction with it.* FULLER, Lon L. Human Purpose and Natural Law. **Natural Law Forum**, vol. 28, 1958, pp. 68-76.

¹¹ CASTANHEIRA NEVES, António. **Teoria do direito: lições proferidas no ano lectivo de 1998/1999**. Universidade de Coimbra, 1999, p. 66-69.

¹² RECASÉNS SICHES, Luis. **Nueva filosofía de la interpretación del derecho**. Imprenta: México, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1956, passim.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

“Proibido cães na plataforma”, não é necessário um asterisco dizendo “Cães-guia são permitidos”, assim como não é preciso um letreiro com letras miúdas que digam *que não se pode levar um urso*. A **lógica do razoável** de RECASÉNS SICHES é o que, hermeneuticamente, chamo de “**força normativa dos contextos**”, aplicável ao caso presente.

68 O exemplo é importante para ilustrar a obviedade do óbvio. Quando nos perdemos em discussões dogmático-criterialistas, apegamo-nos à árvore e deixamos de enxergar a floresta. **O Direito não precisa de um artigo de lei dizendo que decretos que contrariem frontalmente uma decisão do Supremo Tribunal, endossando os atos criminosos de um réu condenado por atentar contra a democracia, são decretos anti-jurídicos.** Não escorreguemos no literalismo, como alertava LON FULLER. E tampouco no anarco-textualismo. Que sempre é uma atitude *ad hoc*. Serve e não serve. Ao gosto do intérprete. Mas, com certeza, não ao gosto do Direito.

VIII CONCLUSÃO

69 A doutrina constitucional cunhou uma espécie de régua de avaliação de casos jurídicos. Há os casos fáceis (*easy cases*), difíceis (*hard cases*) e os trágicos (*tragic cases*), sendo que este último tipo pode ser resultado de uma avaliação equivocada de um *easy case* ou a subestimação de um *hard case*. Não deverá ser o presente caso. Embora grave em termos políticos, trata-se de um *easy case*.

70 De todo modo, o caso exige cuidados na avaliação. O conhecido jurista alemão BERND RÜTHERS escreveu um alerta em um extenso livro, denominado *Die unbegrenzte Auslegung* (Uma Interpretação irrestrita ou não constrangida),¹³ em que, embora trate do direito civil alemão aos tempos da

¹³ RÜTHERS, Bernd. **Die unbegrenzte Auslegung**: Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus. Tübingen: Mohr Siebeck, 2012.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

ascensão do nazismo e depois, denuncia o problema do uso político do direito, a falta de limitação das decisões e atos normativos.

71 A lição de RÜTHERS tem plena aplicação no caso sob exame. O decreto que indultou um parlamentar que cometeu os graves crimes contra a democracia e a Suprema Corte se insere nos limites paradoxais do sistema democrático. Se quem protege o Estado Democrático de Direito é a Constituição e quem guarda a Constituição é o Supremo Tribunal e se este é frontalmente atacado, é inconcebível que o atacante receba a proteção do Chefe do Poder Executivo mediante indulto. Neste caso, mostra-se evidente que o poder discricionário do Chefe do Poder Executivo sofre de evidente desvio de finalidade, com o grave risco de degenerar o direito e o próprio Estado Democrático.

72 O livro de RÜTHERS é paradigmático. O professor JACCO BOMHOFF, *Associate Professor of Law* na LSE Law School, autor, dentre outras obras, de ‘*Balancing Constitutional Rights: The Origins and Meanings of Postwar Legal Discourse*’, comenta o *post scriptum* que Rüterthers fez à sexta edição do seu “Uma interpretação irrestrita”,¹⁴ lembrando das dificuldades que a comunidade jurídica (acadêmica) da Alemanha pós-guerra teve em lidar com o passado nazista.

73 É exatamente o caso sob análise, quando o presidente da República do Brasil sustenta, ao indultar o autor condenado pelo STF, que os atos criminosos praticados pelo parlamentar estão protegidos pela liberdade de expressão, entre os quais a defesa da ditadura, o AI-5 e atos antidemocráticos.

