

Ladeira: Entre a politização e o suicídio institucional

21/02/2021

No debate sobre a decisão do Supremo Tribunal Federal proferida no Inquérito (INQ) 4781 determinando a prisão do deputado Daniel Silveira (PSL-RJ), é necessário evitar duas posições, na minha opinião igualmente equivocadas.



De um lado, devemos evitar normalizar a decisão:

sejam honestos, não se trata do exercício regular de típicas competências judiciais. Pelo contrário, os argumentos estritamente "técnicos" apresentados em defesa da decisão são, no mínimo, contestáveis. Além disso, a decisão carrega consigo o risco evidente estimular novas arbitrariedades por parte dos membros do sistema de justiça. Por outro lado, devemos evitar também uma posição que, em nome de um "principalismo" moralista e dogmático, exija das instituições de um Estado constitucional democrático uma postura que no limite poderia levar ao suicídio institucional.

Quanto ao primeiro ponto, a decisão não deve ser normalizada e devemos reconhecer publicamente sua precariedade técnica. A princípio, deveria ser suficiente a leitura do artigo 53 da Constituição: "*Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos*". E a Constituição não prevê expressamente exceções a essa disposição. Ora, Daniel Silveira é um deputado, ele fez um discurso, portanto deveria fazer jus à "inviolabilidade penal". Como é sabido, no entanto, essa interpretação literal do referido dispositivo há anos caiu em desuso na corte, que tem mantido o entendimento segundo o qual o discurso só é protegido se possuir conexão com o exercício do mandato, não prevalecendo a imunidade para discursos que possam promover ou estimular crimes. Por exemplo, é o caso do INQ 3932, no qual é réu o então deputado federal Jair Bolsonaro, denunciado por incitação ao crime de estupro em função de discurso proferido contra a deputada federal Maria do Rosário (PT-RS).

Além disso, o §2º do mesmo artigo 53 acrescenta outra proteção ao parlamentar: "*Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em*

flagrante de crime inafiançável". É necessária a presença de ambos: "crime inafiançável" e "flagrante delito". É sabido que a Lei 7170/83, a Lei de Segurança Nacional (LSN), tipifica como crimes diversas condutas que possuem no discurso proferido pelo deputado um exemplo concreto formidável. É o caso do artigo 22, I: "*Fazer, em público, propaganda: I – de processos violentos ou ilegais para alteração da ordem política ou social*". Mas mesmo desconsiderando as dificuldades técnicas da afirmação da natureza "inafiançável" desses crimes, permanece o fato de que Daniel Silveira detém mandato parlamentar e a Constituição é hierarquicamente superior à Lei de Segurança Nacional. Portanto, a LSN (inferior) não poderia criar uma exceção prevista pela Constituição (superior).

Também a existência do flagrante é tecnicamente duvidosa e algo criativa. É verdade que a definição de "flagrante" nesse caso é compatível com aquela adotada pelo STF no precedente da prisão do senador Delcídio Amaral (PT-MS) em 2015, na Ação Cautelar (AC) 4039. Naquela oportunidade, a inovadora decisão da corte determinando a prisão do então líder do governo federal causou enorme impacto político, ajudando a impulsionar o início do processo de impeachment de Dilma Rousseff. Mas segue sendo um tanto estranho expedir mandado judicial para prisão de um crime em... flagrante delito!

O fato é que há anos a corte vem demonstrando enorme desenvoltura para flexibilizar, quando não simplesmente ignorar, as proteções constitucionais aos mandatos parlamentares. E também as típicas competências do presidente da república para nomear ministros de Estado passaram a ser revistas com argumentos "jurídicos" bem pouco defensáveis, como foi o caso da suspensão da nomeação do ex-presidente Lula para ocupar o cargo de ministro-Chefe da Casa Civil às vésperas da decisão da Câmara dos Deputados autorizando o afastamento da então presidente em 2016, nos Mandados de Segurança (MS) 34070 e 34071. Além disso, nesse período o STF chancelou as inúmeras "heterodoxias" praticadas pelos promotores e juízes da operação "lava jato" que, em termos práticos, significaram a suspensão de inúmeras garantias constitucionais de réus em processos penais, tais como a proteção contra a prisão antes do trânsito em julgado da condenação criminal. Tudo isso com as evidentes e bem conhecidas consequências para o resultado das eleições de 2018.

Por fim, é inegável que a prisão do deputado Daniel Silveira comporta também o risco de novas arbitrariedades sejam praticadas em cascata pelos integrantes do sistema judiciário. Para qualquer concepção razoável de Estado de Direito, deveríamos evitar atribuir a juízes e promotores, com suas simpatias ideológicas particulares e limitações demasiado humanas em termos de conhecimento e altruísmo, o poder de punir cidadãos em função de seus discursos políticos. Essa não é e não deveria ser mesmo uma típica competência judicial.

Mas, afinal, o que então o STF deveria fazer neste caso? Deveria rever neste momento a jurisprudência ultra-ativista que caracterizou os últimos anos, adotando uma postura de formalismo e respeito estrito ao texto constitucional? Após anos promovendo intensa judicialização de toda sorte de matérias essencialmente políticas, sempre motivado pelos aplausos efusivos da ampla maioria da "opinião publicada" e agindo em detrimento da autoridade do Poder Legislativo — quando não corroborando um senso comum de criminalização da política representativa, o STF deveria promover uma súbita guinada interpretativa rumo à autocontenção judicial? Justo agora quando, após décadas de estabilidade

das instituições democráticas, alguns oficiais graduados das Forças Armadas parecem ter perdido todo o constrangimento para fazer ameaças, buscando influenciar decisões do próprio STF? Justo agora que forças políticas organizadas proclamam abertamente a defesa de golpes militares, a começar pelo próprio presidente da República, com sua conhecida popularidade entre segmentos jovens do baixo oficialato e das polícias militares?

