

COMENTÁRIO À DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA AÇÃO PENAL 1.044 E SEUS DESDOBRAMENTOS

COMMENT ON THE DECISION OF THE FEDERAL SUPREME COURT IN CRIMINAL ACTION 1,044 AND ITS CONSEQUENCES

LENIO LUIZ STRECK

Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, (UFSC), em 1995. Prof. dos PPGDs da Universidade do Vale dos Sinos (UNISINOS) e da Universidade Estácio de Sá (UNESA).
Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/0806893389732831>].
ORCID: [<https://orcid.org/0000-0001-8267-7514>].
lenios@globomail.com

FÁBIO CORRÊA SOUZA DE OLIVEIRA

Prof. da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), do PPGD da Universidade Estácio de Sá (UNESA) e Diretor do PPGD do Centro Universitário Guanambi (UNIFG – Bahia). Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), em 2006.
Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/0708289449159110>].
ORCID: [<https://orcid.org/0000-0003-1694-5378>].
fabioesdeoliveira@gmail.com

DOI: [<https://doi.org/10.54415/rbccrim.v193i193.328>].

ÁREAS DO DIREITO: Constitucional; Penal

RESUMO: Comenta-se, neste estudo, a decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação Penal 1.044, bem como seus desdobramentos: a graça concedida pelo presidente da República e a sua judicialização. Defende-se a tese de que a decisão de conferir indulto é conformada pela Constituição e pela legislação ordinária, ou seja, não é livre porque estranha do Direito, podendo ser anulada pelo Judiciário.

PALAVRAS-CHAVE: Indulto – Discrecionabilidade – Liberdade de expressão.

ABSTRACT: In this article, the decision of the Federal Supreme Court in Criminal Action 1,044 is analysed, as well as its consequences: the grace granted by the president of the Republic and its judicialization. The thesis is that the decision to grant pardon is shaped by the Constitution and the ordinary legislation, that is, it is not free because it is foreign to the Law, and can be annulled by the Judiciary.

KEYWORDS: Pardon – Discretion – Freedom of expression.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Comentário à decisão do STF na Ação Penal 1.044. 3. Comentário à graça conferida pelo presidente da República. 4. Comentário à judicialização da referida graça. 5. Considerações finais. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Em um contexto no qual assombra, entre semblantes alarmados e desolados, o fantasma de um golpe de Estado, conspurcando o processo civilizatório nacional, talvez valha realçar o óbvio: este é um comentário jurídico e não um discurso político. Afastando a falácia do argumento *ad hominem*, que tanto contribui para a cacofonia, este texto está, como não poderia deixar de ser, comprometido com a autonomia do Direito. A problemática é delicada, mas não é um *hard case*, é um caso fácil. É um problema delicado porque, em função de percepções equivocadas, põe em jogo os contornos do sistema normativo, porque tensiona seu critério de identidade, a sua capacidade de diferenciação.

Evidencia-se, pois, mais uma vez, a centralidade da Teoria do Direito. É antes do conceito de Direito que se trata. E, nesta esteira, da compreensão da Constituição, do regime de direitos fundamentais, do papel institucional. É a questão da discricionariedade, ponto de corte teórico que confere o contorno da concepção de Direito que se tem. A relação entre fato, texto e norma, ou seja, a hermenêutica, com a sua *complexidade* própria, que não é incompatível com o *easy case* e com uma só resposta certa.¹

São três os assuntos aqui analisados. 1º) O direito à liberdade de expressão, inclusive no que tange à imunidade parlamentar, seus limites imanentes; nomeadamente, o *discurso de ódio* e o enquadramento penal, bem como a habilitação do Poder Judiciário para afirmar a caracterização da conduta em questão. 2º) A prerrogativa do presidente da República de conceder indulto,² a sua esfera decisória, a sua posição diante da redação legal e da facticidade, bem como frente ao Judiciário. 3º) A posição do Supremo Tribunal Federal (STF) perante a graça em pauta e o ambiente em que ocorre a judicialização a fim de saber se fatores

1. DWORKIN, 2007; STRECK, 2011; OLIVEIRA, 2010. Vale anotar que mesmo os *casos difíceis* não podem ser definidos como aqueles para os quais há duas ou mais respostas.
2. O art. 84, XII, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) enuncia que é competência privativa do presidente da República conceder indulto (coletivo e individual). O art. 5º, XLIII, da Carta faz referência exclusivamente à graça. A *Lei de Execução Penal* somente utiliza o termo *indulto* e o Código de Processo Penal emprega *graça* e *indulto*. Entende-se, pacificamente, que a *graça* é o *indulto individual*. O decreto presidencial em alusão utiliza ambas as expressões.

políticos/eleitorais/econômicos/outros podem balizar o tempo da deliberação e o seu teor.

Um deputado federal, em nome da liberdade de expressão e da proteção às suas palavras, está autorizado a dizer o que quiser? O presidente da República pode conferir indulto (coletivo ou individual, a graça) sob qualquer justificativa ou mesmo sem que tenha que apresentar qualquer explicação? Diante do arranjo constitucional, quem decide o que é *discurso de ódio* e se ele é manifestação do direito fundamental à liberdade de expressão ou se configura ilícito? O STF pode anular a graça atribuída pelo presidente da República?

