



**Indicação n. 22/2024**

**Indicante: Drs. Roberto Reis**

**Relator: Davi Tangerino**

**Ementa:** Crimes contra o Estado Democrático de Direito. Proposta de vedação de anistia, indulto ou graça. Limites constitucionais ao poder de punir. Inexistência de vedação *a priori* ao poder de graça. Máximos punitivos como garantia. Resposta penal *in concreto* limitada e condicionada pelas garantias, porém orientadas pelo interesse público. Ausência de limites punitivos mínimos *a priori*. Voto pela rejeição da proposta.

### **I – Síntese da questão**

O il. Dr. Roberto Reis, na qualidade de integrante da colenda Comissão de Direito Constitucional, por meio da Indicação n. 22/2024, propõe que “seja encaminhada às Comissões de Direito Penal e de Direito Constitucional, visando à elaboração de um anteprojeto de lei que vise impedir a consecução de qualquer benefício a qualquer pessoa ou instituição que ouse, por qualquer meio, atentar contra o Estado Democrático de Direito”. Referida indicação sofreu aditivo, que fez incluir-lhe aditivo, qual seja, a inclusão de artigo no Código Penal com os dizeres “Fica vedado a quaisquer dos crimes cometidos neste Título (XII), a concessão de graça, perdão ou anistia”.

De início, cumpre consignar que adiro aos pressupostos fáticos apresentados pelo il. Confrade na Indicação e no Aditivo: de fato, tenho que os crimes de 8 de janeiro de 2023 não foram “um ato isolado, nem uma manifestação espontânea de um grupo de baderneiros antidemocráticos, mas uma trama bem urdida lançada desde o início do governo do presidente Jair Bolsonaro”; também eu acredito que foram o último ato – quiçá pela falha das tentativas precedentes; da mesma forma, subscrevo a afirmação de que “No Brasil, vale a pena ser golpista”. Por fim,



entendo descabível anistia àqueles que atentaram contra a ordem democrática, cujo episódio último deu-se em 8 de janeiro de 2023, felizmente sem sucesso.

A questão que se coloca é se o Instituto dos Advogados Brasileiros deveria aprovar recomendação ao Congresso Nacional no sentido de vedar, nos crimes contra a Democracia, a) qualquer benefício (Indicação original), ou b) graça, perdão ou anistia (Aditivo), aos acusados dessa prática.

## II – Breve contexto histórico

Você que inventou o pecado  
Esqueceu-se de inventar  
O perdão  
(Chico Buarque, Apesar de Você)

Ladislau Thot, citado por Carvalho Filho, afirma que “o direito de graça (...) é um privilégio tão antigo”, que seria quase contemporâneo à própria pena.<sup>1</sup>

O tema, ao menos da tradição europeia, é muito mais antigo. Santo Anselmo, autor profícuo dos séculos X e XI, propugnava que só haveria duas respostas possíveis diante do pecado: o castigo ou que o pecador provesse “satisfação pela desonra que causou a Deus”. Ocorre que, não tendo o ser humano nada de valioso o suficiente para oferecer ao Criador, a título de satisfação, restaria apenas o castigo. Mas e o perdão? Para ele, a Justiça precede o Perdão na medida em que o último deixaria intacta “a desordem causada pelo pecado na ordem do universo”, que, por sua vez, “não corrigida constituiria assim um ponto débil ou uma deficiência de justiça”.<sup>2</sup>

Muitos séculos depois, autores que se tornaram centrais nas ditas teorias de pena vão rechaçar a clemência, a exemplo de Hobbes e Kant. O último faria concessões muito pontuais, quase que

---

<sup>1</sup> LADISLAU THOT. *Historia de las antiguas instituciones de Derecho Penal*. 1940. Apud CARVALHO FILHO, A. *Comentários ao Código Penal*. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, tomo IV, p. 103.

