

PARECER

SUMÁRIO: I. CONSULTA. II. QUESITOS. III. A RESTRIÇÃO DO DIREITO DE VISITAS À LUZ DA PROPORCIONALIDADE. IV. O ALCANCE DAS PRERROGATIVAS DOS EX-PRESIDENTES DA REPÚBLICA. V. CONCLUSÕES.

I [CONSULTA]

1. Trata-se de consulta jurídica, encaminhada pelos ilustres advogados **CRISTIANO ZANIN MARTINS** e **VALESKA TEIXEIRA MARTINS**, que abrange as áreas do Direito Processual Penal, do Direito Constitucional e, ainda, da Teoria do Direito, envolvendo diversos institutos jurídicos.
2. O objeto do parecer, *pro bono*, consiste na análise – dogmática e crítica – da aplicação do direito de visitas e do alcance das prerrogativas do ex-Presidente da República, **LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA**, que se encontra preso na sede da Polícia Federal de Curitiba, em razão da execução antecipada da pena.
3. Como é sabido, desde a prisão do ex-Presidente, houve solicitação de visita por parte de diversas lideranças políticas, sindicais e partidárias, intelectuais e membros do Congresso Nacional, assim como o requerimento para a visitação de profissionais médicos, em face de sua condição de saúde.
4. Todavia, os pedidos de visitação foram negados pela juíza da 12ª Vara Federal de Curitiba, **CAROLINA LEBBOS**, onde tramita o processo de execução provisória da pena do ex-Presidente, sob o argumento de que o parágrafo único do artigo 41 da Lei nº 7.210/84 autoriza a restrição do direito de visitas:

O artigo 41, inciso X, da Lei n. 7.210/1984 prevê como direitos do preso "visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados". O parágrafo único deste dispositivo, no entanto, estabelece não se tratar de direito absoluto. Na linha do acima consignado, limitações implícitas inerentes à execução da pena levaram o legislador a conferir ao diretor do estabelecimento competência para restringi-lo. A ele cabe, ponderando as peculiaridades do local de custódia, analisar a extensão de eventual necessidade de restrição e, em vista disso, determinar o regime adequado de visitação para os detentos.

[...]

Essa restrição não é, *a priori*, ilegítima, tampouco revela ato ilegal.

O artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição de 1988 prevê que "o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado". Essa regra constitucional, que constitui o núcleo essencial do direito de visita, vem sendo plenamente observada no âmbito do regime geral de visitas da carceragem da Polícia Federal. O custodiado encontra-se devidamente assistido por seus advogados. Permite-se, ainda, a visita semanal de familiares.

No tocante à visita de amigos, em razão do que prescreve o artigo 41, inciso X e parágrafo único, da Lei n. 7.210/1984, o direito de visita poderá ser restringido em diversos graus. Mormente em ambiente no qual se desenvolvem outras funções públicas, como atividades de investigação e de atendimento à população, razões de interesse público possuem o condão de justificar validamente a restrição, de modo a não inviabilizar o bom funcionamento da instituição. Considere-se que o regime de visitas deve, ainda, adaptar-se à necessidade de preservação das condições de segurança e disciplina do estabelecimento e de seus arredores.

Deve-se assegurar o núcleo mínimo definido pelo texto constitucional (art. 5º, LXIII, CF), possibilitando-se visitas regulares de familiares, os quais devem ter prioridade no contato com o apenado, mantendo-se o convívio familiar em benefício da ressocialização do preso. E o regime ora vigente, aplicado também aos demais presos na carceragem da Polícia Federal em Curitiba, propicia, prima facie, a observância dessa garantia. O alargamento das possibilidades de visitas a um detento, ante as necessidades logísticas demandadas, poderia prejudicar as medidas necessárias à garantia do direito de visita dos demais.

5. Segundo a magistrada, o direito de visita também está regulado pelo regime geral de visitas da carceragem da Polícia Federal, que o restringe em relação à legislação federal. Tal interpretação estaria, supostamente, em consonância com a Constituição de 1988, cujo artigo 5º, em seu inciso LXIII, assegura ao preso “assistência da família e do advogado”.

6. Resumidamente, a controvérsia jurídica gira em torno, de um lado, da possibilidade de restrição do direito de visita no caso concreto, em face da

prevalência do interesse público; e, de outro, do próprio sentido, alcance e eventuais limites das **prerrogativas asseguradas aos ex-Presidentes da República**.

7. Esse é, pois, o caso a ser examinado.

II [QUESITOS]

8. A fim de delimitar o objeto do presente parecer, os consulentes formulam os seguintes quesitos:

1º Quesito: *A restrição ao direito de visitação, autorizada pelo parágrafo único do artigo 41 da Lei nº 7.21/84, revela-se proporcional no caso sob exame?*

2º Quesito: *Qual o alcance das prerrogativas asseguradas aos ex-Presidentes da República no caso de imposição de pena privativa de liberdade?*

9. Ao responder os referidos quesitos, este parecer busca desempenhar o papel normativo designado à doutrina no paradigma do Estado Constitucional de Direito. Não se trata, com efeito, de mero exercício de erudição filosófico-jurídica. Sua função é cumprir a difícil tarefa de contribuir – efetivamente – para a construção de uma decisão mais adequada, equânime e, sobretudo, democrática.

