

PARECER

Referência: Indicações n^{os} 63 e 68, ambas de 2023, referentes ao PLS n^o 5064/2023, de autoria do Senador Hamilton Mourão (Republicanos/RS), que concede anistia indistinta a todos os envolvidos no levante golpista de 8 de janeiro de 2023, excetuados crimes específicos.

Palavras-chaves: Direito Constitucional, Direito Penal e Criminologia. Tentativa de Abolição do Estado Democrático de Direito. Tentativa de Golpe de Estado. Anistia, graça e indulto. Investigações e processos ainda em curso. Ausência de conveniência política. Inobservância da boa técnica jurídica.

Senhor Presidente,

Atendendo designação da Presidenta da Comissão de Criminologia, Dr^a. Marcia Dinis, o Parecer tem por finalidade emitir opinião acerca do Projeto de Lei n^o 5.064/2023 do Senado Federal, conforme Indicações cuja pertinência foi reconhecida pelo Plenário deste Instituto dos Advogados Brasileiros, da lavra, respectivamente, dos associados Dr^a. Marcia Dinis, Diretora de Biblioteca e Presidente da Comissão de Criminologia e Dr. Sergio Luiz Pinheiro Sant'Anna, Vice-Presidente da Comissão do Direito da Integração e membro do seu Conselho Superior.

De autoria do Senador Hamilton Mourão (Republicanos/RS), o projeto propõe concessão de anistia a “todos aqueles que tenham sido ou venham a ser acusados ou condenados pelos crimes definidos nos artigos 359-L e 359-M do Código Penal, em razão das manifestações ocorridas na Praça dos Três Poderes, em Brasília, no dia 8 de janeiro de 2023”. A pretensão é de uma anistia indistinta, ressalvadas apenas “acusações e condenações pelos crimes de dano qualificado, deterioração de patrimônio tombado e associação criminosa”.

A justificativa do Senador proponente reconhece o “nítido caráter antidemocrático do movimento”, pontuando, todavia, aspectos sugestivos da anistia, a saber, resumidamente: i) dificuldade de individualização das condutas; ii) virtualidade das sessões de julgamento no Supremo Tribunal Federal, com violação de prerrogativas defensivas e iii) desproporcionalidade das penas impostas no âmbito das condenações.

A anistia é um instrumento de política criminal importantíssimo e indispensável a um país com níveis de encarceramento espantosos como o Brasil. Haver 832 mil presos¹, a uma taxa de 409,83/100.000 habitantes², terceira maior do mundo³, é prova incontestável de que, sozinho, o Poder Judiciário não consegue exercer controle racional e democrático do poder punitivo.

¹ Anuário Brasileiro de Segurança Pública / Fórum Brasileiro de Segurança Pública. – 1 (2006)- . – São Paulo: FBSP, 2023.

² Considerando a população aferida pelo Censo 2022: 203.080.756 habitantes. Disponível em: <https://censo2022.ibge.gov.br/panorama/>, acesso em 27/02/2024, 14:20.

³ Conforme dados da Birkbeck, University of London, o Brasil está atrás, em números absolutos, apenas de Estados Unidos (1.767.200 encarcerados) e China (1.690.000 encarcerados). Entre as 10 maiores populações carcerárias do mundo, o Brasil também é a terceira em proporção de encarcerados por população. Disponível em: https://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison-population-total?field_region_taxonomy_tid=All, acesso em 27/02/2024, 14:30.

Anistia, graça e indulto, expressamente previstos no texto constitucional (arts. 21, inc. XVII, art. 48, inc. VIII, e 84, inc. XII) e na lei de execução penal (arts. 187 a 193), oportunizam que o Poder Executivo e o Poder Legislativo exerçam protagonismo sobre a imposição e execução das penas, reduzindo o alcance do sistema de justiça criminal por razões humanitárias, lógicas ou mesmo de conveniência política.

No clássico sistema tripartite, reverenciado por nós desde a primeira Constituição Republicana (1891), a tipificação de condutas, julgamentos e execuções de penas são atividades estanques, atribuíveis, respectivamente, ao Legislativo, Judiciário e Executivo. Esse estanqueamento, contudo, não impediu as previsões contidas nos artigos referidos, a prestigiar um exercício anômalo de funções.

