

O Supremo Tribunal Federal pode anular o Decreto do Presidente que concedeu o perdão ao Deputado Daniel Silveira?

“A moral é o cerne da pátria. A corrupção é o cupim da República. República, suja pela corrupção impune, é tomada nas mãos de demagogos que a pretexto de salvá-la a tiranizam.”¹

Ulisses Guimarães

No dia 20 de abril, o Supremo Tribunal Federal condenou o Deputado Federal Daniel Silveira no âmbito da Ação Penal 1.044. A condenação restou estabelecida nos seguintes termos:

“a oito anos e nove meses de reclusão, em regime inicial fechado, pelos crimes de incitação à abolição violenta do Estado Democrático de Direito (artigo 23, inciso IV, combinado com o artigo 18 da Lei 7.170/1983) e coação no curso do processo (artigo 344 do Código Penal). Entre os efeitos da condenação, determinou a suspensão dos direitos políticos e a perda do mandato parlamentar. A condenação abrange, ainda, 35 dias-multa no valor de cinco salários mínimos, corrigidos monetariamente na data do pagamento (R\$ 212 mil, em valores atuais).”²

Em 21 de abril, o Presidente Jair Bolsonaro concedeu o perdão ao réu, por intermédio do decreto de indulto individual, ou graça. Graça é um benefício individual e indulto é coletivo. O decreto foi publicado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Vejamos alguns detalhes importantes e controvertidos:

1) O Decreto poderia ser exarado antes da sentença penal condenatória transitar em julgado?

Entendemos que sim.

Considerando que a decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal não poderia mais sofrer nenhuma alteração em sua substância, visto que, o único recurso de caráter infringente cabível em face de uma decisão do pleno seria embargos infringentes, mas o Regimento interno do Supremo

¹ Discurso por ocasião da promulgação da Constituição de 1988. O texto transcrito no site do Senado está assim: “A moral é o cerne da pátria. A corrupção é o cupim da República. República suja pela corrupção impune **tomana nas mão** de demagogos que a pretexto de salvá-la a tiranizam.” (grifo nosso). A bem de tornar o texto mais compreensível, fizemos a correção ajustando para “é tomada nas mãos” e incluímos as vírgulas. Respeitando o contexto da fala. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/radio/programas/277285-integra-do-discurso-presidente-da-assembleia-nacional-constituente-dr-ulysses-guimaraes-10-23/>

² <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=485660&ori=1>

Tribunal Federal estabelece que o recurso só pode ser interposto, caso a decisão tenha contado com quatro votos divergentes³. Houve apenas um voto divergente, do Ministro Kássio Nunes.

Afora os embargos de divergência, só é possível opor embargos de declaração. Que, como sabemos, não possuem caráter infringente.

Por que isso importa? Porque o Decreto não retira a condição de condenado do réu, mas sim, perdoa a sua pena. Se a pena não poderia mais ser modificada, sob um ponto de vista pragmático, não haveria motivos para aguardar o trânsito em julgado.

É nesse sentido também o entendimento da doutrina:

2. *Voltamos, agora, para alguns aspectos sobre a incidência da graça ou do indulto. Pressupõem sentença condenatória irrecorrível, podendo, entretanto, ser concedidos sem o trânsito em julgado da sentença, como ocorre quando só a defesa pleiteia reforma. Entendem alguns que, afora essas hipóteses, podem ser concedidos antes da condenação definitiva.*

(...) Doutrinariamente, entretanto, o entendimento pende para a possibilidade de o indulto ou a graça incidirem, apenas, em havendo o trânsito em julgado da sentença, ou a impossibilidade de reformá-la para pior.⁴ (grifo nosso)

Assim, o primeiro ponto de divergência foi enfrentado.

2) O Presidente pode interferir diretamente em uma decisão do Supremo Tribunal Federal dessa forma?