III [A RESTRIÇÃO DO DIREITO DE VISITAS À LUZ DA PROPORCIONALIDADE]

10. **Uma palavra inicial.** O argumento de que o regime geral de visitas da carceragem da Polícia Federal está em conformidade com a regulação constitucional do direito de visitas é **falso**. A redação do artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição assegura direitos ao **preso em flagrante**. Por isso, a equivalência das redações. O regime geral de visitas também foi pensado para presos provisórios/cautelares e, por isso, a sua redação espelha a da Constituição. O que significa, portanto, que a sua

redação deve ser repensada diante de mais uma situação inaugurada em razão dos desdobramentos da operação *lavajato*.

11. Pautar o cumprimento de pena por dispositivos que asseguram direitos ao preso cautelar é um equivoco elementar. O artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição busca resguardar, física e psicologicamente, a integridade do preso em flagrante, evitando coação ilegal e abuso de autoridade. Isto é, refere-se a um primeiro contato imediato, e não ao cumprimento de pena a longo prazo.

12. A Lei de Execução Penal já assegurava direitos de visitas em maior extensão, antes mesmo da Constituição de 1988. É evidente que a Constituição não veio para reduzi-los. Nesse sentido, a LEP reconhece expressamente o direito à visita de cônjuge, da companheira, de parentes e de amigos (art. 41, X, LEP¹). A seguir, a própria legislação dispõe sobre a sua restrição ou suspensão, o que deverá ocorrer mediante ato motivado do diretor do estabelecimento prisional (art. 41, parágrafo único, LEP).

13. Ora, é natural que o direito à visitação não seja absoluto – e nem poderia ser; afinal, nenhum direito o é. Isso é algo básico. São diversas as hipóteses em que o parágrafo único do artigo 41 é aplicável: regulamentação de visitas, sanções administrativas, faltas graves ou eventuais situações excepcionais.

14. Uma coisa, no entanto, é certa: a **visita é regra; a restrição é exceção**. Por isso, essa restrição deve ser motivada e não pode, de maneira alguma, se naturalizar, sob pena de se institucionalizar a exceção. Ou seja, é inadmissível que a restrição exsurja da própria natureza do estabelecimento.

¹ Cumpre referir, por oportuno, que o mesmo direito é assegurando no âmbito dos tratados internacionais de direito humanos pelas chamadas **Regras de Mandela** (*Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos*): “Regra 58: 1. **Os prisioneiros devem ter permissão, sob a supervisão necessária, de comunicarem-se periodicamente com seus familiares e amigos, periodicamente:** (a) por correspondência e utilizando, onde houver, de telecomunicações, meios digitais, eletrônicos e outros; e (b) **por meio de visitas**”.

15. No caso sob exame, a magistrada vem indeferindo, de plano, os sucessivos pedidos de visitas por parte de amigos do ex-Presidente. Tudo sob o álibi do *interesse público*. A visita dos amigos, segundo se pode deduzir da decisão, prejudicaria o “bom funcionamento” das demais atividades regularmente exercidas na Superintendência da Polícia Federal de Curitiba (PR).

16. Em outras palavras, *regulamentar* o direito de visitas é muito diferente de *cerceá-lo*. A restrição ao direito de visitas deve ser **proporcional**. Não queremos crer, afinal, que – com todo o seu aparato, estrutura e competência – a Polícia Federal seja incapaz de organizar e de viabilizar um simples cronograma de visitas semanais de amigos ao ex-Presidente.

17. A essa mesma conclusão também se chegaria através da aplicação da máxima da proporcionalidade – formulada, originalmente, por ROBERT ALEXY² – ao caso sob exame. Em face da colisão entre princípios jurídicos e do prestígio que a técnica da ponderação obteve nos tribunais brasileiros, sobretudo no Supremo Tribunal Federal, entende-se que o seu emprego possa ser elucidativo. Toda essa demonstração pressupõe um exercício argumentativo.

18. Em sua célebre teoria, ALEXY introduz a proporcionalidade como um sistema que coordena aplicação dos direitos fundamentais, mais especificamente dos princípios jurídicos, estruturando-a a partir de três submáximas: *adequação* (relação entre meios e fins), *necessidade* (mandamento do meio menos gravoso) e *proporcionalidade em sentido estrito* (sopesamento propriamente dito). Tudo com a finalidade de contribuir para o aumento do grau de racionalidade das decisões judiciais.