2. COMENTÁRIO À DECISÃO DO STF NA AÇÃO PENAL 1.044

Em 20 de abril de 2022, ao julgar o pedido da Ação Penal 1.044,³ o STF determinou a prisão de Daniel Lúcio da Silveira, deputado federal,⁴ condenado por praticar as condutas tipificadas no art. 18 da Lei 7.170/83,⁵ considerada a continuidade normativo-típica com o art. 359-L do Código Penal (CP),⁶ isto é, a ausência de *abolitio criminis*, bem como no art. 344 também do CP,⁷ Marque-se: o art. 18 da Lei 7.170/83 (*Lei de Segurança Nacional*), revogada pela Lei 14.197/2021, previa pena menos gravosa do que a estabelecida pelo art. 359-L do CP. Assim, o STF aplicou a ultratividade benéfica (irretroatividade *in pejus*).

3. Julgamento em 20.04.2022. DJ de 23.06.2022. Relator Min. Alexandre de Moraes.

4. Filiado ao Partido Social Liberal (PSL) quando da sua eleição pelo Rio de Janeiro, em 2018, o deputado trocou de agremiação partidária por duas vezes: primeiro para o União Brasil e depois para o Partido Trabalhista Brasileiro (PTB). A seu respeito, a reportagem: [https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/02/saiba-quem-e-daniel-silveira-deputado-que-acumulou-punicoes-na-pm-e-quebrou-placa-de-marielle-franco.shtml].

5. “Art. 18. Tentar impedir, com emprego de violência ou grave ameaça, o livre exercício de qualquer dos Poderes da União ou dos Estados. Pena: reclusão, de 2 a 6 anos.”

6. “Abolição violenta do Estado Democrático de Direito Art. 359-L. Tentar, com emprego de violência ou grave ameaça, abolir o Estado Democrático de Direito, impedindo ou restringindo o exercício dos poderes constitucionais: Pena: reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, além da pena correspondente à violência.” Este dispositivo foi acrescentado ao Código Penal pela Lei 14.197/21, que revogou a *Lei de Segurança Nacional*.

7. “Art. 344. Usar de violência ou grave ameaça, com o fim de favorecer interesse próprio ou alheio, contra autoridade, parte, ou qualquer outra pessoa que funciona ou é chamada a intervir em processo judicial, policial ou administrativo, ou em juízo arbitral: Pena: reclusão, de um a quatro anos, e multa, além da pena correspondente à violência. Parágrafo único. A pena aumenta-se de 1/3 (um terço) até a metade se o processo envolver crime contra a dignidade sexual.”

Conforme relato da Procuradoria-Geral da República, Daniel Silveira, em um conjunto de vídeos por ele mesmo divulgados, investe, agressivamente e com linguajar de baixo calão, contra o STF e seus ministros, embora estes não tenham sido os únicos alvos.⁸ Imputa crimes, desqualifica, atribui característica com o intuito de desabonar, coage, ameaça, incita atos violentos contra ministros e o tribunal, conclama uma intervenção das Forças Armadas no STF, alude ao Ato Institucional 5 (AI5) para lembrar a cassação de ministros etc.

No que importa a este comentário, o STF afirmou que as manifestações do deputado não estão situadas dentro das fronteiras da liberdade de expressão, que os proferidos *discursos de ódio* não expressam o exercício de um direito e sim constituem infração à ordem jurídica.⁹ Não estão, também, protegidos pela imunidade de parlamentar.¹⁰ Assentou o Supremo que as falas do deputado atentam contra o Estado Democrático de Direito, o Poder Judiciário e ministros do STF, não possuindo aderência ao exercício do mandato. Reitere-se: o Supremo Tribunal Federal não entendeu haver conflito entre direitos, ponderação entre normas, mas sim que a conduta do deputado não é amparada pela liberdade de expressão e nem pela imunidade parlamentar.

Vale pontuar que o julgado guarda concordância com a jurisprudência do tribunal: tanto no que se refere à liberdade de expressão, à inviolabilidade do parlamentar por palavras quanto à formulação da *continuidade normativo-típica*.¹¹ Coerência e integridade, nas expressões de Dworkin.

Em trecho do voto do relator, Min. Alexandre de Moraes:

“A Constituição Federal não permite a propagação de ideias contrárias à ordem constitucional e ao Estado Democrático [...] nem tampouco a realização de manifestações nas redes sociais visando o rompimento do Estado de Direito [...]”.¹²

A pena privativa de liberdade foi fixada em 8 anos e 9 meses de reclusão, regime fechado, além de multa. O acórdão não foi unânime. O Min. Nunes Marques

8. Vídeos, transcrições das falas, reportagens podem ser facilmente encontrados na internet. Para um dos vídeos: [<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2022/04/veja-video-que-levou-daniel-silveira-a-prisao-por-criticas-ao-stf.shtml>].

9. Para uma análise acerca do *hate speech*, v. por ex., BUTLER, 2021.

10. Art. 53 da CRFB: “Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos.”

11. Respectivamente, ilustrativamente: *Habeas Corpus* 82.424; Ação Penal 1.021; Agravo de Instrumento 804.466.

12. P. 16 do voto.

absolveu o réu. E o Min. André Mendonça votou pela condenação nos termos do art. 344 do CP, exclusivamente, defendendo a pena de 2 anos e 4 meses, regime inicial aberto, e multa. Como efeitos secundários, o STF declarou a perda dos direitos políticos, determinou a perda do mandato parlamentar, embora por maioria quanto a este desdobramento.