O art. 84, inc. XII, da Constituição,⁵ e o art. 734, do Código de Processo Penal Brasileiro⁶, assegura ao Presidente da República a prerrogativa de conceder indulto e comutar penas. A decisão do Chefe do Poder Executivo é discricionária. O mérito da escolha das motivações é de caráter personalíssimo. Não são um objeto sindicável pelo Poder Judiciário em razão da separação dos Poderes.

A decisão do Presidente está precisamente dentro do escopo de competência do Chefe do Poder Executivo. Ele foi eleito para tomar decisões como essa. Trata-se de um ato político por excelência. Ele atua como Chefe de Estado personificando a figura do próprio Estado brasileiro. A decisão não se dá como ato administrativo de Chefia de Governo, qualificado em vinculado e discricionário. A decisão de Chefe de Estado possui um caráter *sui generis*, quase como se a conduta

³³ Art. 333. Cabem embargos infringentes à decisão não unânime do Plenário ou da Turma. i – que julgar procedente a ação penal; (...) Parágrafo único. O cabimento dos embargos, em decisão do Plenário, depende da existência, no mínimo, de quatro votos divergentes, salvo nos casos de julgamento criminal em sessão secreta.

⁴ SOUZA, Jarbas Fidelis. Breves Considerações sobre graça, indulto e redução de penas. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181478/000403563.pdf?sequence=3&isAllowed=y>>

⁵ Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: (...) XII - conceder indulto e comutar penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei;

⁶ 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.

remontasse à irresponsabilidade do Rei, em tempos idos. Destacamos o “quase”, pois, o Estado Democrático de Direito não permite ações, sejam quais forem e de quem for, que violem o império das leis.

O tema acerca da sindicabilidade do ato político do Chefe do Poder Executivo Federal já foi debatido pelo Supremo Tribunal Federal no bojo da ADI 5874, na qual os Ministros já estabeleceram limites para a atuação da Corte em face de atos políticos desse jaez:

“O ato político é de amplíssima discricionariedade e, portanto, imune ao controle jurisdicional. A impugnação judicial do ato só está autorizada se estiver presente clara ofensa às regras constitucionais, o que não ficou demonstrado na espécie. Não há base constitucional para qualquer intervenção do Poder Judiciário que direta, ou indiretamente, importe juízo de mérito sobre a ocorrência ou não de conveniência ou oportunidade porque o único juiz constitucional dessa matéria é o Presidente da República” (Ministro Ricardo Lewandowski)

“O tribunal não pode fixar requisitos, haja vista que, ao Poder Judiciário, também se impõe o império da Constituição Federal. Se o Supremo fixar condições para o decreto analisado, estará fixando, também, para todos os subsequentes e, portanto, estará legislando”. (Ministro Alexandre de Moraes)

Importante destacar que o instituto do indulto ou graça, advém da Antiguidade e sempre teve como objetivo corrigir falhas e ilegalidades praticadas pelo Poder Judiciário. Por óbvio, em respeito ao Estado Democrático de Direito, discricionariedade não se confunde com arbitrariedade e os fundamentos da decisão precisam estar de acordo com a finalidade do instituto e com o texto constitucional.

3) O Supremo Tribunal Federal pode anular o Decreto?

Há duas respostas doutrinariamente defensáveis.

a) O STF não pode anular o Decreto.

O instituto da graça não possui balizas legais ou constitucionalmente estabelecidas que limitem o seu manejo por parte do Chefe do Poder Executivo Federal. A interpretação de que o uso da medida foi desviado de sua finalidade é uma argumentação legítima, mas que não ab-roga a prerrogativa presidencial.

O uso desviante do instituto não é novidade. Donald Trump se valeu da prerrogativa de conceder a clemência para perdoar o Steve Bannon, seu ex-assessor, preso por desviar dinheiro de uma

campanha de arrecadação de fundos para a construção de um muro na fronteira entre os EUA e o México.⁷

O Decreto é uma decisão essencialmente política, como já dito anteriormente, insindicável por parte da Corte.

b) O STF pode anular o Decreto.