19. A *primeira lei do sopesamento*, formulada originalmente em 1986, define que, quanto maior for o grau de intervenção em um princípio, maior deverá

² Sobre o potencial discricionário da ponderação e o risco dela produzir arbitrariedades, ver MORAIS, Fausto Santos de. *Ponderação e arbitrariedade*. Salvador: Juspodivm, 2016.

ser o nível de satisfação do outro³. Já, no pós-fácio de 2002, ALEXY desenvolve a *segunda lei do sopesamento* – quanto maior for o grau de intervenção em um princípio, maior deverá ser o grau de certeza das premissas nas quais essa intervenção se baseia – e a *fórmula de peso*, articulando os graus de intervenção e de satisfação, o peso abstrato dos princípios e as condições epistêmicas envolvidas⁴. Em 2014, desdobrando a *confiabilidade epistêmica e normativa* das premissas em que baseia a intervenção, ele refina sua *fórmula de peso*⁵:

$$W_{ij} = \frac{I_i \cdot W_i \cdot R_{ei} \cdot R_{ni}}{I_j \cdot W_j \cdot R_{ej} \cdot R_{nj}}$$

20. Na referida fórmula, *i* e *j* correspondem, respectivamente, ao princípio interferido e ao princípio satisfeito; *W* corresponde ao peso abstrato (*abstract Weight*); *I* corresponde à intensidade da interferência (*intensity of Interference*); *R_e* corresponde à confiabilidade das premissas empíricas (*Reliability of Empirical assumptions*); *R_n* corresponde à confiabilidade das premissas normativas (*Reliability of Normative assumptions*).

21. Todavia, antes de aplicar a fórmula de peso ao caso sob exame, é preciso definir os princípios nele colidentes e submeter suas circunstâncias fáticas às submáximas da *adequação* e da *necessidade*, a fim de verificar se a colisão entre princípios não se resolve sem precisar recorrer à ponderação, como *ultima ratio*.

22. A visitação é uma regra, porém a possibilidade de sua restrição assume a dimensão de princípio, de tal maneira que podemos considerá-la como uma “norma de caráter duplo” e, portanto, sujeita a sopesamento⁶. Assim, o que está em jogo, de

³ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986.

⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, Pós-fácio.

⁵ ALEXY, Robert. Princípios formais. In: ALEXY, Robert (Org.). *Princípios formais e outros aspectos da teoria discursiva do direito*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

⁶ ALEXY, *Teoria dos direitos fundamentais, op. cit.*, p. 141: “as normas de direitos fundamentais adquirem um caráter duplo se forem construídas de forma que ambos os níveis [regras e princípios] sejam nela reunidos. Uma tal vinculação de ambos os níveis surge quando na formulação da norma constitucional é incluída uma cláusula restritiva com a estrutura de princípios, que, por isso, está sujeita a sopesamentos”.

um lado, é o **direito (fundamental) à visitação do preso** (art. 41, X, LEP), que, no caso, é *princípio interferido*; e, de outro, o **bem coletivo do interesse público** – consistente no bom funcionamento da Superintendência da Polícia Federal em Curitiba (PR) –, que, no caso, é o *princípio satisfeito*.

23. Dito isso, passa-se ao exame da proporcionalidade.

24. Na submáxima da *adequação*, é avaliado se os meios adotados são **aptos** à realização dos fins perseguidos pelo princípio satisfeito. A resposta, à primeira vista, poderia ser positiva, na medida em que, de fato, a possibilidade do direito de visitas somente aos familiares restringiria o universo das visitas e, conseqüentemente, de circulação de terceiros no ambiente da Superintendência da Polícia Federal. Contudo, não se pode incorrer no equívoco de confundir questões de naturezas diversas. É possível afirmar que cercear o direito de visitas assegura o bom funcionamento da instituição e, assim, atende ao interesse público? A resposta, por óbvio, é negativa. Ora, se a medida fosse adequada, por que não instituí-la e ampliá-la para todo o sistema penitenciário brasileiro, que, como se sabe, manifesta reconhecido *estado de coisas inconstitucional*? A pergunta é retórica.

25. A *inadequação* da medida restritiva, por si só, **dispensaria o restante do procedimento**. No entanto, *ad argumentandum tantum*, passa-se ao exame da *submáxima da necessidade*, que consiste em verificar se há meios menos gravosos para otimizar o princípio satisfeito. No caso, a restrição ao direito de visitas dos amigos imposta ao ex-Presidente **configura a medida interventiva mais gravosa**. Por quê? Porque se trata de uma proibição. Nenhum amigo pode visitar. Essa é a regra resultante da exceção naturalizada pela magistrada. Mais do que isso: a medida revela-se **desnecessária**. Isso porque, se a preocupação é resguardar o “bom funcionamento” da Superintendência da Polícia Federal, haveria outras medidas que também poderiam assegurar o “bom funcionamento” da instituição, sem, contudo, impossibilitar o direito à visitação de amigos do ex-Presidente. Nesse sentido, por exemplo,

hipóteses como a elaboração de cronograma de visitas, a designação de dias e horários que não colidam com atendimento ao público, a utilização do aparato e da estrutura – que já existem e que já estão destacados – para desempenhar essas tarefas e funções, serviriam para um controle eficaz e também menos gravoso ao exercício do direito fundamental à visitação do preso. Ademais, numa palavra final: sob nenhuma hipótese, se pode transferir ao ex-Presidente o ônus de algo a que não deu causa.