<sup>2</sup> DEBUYST, C., DIGNELLE, F., LABADIE, J., PIRES, A. *Histoires sur le savoirs sur le crime & la peine*. Tomo 2. De Boeck, 1996, p. 192.



exclusivamente restritas aos crimes de lesa-majestade, precisamente para casos em que punir quem buscasse destronar o soberano pudesse levar a dizimar boa parte da própria sociedade.<sup>3</sup>

Exemplificativamente, se opuseram à graça nomes em espectros filosóficos opostos como Beccaria e Garofalo.

A laicização das teorias, de um lado, e a submissão das escolhas políticas à lógica de Estado, e não da Moral, de outro, em que pese a permanência do fetiche retributivo, cederam espaço a margens pragmáticas do exercício do poder punitivo, como no caso do assim chamado direito de graça.

Na tradição brasileira, a graça serve como moderador da pena de morte. Instituída no Código de 1830, teve no Código de Processo Criminal, de 1832, explícitas regras de contenção: só poderia ser aplicada em caso de unanimidade dos jurados; caso se chegasse ao veredito por maioria, então “se imporá a pena imediatamente menor”. Verdadeira hipótese de comutação compulsória. Em 1826, a Carta de Lei de 11 de Setembro determinava que nenhuma sentença de morte seria executada, “sem que primeiramente suba á presença do Imperador para poder perdoar, ou moderar a pena”. Aloysio de Carvalho Filho lembra que ao tempo em que a legislação recusava aos escravizados condenados por homicídio ou ofensa física quaisquer recursos, ressalvava, porém “o de petição de graça ao imperador”.<sup>4</sup>

O indulto individual, ou graça em sentido estrito, teve última aplicação na Era Vargas. Permito-me um registro pessoal: minha avó materna narrava a história de um agricultor, em sua cidade natal, Caconde (SP), que, condenado por homicídio, deixou 8 filhos e viúva em situação de penúria. Alguns anos depois, em cumprimento de pena, a cônjuge supérstite escreve à Sra. Darci Vargas, pedindo que intercedesse junto ao Governante, com êxito.

---

<sup>3</sup> O direito de perdoar o culpado (*aggratiandi*), de mitigar sua pena ou de perdoá-lo inteiramente, é, de todos os direitos do soberano, aquele que dá mais brilho a sua grandeza e em cujo exercício pode também cometer uma grande injustiça. Com relação aos crimes dos súditos uns contra os outros, o direito de graça não toca ao soberano porque então a impunidade do crime seria uma grande injustiça cometida contra os súditos que sofreram lesão. O soberano não pode, pois, indultar senão no caso em que a lesão tenha sido feita contra ele mesmo (nos crimes de lesa-majestade). E neste caso tampouco teria direito caso a impunidade pudesse ser perigosa para a segurança pública. Este direito é o único digno do nome de direito majestático”. KANT, Immanuel. Doutrina do Direito.

<sup>4</sup> *Op. cit.*, p. 114.



Em tempos mais recentes, adotou-se com regularidade – salvo no governo Bolsonaro – o indulto coletivo, publicado nos dias que antecedem o Natal.

E deve-se a Jair Bolsonaro medida na contramão de institutos cuja aplicação dava-se sem maiores ruídos na tradição brasileira: o indulto individual a Daniel Silveira, no dia seguinte à condenação pelo Supremo Tribunal Federal.

Referido indulto foi objeto de quatro arguições de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), relatados pela Exma. Min. Rosa Weber. Ao afastar a validade do decreto presidencial, apontou sua incompatibilidade com os princípios reitores dos atos administrativos contidos no art. 37 da Constituição Federal. Cito apenas um trecho: “Na espécie, o Presidente da República utilizando-se da competência a ele atribuída pelo art. 84, XII, da Constituição Federal, ou seja, agindo, aparentemente, em conformidade com as regras do jogo constitucional, editou decreto de indulto individual absolutamente desconectado do interesse público”.

### **III – Breve anotação constitucional**

Ao que consta, caberá à d. Comissão de Direito Constitucional analisar o tema sob esse olhar. Anote-se, brevemente, que a limitação à produção de normas deveria ser feita no texto constitucional. Quer parecer que o Legislativo, se se aventurasse a seguir com uma lei de anistia, poderia simplesmente revogar a previsão ora sugerida.