O Decreto de graça é um Decreto primário, que decorre diretamente do texto Constitucional, logo é passível de controle de constitucionalidade. Já escrevemos a respeito dessa questão quando tratamos sobre o Decreto de Intervenção no Rio de Janeiro.⁸

A decisão do Chefe do Poder Executivo fere o texto constitucional ao valer-se de sua prerrogativa para violar a separação dos Poderes, usurpando a competência do Poder Judiciário e produzindo um novo julgamento do réu.

Vejamos:

Considerando que a liberdade de expressão é pilar essencial da sociedade em todas as suas manifestações;

Considerando que a concessão de indulto individual é medida constitucional discricionária excepcional destinada à manutenção do mecanismo tradicional de freios e contrapesos na tripartição de poderes;

Considerando que a concessão de indulto individual decorre de juízo íntegro baseado necessariamente nas hipóteses legais, políticas e moralmente cabíveis;

Considerando que ao Presidente da República foi confiada democraticamente a missão de zelar pelo interesse público; e

Considerando que a sociedade encontra-se em legítima comoção, em vista da condenação de parlamentar resguardado pela inviolabilidade de opinião deferida pela Constituição, que somente fez uso de sua liberdade de expressão;

Não cabe ao Presidente da República julgar. Essa é uma competência própria do Poder Judiciário. A fundamentação das razões do Decreto demonstra uma clara usurpação de uma atribuição específica do Supremo Tribunal Federal. O sistema de freios e contrapesos não permite que um Poder interfira indevidamente no exercício da função que é própria de outro Poder.

Os argumentos trazidos no Decreto são pautados no atendimento a um apelo populista que não é, nem deve ser, paradigma para a aplicação do Direito.

⁷ <https://www.dw.com/pt-br/trump-perdoa-steve-bannon-e-outros-aliados/a-56282531>

⁸ <https://www.conjur.com.br/2018-fev-20/adriana-cecilio-intervencao-rio-passivel-controle-adi>

O que o Presidente fez ao promulgar o Decreto foi se arvorar a, em termos, revogar o julgamento proferido pelos Ministros da Corte Suprema do país, fundamentado legal e constitucionalmente, com base em um pseudo-entendimento de que a decisão foi injusta. Descabe ao Presidente se substituir ao Poder Judiciário.

Dizer que a liberdade de expressão é pilar da democracia é uma verdade, mas que não se presta a justificar o perdão da conduta do réu. De forma exaustiva restou demonstrado ao longo do julgamento que os atos por ele praticados não estão cobertos sob o manto do referido direito fundamental, mas sim que se configuram crimes por atentar contra a manutenção do Estado Democrático de Direito e à honra dos membros da Corte.

O Deputado possui imunidade parlamentar para defender suas opiniões, posicionamentos e veicular críticas, algo absolutamente natural e imanente ao Estado Democrático de Direito. Ocorre que, não existem direitos absolutos. Todo direito encontra limitação, imperiosamente, quando o abuso enseja a prática de crimes. É o que ficou configurado através do remansoso cabedal de provas colimadas nos autos da Ação Penal 1.044.

O Decreto de concessão de graça serve para corrigir irregularidades produzindo justiça, não o contrário, produzir irregularidades prestigiando condutas ilícitas.

4) Como o Decreto poderia ser anulado?

a) Através do Supremo Tribunal Federal.

Entendemos que seria cabível um Mandado de Segurança impetrado em face do Presidente da República, pela Procuradoria-Geral da República ou através do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Considerando o caráter institucional do Ministério Público como *custus legis*, ou seja, fiscal da lei, cabe ao órgão zelar pela manutenção do Estado Democrático de Direito e o respeito às instituições.⁹ E a OAB, possui tal prerrogativa nos termos do art. 133 da Constituição Federal.

Ainda, é defensável o manejo de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental por parte dos Partidos políticos, considerando a possibilidade do uso da ação para tratar sobre atos de efeitos concretos.