26. De todo modo, ainda que a medida seja *inadequada* e *desnecessária*, passa-se à terceira etapa – referente à aplicação da lei do sopesamento –, que consiste na otimização dos princípios colidentes. Reiteramos que a terceira etapa somente será aplicada aqui, como reforço, caso se entenda que a medida restritiva foi adequada e necessária para otimizar o bom funcionamento da Superintendência da Polícia Federal. Destaque-se, ainda, que a aplicação da fórmula de peso, aposta na sequência, representa fielmente a metodologia alexyana para alcançar a *norma de direito fundamental atribuída*, que equivale à regra final resultante da ponderação. Não se trata, portanto, de uma demonstração de erudição, mas, sim, da tentativa de empregar a teoria de ALEXY – que, atualmente, é um dos juristas mais citados na doutrina e na jurisprudência brasileiras – ao caso sob exame e, assim, contribuir para a solução da controvérsia jurídica.

27. Na fórmula idealizada por ALEXY, o grau de interferência e satisfação pode variar de 1 a 4 – sendo 1 para *leve*; 2 para *médio*; 4 para *grave* –; já o grau de confiabilidade das premissas normativas e epistêmicas pode ser classificado em *não evidentemente falso* (0,25), *plausível* (0,5) e *confiável/certo* (1).

28. No caso, o grau de intervenção no direito (fundamental) à visitação do preso (I_i) é *médio* (2), uma vez que a decisão restringe parcialmente o exercício do direito, que permanece assegurado para familiares e advogados. Por outro lado, o grau de satisfação do princípio do interesse público (I_j) é *leve* (1), porque a restrição à visitação não assegura, por si só, a efetivação desse bem coletivo.

29. O peso em abstrato a ser atribuído a cada um dos princípios (W_i e W_j), por sua vez, deve ser idêntico – no caso, *leve* (1) –, anulando-se mutuamente, visto que os direitos fundamentais possuem todos o mesmo valor, em abstrato, segundo a própria teoria de ALEXY, não podendo direito algum gozar de hierarquia *prima facie*.

30. Já o grau de confiabilidade empírica de interferência (R_{ij}) é *certo/confiável* (1), tendo em vista que nenhum amigo do ex-Presidente pode visitá-lo, o que significa que a medida está impedindo, de fato, esse tipo de visita; enquanto o grau de confiabilidade empírica da satisfação (R_{oj}) é *não evidentemente falso* (0,25), uma vez que – além de inadequada, conforme já demonstrado – a medida proibitiva visa a “não inviabilizar o bom funcionamento da instituição”. No entanto, a decisão que restringiu o direito de visita dos amigos contém uma aporia. Ora, uma instituição que “funcione bem” é uma instituição que não dependa, para isso, da limitação de direitos do cidadão. O contrário – limitar direitos para que possa “funcionar bem” – revela-se *antirrepublicano, antidemocrático* e, para completar, *contrário a qualquer interesse público*.

31. O grau de confiabilidade normativa tanto do direito à visitação (R_{ni}) quanto de sua restrição fundada no interesse público (R_{nj}) é *confiável/certo* (1), uma vez que ambos se encontram previstos expressamente no ordenamento jurídico.

32. Dessa sorte, a aplicação da fórmula do peso permite concluir por uma relação de **precedência** condicionada, no caso concreto, do direito pleno à visitação sobre a sua restrição com base no interesse público, tendo em vista o seguinte resultado:

$$W_{ij} = \frac{2 \times 1 \times 1 \times 1}{1 \times 1 \times 0,25 \times 1} = \frac{2}{0,25} = 8$$

33. Com isso, sendo o resultado final maior que 1, a conclusão a que se chega é que o princípio interferido – direito pleno à visitação (disposto na parte superior da fórmula de peso) – deve prevalecer no caso sob exame. Isso significa, em

outras palavras, que o resultado obtido a partir do exame da proporcionalidade, mediante a aplicação da técnica da ponderação, conduz à formulação de uma *norma de direito fundamental atribuída* (*zugeordnete Grundrechtsnorm*): **a restrição do direito de visitação dos amigos do ex-Presidente, com base no interesse público, é medida desproporcional que viola os direitos do preso**, colocando em xeque o próprio objetivo da execução penal de proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado (art. 1º, LEP).

