

**X ENCONTRO INTERNACIONAL DO
CONPEDI VALÊNCIA – ESPANHA**

**FILOSOFIA, ARTE, LITERATURA, HERMENÊUTICA
JURÍDICA E TEORIAS DO DIREITO**

JOSÉ ALCEBIADES DE OLIVEIRA JUNIOR

SÉRGIO HENRIQUES ZANDONA FREITAS

CRISTINA GARCÍA PASCUAL

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch – UFSM – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Unifor – Ceará

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – Fumec – Minas Gerais

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC – Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF/Univali – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

F488

Filosofia, arte, literatura, hermenêutica jurídica e teorias do direito [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/2020
Coordenadores: Cristina García Pascual; José Alcebiades De Oliveira Junior; Sérgio Henriques Zandona Freitas – Florianópolis:
CONPEDI, 2020 / Valência: Tirant lo blanch, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-020-6

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Crise do Estado Social

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Congressos Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. X Encontro Internacional do CONPEDI Valência – Espanha (10:2019 :Valência, Espanha).

CDU: 34

X ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI VALÊNCIA – ESPANHA

FILOSOFIA, ARTE, LITERATURA, HERMENÊUTICA JURÍDICA E TEORIAS DO DIREITO

Apresentação

É com muita satisfação que apresentamos o Grupo de Trabalho e Pesquisa (GT) denominado “FILOSOFIA, ARTE, LITERATURA, HERMENÊUTICA JURÍDICA E TEORIAS DO DIREITO I” do X Encontro Internacional do CONPEDI Valência/Espanha promovido pelo CONPEDI em parceria com a Universidade de Valência (UV), com enfoque na temática “Crise do Estado Social”, o evento foi realizado entre os dias 04 e 06 de setembro de 2019 na Universitat de València (Facultad de Derecho), no Campus Tarongers, na Av. dels Tarongers, s/n, València, España.

Trata-se de publicação que reúne artigos de temáticas diversas atinentes a filosofia, arte, literatura, hermenêutica jurídica e teorias do direito, apresentados e discutidos pelos autores e coordenadores brasileiros e espanhóis no âmbito do Grupo de Trabalho e Linha de pesquisa. Compõe-se de artigos doutrinários, advindos de projetos de pesquisa e estudos distintos de vários programas de pós-graduação, em especial do Brasil e da Espanha, que colocam em evidência para debate da comunidade científica assuntos jurídicos relevantes.

Assim, a coletânea reúne gama de artigos que apontam questões jurídicas relevantes na sociedade contemporânea.

O primeiro artigo com o título “A análise do lugar da liberdade na igualdade de recursos de Ronald Dworkin”, dos autores Ana Carolina Farias Ribeiro e José Claudio Monteiro de Brito Filho, destaca na obra “A Virtude Soberana” a teoria central para justificar a distribuição de recursos, para que possa ser concretizado o princípio igualitário abstrato e, posteriormente, analisa a relação da igualdade com a liberdade e os eventuais conflitos que ocorrer entre elas.

O segundo artigo “A idade e o tempo de contribuição como existenciais: uma contribuição heideggeriana às regras de transição em matéria previdenciária” da lavra dos autores Nilton Rodrigues da Paixão Júnior e Darleth Lousan Do Nascimento Paixao aponta, com enfoque na idade e no tempo, a contribuição heideggeriana para a análise das regras de transição contidas nas emendas constitucionais relativas às alterações no regime jurídico próprio dos servidores públicos.

“A longa marcha do princípio da legalidade”, terceiro da coletânea, é o trabalho do autor Luciano Medeiros de Andrade Bicalho, colaciona estudo de que desde a antiguidade até os dias de hoje, a ideia de direito tem sido continuamente transformada, como vetor para a redução da arbitrariedade e a garantia da liberdade individual. Aponta, em juízo crítico, que a tendência foi interrompida após a Segunda Guerra Mundial, com o advento do chamado neoconstitucionalismo.

O quarto texto com o verbete “Breves considerações sobre a judicialização da política e o ativismo judicial” de autoria de Daniela Meca Borges e Luiz Henrique Beltramini debruçam seus estudos sobre a diferenciação entre os fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial, e concluem que a primeira não representa nenhuma anomalia do sistema, já que se insere dentro da função típica do Judiciário de fiscalizar o cumprimento das normas jurídicas pelos demais poderes; enquanto que o segundo fenômeno se relaciona aos excessos interpretativos, ao subjetivismo das decisões judiciais e à deficiência da fundamentação.

O quinto texto, da lavra da autora Mara Regina De Oliveira, intitulado “Direito e moral na pós-modernidade: diálogos filosóficos com o filme ladrões de bicicletas” analisa, de forma crítica e com base no clássico do neorealismo italiano, a visão racionalista da moralidade moderna, vista como um código moral único, ao qual todos devem obedecer e que legitima as normas jurídicas de forma racional.

No sexto artigo intitulado “Filmes e tiras – da ‘pop culture’ à ‘cop culture’: cultura policial, crime e justiça na série ‘true detective’”, de autoria de Eliezer Gomes Da Silva e Victor Hugo De Araujo Barbosa, fazem importante estudo comparativo à luz da criminologia cultural, a primeira temporada do seriado televisivo “True Detective”, como corpus empírico ficcional para a discussão da “cultura policial” (“cop culture”), na ficção e na realidade, como são constituídas as tensões entre o cumprimento ou descumprimento das leis e de que forma essas tensões funcionam como óbices culturais para a efetiva aplicação do Estado de Direito Democrático e dos Direitos Humanos.

O sétimo texto da coletânea, das autoras Denise Pires Fincato e Jaqueline Mielke Silva, com o verbete “Interpretação sistêmica e a necessária (re)construção do direito do trabalho” discorre sobre as transformações socioculturais dos últimos séculos, tendo por parâmetro a evolução tecnológica no cenário das relações de trabalho, bem como a problemática na transposição da Modernidade para a Pós-Modernidade e a pertinência do arcabouço normativo trabalhista brasileiro (moderno) reformado à realidade do trabalho globalizado, digital e flexisseguro (pós-moderno).

“O humanismo como pressuposto para o direito transnacional” é o título do oitavo texto da coletânea, com autoria de Maria Cláudia da Silva Antunes De Souza e Josemar Sidinei Soares, aponta importante interlocução das diversidades sociais em um mundo globalizado, como fenômeno que relativiza culturas e instituições, e transforma o mundo em uma rede e, como efeito, há uma grande mudança da dimensão existencial das pessoas e do Direito, que não pode mais ser pensado apenas no âmbito nacional, diante de seus reflexos no país e em todo o mundo.

O nono texto, intitulado “O placebo jurídico da intervenção federal no Rio de Janeiro”, do autor João Hélio Ferreira Pes, aponta a presença de inconstitucionalidade no decreto de intervenção federal no Estado do Rio de Janeiro, eis que configurada norma jurídica de efeito placebo, adotada exclusivamente para agradar setores da sociedade e atender interesses não republicanos.

“Quem faz parte da família dos grandes primatas? Um diálogo entre os discurso jurídico e o discurso artístico”, apresenta-se como décimo texto da coletânea, dos autores Heron José de Santana Gordilho e Andréa Biasin Dias, fazem importante reflexão sobre o quadro-escultura denominado “Voce faz parte” para compará-lo com o discurso jurídico da teoria brasileira do Habeas Corpus para os grandes primatas, apresentando temática inovadora que promove mudanças sociais e o aperfeiçoamento da democracia.

O décimo-primeiro texto da coletânea, da lavra do autor Isaac Ronalitti Sarah da Costa Saraiva, intitulado “Realismo jurídico e ativismo judicial na ADI 5874: o caso da discussão dos limites da discricionariedade do indulto presidencial” questiona, tendo por marco teórico a Teoria Crítica Hermenêutica de Lenio Streck, artifício metodológico embasado na fenomenologia, a influência do Realismo Jurídico e do Ativismo Judicial nas decisões do Ministro Luís Roberto Barroso e seus impactos na democracia.

O décimo-segundo texto da coletânea, intitulado “Reflexões jurídicas em torno da obra espanhola o fotógrafo de Mauthausen” apresenta-se, em interlocução do Direito com o cinema, como temática abordada pelo autor Sergio Leandro Carmo Dobarro, ao comparar questionamentos, reflexões e análises críticas que enriquecem o raciocínio jurídico, possibilitando a divulgação de ideias voltadas para a ampla consciência humanística.