Como se sabe, a divergência é se a perda do mandato é resultado (automático ou imediato) da decisão judicial ou se é deliberação da Casa da qual faz parte o parlamentar. A compreensão do art. 55, VI e § 2º,¹³ impõe a sua combinação com o art. 15, III,¹⁴ ambos da Constituição. Ora, efeito da condenação penal transitada em julgado é a cassação (suspensão) dos direitos políticos ao logo do tempo dos seus feitos. Logo, a cassação dos direitos políticos implica a impossibilidade de seguir titularizando mandato, uma vez que a representação eleitoral é uma espécie de direito político. A palavra *decidida* constante do art. 55, VI, § 2º, deve ser lida como *declarada*. Ou seja: cabe à Câmara dos Deputados declarar (e não decidir) a perda do mandato, conforme escreveu o relator do acórdão, Min. Alexandre de Moraes¹⁵. Conclusão decorrente também da previsão do art. 92 do Código Penal.¹⁶ Não é compatível estar com os direitos políticos suspensos e continuar a exercer o mandato, estar encarcerado e simultaneamente estar no cumprimento da função parlamentar, que envolve debate, votação, entre outras atividades. O próprio STF já se manifestou mais de uma vez pela perda do mandato em razão da cassação dos direitos políticos, da condenação em regime fechado.¹⁷

13. “Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador: [...] VI – que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado. [...] § 2º Nos casos dos incisos I, II e VI, a perda do mandato será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por voto secreto e maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa.”

14. “Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: [...] III – condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos; [...]”.

15. p. 93 do voto.

16. “Art. 92. São também efeitos da condenação: I – a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo: a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública; b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos.”

17. Ação Penal 396. Questão de ordem decidida em 26.03.2013. Em trecho: “O Tribunal, por maioria, vencido o Ministro Marco Aurélio, resolveu a questão de ordem no sentido de que, determinada a cassação dos direitos políticos, tanto a suspensão quanto a perda

A assertiva do Supremo Tribunal Federal de que a conduta de Daniel Silveira viola a Constituição, de que não está inserida entre os limites imanentes¹⁸ do direito à liberdade de expressão, de que a imunidade parlamentar é uma prerrogativa que não protege *discursos de ódio*, ataques ao Estado Democrático de Direito com o intuito de desconstruí-lo, ao STF e seus integrantes, ao Tribunal Superior Eleitoral, de sorte a prejudicar as suas funcionalidades é fática e normativamente correta. Em síntese, a lógica mundialmente difundida: não é possível utilizar da democracia contra a democracia. Os atos de Daniel Silveira não cumprem com as *condições do discurso*, conforme a teoria de Jürgen Habermas.¹⁹ Por isto não fazem parte do *agir comunicativo* e, assim, não são admitidos pelo Direito, que promove esta filtragem, que media o debate público. A *teoria do discurso* não engloba o *discurso de ódio*.

Em outra perspectiva doutrinária, a de Ronald Dworkin, os discursos de Silveira não estão de acordo com o *romance em cadeia*, em conformidade com a tradição brasileira, não traduzem o melhor entendimento do que é a liberdade de expressão, o *fórum dos princípios*. A jurisprudência do próprio STF, os textos legais, a doutrina, entre outros referenciais que convergem para a identificação do *romance brasileiro*, denotam claramente tal afirmação.

Vale ainda registrar que a Constituição – a liberdade de expressão, na hipótese –, é dialeticamente compreendida, por meio, então, de um processo complexo

do cargo são medidas decorrentes e imediatamente exeqüíveis após o trânsito em julgado da condenação criminal [...]” Já no deferimento da Medida Cautelar no Mandado de Segurança nº 32.326, o Ministro Luís Roberto Barroso averbou: “1. A Constituição prevê, como regra geral, que cabe a cada uma das Casas do Congresso Nacional, respectivamente, a decisão sobre a perda do mandato de Deputado ou Senador que sofrer condenação criminal transitada em julgado. 2. Esta regra geral, no entanto, não se aplica em caso de condenação em regime inicial fechado, que deva perdurar por tempo superior ao prazo remanescente do mandato parlamentar. Em tal situação, a perda do mandato se dá automaticamente, por força da impossibilidade jurídica e fática de seu exercício. 3. Como consequência, quando se tratar de Deputado cujo prazo de prisão em regime fechado exceda o período que falta para a conclusão de seu mandato, a perda se dá como resultado direto e inexorável da condenação, sendo a decisão da Câmara dos Deputados vinculada e declaratória.” Julgamento em 02.09.2013. A manifestação da Procuradoria-geral da República foi no mesmo viés.

18. Escreve José Carlos Vieira de Andrade: “E a diferença é importante [...] já que, se entendermos que não há conflito, a solução do problema não tem que levar em conta o direito invocado, porque ele *não existe* naquela situação”. ANDRADE, 1983, p. 217. Acerca da matéria: OLIVEIRA, 2007, p. 198 e ss.

19. HABERMAS, 2003.

de aportes, tendo por balizamento também a normatividade infraconstitucional. Isto é: o art. 344 e o art. 359-L do Código Penal definem comportamentos que não compõem a liberdade de expressão. Regra densifica princípio. Por fim, repita-se: quando o STF não trabalha o caso como sendo de ponderação, resta patente que o discurso do deputado não encontra acolhida em qualquer âmbito de projeção do direito à liberdade de expressão a partir do seu núcleo essencial.