Como o Decreto claramente viola a separação dos Poderes, usurpando a competência do Supremo Tribunal Federal, há uma violação a direito líquido e certo, praticada por um agente público configurada por abuso de poder na modalidade desvio de finalidade. Cabendo para tanto, tão somente, esclarecer o notório interesse por parte do Chefe do Poder Executivo em cancelar as condutas praticadas pelo parlamentar, pois, o próprio Presidente também já realizou discursos propalando as

⁹ Constituição Federal, art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, **incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático** e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. (grifo nosso)

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: (...) II – zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

mesmas ideias ofensivas ao Supremo Tribunal Federal, aos Ministros e ao Estado Democrático de Direito, reiteradas vezes.

Destacamos os discursos proferidos pelo Presidente nos desfiles de 07 de setembro de 2021, tanto em Brasília como em São Paulo, nos quais Jair Bolsonaro mencionou diretamente o Ministro Alexandre de Moraes, ameaçando-lhe e incitou a população contra as decisões do Supremo Tribunal Federal e o Tribunal Superior Eleitoral, colocando, portanto, as instituições em cheque. Vejamos *in verbis*:

“dizer a esse indivíduo que ele tem tempo ainda para se redimir. Tem tempo ainda para arquivar seus inquéritos. Ou melhor, acabou o tempo dele. Sai, Alexandre de Moraes. Deixa de ser canalha...” (grifo nosso); *“qualquer decisão do senhor Alexandre de Moraes, esse presidente não mais cumprirá. A paciência do nosso povo já se esgotou”*... (grifo nosso)

*“Não podemos admitir que uma pessoa na Praça dos Três Poderes quer fazer valer a sua vontade. Querer inventar inquéritos. **Queres suprimir a liberdade da expressão. Querer continuar prendendo pessoas honestas por um simples... Por uma acusação de crime de opinião.** Queremos a paz, o diálogo e a prosperidade, mas não podemos mais admitir que pessoas que agem dessa maneira continue no poder exercendo cargos importantes....”*

Aqui, o Presidente advoga em nome do Deputado Daniel Silveira. Demonstrando de forma cabal seu interesse pessoal na defesa do parlamentar. Fato que desmente a justificativa pautada em uma suposta defesa voltada à manutenção da democracia, como veiculado no Decreto.

Não temos qualquer críticas a instituições, respeitamos todas as instituições. Quando alguém do poder Executivo começa a falhar eu converso com ele. Se ele não se enquadra, eu demito. No Legislativo, não é diferente. Quando um deputado ou senador começa a fazer algo que incomoda a todos nós, que está fora das 4 linhas, geralmente ele é submetido ao Conselho de Ética e pode perder o seu mandato....

*Já no nosso Supremo Tribunal Federal infelizmente isso não acontece. Temos um ministro do Supremo que ousa continuar fazendo aquilo que nós não admitimos. Logo um ministro que deveria zelar pela nossa liberdade, pela democracia, pela Constituição faz exatamente o contrário. **Ou esse ministro se enquadra ou ele pede para sair....*** (grifo nosso)

Os dois discursos foram permeados por ameaças tanto aos membros da Corte, quanto às instituições. É patente o interesse do Presidente em defender e aprovar condutas que por ele mesmo foram perpetradas.

b) Através do Congresso Nacional.

O Congresso Nacional tem a função de controlar e fiscalizar os atos do Poder Executivo, nos termos do art. 49, inc. X - **fiscalizar e controlar**, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta; (grifo nosso).

Importante dizer que o Decreto não está regulamentando nada, tampouco a atribuição de conceder indulto se trata de uma delegação legislativa. A competência decorre diretamente do texto constitucional, logo, não se subsume ao que dispõe o art. 49, inc. V - *sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa*.