O décimo-terceiro texto intitulado “Sistema tributário à luz do liberalismo rawlsiano”, das autoras Amanda de Souza Gonçalves e Lise Tupiassu, aborda o liberalismo rawlsiano,

defensor de uma sociedade justa, e apresenta a tributação como mecanismo para garantir os direitos fundamentais, com a conclusão de que o sistema adotado nos países nórdicos é um exemplo compatível com o ideal e que se aproxima da concepção de justiça de John Rawls.

“Sobre o conceito ontológico de direito nas dinâmicas existenciais de constituição jurídica: o risco da fragilidade ética entre a facticidade e a normatividade”, de autoria de Luiz Fernando Coelho e Mauricio Martins Reis, como décimo-quarto texto, apresentam estudo, com marco teórico fundamentado no pensamento hermenêutico-existencial em Martin Heidegger, com a premissa de que o fenômeno jurídico se mostra como radicalmente histórico nas suas elaborações cotidianas, por meio de uma teia de argumentos e de onde se concluirá que o Direito consistirá em histórico e transitivo empreendimento prático, cuja realização não se reduz às decisões judiciais ou culmina em discursos de autoridade.

Os autores Sérgio Henriques Zandona Freitas e Letícia da Silva Almeida apresentam importante temática, com estudo na hermenêutica jurídica e com base em teorias do direito, no décimo-quinto e último texto da coletânea, com o artigo intitulado “A proteção da criança e adolescente com transtorno de déficit de atenção: Estatuto da Pessoa com Deficiência e (in)efetividade de referida norma no resguardo de infantes que possuem de TDAH”, ao colacionarem o conceito e a natureza jurídica do Transtorno de Déficit de Atenção com Hiperatividade (TDAH), que acomete crianças e adolescentes em idade escolar, bem como ao analisarem a (in)aplicabilidade e a (in)efetividade do Estatuto da Pessoa com Deficiência no resguardo de infantes que possuem TDAH. O estudo é fundamental na análise da lei de inclusão e seu vínculo aos Direitos Humanos e Fundamentais, ambos consagrados no Estado Democrático de Direito.

Em linhas gerais, os textos reunidos traduzem discursos interdisciplinares maduros e profícuos. Percebe-se uma preocupação salutar dos autores em combinar o exame dos principais contornos teórico-filosóficos dos institutos, aliando a visão atual de efetividade na busca pelo consenso na sociedade, os Direitos Humanos e Fundamentais. A publicação apresentada ao público possibilita acurada reflexão sobre tópicos avançados e desafiadores do Direito Contemporâneo. Os textos são ainda enriquecidos com investigações legais e doutrinárias da experiência jurídica estrangeira a possibilitar um intercâmbio essencial à busca de soluções para as imperfeições do sistema jurídico brasileiro e internacional.

É imprescindível dizer que os trabalhos apresentados são de extrema relevância para a pesquisa em direito no Brasil e na Espanha, demonstrando notável rigor técnico, sensibilidade e originalidade, desenvolvidos em uma perspectiva contemporânea. De fato, a teoria a respeito das formas de solução de conflitos, bem como a aplicação, especialmente

aquela orientada a efetividade dos direitos fundamentais e a materialização da Justiça, fortalece o desenvolvimento e a construção de uma sociedade mais justa e menos desigual. A presente publicação coletiva demonstra uma visão lúcida e enriquecedora sobre filosofia, arte, literatura, hermenêutica jurídica e teorias do direito, suas problemáticas e sutilezas, sua importância para o direito e os desafios nas temáticas para o século XXI, pelo que certamente será de vigorosa aceitação junto à comunidade acadêmica.

O fomento das discussões a partir da apresentação de cada um dos trabalhos ora editados, permite o contínuo debruçar dos pesquisadores do Direito visando ainda o incentivo aos demais membros da comunidade acadêmica a submissão de trabalhos aos vindouros encontros e congressos do CONPEDI.

Sem dúvida, esta publicação fornece instrumentos para que pesquisadores e aplicadores do Direito compreendam as múltiplas dimensões que o mundo contemporâneo assume na busca da conjugação da promoção dos interesses individuais e coletivos para a consolidação de uma sociedade dinâmica, multifacetada e de consenso.

Na oportunidade, os Organizadores prestam sua homenagem e agradecimento a todos que contribuíram para esta louvável iniciativa do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI) e da Universitat de València (UV) por sua Facultad de Derecho e, em especial, a todos os autores que participaram da presente coletânea de publicação, com destaque pelo comprometimento e seriedade demonstrados nas pesquisas realizadas e na elaboração dos textos de excelência.

Convida-se a uma leitura prazerosa dos artigos apresentados de forma dinâmica e comprometida com a formação de pensamento crítico, a possibilitar a construção de um Direito voltado à concretização de preceitos insculpidos no Estado Democrático Constitucional de Direito.

Valência, setembro de 2019.

Professora Dra. Cristina García Pascual - Facultad de Derecho - Universitat de València

Professor Dr. José Alcebiades De Oliveira Junior - Universidade Federal do Rio Grande do Sul e Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões

Professor Dr. Sérgio Henriques Zandona Freitas - PPGD Universidade FUMEC e Instituto Mineiro de Direito Processual (IMDP)

**REALISMO JURÍDICO E ATIVISMO JUDICIAL NA ADI 5874: O CASO DA
DISCUSSÃO DOS LIMITES DA DISCRICIONARIEDADE DO INDULTO
PRESIDENCIAL**

**JURIDICAL REALISM AND JUDICIAL ACTIVISM IN ADI 5874: THE CASE OF
THE DISCUSSION OF THE LIMITS OF THE DISCRETIONARY OF THE
PRESIDENTIAL INDULGER**

Isaac Ronaltti Sarah da Costa Saraiva ¹

Resumo

Apoiado na Teoria Crítica Hermenêutica do Professor Lenio Streck, através de artifício metodológico embasado na fenomenologia é feita a análise do voto do Ministro Luís Roberto Barroso na ADI 5874 MC / DF – o caso trata da discussão quanto os limites da discricionariedade e alcance do Indulto Presidencial. Analisa-se o contexto de influência do Realismo Jurídico e do Ativismo Judicial nas decisões do Ministro Luís Roberto Barroso e os impactos deste cenário para a democracia.

Palavras-chave: Realismo jurídico, Ativismo judicial, Indulto presidencial

Abstract/Resumen/Résumé

Supported in the Critical Theory of Hermeneutics by Teacher Lenio Streck, through a methodological artifice based on phenomenology, the analysis of the vote of Minister Luis Roberto Barroso in ADI 5874 MC / DF - the case deals with the discussion about the limits of the discretion and scope of the Presidential Pardon . We analyze the context of influence of Legal Realism and Judicial Activism in the decisions of the Minister Luís Roberto Barroso and the impacts of this scenario for democracy.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Legal realism, Judicial activism, Presidential pardon

¹ Mestrando em Direito Público pela UNISINOS. Bolsista CAPES/PROEX

INTRODUÇÃO

Apoiado na Teoria Crítica Hermenêutica do Professor Lênio Streck, através de artifício metodológico embasado na fenomenologia é que passamos a analisar o voto do Ministro Luís Roberto Barroso na ADI 5874 MC / DF – o caso trata da discussão quanto os limites da discricionariedade e alcance do Indulto Presidencial.

A discussão aqui apresentada visa estabelecer uma análise quanto do papel Ativista das decisões do STF, em especial, do caso em comento, a partir da análise do voto do Ministro Barroso, na ADI 5874. Trazendo isso para uma ótica mais apurada, saber em que níveis e conexões as influências do raciocínio de Barroso e no pano de fundo das teorias que são sustentadas no seu voto cooperam com um processo de aprofundamento do Ativismo Judicial, a interferência da política e da moral nas decisões judiciais.

A princípio utilizar-se-á uma análise a respeito das tendências que revelam as decisões e qual as características que denunciam um ativismo que fere a estabilidade assentada nas competências da separação dos poderes na democracia, e o quanto a busca por decisões integras dependem do controle da discricionariedade e da importância da Teoria da Decisão Judicial.