Dessa forma, a anistia pode ser concedida pelo Congresso Nacional, mediante sanção presidencial, e o indulto e a graça podem ser concedidos pela Presidência da República, em cujas circunstâncias poderes sem interferência usual e ativa na modulação concreta de reprimendas penais poderão fazê-lo, afetando decisões da alçada original do Poder Judiciário.

Dizer-se exercício “anômalo” de funções não é em si um problema. A teoria do direito constitucional e administrativo está repleta de exemplos semelhantes: em que um Poder acaba exercendo funções inerentes a outro, sem que isso perturbe o modelo tripartite. Fiquemos nos exemplos singelos dos julgamentos realizados no âmbito de Casas Parlamentares e nas resoluções normativas dos Tribunais Eleitorais.

Esse atravessamento normatizado entre os Poderes da República nos conduziu até aqui sem tropeços ou atropelos. A rigor, quando o regime democrático foi substituído pela hipertrofia do Poder Executivo, notadamente entre 1964 e 1985⁴, antecedeu-lhe o uso arbitrário da força e a desorganização da Caserna, com militares imiscuindo-se em funções de governo que jamais poderiam lhes caber.

Legislar comedidamente e sob circunstâncias específicas e/ou julgar pessoas em desenhos institucionais igualmente específicos nunca agigantaram um poder da República em detrimento de outro. Repita-se: o agigantamento histórico e episódico que nos acometeu, de tristíssima memória, teve em seu pré-curso mobilização de militares antipatrióticos, ilegalistas e empresários iludidos por soluções autoritárias.

No regime democrático, essas interferências mútuas, desde que jamais precedidas pelo uso da força, oxigenam a institucionalidade e legitimam o próprio sistema de justiça. O indulto, a graça e a anistia são hipóteses constitucionais e legais de interferências, com efeitos que poderão mesmo se sobrepor às decisões do Poder Judiciário. São institutos que facultam um controle exclusivamente político de acórdãos e sentenças criminais condenatórias e/ou imputações dos órgãos de persecução.

⁴ Embora desde o AI-1, de 9 de abril de 1964, o regime buscasse ampliar os poderes do Executivo, na medida em que esvaziava o Legislativo, houve momentos especialmente críticos. Em outubro de 1966, o presidente Castelo Branco decretou recesso do Congresso por um mês, antes de reconvocá-lo para aprovar a Constituição de 1967. Sobreveio novo fechamento em 13 de dezembro de 1968, quando, em resposta à votação da véspera, que não permitira a abertura de inquérito no âmbito do STF contra o parlamentar Márcio Moreira Alves (MDB – Guanabara), o governo Costa e Silva baixou o AI-5. Por fim, em 1977, no episódio do chamado Pacote de Abril, o Congresso também foi fechado no mandato de Ernesto Geisel, que não conseguira a maioria de dois terços necessários para aprovar emendas constitucionais. FAUSTO, Boris. História do Brasil, 12^a ed., São Paulo, Editora da Universidade de São Paulo, 2006, pp. 466–477.

Não é necessário perturbar o leitor com a origem histórica dos três institutos e sua presença ostensiva no arcabouço jurídico brasileiro, convindo, entretanto, expor as diferenças pertinentes a cada um.

A anistia, ato de competência do Congresso Nacional (art. 21, XVII, e 48, VIII, CF), é considerada o esquecimento jurídico do delito e refere-se a fatos (e não a pessoas)⁵. Em geral, é concedida anistia a crimes com conotação política, militares ou eleitorais, o que pode acontecer anteriormente ou posteriormente à condenação, gerando amplas consequências sobre os efeitos penais (incluindo-se aí o pressuposto de reincidência)⁶. Assim como o indulto, a graça é ato privativo do Presidente da República (art. 84, XII, CP) diferenciando-se daquele pelo alcance: enquanto o indulto apresenta caráter coletivo, a graça é individual⁷. Graça e indulto se diferenciam da anistia também por referirem-se a pessoas (e não fatos). A doutrina observa que, de fato, a Constituição vigente não menciona diretamente a graça, que, desse modo é tratada como indulto individual⁸.