Acerca da liberdade de expressão e da imunidade parlamentar, parece evidente que o tema foi subestimado ou superinterpretado por determinados contendores. A defesa da liberdade absoluta de expressão de um parlamentar beira ao *anarco-textualismo*.²⁰

Sobre o artigo 53, nos *Comentários à Constituição do Brasil*, Marcelo Cattoni e o primeiro destes coautores de certa forma anteciparam a insurgência interpretativa que defende a imunidade absoluta dos parlamentares. Citamos na íntegra:

“Quanto à expressão quaisquer de suas opiniões, palavras e votos, reforça o entendimento de que a imunidade material abrange as esferas penal, cível e administrativa/política. Mas isso não quer dizer que possa invocar a prerrogativa o parlamentar que tenha feito pronunciamento – dentro ou fora do parlamento – em desconexão com o exercício do mandato legislativo. Ou seja, a imunidade somente deflui de atos praticados em decorrência da função parlamentar. Imunidade não é blindagem. Seria uma contradição que, em nome da democracia e da garantia da liberdade do exercício do mandato, viéssemos a entender que o parlamentar é uma pessoa acima da lei, podendo ‘dizer qualquer coisa’ e invocar a proteção da expressão semântica ‘quaisquer de suas opiniões, palavras e votos’. Também não bastará a simples invocação de estar proferindo determinadas opiniões ‘no exercício do mandato’” (STRECK; CATTONI; NUNES, 2019, p. 1.150).

20. Expressão cunhada por Lenio Streck in [<https://www.conjur.com.br/2022-mai-19/senso-incomum-palavra-quaisquer-artigo-53-cf-cabe-qualquer-coisa>]. O *anarco-textualismo* encontra-se vinculado à ideia de paradoxo; o conceito deve ser lido como crítica às posturas interpretativas que violam o próprio texto que buscam compreender. Nesse tipo de interpretação, é como se as palavras fossem apenas veículos de conceitos. Como se não houvesse uma metáfora entre significante e significado. Achar que um texto contém toda a norma e de antemão contém todos os sentidos é algo que, analogamente, pode-se chamar de “psicopatia interpretativa”. Esta é a questão e isto é fundamental. Enquanto o voluntarismo é uma esquizofrenia (o sujeito sai atribuindo sentidos a torto e a direito), o anarco-textualismo é uma epistemo-psicopatia. Ao fim e ao cabo, abstraem-se do fato de que o texto só é na sua norma, e a norma só é em seu texto.

Eis o ponto fulcral: a tese da imunidade absoluta promove um verdadeiro ha-raquiri institucional. Trata-se de uma contradição performativa. Não posso dizer “Estou morto”. Assim como não há liberdade absoluta. Não fosse por nada, isso extingiria os crimes contra a honra, dignidade etc.

Mais: um discurso é sempre um ato de fala. Fazem-se coisas com palavras, nas palavras do precursor filósofo da linguagem John L. Austin.²¹ A título de exemplo e ao que se sabe, nenhum dos Estados da União Europeia descriminaliza esses delitos.²² Se a imunidade serve para proteger o mandato, o mandato não pode servir de ameaça à democracia. Logo, não há imunidade autodestrutiva. O mandato parlamentar não pode servir para destruir o seu suporte: a democracia parlamentar.

3. COMENTÁRIO À GRAÇA CONFERIDA PELO PRESIDENTE DA REPÚBLICA

O indulto individual dado a Daniel Silveira contém vícios de forma e de conteúdo e, por isto, merece ser anulado pelo STF.

Quanto à forma, a graça não obedeceu ao exigido pela Lei 7.210/84, que impõe a oitiva do Conselho Penitenciário para a concessão de indulto. Não houve consulta, o Conselho não emitiu parecer, em afronta ao art. 70, I, da *Lei de Execução Penal*.²³ Também não passou pelo Ministério da Justiça, conforme reza o art. 189 da mesma lei.²⁴ Mais, há um vício de iniciativa, pois o indulto individual foi concedido de ofício, sem observância do que estatui o art. 188 da *Lei de*

21. Cf. AUSTIN, 1962.

22. ZANOTELLI, 2019, p. 561.

23. “Art. 70. Incumbe ao Conselho Penitenciário: [...] I – emitir parecer sobre indulto e comutação de pena, excetuada a hipótese de pedido de indulto com base no estado de saúde do preso; [...]”. Tb. o art. 190: “O Conselho Penitenciário, à vista dos autos do processo e do prontuário, promoverá as diligências que entender necessárias e fará, em relatório, a narração do ilícito penal e dos fundamentos da sentença condenatória, a exposição dos antecedentes do condenado e do procedimento deste depois da prisão, emitindo seu parecer sobre o mérito do pedido e esclarecendo qualquer formalidade ou circunstâncias omitidas na petição.”

24. “Art. 189. 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.” Tb. o art. 191: “Processada no Ministério da Justiça com documentos e o relatório do Conselho Penitenciário, a petição será submetida a despacho do Presidente da República, a quem serão presentes os autos do processo ou a certidão de qualquer de suas peças, se ele o determinar.”