O trabalho foi dividido em 2 capítulos, sendo que o primeiro apresenta dados a respeito da ADI 5874, que trata do Indulto Presidencial do ano de 2017. Neste mesmo capítulo abre-se espaço para a apresentação de uma série de características que serão discutidas no decurso da análise do Voto do Ministro Relator da ADI 5874, Luís Roberto Barroso, tratando a respeito do uso indiscriminado de uma série de importações teóricas como impactos de uma indefinição dos limites da discricionariedade das decisões dos Juízes e o contexto influenciado pelo Realismo Jurídico.

O segundo capítulo, explora pontos do voto do Relator Ministro Luís Roberto Barroso, além de discutir questões como a luta constante entre Direito e Moral, a legitimidade do Poder discutida por Barroso e os riscos de uma sociedade que se fia no Ativismo Judicial.

Por fim, faremos um breve arrazoado conclusivo expondo de forma sintética os pontos mais importantes tratados e o resultado das análises aqui desenvolvidas.

1 - O INDULTO PRESIDENCIAL E A ADI N.º. 5874/DF – PECULIARIDADES DO CASO

A Ação Direta de Inconstitucionalidade, com pedida de medida cautelar, n.º. 5874/DF originalmente proposta pela Procuradoria-Geral da República, em face do inciso I do art. 1.º; o §1.º, I, do art. 2.º; e os arts. 8.º, 10 e 11, todos do Decreto n.º 9.246, de 21 de dezembro de 2017, por violação dos arts. 2.º, 5.º, *caput* e incisos XLIII, XLVI, LIV, e do art. 62, § 1.º, *b*, da Constituição - O caso em comento da ação direta de inconstitucionalidade n.º. 5874 envolve a discussão sobre as limitações constitucionais à concessão de indulto em caráter geral pelo Presidente da República, respectivo ao ano de 2017.

A procuradoria Geral da República contestou inicialmente os limites da discricionariedade do Presidente contida na previsão constitucional exarada no art. 84,

da Constituição Federal de 1988, discutindo os limites do mesmo, os conceitos de indulto, graça e anistia na Constituição Federal, se tal ferramenta poderia ser feita de forma coletiva, se isso não afetaria a indivisibilidade da pena, se o aprofundamento de tal mecanismo de benevolência não feriria o caráter preventivo que estaria contido na punição penal estatal, e contestando a possibilidade de tais benefícios serem ofertados aos presos condenados por crimes do “colarinho branco” (especialmente aqueles que foram alvos da operação Lava Jato) – este seria o resumo dos principais pontos atacados pela Procuradoria Geral da República.

Passamos então para o voto do Relator, o Ministro Luís Roberto Barroso, que entre muitos pontos apresenta um delineado trajeto apontando questões históricas, a discussão quanto à discricionariedade da questão do indulto no Direito Comparado, o “sentimento” da sociedade na questão do aprofundamento de penas no Brasil, e a defesa do interesse público em relação à Cruzada de combate à corrupção no Brasil, em especial a protagonizada pela Operação Lava Jato. Barroso fala entre outras coisas da questão da política criminal, das penas no Brasil, da população carcerária, dos requisitos de moral nas decisões e uma série de outras pequenas questões. Seleccionamos alguns trechos do voto de Barroso para que, a partir da fenomenologia da Crítica Hermenêutica possamos identificar as bases do raciocínio que guia a decisão de Barroso e suas principais influências, além do Ativismo Judicial presente em suas decisões.

A respeito das nossas constituições, um fato interessante é que a preocupação de Barroso quanto à questão da corrupção é legítima, mas foge do campo onde isso deveria ser tratado – que seria essencialmente o legislativo propondo no que coubesse emenda a Constituição ao artigo 84, ou mesmo, acrescentando de forma simples os crimes de corrupção ao rol de crimes hediondos – de plano eles estariam vedados e afastados da discricionariedade do Presidente, mas o fato é que, *prima facie*, não estão! A discussão de fato não percorre o mérito de ser ou não ser contra a corrupção - evidentemente que toda a sociedade é. O busílis definitivamente não é este! A questão em primeiro plano é que, o texto constitucional, em seu mais amplo aspecto, não pode simplesmente ser desconsiderado em razão de um querer político de um estado das coisas que deveriam ser de determinada forma. O STF como guardião da Constituição não pode de forma inequívoca “desdizer” a Constituição – e aqui estamos falando no sentido mais literal do estado da arte: chegamos ao ponto de que para ter o mínimo de segurança jurídica, a própria literalidade do texto constitucional vem sendo cobrada.

A Constituição Federal de 1988 apresenta no título IV (Da organização dos Poderes), no capítulo II, quando trata do Poder Executivo, na Seção II, que trata a respeito das Atribuições do Presidente da República, mais precisamente no inciso XII apresenta a previsão do indulto como de competência privativa do Presidente da República, “*conceder indulto e comutar penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei*”.

No mesmo artigo são apresentadas outras competências privativas¹ do Presidente da República como, por exemplo, a de nomear Ministros, a de sancionar e promulgar leis, a de vetar projetos total ou parcialmente, decretar estado de defesa e de sítio, decretar e executar a intervenção federal; bem como declarar guerra e celebrar a paz.

Chama-se atenção para uma questão bem saliente, presente no desenvolvimento do art. 84 da Constituição Federal de 1988: em todos os incisos, está devidamente expresso quando se faz necessária a consulta, a participação, ou a deliberação conjunta de determinado ato em parceria, por exemplo, com o Congresso Nacional. No caso do indulto prevendo tão somente o requisito, facultativo, pois “se necessário” – necessário ao titular da competência – de “audiência” dos órgãos instituídos em Lei. Mas não vamos tratar, muito menos iniciar um discurso advogando a questão da legalidade neste momento, apenas procedemos a uma incursão breve para que isso possa margear o deslinde da análise que se fará sobre o voto do Ministro Luís Roberto Barroso.

Passo seguinte, necessário se faz que apresentemos as possibilidades previstas de forma expressa na Constituição dos casos não albergados por medidas de benevolência do Estado Brasileiro – basicamente os casos em que não são possíveis a aplicação de graça, indulto e anistia. Durante algum tempo, houve uma celeuma quanto os institutos do indulto e da graça, uns defendendo que graça era benefício requerido individualmente e que indulto seria benevolência ofertada pelo Presidente, de forma coletiva – essa discussão já fora superada pelo STF que definiu que indulto e graça são benefícios de um mesmo gênero. Quanto a Anistia, esta última é concedida mediante proposta do Congresso de forma coletiva.

¹ Como sabido, as competências privativas são aquelas que podem ser delegadas a outras autoridades oficiais. No caso do indulto, o parágrafo único do art. 84, apresenta o rol legal de autoridades que estão aptas a receberem do presidente a competência delegada a respeito, entre outras coisas, do indulto: “**Parágrafo único.** O Presidente da República poderá delegar as atribuições mencionadas nos incisos VI, XII e XXV, primeira parte, aos Ministros de Estado, ao Procurador-Geral da República ou ao Advogado-Geral da União, que observarão os limites traçados nas respectivas delegações”.

Reza o art. 5º, XLIII da Constituição Federal estipula que *a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos*. Como é possível observar, a própria Constituição estabeleceu possibilidades limitadoras da abrangência e profundidade do indulto presidencial, a partir de um rol taxativo de crimes hediondos (Lei 8072/90 – Lei de Crimes Hediondos) e ainda, das práticas de crimes similares a hediondos como tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e terrorismo.

Não é difícil compreender que a própria constituição confere a competência ao Presidente da República para definir as regras do indulto – que é ato de caráter externo ao Poder Judiciário - cuja discricionariedade e conveniência sofre limitação da própria Constituição Federal, como apresentada nas hipóteses vedadas pelo art. 5º, XLIII da Constituição Federal de 1988.