Ao Congresso, compete fiscalizar e controlar as funções do Chefe do Poder Executivo com vistas a evitar justamente que as decisões do Executivo violem o texto constitucional. A Constituição classifica como crime a interferência do Presidente da República no exercício dos demais Poderes: Art. 85. *São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra: (...) II - o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação;*

A situação é tão escandalosa e grave que se fosse praticada por um Governador, caberia um Representação Interventiva, pautada no art. 34, inc. VI, da Constituição Federal.¹⁰

É notório e ululante, conforme explicitado anteriormente, que o Presidente se valeu de sua prerrogativa para socorrer o parlamentar com vistas a se fortalecer politicamente e chancelar a prática de atos inconstitucionais e ilegais, que o próprio Chefe do Poder Executivo também pratica. A conduta, portanto, revela-se um ato comparável à advocacia administrativa.¹¹

É certo que o Presidente da República não se enquadra como funcionário público, mas sim como agente político. As regras aplicáveis a ele são distintas e a responsabilidade por seus atos só pode ser cobrada nos limites estabelecidos na Constituição e nas leis.

É o que explica Hely Lopes Meirelles:

“Os agentes políticos exercem funções governamentais, judiciais e quase-judiciais, elaboram normas legais, conduzem negócios públicos, decidem e atuam com independência nos assuntos de sua competência. São autoridades públicas supremas do Governo e da Administração na área de sua de atuação, pois não estão hierarquizadas, sujeitando-se apenas aos graus e limites constitucionais e legais de jurisdição. Em doutrina, os agentes políticos têm plena liberdade funcional, equiparável à independência dos juízes em seus julgamentos, e, para tanto, ficam a salvo de responsabilização civil por seus eventuais erros de atuação, a menos que tenham agido com culpa grosseira, má-fé ou abuso de poder”¹²

O abuso de poder na qualidade de desvio de finalidade, bem como o crime de responsabilidade estão plenamente configurados. O Congresso Nacional não deve se silenciar diante de mais um ato temerário praticado pelo Presidente da República.

¹⁰ Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: (...) VI - prover a execução de lei federal, ordem ou decisão judicial;

¹¹ Código Penal, art. 321: É patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a administração pública, valendo-se da qualidade de funcionário público.

¹² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, pag. 77.

É essencial lembrar a consequência de permitir o arbítrio. Se um Poder se degenera ao ponto de não encontrar limites, desse contexto germina a tirania. Malferindo a separação do Poderes, revoga-se tacitamente o texto constitucional de forma sub-repitição. Se o Congresso permitir o abuso em face do Poder Judiciário, não poderá reclamar quando a competência da Casa também for aviltada pelo Chefe do Poder Executivo Federal.

No dizer de Montesquieu, *o poder vai até onde encontra limites*. Se o Congresso Nacional não impuser esse limite agora, adiante será alvo da mesma atuação autoritária e desviante praticada pelo Presidente da República neste momento.

5) A pergunta se coloca é, se instado, o Supremo Tribunal Federal deve anular o Decreto?

Nesse ponto saímos da seara teórica e adentramos no campo político.

A postura do Chefe do Poder Executivo colocou a harmonia entre os Poderes em um grave risco.

A Corte pode, como já demonstrado, decidir no âmbito de uma ação que possa vir a ser encaminhada ao Supremo no sentido de anular o Decreto. Mas qual será o custo que o povo brasileiro poderá pagar em razão dessa quebra de braço entre os dois Poderes?

O Presidente ganha politicamente junto ao seu eleitorado com a adoção da medida, pois o seu discurso é carregado de um teor populista, como um salvador que está corrigindo uma grave injustiça. Se o STF o desautorizar, é tudo que ele precisa para se colocar como alguém que é vítima de um sistema injusto. O sistema que ele tanto critica. A consequência da decisão o fortalecerá absurdamente e poderá ensejar uma narrativa no sentido de pregar a necessidade de contenção de um Poder que, supostamente, estaria violando as prerrogativas de outro. (Quando é precisamente o contrário que está acontecendo!)

É incomensurável o risco de ruptura institucional que essa situação encerra. O que fazer diante de um cenário tão grave? Qual o caminho menos danoso? Essa é a pergunta que se coloca.