Acredito que o caso presente exemplifica uma espécie absolutamente excepcional de situação que autoriza o exercício de um poder de autodefesa das instituições democráticas. Afinal, um efetivo compromisso com princípios constitucionais democráticos (aliás, com princípios de qualquer natureza) demanda sempre avaliar as consequências concretas das ações destinadas a promover esses princípios. E isso é assim especialmente nos casos extremos.

No caso específico, não se trata apenas de um parlamentar desvairado cujas opiniões esdrúxulas, embora ofensivas à honra e dignidade de muitas pessoas, estão protegidas pela liberdade de expressão. Trata-se de uma liderança política ativa, com considerável capacidade de influência entre integrantes das corporações armadas de Estado, em especial as políticas militares, e de uma massa cada vez maior de militantes radicalizados, muitos dos quais também armados. Um autoproclamado inimigo da ordem constitucional democrática, que instrumentaliza a proteção constitucional aos mandatos parlamentares para conclamar seguidores fanáticos a cometer crimes essencialmente políticos, que atentam contra a integridade física de integrantes das instituições como o próprio STF. Crimes cujo objetivo de longo prazo é o estabelecimento de um regime que nega a seus cidadãos o mesmo direito fundamental à liberdade de expressão que o deputado em questão agora curiosamente apela.

Uma ordem constitucional tem não apenas o direito, mas o dever de defender sua própria existência contra inimigos, mesmo quando inexistente expressa previsão constitucional nesse sentido [1]. É um pressuposto lógico e existencial de qualquer comunidade política concreta, inclusive as que prometem o respeito ao Estado de Direito e à democracia. Rejeitar tal dever político-existencial implicaria aceitar a existência de um direito subjetivo público a utilizar todos os meios e procedimentos legais para promover a subversão da ordem democrática e sua substituição por uma autoritária. Isso carece por completo de sentido. No âmbito das normas de direito privado, que regulam sobretudo as relações entre particulares, é aceita a figura do "abuso de direito" para considerar ilícitos atos que, a despeito de formalmente compatíveis com as leis civis, produzem consequências que deformam radicalmente os propósitos aos quais ela se destina. Ora, ainda maior razão existe para aplicar raciocínio similar à proteção das instituições fundamentais do direito público, cuja regular existência é pressuposto necessário à plena vigência das leis civis.

Devemos reconhecer todas as precariedades técnicas da decisão do STF no INQ 4781. Não é possível nem prudente tentar disfarçá-las. Exatamente por isso a decisão deve ser absolutamente excepcional, justificada apenas pela existência de risco real à integridade das instituições democráticas. Como foi dito, é uma decisão que carrega consigo o potencial de arbitrariedades em cascatas. No entanto, a alternativa "principalista" possui um risco ainda maior, posto que recomenda uma abrupta guinada jurisprudencial capaz de privar a corte dos meios necessários à defesa de sua própria existência, no exato instante em que essa ameaça tornou-se real e não peça de retórica vazia. Numa expressão, o risco de suicídio institucional.

Nos anos seguintes à complexa construção política que permitiu a transição democrática e a promulgação da Constituição de 1988, as seguidas composições do STF encontraram no ambiente de estabilidade institucional as condições propícias para ampliar cada vez sua própria autoridade. Ao invés de um "guardião" da ordem constitucional democrática, o STF foi muito mais uma instituição beneficiada por essa ordem, para cuja manutenção sua colaboração foi superestimada. Para isso foi útil também o arsenal ideológico-doutrinário que, hegemônico nas universidades e nos tribunais nas últimas décadas, divulgou à exaustão discursos legitimadores da expansão da autoridade judicial em detrimento da política parlamentar e representativa. Por isso, se e quando o país conseguir uma vez mais "constitucionalizar" sua vida política, será necessário um movimento institucional análogo ao ocorrido na década de 1980, quando os militares retornaram às casernas: que os integrantes do sistema judiciário também retornem aos seus respectivos quartéis, abandonando a intensa "judicialização da política" que marcou os últimos anos. Afinal, como observou Carl Schmitt nos conturbados anos finais da República de Weimar, *"se o Judiciário se expandir para um assunto que não pode mais ser judicial, o judiciário só poderá ser prejudicado. Porque (...) o resultado não seria uma juridificação da política, mas uma politização do judiciário"* [2]. É por isso que, mesmo concordando com a decisão no INQ 4781, é necessário insistir que o tribunal não deve ser visto ingenuamente como um benevolente guardião da ordem democrática, isento de responsabilidade pela crise institucional quase permanente na qual nos encontramos. Ao contrário, a corte não apenas integrou o jogo político nas últimas décadas como, mais que isso, colaborou para corroer a autoridade das instituições que agora — em defesa de sua própria sobrevivência — é obrigada a defender.

[1] Sobre a ideia de "auto-defesa das instituições", cf. Barber, Nicholas W., *Self-Defence for Institutions* (November 6, 2014). (2013) 72 *Cambridge Law Journal* 558-577.

[2] SCHMITT, Carl. *Der Hüter der Verfassung*. 5ª ed. Berlin: Duncker & Humblot, 2016 [1931], p. 22. Sobre o tema, ver também OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. *Judicialização da Política, Auto-restrição judicial e a Defesa da Constituição: algumas lições de Carl Schmitt em Der Hüter der Verfassung*. *doispontos*, Curitiba, São Carlos, volume 17, número 2, p. 63-84, dezembro de 2020.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2021-fev-21/ladeira-entre-politizacao-suicidio-institucional/>