Em comum, têm-se aqui instrumentos potentes de desencarceramento, acionados pelos Poderes Executivo, no caso do indulto, e Legislativo, no caso da anistia, sem as premissas do livre convencimento motivado – metodologia inegociável de qualquer decisão judicial (art. 93, inc. IX, CR/88). A vedação constitucional presente no artigo 5º, inc. XLIII não alcança os crimes tratados pelo projeto de lei.

⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal, v. 2, 17ª Ed., São Paulo, Saraiva Jur, 2023, p. 791.

⁶ *Idem, ibidem.*

⁷ PRADO, Luiz Régis. Tratado de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral, volume 1. Rio de Janeiro, 2019, p. 908.

⁸ BITENCOURT, *op. Cit.*, p. 791.

Por decisão soberana dos nossos constituintes, o Presidente da República pode neutralizar ou mitigar os efeitos de condenações criminais através dos indultos e da graça individual. Ao Congresso Nacional, por sua vez, é dado classificar como atípicas condutas praticadas em determinados contextos, não importa a análise do Poder Judiciário acerca daquele tema.

O exercício do poder punitivo é ato político desde o seu nascedouro. Inicia-se com a vontade política do legislador, que criminalizou uma determinada conduta e circunscreveu a ela o âmbito de incidência da norma penal; passa pelo uso político da norma penal, do qual se encarregam as agências de segurança pública; e culmina com a prolação judicial da culpa – ato igualmente político, apesar de (livremente) motivado (art. 489, inc. II do CPC).

A imbricação permanente e visceral entre a política e o exercício do poder punitivo se revela também no uso sistemático das sanções penais para finalidades de controle social. Os corpos de brasileiros pretos, jovens e periféricos não ignoram essa realidade. Não deveria soar estranho ou inusitado que ferramentas de natureza política, como a anistia e o indulto, estejam sendo cogitados para modular ou refrear o exercício do poder punitivo, manifestação mais crua, cruel e verdadeira da política.

Consigo arriscar uma hipótese, a partir daquilo que está no núcleo do nosso caso concreto: os crimes previstos na Lei nº 14.197/2021 – ora repaginados sob designação mais democrática – integram um núcleo bastante sensível, em cujas entranhas a dimensão política do direito penal vem sendo revelada sem travas científicas ou elaboradas pretensões legitimantes. A lei em questão sucedeu a última lei de segurança nacional da ditadura militar. Embora reverente à “nova”

ordem democrática, traz disposições permanentemente atravessadas por conceitos e valores da política, hoje bem demarcados pelo norte constitucional.

Quando se cogita de anistiar golpistas, cogita-se de fazer uso de ferramenta democrática de controle do poder punitivo justamente em favor de pessoas que menoscabaram da democracia, sugerindo que nossas instituições – as mesmas cujo equilíbrio permite e até recomenda intromissões racionais de um poder sobre o outro – acabassem ou ficassem submetidas a um comando único e autoritário, quiçá armado.

O raciocínio que pode/deve conduzir a uma anistia não é judicante. Diferentemente de um magistrado, ao legislador não importa se presentes ou ausentes provas de autoria e materialidade delitivas. Seu juízo é político na forma e no conteúdo.

Entretanto, o exercício de uma atividade essencialmente política, mandatada, representativa e não judicante não torna parlamentares imunes a todos os dispositivos de controle. Não se adotam decisões políticas sem análise de constitucionalidade, legalidade e sobretudo conveniência.

Parece conveniente, nesta quadra histórica específica, a pouco mais de um ano da intentona golpista, em momento em que ainda se convivem com perigosas reminiscências autoritárias, como as investigações da Polícia Federal vem revelando paulatinamente, anistiar os revoltosos do dia 8 de janeiro de 2023?

Não.