74 O mesmo RÜTHERS denuncia uma espécie de relutância de olhar no espelho de parte da comunidade jurídica. Nesse sentido, outro grande jurista alemão, MICHAEL STOLLEIS, ao lado de RÜTHERS (no pós-escrito) e CHRISTIAN JOERGES, todos dão o mesmo exemplo marcante da longevidade dessa

¹⁴ Rüterthers’ Postscript to *Die Unbegrenzte Auslegung* (Limitless Interpretation): On Legal Method and Justice. In: **Comparativelawblog**.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

'relutância' - **a avaliação mais gentil** (*the kinder assessment*) — que parte da comunidade jurídica alemã fez do período nazista.¹⁵

75 Por isso o alerta de RÜTHERS que nos diz respeito: *a discussão sobre interpretação constitucional não pode ser a-histórica e a-política*. Transportando para o Brasil: é como se o indulto editado pelo presidente da República do Brasil pudesse ser analisado de forma literal, a-histórica e a-politicamente.

76 Daí se mostrar equivocada a defesa – jurídica - do ato presidencial como se não existisse “a força normativa dos contextos”. Como se o parlamentar não tivesse feito o que fez. Como se isso não tivesse a ver com todo o nosso passado, nosso presente e tenha inexorável projeção para o futuro da democracia no Brasil.

77 Por isso a importância de aqui dizer, a partir dos autores citados, que **o Brasil não deve ter relutância em olhar no espelho**. Não se pode fazer uma “avaliação gentil” (STOLLEIS, JOERGES e RÜTHERS) dos atos autoritários que remontam ao antigo regime.

78 Numa palavra final, retorno a SHAKESPEARE e ao seu HENRIQUE IV. O príncipe esbofeteara o juiz. Que o prendera. Morto o velho rei e encontrando-se com o príncipe-esbofeteador agora alçado à rei (HENRIQUE V), o lorde-juiz justifica seu ato tomado contra o príncipe, dizendo:

"Vendo em vós o ofensor de vosso pai, foi que fiz uso enérgico de toda a minha autoridade, a fim de enviar-vos para a prisão".

E eis a surpreendente resposta do Rei:

"— Tendes razão, Juiz; é com equidade que pesais isso tudo; conservai, pois, a espada e a balança. Só desejo que vossas honras cresçam até que a vida vos chegue, para verdes que meu filho vos ofende e obedece como o fiz."

E arremata:

¹⁵ RÜTHERS, **Die unbegrenzte**, op cit,



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

"— Possa eu também viver para as palavras repetir de meu pai: 'Feliz me julgo por ter um servidor de tanta têmpera, que se atreve a julgar meu próprio filho, e não menos feliz por ter um filho que assim entrega sua grandeza ao braço da Justiça'."

79 Assim o bardo nos mostra como ocorreu o confronto na Inglaterra entre o filho do rei e o juiz. Entre Executivo e Judiciário. A resposta de HENRIQUE V mostra a grandeza que deve ter um Chefe de Estado.

80 Ex positis:

Após o estudo da controvérsia que constitui o objeto do presente parecer, concluo no sentido de que a resposta adequada à Constituição é a de que o Decreto examinado viola o corpo constitucional, substancialmente, em razão de um claro desvio de finalidade (falta de interesse público, impessoalidade e moralidade), violação da cláusula de proibição de proteção deficiente, assim como por desprezar toda uma jurisprudência que assentou o modelo republicado, em toda a sua substancialidade (unidade da Constituição, legalidade, igualdade, isonomia, objetivos da República, divisão de Poderes, independência do Poder Judiciário e tentativa de se substituir à Suprema Corte no papel de guardião da Constituição). Diante de tais violações constitucionais, recomendo a impetração de uma Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Este é meu parecer.

Porto Alegre, 24 de abril de 2022

LENIO LUIZ STRECK

Membro da Comissão de Estudos Constitucionais