### **IV – Pena, anistia e interesse público**

Tobias Barreto já afirmava, no final do século XIX,<sup>5</sup> a natureza política da pena, descartando justificativas idealistas para o castigo estatal. Com efeito, uma leitura constitucional da pena impõe uma postura agnóstica (Zaffaroni), ou negativa, como prefere Nilo Batista.

---

<sup>5</sup> BARRETO, Tobias. *Algumas ideias sobre o chamado fundamento do direito de punir*. 1891.



Dizer que a pena não serve a nada do que os teóricos legitimadores lhe impregnaram ao longo dos séculos atende a uma tomada de posição, de que podem decorrer diversas outras quanto ao exercício do poder estatal, estando o abolicionismo em uma das pontas do espectro.

Quero tomar emprestado a ideia de interesse público, citado pela Exma. Ministra. Registro que não estou a subscrever as teses defendidas em seu voto, tampouco, para os fins dessa Relatoria, rechaçando-os (salvo quanto à ideia de que o indulto individual não teria sido acolhido pelo texto constitucional, de que discrepo a não mais poder).

Afirmo apenas que enquanto a pena existir, então a Constituição há de criar os contornos dentro dos quais se pode operar alguma discricionariedade punitiva estatal formalmente legítima. Isso engloba desde as garantias explícitas, quando aquelas que se desdobram dos elementos constitutivos do Estado Democrático de Direito brasileiro.

A chave do interesse público apresenta a virtude de desconectar a pena da matriz retributivista – essa sim, em minha opinião, incompatível com a Constituição -, e redirecionar o olhar do aplicador da lei à única pergunta que parece fazer sentido em matéria punitiva: aquele castigo, para aquela pessoa, atende ao conjunto de valores, normas e garantias que dão corpo ao interesse público? Ou, com ainda maior acuidade: qual é a resposta estatal que mais atende ao interesse público, **nos estritos limites do constitucionalmente permitido?**

Esse modo de encarar a pena abre espaço para que enxergue o que já está na Constituição: as garantias individuais no campo punitivo são garantias (com o perdão do truísmo), e, como tais, marcam apenas o **limite máximo da intervenção punitiva.**

A Constituição sempre deixou os mínimos punitivos em aberto. E com acerto.

O art. 5º, XLVI, explicitamente admite outras penas além daquelas privativas de liberdade; além de excluir as de morte, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis (XLVII). Dito de outro modo: a CF limitou o poder punitivo, excluindo determinadas penas (limite máximo), e deixou em aberto as demais possibilidades.

Tampouco o Código Penal – em que pese a equivocada interpretação jurisprudencial – impôs, como regra geral, mínimos absolutos de pena.



Interpretação gramatical do artigo 65<sup>6</sup> não deixa alternativa: presente uma atenuante, o decote de pena é de rigor. Quando se adiciona na análise o artigo 66,<sup>7</sup> então chega-se à clara conclusão de que a pena mínima contido nos preceitos secundários dos tipos é um mero sinalizador, um ponto de partida para a dosimetria, e não um mínimo propriamente dito.

A impunibilidade, ademais, está presente em diversas figuras, sopesando os diversos interesses estatais, inclusive os de preservação das garantias individuais, seja do autor, seja do sujeito passivo do delito: a) perdão judicial, nos homicídio e lesão corporal culposos, “se as consequências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne **desnecessária**” (grifo meu); b) em caso de retorsão, na injúria; c) no art. 176, “outras fraudes”; d) na receptação “culposa”; e) no delito de “Parto suposto. Supressão ou alteração de direito inerente ao estado civil de recém-nascido”; f) no delito de subtração de incapazes; g) no delito de guarda de doméstica de animais silvestres, na Lei dos Crimes Ambientais; h) no marco da colaboração premiada; i) nas diversas formas de retratação (não apenas nos crimes contra a honra, como também no de falso testemunho ou falsa perícia); j) nas diversas formas de reparação do dano (nos crimes tributários, no peculato “culposo”; etc.