34. Uma palavra final. O caso sob exame revela manifesto desrespeito à proporcionalidade⁷. Levando-se em conta cada uma das etapas para a realização desse raciocínio e a reprovação de cada uma dessas etapas, vê-se que a metodologia de ALEXY revela os sérios déficits de racionalidade jurídica e de legitimidade na decisão tomada. Sendo assim, a decisão judicial que limitou a visitação aos familiares e advogados, restringindo o acesso dos amigos, produziu um grau de intervenção nos direitos do preso que afronta a denominada *proibição de excesso* (*Übermassverbot*) por parte do Estado. Por derradeiro, o direito de visitas, no caso concreto, deve ser lido também à luz das prerrogativas do ex-Presidente.

IV

[O ALCANCE DAS PRERROGATIVAS DOS EX-PRESIDENTES]

35. A discussão relativa ao alcance e eventuais limites das prerrogativas dos ex-Presidentes da República em razão da imposição de pena privativa de liberdade é inédita no Direito brasileiro.

36. Como se sabe, a matéria é regulada pela Lei Federal nº 7.474, de 8 de maio de 1986, *in verbis*:

Art. 1º.: O Presidente da República, terminado o seu mandato, tem direito a utilizar os serviços de quatro servidores, para segurança e

⁷ PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2002.

apoio pessoal, bem como a dois veículos oficiais com motoristas, custeadas as despesas com dotações próprias da Presidência da República.

§1º.: Os quatro servidores e os motoristas de que trata o *caput* deste artigo, de livre indicação do ex-Presidente da República, ocuparão cargos em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - DAS, até o nível 4, ou gratificações de representação, da estrutura da Presidência da República.

§2º.: Além dos servidores de que trata o *caput*, os ex-Presidentes da República poderão contar, ainda, com o assessoramento de dois servidores ocupantes de cargos em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - DAS, de nível 5.

37. Tais prerrogativas são asseguradas inclusive nos casos de renúncia – e, acrescentamos, de *impeachment*. Assim entendeu o Tribunal Regional Federal da Primeira Região em ocasião da Apelação Cível nº 2003.01.000.232.350, da relatoria da então desembargadora federal MARIA ISABEL GALLOTTI RODRIGUES, cujo acórdão dispõe que:

[o] escopo do art. 1º, da Lei nº 7.474/86, é assegurar ao titular da Presidência da República para, durante o exercício do cargo, praticar, com independência, todos os atos inerentes às suas elevadas funções, mesmo que, para tanto, tenha de contrariar os mais poderosos interesses, sabendo que, ao fim de seu mandato, contará com a segurança e apoio pessoal. Assim, a renúncia do mandato não implica perda do direito a segurança deferido, pela Lei 7.474/86, sem exceções, aos ex-Presidentes, após término do mandato.

38. A legislação – produzida ainda antes do advento da Constituição de 1988 e, por esta, recepcionada – não traz qualquer hipótese de exceção e, tampouco, de cessação das prerrogativas asseguradas aos ex-Presidentes. Elas são, portanto, **vitalicias e não comportam qualquer tipo de exceção**. E não constituem nenhuma extravagância se comparadas ao cenário internacional:

Comparado com os demais países da amostra selecionada para o presente estudo, o Brasil apresenta-se como o país que menos

benefícios concede a seus ex-presidentes. A legislação vigente no Brasil basicamente assegura-lhes segurança, veículos e motoristas para sua mobilidade e servidores para compor uma equipe de assessoria⁸.

39. Essas prerrogativas são direitos e, portanto, não podem ser consideradas contrárias ao princípio republicano ou, ainda, à garantia de igual tratamento perante a lei. A existência das referidas prerrogativas, na verdade, decorre de um triplo aspecto: *um*, preservar a honra e o *status* digno de um ex-ocupante do cargo máximo da nação; *dois*, quiçá ainda mais relevante, assegurar a independência necessária para o pleno exercício de suas funções de governo, com a certeza de que, após o término do mandato, terá segurança e assessoria pessoais garantidas de maneira incondicional; *três*, contribuir para evitar o ostracismo e, com isso, induzir à alternância do poder.

40. Ora, todas as democracias constitucionais reconhecem a importância institucional do posto ocupado por quem dirige a nação. É inquestionável que todo Presidente da República é uma liderança nacional. Ao menos, aqueles eleitos democraticamente! É por isso que os ordenamentos jurídicos conferem determinadas prerrogativas aos ex-Presidentes. Há diversos tipos de normas que regulamentam os direitos dos ex-chefes do Poder Executivo: pensão, segurança, assessoria pessoal, serviços médicos, mobilidade etc. Como sustenta LISA ANDERSON, “os impulsos que os conduziram à política e ao serviço público não desaparecem com a aposentadoria, nem as habilidades adquiridas no exercício do cargo”⁹.