1.1 - Realismo Jurídico nas decisões de Luís Roberto Barroso

O Realismo Jurídico é um movimento jurídico com dois expoentes de maior destaque – no caso, o Realismo americano e o escandinavo, mas vamos nos ater especialmente ao primeiro. A figura de Oliver Wendel Holmes é conhecida como um dos maiores pensadores do Realismo americano. Lenio Luiz Streck (2017) no Dicionário de Hermenêutica apresenta algumas das características básicas adotadas pelos adeptos do Realismo Jurídico americano:

- a) *Mantêm sua atenção nas mudanças e não sobre o caráter estático da realidade jurídica;*
- b) *Afirmam que os juízes exercem uma atividade criativa sobre o direito;*
- c) *O Direito é concebido não como um fim, mas como meio para alcançar objetivos sociais;*
- d) *Assumem uma atitude científica direcionada a observação dos fatos sociais;*
- e) *Em sua concepção o conjunto de regras jurídicas não se coloca como o principal objeto de análise pela ciência do Direito;*
- f) *Criticam conceitos jurídicos tradicionais e normas entendidas em sentido tradicional, e advogam que essas últimas nada mais seriam que “profecias” a indicar o que os tribunais provavelmente irão fazer...²*

² STRECK, Lênio Luiz; Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte (MG): Letramento, 2017.

O realismo jurídico é tido como uma postura não cognitivista – o direito é tido como uma técnica operacional advinda daquilo que o intérprete diz que ele é³. O Realismo jurídico surgiu como uma forma de contraposição ao formalismo exegetico, abrindo caminho para discricionariedades e decisionismo. Segundo Streck (2017) há no Realismo Jurídico uma opção em nome do protagonismo judicial através da crença em um “protagonismo dos juízes” – estes estariam, autorizados, a partir de uma série de possibilidade de “opções corretas” originadas no ordenamento jurídico, a escolher qualquer uma das opções segundo seu arbítrio.

Essas características acabam por afetar toda uma ordem pensada em uma lógica do direito voltada do plano do conhecimento para o plano da vontade exclusiva dos magistrados, gerando incompatibilidades no sistema de separação dos poderes, vez que o judiciário passa a ser o centro geral dos poderes; o Estado de Direito é afetado pela falta de previsibilidade das decisões, insegurança jurídica, e mesmo os direitos individuais passam a ficar a mercê exclusivamente da “vontade dos magistrados”.

Os realistas são considerados “positivistas fáticos”⁴, pois concentram no fato empírico a guia mestre das decisões. A escola do realismo americano é literalmente “o Direito de Juízes” e o Direito será, efetivamente, aquilo que os “Juízes decidirem” – no Supremo Tribunal Federal, além das decisões de Barroso que acompanharemos no presente estudo de caso, o próprio Ministro Fux já prolatou afirmativas em decisões dizendo que o Direito seria aquilo que o Juiz diz que é. Em tese, para o Realismo americano, o Direito está apartado da norma. Mais do que na norma, o Direito está na sociedade.

O Realismo jurídico está embutido de uma essência profunda de “altas exigências morais”, e estas não se subjugam a uma hierarquia de normas, assim como pensou e estruturou Hans Kelsen – os realistas recusam a lógica originada do normativismo Kelseniano. Notadamente, para o Realismo Jurídico a autonomia do Direito é recusada, na medida em que o texto legal passa a condição de mera perfumaria utilizada para convalidar retoricamente as decisões dos Juízes – o direito é em poucas palavras aquilo que os juízes dizem que é⁵.

³ Ibid., p. 246

⁴ Ibid. 247

⁵ Ibid. p. 249

Apresentadas as características básicas do Realismo Jurídico, vamos apresentar alguns pontos presentes no Voto do Ministro Barroso que indicam forte influência da vertente do Realismo Jurídico Americano.

A ausência de preocupação com a autonomia do Direito faz com que a busca pela integridade e o horizonte de uma decisão justa, sejam substituídos por concepções sociológicas, elementos da moral que visam encapsular o comando da lei a serviço de visões sociais que aparentam serem justas, mas que afetam diretamente a divisão de poderes e os limites das competências de cada um dos poderes – nesta visão, passa-se a trazer elementos do cotidiano da sociedade para justificar o contorcionismo discrepante que é feito ao arpejo do texto constitucional.

2 - ADI 5874 E O VOTO DO RELATOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – OS NÓS E COMO SE DESATAM OS NÓS

O voto de Barroso na relatoria da ADI nº. 5874 possui uma série de peculiaridades que transitam em cima de pontos e teorias aqui já apresentadas. Para que isso se torne mais claro, optou-se por apresentar alguns pontos da decisão, seus nós e como eles podem ser normalmente desatados, no objetivo de uma melhor compreensão do que neste trabalho objetivamos esclarecer.

Um dos primeiros pontos apresentados no debate do voto de Barroso, gira em torno de que o indulto presidencial estaria imbuído de discricionariedade tal que, acabaria por lesionar a separação dos poderes – embora essa discricionariedade desproporcional apresentada pelo Ministro Luís Roberto Barroso aparente algo sem limites, despótico, ou mesmo, similar a um poder monárquico absolutista – visão que Barroso aparentemente parece esforça-se para defender – o Presidente da República, nos termos do art. 84, inciso XIII, possui limitadores a aplicação do indulto, a exemplo, a limitação presente no art. 5º, inciso XLIII que define as hipóteses claras vedadas para a aplicação do indulto presidencial.

A crítica de Barroso quanto à questão de uma possível intromissão e desrespeito a separação de poderes passa a ser colocado em segundo plano, quando, em seu voto, ele passa a fazer, teoricamente, aquilo que justamente critica – com a diferença profunda de que o indulto está assentado de forma expressa no texto Constitucional. O que se observa é que a crítica estabelecida na vontade de Barroso, que, em mesmo

sentido critica a previsão do indulto geral ao Presidente, alegando entre outras coisas que em democracias modernas tal responsabilidade estaria vinculada ao Legislativo, não se limita tão simplesmente ao processo de Controle de Constitucionalidade de competência do Supremo Tribunal Federal, mas a uma relutância quanto a competência conferida na Constituição ao Presidente, e, por esta competência, assim como a Constituição não prevê a vedação do indulto para crimes de corrupção. Ora, mas quando realmente Barroso acordou para isso? Pois em anos anteriores, a respeito da própria escaramuça pública protagonizada pelo Ministro Barroso com o Ministro Gilmar Mendes, sua contraposição a Gilmar Mendes quando acusado de ter indultado José Dirceu foi justamente a respeito à discricionariedade atribuída ao Presidente de forma expressa no art. 84, da Constituição Federal a respeito do Indulto – que, antes do indulto de 2017, até então era respeitado por Barroso e pela corte.

Como proceder ao julgamento de uma discricionariedade do Presidente expressa em no texto formal da Constituição, fazendo ressalvas não previstas na própria Constituição?

Definitivamente, o que se trata aqui, não é ser contra ou a favor o combate a condutas criminosas como as de corrupção – definitivamente este não é o mérito da questão. A discussão principal que se trava é de até onde poderia ir a discricionariedade de um Ministro em uma decisão, para contrapor dispositivo expresso na Constituição Federal, seja por motivos de moral, de combate ao crime, apoiado no “*sentimento da sociedade*”, ou de qualquer outro argumento, menos o do respeito a uma ordem democrática estabelecida no Estado de Direito que se assenta sobre o respeito à Constituição.

A Constituição Federal, “goste-se ou não dela”, não é um “contrato” sujeito aos interesses espasmódicos da sociedade – e até é, desde que obedecida às formalidades de sua alteração no poder que o compete fazer isso, no caso, o Legislativo. A Constituição não está submetida aos interesses da Lava Jato! Se isso representaria conexão e respeito à moralidade pública, ou não! O fato é que decididamente não se pode forçar a Constituição a ser o que queremos que ela seja – seja por qualquer motivo externo a legalidade conferida a ela quando produzida.

Que discricionariedade seria essa que Barroso estaria autorizado a limitar um dispositivo Constitucional – além dos próprios limites já identificados pela Constituição, como se a Decisão Judicial, pudesse “*permitir que ela fosse*

*complementada, por qualquer aplicador, à revelia do processo legislativo regulamentar*⁶ – portanto ao arrepio do próprio processo democrático.

Lenio Streck afirma que isso abriria autorização para ativismos, que teriam por consequência uma tendência ao decisionismo – um complexo cenário onde Tribunais e a própria doutrina teriam o condão de produzir princípios através de decisões que viriam a derrogar até mesmo dispositivos constitucionais⁷ – vide o bom exemplo similar ao tratado nesta ADI 5874, o caso da questão da autorização da prisão executória da pena a partir da decisão em segundo grau: uma flagrante afronta e agressão à presunção de inocência, devidamente expressa em nossa Constituição em seu art. 5º, inciso LVII.