Execução Penal.²⁵ O Código de Processo Penal (CPP), no art. 734, previa que a graça podia ser concedida espontaneamente pelo presidente da República.²⁶ O CPP é de 1941, Decreto-Lei 3.689. A Lei 7.210/84 suprimiu esta possibilidade. Logo, a concessão de indulto individual de ofício não mais existe, foi revogada.

Outro problema é que o indulto foi conferido antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória: ora, o indulto, que é causa de extinção da punibilidade, pressupõe a pena, mas não havia, a rigor, (imposição de) pena ao tempo da expedição do decreto (condenação definitiva).²⁷ O acórdão que estabeleceu a condenação e fixou a pena ainda nem havia sido publicado. Isto é, foi concedido um indulto sem objeto. Vê-se, pois, que o indulto concedido pelo decreto de 21 de abril de 2022 desrespeitou, sob vários aspectos, o devido processo legal e é inválido também por incidir sobre objeto inexistente.

No que diz respeito ao seu conteúdo, é preciso asseverar, em primeiro lugar, que o presidente da República não está livre para conceder indulto por qualquer razão. Entender assim significa admitir que a decisão por indultar está situada fora do Direito, que é decisão ajurídica, sem qualquer parâmetro normativo e, consequentemente, sem possibilidade de aferição de legalidade/constitucionalidade. Uma decisão inteiramente livre, subjetiva, tomada de acordo, exclusivamente porque bastante, com a consciência do presidente.²⁸

Então, se fosse assim, teríamos que considerar cabível qualquer indulto. Por exemplo, um indulto que resolvesse beneficiar apenas homens. Ou apenas mulheres. Ou apenas homossexuais. Um indulto que previsse que apenas quem gosta do Scorpions ou do Mark Knopfler teria a sua pena extinta. Um indulto que abarcasse somente os adeptos de uma agremiação futebolística. Indulto apenas para os apoiadores do presidente ou integrantes de um ou dois determinados partidos políticos. Indulto que utilizasse como critério o batismo ou ter olhos claros. Ou ser careca ou ter cabelo em franja. Tanto faz. Qualquer motivo. Por mais

25. “Art. 188. O indulto individual poderá ser provocado por petição do condenado, por iniciativa do Ministério Público, do Conselho Penitenciário, ou da autoridade administrativa.” O indulto individual, portanto, necessita ser provocado. Na literatura: PRADO, 2019; GRECO, 2017; BITENCOURT, 2020.

26. “Art. 734. A graça poderá ser provocada por petição do condenado, de qualquer pessoa do povo, do Conselho Penitenciário, ou do Ministério Público, ressalvada, entretanto, ao Presidente da República, a faculdade de concedê-la espontaneamente.”

27. Por ex., Cezar Roberto Bitencourt: “A graça tem por objeto crimes comuns e dirige-se a um indivíduo determinado, condenado irrecorrivelmente.” Ob. cit.

28. STRECK, 2010.

absurdo que seja. Se a decisão é livre, é livre, qualquer uma, por quaisquer critérios, que estariam ao sabor do que pensa o presidente da República. É simplesmente um disparate. É a negação da Constituição, a rejeição ao Direito.

O ordenamento jurídico não confere *carta branca*. Pelo contrário. Expressamente veda indulto para alguns crimes.²⁹ É claro que a proibição explícita não significa que todo o mais é autorizado. Não leva a uma conclusão esdrúxula como *O que não está proibido expressamente está permitido*. Seria um acinte à Hermenêutica. Poderia o presidente conceder graça aos seus filhos pela razão de serem seus filhos? Poderia conceder indulto apenas a brancos? Poderia conceder indulto a todos os condenados por todos os crimes, independentemente de qualquer fator, com exceção daquelas infrações listadas pela Constituição e pela Lei 8.072/90? Não, obviamente que não.

Exemplifiquemos a lógica com outra prerrogativa presidencial: a intervenção em Estado e no Distrito Federal.³⁰ Uma das hipóteses, na redação do art. 34, III, é a intervenção para “pôr termo a grave comprometimento da ordem pública”. A pergunta: o presidente pode decretar livremente intervenção federal de acordo simplesmente com o que ele entende que é “grave comprometimento da ordem pública”? Ou “dignidade humana” (art. 34, VII, *b*) ou “integridade nacional” (art. 34, I) ou “o livre exercício de qualquer dos Poderes” (art. 34, IV)? Não há parâmetro? Não há controle? O Direito nada tem a dizer a respeito? Claro que tem, claro que há critério, claro que o Direito não renunciou a regular a razão da intervenção. O mesmo se afirma para os requisitos de *relevância* e *urgência* para a edição de medida provisória. Ora, são requisitos de validade! A correlação entre o que comumente se denomina de *conceito jurídico indeterminado* e juízo discricionário é equivocada e caiu há muito tempo, embora nem todos tenham observado.³¹

A análise dos indultos anteriores revela critérios como doença, cumprimento de parte da pena, montante da pena fixada, idade, reincidência ou não, e tipo de

29. Art. 5º, XLIII, da Constituição: “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem; [...]” A Lei 8.072/90: “Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: I – anistia, graça e indulto; [...]”

30. Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: [...] X – decretar e executar a intervenção federal; [...]

31. OLIVEIRA, 2010, p. 354-369; 2007, p. 167-173; entre outras passagens.

infração. Considera-se também como razão para indulto a má condição carcerária e, nesta linha, a superpopulação de presos.³² O Supremo Tribunal Federal já se debruçou sobre pedido de inconstitucionalidade de indulto, decidindo a maioria pela validade da medida.³³ Ou seja, foram proferidos votos pela possibilidade de controle de legalidade do indulto.