41. Dito de outro modo: nossa legislação – vigente e válida – garante àqueles que ocuparam o cargo máximo da República o *status* de ex-Presidentes. Essa

⁸ RODRIGUES, Ricardo José Pereira. A regulamentação da atuação dos direitos e dos benefícios de ex-presidentes da República em perspectiva comparada. *Revista de informação legislativa*, v. 51, n. 201, p. 53-69, 2014, p. 64. A título ilustrativo: nos Estados Unidos, os ex-presidentes têm assegurada pensão, contratação de funcionários e assessores e assistência médica, segurança; na França, pensão, moradia, segurança, automóvel e motorista, assessoria e gratuidade em viagens de avião e trem em primeira classe; no Chile, pensão, foro privilegiado, transporte e mobilidade, escritório ou gabinete; África do Sul, pensão e assistência médica.

⁹ ANDERSON, Lisa. The ex-presidents. *Journal of Democracy*, v. 21, n. 2, p. 64-78, 2010.

condição jurídica especial abarca somente uma equipe composta de oito servidores – no caso, assessores, seguranças e motoristas –, além de dois carros.

42. Ora, nada é por acaso. **Esses direitos têm, portanto, sua *raison d'être*.** Eles dizem respeito à própria segurança institucional do Estado. Como se sabe, nos sistemas presidencialistas, o Presidente da República acumula as funções de chefe de Governo e de chefe de Estado, de tal maneira que o povo, após o término do mandato, permanece associando sua imagem à da nação. Ademais, é inegável que um ex-Presidente da República conserva, naturalmente, sua condição de figura pública. Isso para não falar que o ex-Presidente é detentor de informações muito preciosas. Ele carrega consigo segredos de Estado, que dizem respeito à soberania, às relações internacionais, à segurança nacional, às reservas estratégicas, cuja divulgação pode ocasionar irreparáveis prejuízos ao país e a toda sociedade.

43. Uma coisa é certa: quem governar um país, independentemente se bem ou mal, sempre será responsável por isso, na medida em que se inscreve na própria história da nação. O cotidiano de alguém que ocupou a Presidência da República jamais volta ser a mesmo de antes. A começar porque ele sempre exercerá influência política, seja positiva ou negativa, de maneira mais intensa ou menos intensa. Um ex-Presidente da República dificilmente levará a vida de um cidadão comum. Se, por um lado, ele goza de determinadas prerrogativas; por outro, dificilmente ele passeará na rua sem ser reconhecido.

44. Isso tudo não constitui nenhuma novidade. Aliás, o próprio juiz federal SÉRGIO MORO assim entendeu na decisão que determinou o cumprimento da execução antecipada da pena do ex-Presidente LULA, em razão da **singularidade** e da **extraordinariedade** do caso:

Relativamente ao condenado e ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, concedo-lhe, **em atenção à dignidade cargo que ocupou**, a oportunidade de apresentar-se voluntariamente à Polícia Federal em Curitiba até as 17:00 do dia 06/04/2018, quando deverá ser

cumprido o mandado de prisão. [...] **Esclareça-se que, em razão da dignidade do cargo ocupado, foi previamente preparada uma sala reservada, espécie de Sala de Estado Maior, na própria Superintendência da Polícia Federal, para o início do cumprimento da pena, e na qual o ex-Presidente ficará separado dos demais presos, sem qualquer risco para a integridade moral ou física.**

45. A grande questão, aqui, é saber como proceder à execução penal do ex-Presidente LULA? Apesar da interpretação extensiva, levada a cabo pelo juiz federal SÉRGIO MORO, do artigo 295 do Código de Processo Penal – o dispositivo legal não traz a figura do Presidente, ou ex-Presidente, entre aqueles que têm direito à cela especial –, a resposta de que não deve haver privilégios, apesar de aparentemente republicana, revela-se simplista. Isso porque, conforme demonstrado, as prerrogativas dos ex-Presidentes não são privilégios, favores ou benesses, mas sim direitos que determinam um tratamento legal diferenciado, em razão de uma situação jurídica também diferenciada.

46. Ocorre que o Código de Processo Penal e a Lei de Execução Penal não preveem como deve ocorrer o cumprimento de pena nas situações em que o condenado for um ex-Presidente da República. Isso porque o legislador, simplesmente, nunca imaginou essa hipótese. O mesmo se aplica à Lei nº 7.474/86. Isso é natural. Como se sabe, é impossível antever todas as hipóteses fáticas de incidência para um texto normativo.

47. E, aqui, a Teoria do Direito e a Hermenêutica Jurídica reassumem um local de destaque. O jurista português JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO já alertava para o fato de as lacunas constituírem uma fatalidade. É inexorável, afinal, que haja vazios não regulados¹⁰. Ao conceituar *lacunas normativas*, KARL LARENZ ensina que:

lacunas normativas [...] são lacunas dentro da conexão regulativa da própria lei. Se existe ou não uma tal lacuna, há de aferir-se do ponto

¹⁰ ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito: introdução e teoria geral: uma perspectiva luso-brasileira*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 1997, *passim*.

de vista da própria lei, da intenção reguladora que lhe serve de base, dos fins com ela prosseguidos e do plano legislativo. [...] **Um princípio que é inerente a toda a lei** porque e na medida em que pretende ser Direito, **é o do *tratamento igual daquilo que é igual***. Se uma lei regula uma determinada situação de facto **A** de maneira determinada, mas não contém nenhuma regra para o caso **B**, que é semelhante àquele no sentido da valoração achada, a falta de uma tal regulação deve considerar-se uma lacuna da lei¹¹.