A partir da coleta de alguns pontos do voto do Ministro Barroso, enquanto relator da ADI 5874, buscar-se-á estabelecer o debate construído efetivamente na não aceitação da norma legal prevista no art. 84 da Constituição Federal, por diversos motivos externos ao direito e a autonomia do direito, que, genuinamente deveria ser parametrizado pela busca de decisões judiciais que objetivassem coerência e a integridade, tão bem trabalhadas na obra de Ronald Dworkin – em que pese que a própria obra de Dworkin, tem sido utilizada para fundamentar decisões no Brasil que em nada obedecem à autonomia do direito, fazendo na verdade uma mixagem de teorias: como aqui mesmo já mencionadas, chegando ao ponto de Dworkin ser utilizado de forma errônea, entremeado a ponderação de Robert Alexy, o que, teoricamente, seria profundamente contraditório, vez que a busca pela decisão justa não é procedida a partir da “escolha” de opções feitas em um processo de “sopesamento”, mas sim através da aplicação devida de rigores e princípios estabelecidos e reconhecidos por toda uma comunidade jurídica de princípios⁸.

A princípio, Ministro Barroso fala de um cenário de penas, em tese, rigorosas, mas de execução com benefícios que as tornam brandas (e aqui não estamos discutindo o mérito se elas assim ou não são). Fala da questão da necessidade apenas do cumprimento de 1/6 da pena para que um condenado possa “retornar a sua residência” o que segundo o Ministro Barroso transmitiria a sociedade um “*sentimento de impunidade e até mesmo certa descrença nas instituições públicas*”⁹. Inicia uma construção teleológica que entre outras coisas contesta de forma aberta a legislação

⁶ Ibid. p. 55.

⁷ Ibid. p. 55.

⁸ Ronald Dworkin trabalha o conceito de comunidade jurídica de princípios.

⁹ Parágrafo 22, pág. 13 do voto da relatoria da ADI 5874.

penal brasileira, apoiado em uma preocupação de descrença nas instituições públicas que, notadamente, é uma preocupação muito mais política que de direito. Pois se a lei não tem ao momento condão de efetividade para cumprir seu papel perante a sociedade, deve esta última pressionar o poder legislativo para adentrar o debate de sua alteração, jamais permitir que isso tenha que servir de “escora”, “bengala” para permitir que juízes passem a legislar em suas decisões, embasados nos interesses de uma maioria da população (que ainda assim não foi consultada sobre isso e não encontra nenhum tipo de aporte legal para tal). Ministro Barroso continua afirmando que tal cenário acaba por provocar na sociedade uma *“sensação difusa de que as instituições não funcionam e que o crime, ao menos em algumas de suas manifestações, termina por compensar”*¹⁰.

Superado este ponto, o Ministro Barroso volta o seu arsenal de argumentos para parte da questão nodal que fez com que se discutisse o indulto de 2017, a questão dos crimes de colarinho branco (corrupção ativa e passiva, peculato, lavagem de dinheiro e evasão de divisas)¹¹. Embora reconhecida à nocividade destes crimes para toda a sociedade – não é este o vetor tratado nesta discussão – a Constituição é clara quanto o rol de crimes que estão vedadas de serem comutados ou sofrer qualquer tipo de benevolência oriunda do indulto – no caso os crimes de tortura, terrorismo e todos os demais do rol de crimes hediondos da Lei 8072/90.

Ministro Barroso segue discorrendo falando da densa massa carcerária que possui o Brasil – mais de 720 mil presos, sendo que destes mais da metade seriam presos por crimes não violentos, e destes apenas 0,25% condenados por crimes em face da administração pública¹². Cita as incoerências mais do que conhecidas do nosso sistema penal. Segue um intenso roteiro de críticas aos papéis dos benefícios existentes na execução penal, citando em especial a Ação Penal nº. 470 (Mensalão), e argumenta que, ao não abarcar os crimes de colarinho branco, o indulto presidencial serviria de abrandamento injusto para criminosos que causaram grande prejuízo ao país – mas como fazer este contorcionismo legal, quando entre as oportunidades de vedação da Constituição Federal não estão os crimes de colarinho branco? Estaria a discricionariedade do indulto presidencial limitada pelo *“sentimento da sociedade”*?

O legislador constituinte fez questão de prever no art. 84 as competências do chefe do Poder Executivo, faz questão de falar quando a autorização do Congresso será

¹⁰ Parágrafo 22, pág. 13 do voto da relatoria da ADI 5874.

¹¹ Parágrafo 24, pág. 13 do voto da relatoria da ADI 5874.

¹² Parágrafo 26, pág. 13 do voto da relatoria da ADI 5874.

condição *sine qua non* para determinado ato do Presidente. Fez questão também de limitar a discricionariedade do indulto, de forma expressa no art. 5º inciso LVII, mas onde está expresso que o sentimento da sociedade, ou mesmo, que o sistema e a política criminal brasileira estariam, a rigor, acima da própria Constituição? E aqui nos remonta duas das características mais ferrenhas do Realismo Jurídico que influenciam as decisões de Barroso: (i) as decisões são feitas a partir da realidade do contexto social e, (ii) não se respeita uma hierarquia de leis, tal qual, a sugerida por Hans Kelsen¹³.

Este sentimento da sociedade teria o condão de suspender normas claras, regras expressas da própria Constituição? Trazendo as palavras do Professor Lenio Streck: “qual foi o sentido de tanta luta pela democracia e pela inserção expressas de direitos no texto constitucional para simplesmente deixarmos nas mãos de juízes uma discricionariedade que a eles não cabe?”.

Ministro Barroso passa a discutir o caráter de *prevenção geral* das penas no Brasil¹⁴, e que, o excesso de leniência estaria tornando o sistema punitivo brasileiro inócuo, especialmente nos casos de crime de colarinho branco, contextualizando em que medida o indulto traria impactos negativos ao sistema punitivo brasileiro – em momento oportuno trataremos de outro espectro de leniência utilitarista que é feita em relação às Delações Premiadas, em especial no caso de Paulo Roberto Costa, que oferecem benefícios que possuem extensão muitas das vezes até superior que a do próprio indulto presidencial, sem estarem assentadas em base sólida, muitas das vezes oferecendo benefícios que em termos até a própria legislação veda.

O indulto presidencial passa a ser questionado na medida de sua discricionariedade pelo Ministro Barroso: que este benefício encontraria origem nos monarcas absolutistas¹⁵, na inspiração divina, e, reconhecendo que este instituto encontra guarida em diversas democracias do mundo¹⁶, porém, segundo o Ministro

¹³ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 8 ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

¹⁴ Parágrafo 33, pág. 17 do voto da relatoria da ADI 5874.

¹⁵ Parágrafo 36, pág. 17 do voto da relatoria da ADI 5874.

¹⁶ De acordo com o art. 60 da Constituição alemã (*Grundgesetz*), o Presidente Federal exerce o direito de indulto individual em nome da Federação e pode delegar esses poderes a outras autoridades. Nos Estados Unidos, o indulto para crimes federais é concedido ao Presidente de acordo com o Artigo II, Seção 2 da Constituição dos Estados Unidos. Tanto na Inglaterra quanto na Espanha, os soberanos possuem a prerrogativa de conceder o indulto individual, sempre com a recomendação do governo, conforme previsto, respectivamente, na *Prerrogativa Real da Misericórdia* e no art. 62 da Constituição espanhola. Já em Portugal, a graça, sempre individual, é uma faculdade do Presidente da República, conforme o art. 134 da Constituição. Na Itália, a competência presidencial está prevista no art. 87 da Constituição e, na

Barroso, “não de forma ilimitada”, vez que as democracias já ofereceriam mecanismos para abrandar as penas e garantir que essas não se tornassem castigos desumanos (ainda que importe perguntar, o que teria de humano em torturas e penas capitais praticadas por países de democracias sólidas e invejadas, a exemplo do próprio Estados Unidos da América?).