Ainda que o presidente da República disponha de uma margem considerável para configurar o indulto, estabelecer condições, hipóteses, o que indubitavelmente ele não pode fazer, seja no indulto coletivo ou no individual, é desqualificar a decisão judicial, afirmar que a conduta não é típica, não é antijurídica e não é culpável. O presidente da República, por meio do indulto, não realiza controle de legalidade da decisão judicial.

Foi isto o que aconteceu por meio do decreto de 21 de abril de 2022, assinado pelo presidente Jair Bolsonaro. Explicitamente, o decreto afirma que as condutas de Daniel Silveira estão protegidas pela liberdade de expressão, salvaguardadas pela imunidade parlamentar. E acrescenta haver uma “legítima comoção” na sociedade diante da condenação estabelecida pelo STF. Dito de outra forma: a graça foi concedida porque o presidente entendeu que o STF errou ao criminalizar as ações de Daniel Silveira.

Marque-se: a *legítima comoção*, em nada comprovada ou percebida, muito pelo contrário, é argumento de componente fático. Por respeito tão somente à teoria, indaga-se: uma comoção frente a uma condenação penal é motivo suficiente para a concessão de indulto? Uma comoção que o presidente considere legítima? Houve comoção quando o presidente Lula foi condenado à prisão? Deveria ele ter recebido a graça? Não recebeu porque o presidente de então não considerou a comoção legítima? Depende apenas dele a qualificação da comoção como legítima ou ilegítima? Se houver *legítima comoção* e o presidente se mantiver inerte, é possível judicializar e, ao cabo, levar o argumento para o mesmo órgão que sentenciou a condenação? É o nó górdio. Comoção popular é critério? *Backlash* é fundamento para indulto? Ao que se afigura, a menção constou do decreto como recurso sofista.

Por fim, ressalte-se: o presidente da República não corrige, por meio de indulto, decisão judicial, o instituto não serve para o presidente afirmar que a sentença condenatória violou a legislação. Isto é desvio de finalidade do mecanismo.

32. JAPIASSÚ; FERREIRA, 2022.

33. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5.974. Julgamento em 09.05.2019. DJ de 05.11.2020. O ato impugnado foi o Decreto 9.246/17, de Michel Temer.

A compreensão que o presidente da República possa ter sobre o que é a liberdade de expressão não prevalece sobre a posição do STF. No debate de décadas atrás entre Carl Schmitt e Hans Kelsen sobre quem é o guardião da Constituição, a resposta certa, no Brasil e alhures, é: o tribunal constitucional, ou seja, aqui, o Supremo Tribunal Federal.

4. COMENTÁRIO À JUDICIALIZAÇÃO DA REFERIDA GRAÇA

O decreto que concedeu o indulto a Daniel Silveira foi judicializado já no dia seguinte à sua publicação, impugnado por meio de quatro Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPFs): a ADPF 964, ajuizada pela Rede Sustentabilidade; a ADPF 965, proposta pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT); a ADPF 966, do Cidadania; e a ADPF 967, apresentada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL). Os fundamentos são de vício formal e de vício material. O vício formal: a graça foi concedida antes do trânsito em julgado do acórdão. Vícios materiais: violação aos princípios da impessoalidade, da moralidade e da separação de poderes. As ADPFs estão sob a relatoria da Min. Rosa Weber e os autos estão conclusos a ela desde 25.05.2022, contando com as informações do presidente da República e com as manifestações do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, que emitiu parecer pelo não conhecimento da ADPF 964 e pela improcedência dos pedidos das demais.

Duas questões são aqui objeto de comentário: 1^a) a questão de saber se o STF pode analisar o mérito do referido decreto presidencial e anulá-lo; 2^a) e a questão de saber se o STF, tendo em vista o ambiente politicamente conturbado pelo qual passa o país, bem como o impacto que a sua decisão pode ter neste cenário eleitoral, inflamando discursos e outras ações, pode levar esta facticidade em conta para decidir não decidir por ora, aguardando, pois, o fim das eleições para pautar as ADPFs.

O argumento contrário ao exame jurisdicional está fiado na alegação de que a concessão de indulto é *juízo discricionário* do presidente da República. Sendo assim, repete-se o mantra: não cabe ao Judiciário sindicá-lo, sob pena de vulnerar a separação de poderes. Perceba-se, a tese está mal construída, padece de um erro lógico. Afirmar que um juízo é discricionário é adjetivá-lo, é concluir que o juízo possui certa qualidade. Ora bem: não é possível adjetivar sem conhecer. Não se sabe, antecipadamente à análise, se o juízo é discricionário. Ele pode ser arbitrário. Alguém, alguns, muitos defendem que é arbitrário. Os partidos que propuseram as ADPFs, por exemplo.

Daí por que é imprescindível conceituar o que se chama de discricionariiedade. Ficamos com a formulação de Dworkin: juízo discricionário é *juízo de empate*. Por outros termos: juízo discricionário é aquele que se dá quando há mais de uma resposta certa, duas ou mais respostas que empatam, que são equivalentes; nenhuma supera a outra, nenhuma é a melhor resposta, pois, se assim fosse, esta, a melhor, seria a única resposta certa. Como as respostas empatam, qualquer uma pode ser adotada. Reitere-se, então: não há como dizer que o *juízo é de empate* sem apreciá-lo, o que significa investigar o mérito do ato (OLIVEIRA, 2018). Não existem respostas antes das perguntas – o que deveria ser evidente.