Rememoremos que o 8 de janeiro foi uma grave tentativa de ruptura democrática com poucos precedentes na história brasileira. Sabe-se hoje que os atos de execução relativos aos crimes de Abolição Violenta do Estado Democrático de Direito e Golpe de Estado tiveram início meses antes, com reuniões conspiratórias, estruturação de acampamentos, análises jurídicas (?!), testagem das instituições e desprezo ao processo eleitoral. Até agora. Os processos criminais correspondentes ainda pendem de análise definitiva e é impossível afirmar que o país esteja livre dos riscos de um novo inverno autoritário. Figuras proeminentes da política nacional, adesistas da trama golpista, circulam com tranquilidade pelos espaços de poder; ora cabisbaixos e arrependidos, ora em esforços visíveis para movimentos de desestabilização.

Não sou entusiasta das teorias da pena que se lhe atribuem finalidades preventivas. Supor que a mera existência de tipos penais dissuade autores de crimes, prevenindo sua ocorrência, é um ato de fé desprovido de base estatística. Tampouco a existência de processos e/ou condenações criminais possuem semelhante aptidão, sendo certo que a pena *“é uma coerção, que impõe uma privação de direitos ou uma dor, mas não repara nem restitui, nem tampouco detém as lesões em curso ou neutraliza perigos iminentes”*⁹

Essas objeções epistêmicas e quaisquer outras não socorrem o autor do PL 5064 de 2023. Os juízos de inconveniência política e jurídica da anistia pretendida ressoam de inúmeros fatores. Já se registrou aqui o curtíssimo período decorrido desde a intentona do 8 de janeiro e a tramitação – célere, inclusive – dos processos criminais instaurados. Soma-se o ineditismo¹⁰ desse tipo de

⁹ BATISTA, Nilo; *et. al.*, Direito Penal Brasileiro – Primeiro Volume: Teoria Geral do Direito Penal, Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 99.

¹⁰ Embora compartilhe o entendimento de que a Lei 6683/79, a chamada Lei da Anistia, não tenha alcançado crimes praticados por torturadores na vigência da Ditadura Militar (1964-1985), não comungaram desta

responsabilização e as incertezas acerca do alcance, dentro e fora das Forças Armadas, das articulações golpistas.

Anistiar golpistas a um tempo em que sequer existe clareza sobre a capilaridade da trama, o nível de envolvimento de agentes de segurança pública e das Forças Armadas, as fontes de financiamento da tentativa de golpe e até mesmo eventuais conexões internacionais, é evidentemente prematuro, inconveniente e alérgico à boa técnica jurídica.

Estar-se-á anistiando o que exatamente? Os agentes públicos responsáveis pela investigação e persecução penal relacionada à intentona golpista dão por completamente esclarecidos os fatos? Parece ação diversionista a proposta de anistia, que pode ter efeito de perturbar a apuração em curso. Como se propaga popularmente, a anistia serve para passar uma borracha no passado. Os fatos, contudo, e sua investigação são absolutamente contemporâneos. Anistiar fatos enquanto eles acontecem ou enquanto estão sendo descobertos importará, automaticamente, na interrupção de processos fundamentais ao restabelecimento da verdade e da democracia brasileira, culminem ou não com sentenças condenatórias.

As justificativas do proponente relativas à individualização das condutas ou mesmo à virtualidade dos julgamentos, em tese limitadora do exercício da ampla defesa, são questões da maior importância, objeto de enfrentamento no Poder Judiciário e em todas as arenas da sociedade civil organizada. Os eventuais defeitos da imputação e de seu respectivo processamento

opinião os tribunais brasileiros quando se debruçaram sobre a questão, e qualquer revisão deste entendimento, neste momento histórico, constituiria violação oblíqua ao princípio da reserva legal. Deste modo, não houve qualquer responsabilização em matéria de direito criminal aos agentes que conduziram a Ditadura Militar, nem mesmo aqueles que frequentaram os seus porões. BATISTA, Nilo. e BORGES, Rafael. Crimes contra o Estado Democrático de Direito, Rio de Janeiro, Revan, 2023, pp. 30-31.

desafiarão recursos, certamente, mas não justificam a anistia¹¹. Os recursos, ao que se sabe, ainda estão em andamento, de tal forma que os apontamentos da justificativa, embora preocupantes, sequer estão consolidados.