A modulação da resposta penal a partir de vetores que poderiam ser envelopados de interesse público também abunda: a) reparação do dano, nas figuras do arrependimento posterior, atenuante (art. 65, III, “b”), mitigação das condições da suspensão da pena e do livramento condicional); b) eficiência do sistema de justiça (confissão, acordo de não persecução penal, colaboração premiada, chamamento de correu, no delito de extorsão mediante sequestro, etc.); c) filhos de mulheres encarceradas (com regras mais benéficas, inclusive nas regras de indulto); etc.

Há, assim, dois juízos separados, que são costumeiramente tratados de forma única, pelo vício retributivista: em um primeiro momento, indagar quanto à existência de um crime (fato típico, antijurídico e culpável), para, em outro, indagar qual é a resposta estatal que, nos limites constitucionais e legais, mais bem atende aos interesses públicos (neles contidos o interesse à preservação da dignidade humana, do devido processo legal, e, entre outros, as meta-regras contidas no art. 37 da Constituição Federal).

---

<sup>6</sup> Art. 65 - São circunstâncias que sempre atenuam a pena: (...).

<sup>7</sup> Art. 66 - A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei.



Nas palavras de Amilton de Carvalho, citado por Salo de Carvalho, “a hermenêutica constitucional do princípio da legalidade deve ser realizada em duas direções distintas”, quais sejam, uma “*centrípeta*, isto é, direcionada ao núcleo do texto (eixo de rotação), com o uso restritivo da liberdade”, e outro, em sentido garantista, como força centrífuga, “com olhar ampliativo dos direitos e das suas garantias inerentes”.<sup>8</sup>

Nesse marco de ideias, a conclusão de que houve estupro de vulnerável por autor de 18 anos, que contrai relação sexual “consentida” com uma jovem de 13 anos e 11 meses, formando família, inclusive com filhos, não segue como consectário lógico a imperiosidade de uma pena. Nesse caso – e sobejam decisões do STJ em casos semelhantes – a intervenção estatal não serve aos interesses em jogo; da mesma forma, se assim o entender a vítima, evidentemente, a participação do agressor doméstico em círculos restaurativos pode ser mais protetivo de seus interesses do que a imposição fria de uma pena; a perda de função pública pode ser suficiente como resposta a determinados crimes contra a Administração Pública.

De mais a mais, o engessamento punitivo, por meio de *a priori*, tendem a não ter vida longa, diante da complexidade da vida. Editada a equivocada Súmula 599 do STJ, extirpando a insignificância nos crimes contra a Administração Pública, não tardou fosse excepcionada: registro o caso do senhor que, fugindo de uma *blitz*, destrói um cone de trânsito, em valor de R\$ 17,00 (dezesete reais), situação em que o STJ, corretamente, entendeu excessiva a resposta punitiva mínima desenhada para o caso (RHC 85.272).

Em síntese: em que pese o vício de pensamento kantiano, ainda tão forte no Direito penal brasileiro, as presunções penais que nasceram absolutas tiveram que ser mitigadas em determinados casos (seja no delito de estupro de vulnerável, seja no campo da Súmula 599); a pena como imperativo categórico é excluída em determinadas situações legisladas, ou mitigada, em outras, diante de outros interesses de envergadura constitucional.

Tudo a apontar que, em verdade, a Constituição contém todos os parâmetros para a compreensão do exercício do poder punitivo como uma atividade típica de Estado – e não a serviço da moral, ou da religião; anti-retributivista, portanto -, cujos limites máximos estão

---

<sup>8</sup> CARVALHO, Salo. *Sobre os limites da dosimetria da pena provisória: a inadequação constitucional as Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça*. Parecer disponível em [https://www.researchgate.net/publication/370461193\\_Sobre\\_os\\_Limites\\_da\\_Dosimetria\\_da\\_Pena\\_Provisoria](https://www.researchgate.net/publication/370461193_Sobre_os_Limites_da_Dosimetria_da_Pena_Provisoria). Acesso 21 out. 2024.



expressamente previstos (esse o sentido último de garantia), abrindo amplo espaço para que a resposta para os casos concretos considere o maior número de vetores possível, rumo a algo possa ser chamado de interesse público, formado e condicionado pela Constituição.