O passo seguinte mostra, ao fio e ao cabo que, a Constituição no raciocínio de um Realista torna-se apenas um elemento que gravita em torno do interesse e da vontade do juiz que decide. Senão vejamos: o fato de entender que a Constituição tenha dado poderes elevados em determinado dispositivo ao Presidente deveria ser encarado apenas se essa discricionariedade permitida ao Presidente é Constitucional ou não é, mas o que se observa é que o Ministro Barroso, não despido do advogado que foi – sim! Pois, o mister do Juiz em essência requer algumas posturas que cabem aos advogados e, naturalmente, que sejam afastadas do ofício do magistrado – passa a advogar a ideia de que democracias conhecidas e sólidas no mundo passaram por um processo de reforma para, justamente, repassar a competência do legislativo indultos de caráter coletivo. Dos casos citados por Barroso, gostaríamos de apresentar o dos Estados Unidos da América¹⁷, vez celeuma quanto ao mesmo ponto já ter sido alvo de escaramuças na história política americana, especialmente de um episódio protagonizado por Abraham Lincoln em que o que o Congresso Americano contestou os limites da discricionariedade do indulto do Presidente da República – o congresso americano entendia que tal poder era demasiado para ser entregue na mão de apenas um homem, no caso, do Chefe do Executivo.

O Congresso Americano, em período da vida republicana contemporâneo a Guerra Civil, em 1862, tentando limitar os Poderes do Presidente – mesmo ao arripio da Constituição – autoriza ao Presidente a concessão de indulto limitado a “*upon certain conditions*”¹⁸. Lincoln, normalmente não concordando com a decisão, acabou vetando a resolução, afirmando que teria a Constituição Americana assegurado ao Chefe do Poder Executivo poder para perdoar com absoluta discricionariedade, e indo mais longe em seu veto, asseverando que a este poder não comportariam restrições nem de ordem judicial ou

França, no art. 17 da Constituição.

¹⁷ Nos Estados Unidos, o indulto para crimes federais é concedido ao Presidente de acordo com o Artigo II, Seção 2 da Constituição dos Estados Unidos.

¹⁸ Quando da oportunidade em que o Congresso americano tentou limitar a competência do indulto a Lincoln “sob certas condições”.

legislativa. Benjamin Harrison em “This country of Ours¹⁹” menciona este ocorrido e narra da seguinte forma

“...this suggestion of pardon by congresso, for such it was”, was discussed in Lincoln’s anual message in these words: “ The Constitution authorizes the executive to grant or with hold the pardon at his own absolute discretion, and this includes the power to grant on terms, as is fully established by judicial and other authorities”²⁰

Lincoln faz uma defesa explícita da discricionariedade “absoluta” do indulto ao Presidente. No caso do Brasil, não teríamos como falar de forma alguma que tal discricionariedade delegada ao Presidente pela Constituição seja “absoluta”- basta observar as próprias hipóteses constitucionais que vedam a possibilidade do indulto.

O que chama mais atenção no argumento do Ministro Barroso é que o próprio Ministro alerta para o caminho legal que deveria seguir uma alteração maior nos limites do indulto presidencial, especialmente o caso da Itália (1992) e da França (2007)²¹ em que o legislativo de cada um desses países promoveu a competente alteração repassando inclusive ao parlamento determinada competência. Isso poderia normalmente servir de boa argumentação no processo político que deveria haver no legislativo para que ocorresse tal alteração, mas em hipótese nenhuma a discricionariedade de uma norma constitucional poderia estar à mercê da “complementação” discricionária de um juiz, quando a este não cabe tal competência. Mas aqui traríamos a pergunta: Como poderia Barroso em uma decisão suplementar, ou, mesmo, derrogar o texto constitucional?²²

Reproduzimos as palavras do Ministro Barroso, nos seguintes termos: “*Deixo em aberto, para discussão em outra oportunidade, a própria constitucionalidade desse formato de indulto coletivo, sem intervenção do Congresso, que me parece extremamente problemática*”²³. Vai mais longe, quanto a não aceitar os poderes do indulto na mão do presidente, e aqui, aparentemente já não se está discutindo apenas a

¹⁹ HARRISON, Benjamin. This Country of Ours. New York: Scribner’s Sons, 1898. (Messages of the President. Vol. VI.

²⁰ ... esta sugestão de perdão por congresso, por tal coisa foi”, foi discutida na mensagem anual de Lincoln com estas palavras: “A Constituição autoriza o executivo a conceder ou manter o perdão a seu próprio e absoluto critério, e isso inclui o poder de conceder em termos, como é totalmente estabelecido por autoridades judiciais e outras autoridades ”

²¹ Parágrafo 37 do voto da relatoria da ADI 5874.

²² Importa salientar que mesmo expediente o Supremo Tribunal Federal utilizou na interpretação inovadora dos limites da presunção de inocência, no caso discutido quanto a possibilidade de prisão em segundo grau. Mesmo ao arpejo do texto constitucional e contra o dispositivo do art. 283 do Código Penal.

²³ Parágrafo 38 do voto da relatoria da ADI 5874.

questão dos limites da discricionariedade do instituto do indulto de ordem privativa do Presidente, nos termos da Constituição, mas verdadeiramente discordando diretamente daquilo que está assentado no texto constitucional. Prova disso é que Barroso continua a indicar a engenharia, já, em momento anterior indicada, onde “as democracias mais sólidas” do mundo aboliram a competência do chefe do Poder Executivo para expedir decretos de indulto coletivo, reservando essa competência ao Poder Legislativo²⁴ – já não é nem de longe o objeto discutido na ADI 5874, mas uma discussão daquilo que o Ministro Barroso não concorda que esteja vinculado ao Chefe do Poder executivo, tal como está apresentado na Constituição Federal.

Ora, no mesmo art. 84 da Constituição Federal, nos incisos que tratam da Declaração de Guerra, do Estado de Sítio, do Estado de Emergência, da Celebração da Paz, todas as competências privativas do Presidente, a Constituição é clara quando da necessidade de consulta ou votação a outro órgão, e em que caráter se daria a consulta ou votação (se facultativamente ou obrigatoriamente), se as decisões do presidente estariam condicionadas a algo, mas curiosamente no inciso XII, que trata do indulto, existe uma previsão de consulta aos órgãos legais que nem ao menos chega a ser obrigatória e não vincula a decisão do próprio Presidente.

Normalmente que se pode não concordar com a Constituição – no máximo esse seria o limite: não concordar, mas daí subjuga-la, a partir de uma decisão daquilo que impera exclusivamente na consciência daquele que decide, ou, mesmo, daquilo que almeja a sociedade é de um profundo ceticismo e é a amostra mais evidente do Poder Judiciário legislando, em franca postura ativista.

Ministro Barroso alega os efeitos de um movimento internacional que combate a corrupção, que deveria ser observado nos termos do que deveria conter o indulto presidencial²⁵ - e continua a colocar a Constituição a orbitar em torno do sentimento da sociedade, do entendimento unilateral de uma discricionariedade exacerbada conferida ao Presidente, e chega ao cúmulo de submeter o próprio entendimento na norma expressa na Constituição a movimentos internacionais – como abordamos aparentemente características básicas do Realismo Jurídico que considera os fatos da sociedade preponderantes perante a própria norma constitucional.

²⁴ Parágrafo 39 do voto da relatoria da ADI 5874.

²⁵ Parágrafo 38 do voto da relatoria da ADI 5874.

Alertando quanto um progressivo abrandamento das penas via indulto nos últimos 30 anos²⁶, apresenta-se no voto uma tabela, onde, uma das principais informações a se deduzir é o aumento progressivo da pena máxima beneficiada pelo indulto, isso ocorrendo principalmente a partir de 2006 – isso talvez se explique em razão da entrada em vigor da Lei 11343/2006 (Lei de Drogas): pesquisas do INFOPEN²⁷ mostram que a população carcerária explodiu a partir da entrada em vigor da Lei de Drogas – em parte, esta explosão se explica por um efeito distorcido do que essencialmente deveria ter ocorrido com a entrada em vigor da lei, entre um dos pontos principais, a questão da inovação da lei que despenalizou o uso de drogas – o fato é que o legislador deixou a critério da discricionariedade do juiz os fatores e as condições do caso concreto que distinguiriam um simples usuário de um traficante. Esse problema, por via das dúvidas, surge exatamente do grau de discricionariedade e subjetivismo deixado em um dos artigos da Lei de Drogas: aqueles que eram para serem tratados como usuários, passam a sumariamente serem classificados como traficantes, recaindo sobre estes todo peso das medidas de “combate ao tráfico” presentes na Lei de Drogas, normalmente tendo como efeito um encarceramento em massa de jovens. E por que cito esta questão? Principalmente por ela estar dentro da visão realista do fato social estar acima dos limites da discricionariedade da Lei – e aqui é preciso fazer justiça e dizer que o próprio Ministro Barroso já criticou os problemas da Lei de Drogas, especialmente os problemas enfrentados quanto a critérios que solucionem as controvérsias, ainda não pacificadas, entre os artigos 28 (uso) e o artigo 33 (tráfico) da respectiva lei, mas o que se debate aqui de fato é a lógica utilizada na aplicação das decisões judiciais em razão de critérios não claros quanto os limites da discricionariedade daquele que julga.