Portanto, o STF possui legitimidade, tem o dever de perquirir acerca da graça concedida. Como antes pontuado, a prerrogativa de conceder indulto não implica uma *carta branca* para o Chefe do Executivo conferir o perdão a quem quiser por quaisquer motivos que escolher. Realmente, parece evidente que o indulto foi atribuído em desvio de finalidade, contrariamente à impessoalidade, à moralidade, não sendo, pois, uma decisão discricionária e sim arbitrária, inconstitucional, nula. Não há óbice ao controle do mérito pelo STF: controlar o mérito é averiguar se o juízo foi tomado em conformidade ou no domínio da legalidade. Controlar o mérito não é substituir a decisão discricionária do administrador pela decisão discricionária do juiz: isto é, claro, defeso. Apenas aferindo-se a avaliação é que se poderá chegar a concluir se o juízo é discricionário ou não. Se o exame acaba por inferir que o ato é arbitrário, a anulação é devida. Do que se expôs, o STF deve analisar o decreto presidencial em comento e, verificando que contrasta com o sistema normativo, o que ocorre no caso, anulá-lo.³⁴

Daniel Silveira é ostensivo defensor do presidente Bolsonaro. Uma voz do *bolsonarismo*, na versão mais extremada. Isso por si já é apto a atrair o questionamento sobre a impessoalidade da graça. O motivo alegado corrobora a percepção e vulnera a moralidade.³⁵ Independente disso, como a graça não serve como instrumento de revisão do mérito da decisão do STF, o desvio de finalidade é manifesto.³⁶ Mesmo que a decisão do STF fosse errada, o que não é, não se poderia usar a graça para corrigi-la.³⁷

34. É neste exato sentido o parecer da lavra de Lenio Streck elaborado em pedido de consulta formulado pelo presidente da Ordem dos Advogados do Brasil e pelo presidente da Comissão de Estudos Constitucionais. O parecer pode ser encontrado em [https://www.migalhas.com.br/arquivos/2022/4/40790F20FB0F9F_ParecerLLSCFOAB.pdf]. A Comissão de Estudos Constitucionais da OAB Federal aprovou o parecer.

35. Para uma investigação a respeito: NICOLITT, LEMOS JÚNIOR, 2022.

36. “O presidente Jair Bolsonaro afirmou nesta sexta-feira, 27, que assinou o perdão ao deputado federal Daniel Silveira (PTB-RJ) para ‘dar exemplo’ ao Supremo Tribunal

O outro ponto é saber se o Supremo Tribunal Federal pode atrasar o julgamento dos pedidos formulados em suposto proveito da situação fática. Ou seja: deixar de pautar as ADPFs para evitar algum aventado rebuliço maior na dinâmica política nacional, já tão tensionada, especialmente no contexto do período eleitoral.

Não pode. O STF não pode estabelecer a sua pauta de julgamentos por conveniência e oportunidade política. A circunstância política é, por mais conflagrada que seja, por mais que se considerem reações veementes contra o julgado, irrelevante para o STF. Afirmar o contrário é comprometer negativamente a autonomia do Direito. A rigor, há argumento a favor da deliberação antes das próximas eleições, que é a (in)viabilidade da candidatura já lançada de Daniel Silveira ao Senado.³⁸

A possibilidade da deflagração de ações de oposição à decisão do STF, por mais que possam ser arquitetadas para criar factoides no intuito de influenciar as eleições ou tumultuá-las, não é critério, porque estranho ao Direito, para o Supremo Tribunal deixar de proferir julgamento. Do contrário, o sistema do Direito seria vulnerado pelo sistema da Política, quebrando, assim, a sua autonomia, derrubando o seu código de fronteira (dentro e fora), permitindo a sua colonização.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

À guisa de conclusão, parece que a pergunta que fica – para a história, porque o assunto é transcendente – é se o presidente da República poderia perdoar crimes atentatórios ao próprio regime constitucional, crimes que envolvem a própria sobrevivência da democracia, na medida em que houve também um ataque

Federal (STF).” Disponível em: [<https://www.estadao.com.br/politica/bolsonaro-diz-que-assinou-perdao-a-daniel-silveira-para-dar-exemplo-ao-stf/>].

37. Em exemplo do que se afirma: se há interesse público de frear o adensamento populacional em certa área da cidade, esta finalidade não pode ser buscada por meio de tombamento. A ferramenta própria é a limitação administrativa. Utilizar tombamento com este desiderato é incorrer em desvio de finalidade. É a relação entre meios e fins.

38. O Ministério Público Eleitoral apresentou impugnação à candidatura de Daniel Silveira ao Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro (TRE-RJ). O Colegiado do TRE, por unanimidade, suspendeu repasses do fundo partidário para a candidatura de Silveira. O TRE afirmou que o indulto não afasta os efeitos secundários da pena, isto é, a inelegibilidade de Daniel Silveira. O decreto do indulto prevê o perdão a todos os efeitos da decisão penal condenatória. V. [<https://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2022-08/tre-rj-suspende-repasses-ao-candidato-ao-senado-daniel-silveira>].

ao Supremo Tribunal Federal, que tem a função precípua de ser o intérprete último e guardião da Constituição.