O sistema de justiça criminal e a sua inflação permanentes são as bases de um ideologia política autoritária, à esquerda ou à direita. Não se deseja transformar o presente parecer num libelo anti-descriminalização. A incompatibilidade entre a plenitude democrática e o sistema de justiça criminal, principalmente em países do capitalismo periférico, já foi proclamada pelos maiores professores brasileiros¹². A pena nunca foi e nunca será solução para os nossos problemas, senão que instrumento eficaz de produção de dor, controle social e segregação de corpos indesejáveis.

¹¹ Foram opostos diversos embargos de declaração, com pedido de efeitos modificativos, às condenações já impostas, que também poderão comportar, conforme o caso, embargos infringentes ao próprio STF, garantindo minimamente o reexame das decisões – tal e qual acontecera com a Ação Penal nº 470.

¹² “A mais óbvia função dos juízes penais e do direito penal como planejamento das decisões judiciais é a contenção do poder punitivo. Sem a contenção jurídica (judicial) o poder punitivo ficaria liberado ao puro impulso das agências executivas e políticas e, por conseguinte, desapareceriam o estado de direito e a própria república.
(...)”

A contenção e redução do poder punitivo, planificadas pelo direito penal para uso judicial, impulsionam o progresso do estado de direito. Não há nenhum estado de direito puro; o estado de direito não passa de uma barreira a represar o estado de polícia que invariavelmente sobrevive em seu interior. Por isso, a função de contenção e redução do direito penal é um componente dialético indispensável à sua subsistência e progresso.

O estado de direito é concebido como o que submete todos os habitantes à lei e opõe-se ao estado de polícia, onde todos os habitantes estão subordinados ao poder daqueles que mandam. O princípio do estado de direito é atacado, por um lado, como ideologia, como ideologia que mascara a realidade de um aparato de poder a serviço da classe hegemônica e defendido, por outro, como uma realidade bucólica do estado de polícia ao estado de direito, é possível sustentar uma posição dialética: não há estados de direito reais (históricos) perfeitos, mas apenas estados de direito que contêm (mais ou menos eficientemente) os estados de polícia neles enclausurados.”

BATISTA, Nilo; *et. al.*, Direito Penal Brasileiro – Primeiro Volume: Teoria Geral do Direito Penal, Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 40-41.

Essa premissa epistemológica não nos afasta da realidade concreta, infelizmente. E se ainda é preciso recorrer ao sistema de justiça criminal, racionalmente, na perspectiva de mitigar e conter os danos produzidos por pessoas e grupos em situação de desalinho com a ordem democrática, a anistia não escapará desse crivo.

Não se deseja proscrever a anistia ou limitar desarrazoadamente os instrumentos de controle do poder punitivo que tocam o Legislativo e ao Executivo. Pelo contrário: os indicadores brasileiros de encarceramento e suas funções latentes tão sabidas quanto inconfessáveis, sugerem fortemente que os Poderes Executivo e Legislativo constituam comissões permanentes de indulto, graça e anistia, avaliando com seriedade e rigor humanitário a execução de penas desnecessárias e a criminalização em face de tipos penais anacrônicos. Anistiar, por exemplo, mulheres condenadas por tráfico de drogas de pequenas/médias quantidades no contexto de viagens internacionais (mulas) seria uma delas. Indultar parte das altíssimas penas decorrentes da mesma lei 11.343, outra. Extinguir a pena de pessoas presas por crimes sem violência ou grave ameaça, mais uma.

O juízo de inconveniência política e jurídica da anistia proposta é evidente. Deriva de todos os argumentos expostos no presente e da necessidade de que os fatos que estão em linha de continuidade factual com o 8 de janeiro sejam cabalmente apurados, para que nunca mais sejam esquecidos, para que nunca mais se repitam.

Em face do exposto, é o Parecer no sentido de que o Instituto dos Advogados Brasileiros deve manifestar-se contrariamente à aprovação do Projeto de Lei em referência.

É o Parecer, S.M.J.

Rio de Janeiro, 1º de março de 2024.

RAFAEL CAETANO BORGES

Membro Efetivo do IAB