Existem três pontos em especial no voto do Relator da ADI 5874 que gostaríamos de salientar com maior clareza, pois eles identificam as características do protagonismo judicial presente no voto do Ministro. Não bastasse revelam um contexto jurídico em que a Constituição é relegada a segundo plano. Não se trata apenas da discussão do mérito ou não do indulto presidencial, mas sim de toda uma lógica que salta nas decisões do Ministro Barroso quanto a características mais claras da linha de influência do Realismo Jurídico. Um dos pontos também traz a lume um debate secular a respeito da questão da moral corrigindo o direito.

²⁶ Parágrafo 42 do voto da relatoria da ADI 5874.

²⁷ Instituto Nacional de Informações Penitenciárias.

Ministro Barroso alega que o indulto presidencial teria desrespeitado a minuta da proposta estabelecida pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária – órgão composto por diversos profissionais da área e subordinado ao Ministério da Justiça²⁸. Essa minuta passa por uma série de análises e participação de entidades da sociedade civil bem como do parecer de outros órgãos, para posteriormente ser repassada ao Ministro da Justiça e passo seguinte ao Presidente da República²⁹. Continuando parte das características de um Realismo Jurídico que se socorre na facticidade da sociedade para respaldar decisões que fogem, de certo, os limites daquilo que a própria constituição permitiria dentro de um contexto da ação do Poder Judiciário em sua competência de controle de constitucionalidade. Apresenta-se aqui, trecho do relatório do Conselho Nacional de Política Criminal usado por Barroso para ilustrar o “interesse público” e a cruzada (ainda que através de diversos mecanismos constitucionalmente discutíveis) contra a corrupção:

“No atual momento, cuja preocupação maior da sociedade é de ver fortalecida a luta contra a corrupção, resulta plausível que o indulto para as pessoas condenadas por esses crimes não se amoldaria ao interesse público em ver efetivadas as sanções impostas pela prática dessas gravíssimas condutas ilícitas, havendo risco de se verem indultadas pessoas recentemente condenadas por atos de malversação de dinheiro público, trazendo prejuízos para o Estado e para a sociedade, em vários graus de extensão. A guisa de exemplo é trazido à colação que todos, se não a maioria dos apenados, nos autos da ação penal nº 470 foram ou estão sendo indultados”³⁰.

Na esteira dos argumentos já expostos, a proposta também inova ao estampar o artigo 3º contendo a vedação à concessão de indulto e comutação àquelas pessoas sentenciadas, que integrem as chamadas facções criminosas, reconhecidas judicialmente como tais, no momento do julgamento do pedido de indulto ou comutação”.

Tais argumentos são utilizados para justificar uma pretensa “discussão mais ampla a respeito do sistema punitivo brasileiro, devem iluminar a análise sobre os limites do exercício do poder do Presidente da República de conceder indultos coletivos³¹” – a pergunta é se as sugestões e a proposta de controle da discricionariedade de uma competência do Presidente prevista na Constituição poderia estar submetida a um Conselho que, por sua vez, está submetido ao próprio ao Ministério da Justiça, que, por sua vez, está submetido ao Presidente da República. Onde efetivamente estaria esta obrigatoriedade vinculativa do Presidente não prevista na Constituição? Que construção

²⁸ Parágrafo 47 do voto da relatoria da ADI 5874.

²⁹ Parágrafo 48 do voto da relatoria da ADI 5874.

³⁰ Trecho do relatório do Conselho Nacional de Políticas Criminais e de Penas.

³¹ Parágrafo 52 do voto da relatoria da ADI 5874.

teleológica permitiria sustentar um raciocínio de tal natureza – onde a constituição tivesse condicionado o indulto presidencial a um Conselho vinculado a um dos Ministérios do próprio Presidente? Não seria mais fácil enfrentar todo o processo legislativo e fazer na Constituição as alterações necessárias e cabíveis, a ter que viver com decisões judiciais que visivelmente legislam, invadem competências com o argumento de que estão a conter a invasão de competências por parte do Poder Executivo, ainda que aquilo que se denuncia por parte do poder executivo seja competência deste poder estando devidamente assentado no texto Constitucional?

A respeito das próprias palavras de Barroso, a Corte tradicionalmente adotou a “postura de deferência com relação aos decretos de indulto natalino, reconhecendo-o como ato discricionário associado à política criminal”³². Inclusive, em momento pretérito, o próprio Ministro Barroso, “na qualidade de relator, deferiu pedidos de indulto formulados por réus da Ação Penal nº 470, “firme na convicção de que a jurisprudência não pode variar de acordo com o réu”³³. Afinal, o que mudou desde então na visão de Barroso? A escaramuça vivida com Gilmar Mendes a respeito do tema, quando Barroso foi acusado por Gilmar Mendes de ter indultado José Dirceu? A sua convicção de juiz “motor da história”? Barroso encerra conclamando o STF a fazer uma “inflexão” a respeito da questão do indulto Presidencial, e não somente do teor do indulto no caso discutido, dizendo que, esta seria “*uma oportunidade de propor uma reflexão mais profunda a respeito do instituto e do seu progressivo alargamento no direito brasileiro*” - a pergunta que fazemos é se tal responsabilidade não deveria circundar a agenda do parlamento, e não, de forma “ad hoc”, na decisão de um voto a respeito de matéria contida no indulto, pois o que se percebe de fato é que há duas lutas especiais na ação de Barroso: a) garantir que o indulto presidencial não contemple crimes de colarinho branco (ação moralmente compreensível, mas sem regra legal que a sustente sem ativismos por parte da decisão) e, grosso modo, o que mais se debate não é nem ao certo a discricionariedade do indulto do Presidente, mas porque de fato essa discricionariedade estaria constitucionalmente vinculada as mãos do Chefe do Executivo – uma franca discordância do texto legal constitucional do art. 84, XII, da CF/88 – há uma valoração ultra dimensionada da moralidade e do “sentimento da sociedade” em relação a um escárnio com o princípio da legalidade.

³² Parágrafo 53 do voto da relatoria da ADI 5874.

³³ Parágrafo 53 do voto da relatoria da ADI 5874.

Ao falar do princípio da reserva legal e do da estrita legalidade em matéria penal, Barroso deixa mais um ponto contraditório em seus argumentos, quando fala que, seguindo entendimento exarado nos arts. 5º, XLVI, e 48, *caput* da Constituição Federal, caberia ao Congresso Nacional a política criminal de individualização e execução de penas, diz que em anos anteriores o indulto, que tem caráter de política criminal vinculada de forma extraordinária ao Executivo, a corte teria reconhecido essa competência do Executivo³⁴ – Ora, Barroso defendeu o próprio desenvolvimento de políticas criminais quando defendeu a minuta estabelecida pelo Conselho Nacional de Políticas Criminais, Barroso continua a não deixar claro se o problema é uma inconstitucionalidade do Decreto, ou, se é a Constitucionalidade não aceita do poder de indultar nas mãos do Chefe do Executivo: há uma contundente luta em face da Constituição, seja por efeitos ou por conjunturas que ela não favoreça a visão de Barroso, mas definitivamente, em uma democracia não cabe essa alteração constitucional (caso ela houvesse) do simples interesse “justiceiro” e espasmódico de um Ministro, que alicerça seus discursos em um vago e subjetivo interesse social. Barroso vai mais fundo e diz que não seria possível mudar a política criminal traçada pelo legislador³⁵, através de um ato secundário que seria no caso o Decreto discutido na ADI 5768, mas, se isso não seria possível, seria possível o próprio Barroso ignorar e alterar e inserir ao texto constitucional condicionantes ou limitações?

2.1 - Ativismo Judicial: os riscos do Ativismo Judicial para o contexto democrático.