É evidente 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. Em uma palavra inicial: uma autoridade não pode tudo.

Como vimos, o problema é mais grave e reside no desvio de finalidade. Isto é, trata-se de discutir a constitucionalidade do ato.

O jurista alemão Bernd Rüthers fala da conduta omissiva da doutrina jurídica na ascensão do nazismo. Outro alemão, Michael Stolleis, vai na mesma linha. Eles dizem que depois de regimes ditatoriais, os juristas têm de se olhar no espelho. O país tem de se olhar no espelho e não fazer interpretações gentis do passado (*the kinder assessment*). Isto é, nenhuma interpretação da Constituição pode ser feita de forma apolítica e ahistórica. Isso não quer dizer ideologização interpretativa, e, sim, levar em conta o que Gadamer chamou de *Wirkungsgeschichtliches Bewusstsein* (a força que os efeitos da história têm sobre nós e sobre a interpretação que fazemos).

Lendo bem o decreto e o contexto, temos que 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.

Apegar-se a 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. Simples assim. Ou extremamente complexo.

Presidentes não são reis eleitos. Há limites. Nesse sentido, é da Inglaterra 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 Johnson³⁹. O ato de *prorogation* é um procedimento político-constitucional

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

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. O ato foi fulminado pela Suprema Corte. Unanimemente.

Textos têm contextos. Isso é hermenêutico. Textos são eventos. O presidente da República não exerceu uma prerrogativa constitucional. Ele a violou. A descaracterizou. A análise sobre o ato presidencial não pode ser feita em abstrato, desconsiderando o teor do decreto. Sob o pretexto de estar exercendo a prerrogativa constitucional, o presidente da República, desconsiderando a separação de poderes, afrontou e confrontou uma decisão soberana do Supremo Tribunal e subscreveu as ofensas, os ataques e as ameaças sofridas pela Suprema Corte.

Numa palavra final. Indulto coletivo e graça servem, nas democracias, para resolver problemas. Não para os causar! Devem ser manejados a favor dos direitos fundamentais. E não contra. No âmbito da separação de poderes e não contra, em um *ativismo presidencial*, em desvio de finalidade.

6. REFERÊNCIAS

- AUSTIN, John L. *How to do things with words*. Oxford: Clarendon Press, 1962.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. v. 1.
- BUTLER, Judith. *Discurso de ódio: uma política do performativo*. Trad. Roberta Fabbri Viscardi. São Paulo: UNESP, 2021.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Ferreira Gilmar; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; LEONCY, Léo Ferreira (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 19. ed. Niterói: Impetus, 2017.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 2.
- JAPIASSÚ, Carlos Eduardo; FERREIRA, Ana Lúcia Tavares. Direitos fundamentais e privação de liberdade: o indulto presidencial como instrumento de controle da superpopulação carcerária no Estado Democrático de Direito. *Juris Poiesis*, Revista do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade Estácio de Sá, Dossiê em homenagem a Paulo Bonavides (Org. Fábio Corrêa Souza de Oliveira e Fernanda Duarte), p. 297-319, 2022.

- NICOLITT, André; LEMOS JÚNIOR, Antônio Souza. *A graça concedida ao deputado Daniel Silveira e a moralidade como critério de validade do ato presidencial: uma análise a partir do Positivismo* (Inclusivo). In: Coleção justiça criminal (Coord. CRUZ, Rogério Schietti; BEDÊ JÚNIOR, Américo; DEZEM, Guilherme Madeira), v. 1. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, p. 55-63, 2022.
- OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. Discricionariedade: juízo de empate. *Revista Sequência*, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, n. 79, p. 45-62, 2018.
- OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Morte e vida da Constituição Dirigente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Por uma teoria dos princípios: o princípio constitucional da razoabilidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro: parte geral e parte especial*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- STRECK, Lenio. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- STRECK, Lenio. *Parecer a pedido da Ordem dos Advogados do Brasil* (Federal) sobre o indulto concedido pelo decreto presidencial s/n de 21 de abril de 2022. Disponível em [https://www.migalhas.com.br/arquivos/2022/4/40790F20FB0F9F_ParecerLLSCFOAB.pdf].
- STRECK, Lenio. *Verdade e consenso*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- STRECK, Lenio; CATTONI, Marcelo; NUNES, Dierle. Comentário ao art. 53. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Ferreira Gilmar; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; LEONCY, Léo Ferreira (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, p. 1.146-1.155, 2018.
- ZANOTELLI, Maurício. Contributo para uma teoria da imunidade parlamentar democrática. Tese, Doutorado, Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra. Coimbra, 2019.



PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREAS DO DIREITO: Constitucional; Penal

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A intrincada construção normativa dos decretos de indulto no Brasil (1984-2019), de Carolina Cutrupi Ferreira e Carolina Costa Ferreira – *RBCCrim* 172/19-58;
- Indulto: limites constitucionais e sindicabilidade judicial, de João Pedro Accioly – *RBCCrim* 174/19-40; e
- Limites constitucionais à anistia, à graça e ao indulto, de José Miguel Garcia Medina – *Boletim Revista dos Tribunais Online* 27.

Veja também Jurisprudência relacionada ao tema

- STF, APn 1.044, j. 20.04.2022, *DJe* 23.06.2022.