O Supremo mantém hígida a sua competência para condenar quem viola o art. 359-L, do Código Penal.¹³ Quem ameaçar as instituições deverá e será punido. O Presidente não cancelou a decisão do STF, apenas retirou parcialmente a sua eficácia isentando o condenado de cumprir a pena.

O indulto somente perdoa a pena, mas não cancela os seus efeitos. Nos termos da Súmula 631 do Superior Tribunal de Justiça: ***“O indulto extingue os efeitos primários da condenação (pretensão executória), mas não atinge os efeitos secundários, penais ou extrapenais.”*** Em relação ao parlamentar, ficam mantidas a inelegibilidade, a suspensão dos direitos políticos, o status de reincidente, caso venha a praticar novamente condutas dessa monta e os demais efeitos civis da condenação.

Fica para o Presidente a pecha de defender um condenado que atentou contra o Estado Democrático de Direito. O Supremo Tribunal Federal, sabiamente, não deve oferecer subsídios para que o Presidente fortaleça o discurso demagógico, posicionando-se como um caudilho, o salvador de

¹³ **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.

uma “pátria em perigo”. Um perigo que ele cria e que fomenta diuturnamente com vistas a instituir um estado de exceção.

Uma movimentação do STF no sentido de anular o Decreto estaria para apagar um incêndio com gasolina. Seria uma legítima vitória de pirro. Os danos seriam infinitamente maiores do que os benefícios. O Presidente se alimenta do conflito. Ele depende desses enfrentamentos para prosperar politicamente, escondendo os erros e os escândalos de corrupção que permeiam o seu governo. O Decreto é uma provocação. Nesse ponto nevrálgico da história do País, não podemos nos dar ao luxo de cair em armadilhas tão claras como essa.

O caminho constitucionalmente mais seguro e legítimo para sanar o problema seria um Decreto Legislativo partindo do Congresso Nacional. É necessário dizer que aqui estamos fazendo o papel da Academia, no dizer de Lênio Streck, “produzindo constrangimento epistêmico”. Mas temos a visão pragmática de que, considerando a configuração atual das Casas, pouco podemos esperar de efetivo nesse sentido. Se fosse possível acreditar em uma atitude firme em prol da defesa da democracia, por parte do Congresso, já teria ocorrido o impeachment do Presidente. Infelizmente a realidade nos retira as esperanças. É deveras desalentador!

Então o que nos resta?

Resistir democraticamente. Repelir e repudiar condutas autoritárias. Posicionar-nos academicamente contra esse tipo de ataque à democracia. Buscar conscientizar as pessoas acerca do que está acontecendo na seara política e sobre os riscos que estamos enfrentando. E com paciência, confiança e perseverança democrática, compreender que, por vezes, a democracia impõe algumas derrotas difíceis, mas que precisam ser suportadas a bem da manutenção da própria democracia.¹⁴

Mais do que nunca, parafraseando Ulisses Guimarães, esperamos as eleições *como o vigia espera a aurora*. A única saída real para a manutenção da democracia no Brasil é a substituição do Chefe do Poder Executivo Federal por alguém que respeite o texto constitucional, o cargo que ocupa, as instituições e o povo brasileiro. Os problemas da democracia se corrigem com mais democracia. O repúdio a essas condutas de viés autoritário precisa vir das urnas.

Adriana Cecilio

Professora de Direito Constitucional

Especialista em Direito Constitucional.

Mestra em Direito.

Advogada.

Fundadora do Grupo de Estudos Democratismo.

¹⁴ Muitos colegas estão se movimentando para questionar judicialmente o Decreto e a minha opinião pode soar como um conformismo inadequado, visto que, há prejuízo também caso o Presidente sinta que pode afrontar outro Poder impunemente. De toda sorte, entendo que o risco à manutenção da democracia está mais intensamente demonstrado se o STF entrar nessa quebra de braço.