Por fim, Barroso aponta diversos motivos usados ao decorrer do voto para pugnar pela inconstitucionalidade parcial do indulto presidencial pelas seguintes razões: i) contrariou parecer do Conselho Nacional de Políticas Criminais e Penais por não estabelecer no Decreto que os crimes de corrupção não seriam abarcados pelo indulto³⁶; (ii) O decreto, segundo Barroso, carece de “legitimidade democrática finalística” em razão de beneficiar criminosos presos e condenados por corrupção³⁷; (iii) Carece de moralidade e probidade pública³⁸. Enfim, sintetiza parte dos diversos argumentos que discutimos neste trabalho até aqui, votando pela relatoria pela inconstitucionalidade

³⁴ Parágrafo 57 do voto da relatoria da ADI 5874.

³⁵ Parágrafo 58 do voto da relatoria da ADI 5874.

³⁶ Parágrafo 87 do voto da relatoria da ADI 5874. Tópico: A ausência de legitimidade democrática.

³⁷ Parágrafo 89 do voto da relatoria da ADI 5874. Tópico: A ausência de legitimidade democrática.

³⁸ Parágrafo 90 do voto da relatoria da ADI 5874. Tópico: A ausência de legitimidade democrática.

parcial do decreto, e excluindo da possibilidade do indulto os crimes de corrupção: (i) o peculato; (ii) a concussão; (iii) a corrupção passiva; (iv) a corrupção ativa; (v) o tráfico de influência; (vi) os crimes praticados contra o sistema financeiro nacional; (vii) os crimes previstos na Lei de Licitações; (viii) os crimes de lavagem de dinheiro e de ocultação de bens; e (ix) os crimes previstos na Lei de Organizações Criminosas. Como já repisado aqui, não se trata do mérito de concordar ou não com o combate a corrupção. Definitivamente não é isso! O que se discute é a instabilidade criada dentro da democracia quando, utilizando-se de subjetividades e do contexto fático social passasse a decidir sobre algo, não respeitando o rigor da autonomia do direito e, cometendo de forma mais grave aquilo que, em tese, estaria a avaliar: a invasão de competências de um poder sobre outro. A Constituição Federal é simplesmente colocada de lado, e, os fatores sociais, a Lava Jato, o que “eu acredito a respeito do mundo”, o que acredito ser “justo” passa a ser o vetor principal da decisão – sendo que a Constituição Federal e suas regras passaram tão somente a ser ornamento, perfumaria a ser desconsiderada.

Leva-se a crer que, em nome de uma cruzada que entenda ser a sociedade “justa”, a constituição pode ser afastada, a Constituição pode ser ignorada, ou, até mesmo uma regra não prevista em seu texto pode ser exigida em uma decisão sem os reais critérios de atendimento da legalidade e varando de forma ativista a própria competência do Poder Judiciário.

Não devemos olvidar que, haveremos de contar com um surgimento de um Manual de Direito Constitucional comentado a luz da Operação Lava Jato. Ironia que em nome de uma operação, que tem seus méritos normalmente, passe a Constituição que, até então, foi sol deste sistema solar, a gravitar em torno de um pequeno planeta. Talvez a lógica mude e não se procure o “criminoso” a partir do “crime”, mas talvez passemos a decidir sobre o crime a partir do “criminoso” – uma simples metáfora de como nesse episódio, Barroso utilizou de todos os argumentos possíveis (moral, ponderação, prevenção geral, sentimento da sociedade) para amoldar a norma constitucional a um interesse espasmódico que, poderia até ser legítimo, desde que tivesse origem no Legislativo, jamais em seu voto.

Embora ao deslinde, tenha sido vencido o Ministro Luís Roberto Barroso pela votação da maioria da corte, que, decidiu pela constitucionalidade do Decreto Presidencial – a proposta de Barroso, ainda se insere no contexto ativista quanto da inserção judicial de vedação não prevista na Lei e muito menos apresentada no indulto

presidencial, quer seja: a questão da vedação do indulto em relação a pessoas que tenham cometido crimes de corrupção. Como já bastante repisado neste trabalho, o que se discute é que o Ativismo direto daquele que decide a partir de suas convicções, do sentimento social, da opinião pública, não podem submeter a constituição e as leis ao que se quer que elas sejam. Essa conduta fere o Estado Democrático de Direito, na medida em que, a lei passa a ser inexoravelmente aquilo que o Juiz decide, independentemente se suas respostas encontram ressonância na base de tudo, a constituição e as leis. O ativismo judicial, sempre vinculado a vontade exclusiva do julgador, não pode ser apoiado por, aparentemente apresentar uma forma pragmática de solução ao anseio da sociedade pela concretização de direitos, pois definitivamente isso não caberia a apenas a boca de uma pessoa – em contrapartida a defesa da Constituição e do Direito democraticamente produzido (TASSINARI, 2013)³⁹. Não nos é cansativo lembrar que o “objeto de controle de constitucionalidade são normas jurídicas, e não a realidade empírica⁴⁰”

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A discussão a respeito dos limites da Discricionariedade do indulto presidencial tratado na ADI 5874 revela uma série de tônicas que foram apresentadas a partir da análise do voto do Ministro Relator, Luís Roberto Barroso. Ao decorrer do texto, buscou-se exemplificar gradativamente a mistura de influências que Barroso faz na construção de seu voto, objetivando, entre outras coisas, não apenas discutir a constitucionalidade, ou não, do dispositivo apresentado no caso.

A partir de argumentações que se baseiam no “sentimento da sociedade”, na moral, observa-se que, Barroso, acredita que a realidade social e a moral podem normalmente estar acima da própria Constituição. E não só isso, Barroso discute suas não concordâncias com as competências constitucionais em vigor, a partir de argumentações que extrapolam o próprio contexto do objeto em análise: Ora, se não concordo com tal dispositivo constitucional que atribui determinada demanda ao Presidente e este dispositivo está sujeito à alteração, observado o rigor que a ele está previsto constitucionalmente, que então se faça o debate no poder que tem competência para tal.

Não se pode, por argumento de preservação da Lava-Jato, ou, o “sentimento da sociedade” romper com os próprios limites que a Constituição definiu para aqueles os quais estão responsáveis pelo julgar. O Ativismo Judicial desnuda a vontade daquilo que “um” acha que é certo, sobre a estrutura democrática construída pelo “todos” para

³⁹ TASSINARI, Clarissa. Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013; Pág. 108.

⁴⁰ Cf. pág. 272, STRECK, Lenio Luiz. ADPF 347: A questão prisional, Estado de Coisas Inconstitucional e HC coletivo 143.641, In: 30 anos da CF em Julgamentos – uma radiografia do STF. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018.

evitar que um dia, “um” se impusesse sobre os demais, pelo simples motivo de acreditar que estava demasiadamente certo. Pode-se observar de como o contexto do Realismo Jurídico se amolda tão bem as argumentações do Ministro Barroso, desde o enfoque a realidade social e a um não respeito da hierarquização normativa das leis – algo tão característico na escola do Realismo Jurídico.

A busca de Ronald Dworkin por escolhas certas e decisões justas nos faz pensar que a defesa da Constituição, roteiro básico de nossa história, seja o caminho mais seguro e justo para a concretização da justiça. A constituição e as leis não podem estar submetidas à conveniência, ou, o que “eu” acho correto, e se assim não concordar, que a altere nos limites e junto ao poder competente para isso, mas até lá, ela deve ser obedecida. Goste-se ou não dela!

REFERÊNCIAS

- CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo AndradE. *”Ronald Dworkin: de que maneira o Direito se assemelha a Literatura?”* In: TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães; COPETTI NETO, Alfredo (Orgs.). *Direito e Literatura: Ensaio críticos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- HARRISON, Benjamin. *This Country of Ours*. New York: Scribner’s Sons, 1898.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 8 ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.
- OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Financiamento de campanha e o STF como “Motor da História”* – Coluna do Conjur, de 04 de janeiro de 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-jan-04/diario-classe-financiamento-campanha-stf-motor-historia>
- STRECK, Lênio Luiz; *Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte (MG): Letramento, 2017.
- _____. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* – 6. Ed.rev. e atual. de acordo com as alterações hermenêutico-processuais dos Códigos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2017;
- _____. *Verdade e Consenso* – 6. ed. rev. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2017.
- _____. *30 anos da CF em 30 julgamentos: uma radiografia do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2018;
- TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013;