48. Nesse sentido, o consagrado jurista alemão invoca o exemplo do Código Civil Alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch*) de 1900, que não disciplinou o tráfego e o transporte aéreos. Isso se deu por uma razão bem singela: os aviões não existiam à época. Nem por isso, quando surgiram os aviões, a questão ficou sem regulação.

49. A situação não é diferente no caso sob exame. Conforme visto, nem a LEP nem a Lei nº 7.474/86 trouxeram qualquer dispositivo acerca do cumprimento de pena privativa de liberdade por parte de ex-Presidente da República. Portanto, está-se diante de uma lacuna que deve ser preenchida. E, aqui, vale ressaltar que o preenchimento de lacuna não pode levar o intérprete a extinguir direito preexistente.

50. Ora, de há muito se sabe que a pretensão de completude do Direito não o faz abarcar, de antemão, todas as hipóteses de aplicação de uma norma jurídica. As respostas não podem ser dadas *a priori*, mas ocorrem sempre dentro de contextos. Isto é, as respostas somente podem ser dadas após serem feitas as perguntas. E, estas, resultam da facticidade.

51. A questão, assim, não é simplesmente satisfazer os limites finalísticos de determinado dispositivo. Uma vez inserido em determinado contexto de linguagem, o conceito é dotado de **sentido interpretativo**, que abarca, para além do mero *diŷer*, a intersubjetividade da tradição em que inserido. A lei, portanto, não se esgota na

¹¹ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. São Paulo: Calouste, 1997, p. 452-453.

mera literalidade do texto, mas comporta um horizonte de sentido a ser compreendido pelo intérprete.

52. O reconhecimento das prerrogativas ao ex-Presidente não fere o princípio da igualdade ou da legalidade. Se todos são iguais perante a lei, há que se buscar, também na lei, as circunstâncias que indicam e asseguram a que desiguais sejam tratados desigualmente, na medida de sua desigualdade. **Há apenas um ex-Presidente preso no Brasil**, a quem são conferidas **prerrogativas vitalícias**. Se o legislador não excepcionou as hipóteses de sua incidência, não cabe ao intérprete, de forma discricionária, fazê-lo.

53. Nesse sentido, aliás, é sempre oportuna a releitura dos clássicos. Desde a edição de *Hermenêutica e aplicação do direito*, de CARLOS MAXIMILIANO, em 1925, sabe-se que, diante de duas exegeses possíveis, deve-se preferir aquela que não infirma o ato da autoridade¹². A respeito das prerrogativas, há duas possibilidades: de um lado, aquela que assegura o seu gozo ao ex-Presidente, mesmo na prisão; e, de outro, aquela que não as assegura no cárcere, em face da ausência de expressa regulamentação legal.

54. A leitura de MAXIMILIANO, porém, não deixa dúvidas: entre essas duas hipóteses, deve-se optar por aquela que não invalida a norma posta pela autoridade legislativa. Isto é, o legislador deve ser prestigiado, assegurando-se o usufruto das prerrogativas ao ex-Presidente, ainda que se encontre cumprindo pena em regime fechado.

55. De que forma isso poderia ser feito? Para responder a essa questão, deve-se resgatar a lição de ULRICH KLUG, para quem o emprego de analogia com a finalidade de colmatar lacuna não pode depender de critérios lógicos, mas, sim, teleológicos¹³. A partir desse teleologismo é que devemos fazer a analogia para

¹² MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 250.

¹³ KLUG, Ulrich. *Lógica jurídica*. Tradução de García Bacca. Caracas: UEG, 1961, p. 176.

colmatar o não-dito, o não-regulado. Por que a prerrogativa da Sala de Estado Maior é válida para o ex-Presidente, e a do assessor não o seria, por exemplo? Ora, a lei é especial e trata, precisamente, de prerrogativas. No contexto de visitação ao ex-Presidente, essas prerrogativas poderiam ser equiparadas àquelas asseguradas aos advogados, garantindo-se, assim, aos assessores idêntico acesso – amplo e irrestrito –, tendo em vista que fundadas em uma relação de confiança e marcadas pela garantia da confidencialidade.