Penso, assim, que uma proibição *a priori* de anistia, indulto ou graça a quaisquer delitos não convém, tampouco seria compatível com a Constituição. Senão por outro motivo, porque impregnada da premissa de que a pena é uma consequência natural, obrigatória, um imperativo categórico, para resgatar o velho Kant, pilar maior do retributivismo penal. Santo Anselmo, quase um milênio depois.

Por mais odioso que seja o crime contra o Estado Democrático de Direito, por mais que, no mais das vezes, os filtros de contenção do poder punitivo não serão suficientes para obstar um castigo nesses casos, sempre haverá casos concretos em que a resposta punitiva será excessiva.

O modo de equacionar o tema do indulto individual de Daniel Silveira – novamente, sem com ele concordar, necessariamente – ou seja, à luz do art. 37 da Constituição Federal, é suficientemente plástico para que, como regra geral – e assim o impõe a Constituição! – mantenha-se o poder de graça, sem prejuízo de que, caso a caso, verifiquem-se eventuais desvios do exercício do referido poder.

Concretamente, ademais, a aplicação da pena aos condenados pelos atos antidemocráticos do 8 de janeiro de 2023 mostra-se, em minha opinião, excessiva.

Já tive a oportunidade de expor um cálculo alternativo,<sup>9</sup> que chega a um número na ordem de 5 anos de reclusão, muito aquém aos 17 anos impostos ao almoxarife da SABESP que, tendo recebido tantos sinais estatais de que agia no melhor interesse da República – acolhimento das Forças Armadas dos acampamentos golpistas; a afirmação do General Heleno de que “o ladrão não sobe a rampa”; o pedido de fé e paciência do General Braga Netto aos acampados, sinalizando de que haveria uma intervenção obstativa da posse de Lula; omissão do Governo do Distrito Federal em obstar a chegada à Praça dos Três Poderes; apoio da Polícia Militar do Distrito Federal no dia 8 de janeiro de 2023; incitação de Bolsonaro “não é eu autorizo; é o que eu posso

---

<sup>9</sup> PAUTA CRIMINAL: Edição Especial: 8/1. Casa do Podcast. Podcast. Disponível em <https://open.spotify.com/episode/3ziKNNQTKFvwLNmsu52Rgu?si=9jZ73NxLTTqTTtiMFApcbg>. Acesso em 21 out. 2024.



fazer pelo meu país”, sem prejuízo de todo o descrédito massivo ao processo eleitoral; etc. – se via como um herói da pátria na invasão.

Se eleito Presidente da República – risco que não corre a Nação -, comutaria parte dessa pena, por tê-la como evidente excessiva. Assim como não hesitaria em indultar individualmente a Fátima de Tubarão, por quem pessoalmente não poderia alimentar maior repulsa, caso diagnosticada com doença terminal, para que pudesse viver seus últimos dias junto aos seus.

Fosse uma manifestação pela contrariedade a um Projeto de Lei que buscasse anistiar amplamente os golpistas de 8 de janeiro de 2023, subscreveria de pronto.

Não me animo, todavia, a inserir na legislação penal uma vedação abstrata, restritiva do poder de graça, pelos motivos já expostos acima.

Não seria obra de realismo utópico imaginar um futuro não muito distante em que um governo extremista persiga criminalmente quem ousar defender o Estado Democrático de Direito, acusando-os justamente de praticar um dos crimes para os quais, compreensivelmente, insisto, busca-se obstar a possibilidade de anistia. Reinstaurada a ordem democrática, se ainda viver, aceitarei de bom grado a anistia que, oxalá, não estará proibida.

#### **V – Síntese do parecer**

Tudo considerado, voto pela **rejeição** de proposta tendente a restringir o poder de graça, mesmo para crimes atentatórios contra o Estado Democrático de Direito.

**Davi de Paiva Costa Tangerino**