V [CONCLUSÕES]

56. Em atenção à consulta formulada pelos ilustres advogados CRISTIANO ZANIN MARTINS e VALESKA TEIXEIRA MARTINS, representando LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA, após detalhado estudo da matéria submetida à apreciação, conclui-se:

1º Quesito: A restrição ao direito de visitação, autorizada pelo parágrafo único do artigo 41 da Lei nº 7.21/84, revela-se proporcional no caso sob exame?

Resposta: Não. Ao aplicar em sua inteireza a fórmula alexyana da ponderação, tal qual preconizada pelo jurista alemão – e não simplesmente como faz o senso comum, que reduz a técnica a uma escolha do juiz –, tem-se que a restrição de visitas ao ex-Presidente configura uma violência à proporcionalidade que deve haver em cada relação jurídica. O resultado obtido a partir do exame da proporcionalidade, mediante a aplicação da técnica da ponderação, conduz à formulação da seguinte *norma de direito fundamental atribuída (zugeordnete Grundrechtsnorm)* que deve regular o caso: **a restrição do direito de visitação dos amigos do ex-Presidente, com base no interesse público, é medida desproporcional que viola os direitos do preso**, colocando em xeque o próprio objetivo da execução penal de proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado

(art. 1º, LEP). É importante destacar que o resultado da fórmula não é cabala e tampouco produto de opinião subjetiva. Trata-se da explicitação de uma teoria altamente sofisticada, desenvolvidas por um dos juristas mais citados – senão o mais – nas Cortes brasileiras, cuja finalidade é explicitar o grau de racionalidade da fundamentação das decisões judiciais. Sua importância e prestígio demandam que sua aplicação observe a devida metodologia, em respeito ao prestigiado modelo construído pelo grande jurista alemão. Com base nela e por todos os lados que se analise a questão, a restrição ao direito de visitas ao ex-Presidente mostra-se desproporcional e, portanto, indevida. Ademais, o direito de visitas ao ex-Presidente também deve ser compreendido à luz das prerrogativas dos ex-ocupantes do cargo máximo da República.

2º Quesito: Qual o alcance das prerrogativas asseguradas aos ex-Presidentes da República no caso de imposição de pena privativa de liberdade?

Resposta: No Brasil, as prerrogativas dos ex-Presidentes da República estão reguladas pela Lei nº 7.474/86, que confere uma condição jurídica especial – em razão da *dignidade* – àqueles que exerceram o cargo máximo da República. Esse direito, que não é qualquer direito, é um direito especial porque decorre de *lex specialis*. É assim em todas as democracias constitucionais. No sistema brasileiro, as prerrogativas consistem no direito a dispor de equipe composta de oito servidores – no caso, assessores, seguranças e motoristas –, além de dois carros. Conforme demonstrado, as prerrogativas são vitalícias e não comportam exceções. A legislação não explicitou qualquer hipótese de cassação dessas prerrogativas. A Lei de Execução Penal, por exemplo, não anteviu a possibilidade de um ex-Presidente da República vir a cumprir pena privativa de liberdade, não havendo qualquer disposição sobre seu modo de execução. Ocorre que essa lacuna normativa não tem o condão de infirmar a prerrogativa. Isso porque, se o legislador especial não excepcionou as prerrogativas, não cabe ao juiz assim proceder de forma discricionária. Ao menos desde IHERING,

sabemos que toda interpretação tem uma finalidade. A Teoria do Direito do início do século XX já chamava atenção para a finalidade da lei, destacando a necessidade de se levar em conta os interesses relativos à própria aplicação do Direito. E qual o interesse do Estado e a finalidade da lei no caso sob exame? A resposta só pode ser uma: não há como deixar de assegurar as prerrogativas de um ex-Presidente da República, exatamente pela impossibilidade de se cindir a pessoa do cargo, o que fica ainda mais evidente em um sistema Presidencialista. Ademais, é importante esclarecer que o respeito às prerrogativas não prejudica, de nenhum modo, o cumprimento da pena privativa de liberdade. Afinal, há somente um ex-Presidente preso no Brasil. Portanto, considerando todo o exposto, cabe à Superintendência da Polícia Federal possibilitar que os assessores do ex-Presidente – cuja relação se funda na confiança e cujo contato é protegido pela confidencialidade, tal qual ocorre com os advogados – tenham acesso a ele para que possam exercer, regularmente, suas atividades.

É o parecer, *pro bono*.

Porto Alegre, 4 de maio de 2018.

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Lenio Luiz Streck', written over a large, stylized circular flourish.

LENIO LUIZ STRECK

Pós-doutorado em Direito Constitucional (FDUL/Portugal)
Professor Titular dos Programas de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS e da UNESA
Membro Catedrático da Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst)
Professor Emérito da Escola da Magistratura do Rio de Janeiro (EMERJ)
Advogado – OAB/RS 14.439

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'André Karam Trindade', written over a large, stylized flourish.

ANDRÉ KARAM TRINDADE

Doutor em Teoria e Filosofia do Direito (UNIROMA3/Itália)
Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da UniFG
Advogado – OAB/RS 95.122