

Caso Daniel Silveira: a pena e o Princípio da Proporcionalidade

08/12/2022

A CF, em seu artigo 5º, IV, proclama ser livre a expressão do pensamento e, no caso de deputados federais e senadores, garante a imunidade civil e penal por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos.



Fernando Capez
procurador de Justiça

Supondo estar acobertado pela liberdade de manifestação e garantido pela imunidade

material, o deputado federal Daniel Silveira postou vídeos questionando o sistema democrático brasileiro, convocando as Forças Armadas para intervir no STF e a ofendendo ministros daquela corte.

Nos vídeos, Silveira falou: "*a Justiça Eleitoral e o STF não vão mais existir porque nós não permitiremos*" e sugeriu dar uma "*surra bem dada*" em um dos ministros, naquilo que foi considerada ameaça à independência do Poder Judiciário e à integridade física de seus membros.

O Ministério Público Federal propôs a **Ação Penal** nº 1.044 perante o STF pelos crimes de **coação no curso do processo**, por três vezes (CP, artigo 344), **incitação à animosidade** das Forças Armadas contra os poderes constitucionais (previsto à época na Lei nº 7.170/83, artigo 23, II, e, atualmente, no CP, artigo 286, parágrafo único) e **tentar impedir ou restringir**, com emprego de violência ou grave ameaça, o **exercício dos poderes constitucionais**, por duas vezes (previsto à época na Lei nº 7.170/83, artigo 23, IV c.c. artigo 18, e atualmente no CP, artigo 359, L).

Quando as ofensas e ameaças foram proferidas por Silveira, **os delitos de incitação à animosidade e restrição dos poderes constitucionais estavam previstos pela Lei de Segurança Nacional** (Lei nº 7.170/83), mas com a revogação desta, passaram a ser tipificados pelo próprio CP, em verdadeira continuidade típico-normativa.

Absolvido, a pedido do MPF, do crime de incitação à animosidade, acabou **condenado** pelas demais infrações à pena de **8 anos e 9 meses de reclusão** em regime fechado e ao pagamento de 35 dias-multa no valor unitário de cinco salários-mínimos. Teve ainda decretada a **perda do mandato** e a suspensão de seus direitos políticos, como efeito da condenação.

A defesa alegou: (a) suspeição do ministro relator, uma vez que ele havia sido vítima das ofensas, sendo incabível a reunião na mesma pessoa da condição de vítima e juiz; (b) violação à garantia constitucional da livre expressão do pensamento (CF, artigo 5º, IV); (c) inviolabilidade de deputados e senadores por quaisquer de suas opiniões, palavras ou votos (CF, artigo 53); (d) ilegalidade da prisão, tendo em vista que os membros do Congresso Nacional somente poderão

ser presos em flagrante por crime inafiançável e desde que os autos sejam remetidos à respectiva Casa, em 24 horas para deliberação pela maioria de seus membros (CF, artigo 53, § 2º).

Na análise de todo esse triste episódio, importa preliminarmente anotar que inúmeros dispositivos da vetusta Lei de Segurança Nacional (Lei nº 7.170/83) não foram recepcionados pela nova ordem constitucional, tendo em vista a incompatibilidade histórica entre os valores do regime de exceção vigente à época de sua entrada em vigor e o novo perfil político constitucional inaugurado pela CF de 1988, assentado no Estado Democrático de Direito e na dignidade da pessoa humana.

A esse respeito bem anotou o jurista e hoje ministro do STF Luis Roberto Barroso:

"..superação histórica do regime que tinha como um dos fundamentos a ideologia da segurança nacional, e toda a carga autoritária que dela decorria. Por tal razão, a própria locução segurança nacional ficou praticamente fora de seu texto. No Título V, incorporando o ideário vitorioso, a Carta emprega a terminologia compatível com a nova ordem: Da Defesa do estado e das Instituições Democráticas" [1].

A Lei nº 7.170/83, no entanto, também tutelava o regime democrático e a defesa da ordem jurídica, razão pela qual não houve completa incompatibilidade com a CF de 1988. Nesse sentido, Rogério Sanches Cunha e Ricardo Silveiras:

"Portanto, não se pode simplesmente afirmar que toda a lei estava totalmente contaminada pelo vício autoritário de origem. Era necessário, isso sim, analisar cada um de seus dispositivos para estabelecer, caso a caso, quais sobreviveram à nova ordem constitucional e interpretá-los à luz da CF de 1988. (...), discordamos de que todos os fatos nela tipificados afastam-se dos princípios e conceitos que inspiraram a reconstrução democrática do país. Aliás, alguns desses fatos típicos, mutatis mutandis, aparecem na nova Lei n. 14.197/21" [2].

Ocorreu o seguinte. Quando Silveira postou os vídeos, estava em vigor a Lei nº 7.170/83 (Lei de Segurança Nacional), tipificando suas condutas nos artigos 23, IV c.c. 18 e 23, II. Posteriormente, operou-se a revogação da LSN pela Lei nº 14.197, de 2 de setembro de 2021, a qual continuou considerando crime as postagens de Silveira, só que agora previstas no CP, artigo 359, L. Não se operou a atipicidade absoluta das condutas, mas mera transmutação para dispositivo incriminador diverso.

No que tange ao direito fundamental da liberdade de expressão e a inviolabilidade das opiniões, palavras e votos do parlamentar, nosso ordenamento jurídico adotou a concepção de "liberdade responsável", na qual foram estabelecidos parâmetros explícitos (vedação ao anonimato, direito de resposta, indenização por danos morais) e implícitos, com sua relativização em casos como difusão de ideologias racistas, discriminatórias, xenófobas, dentre outras. De igual forma, a investidura em um mandato eletivo não leva ao mandatário um salvo conduto para propagação de todo tipo de impropérios. A imunidade deve ficar adstrita às atribuições condizentes com o cargo de parlamentar, abrangendo as críticas e ideias compatíveis com o exercício de seu mandato.

Nesse sentido, estabeleceu o novo artigo 359-T do Código Penal que: *"Não constitui crime previsto neste Título a manifestação crítica aos poderes constitucionais nem a atividade jornalística ou a reivindicação de direitos e garantias constitucionais por meio de passeatas, de reuniões, de graves, de aglomerações ou de qualquer outra forma de manifestação política com propósitos sociais".*

Lamentavelmente, contudo, as falas de Silveira foram muito além da crítica. Exigir o fechamento da corte e a extinção de um órgão do Poder Judiciário extrapolam o âmbito de proteção dos mandamentos constitucionais.

Como bem frisaram os ministros do STF, a Constituição não garante a liberdade de expressão como escudo protetivo para atividades ilícitas, e admitir o contrário serviria como legitimação do uso dos pilares democráticos em favor daquele que os quer destruir. Não restam dúvidas de que conclamar o povo a invadir o STF, dar uma surra nos ministros e jogá-los em uma lixeira se adequa tipicamente ao CP, artigo 359-L ao *"Tentar, com o emprego de grave ameaça, abolir o estado Democrático de Direito, impedindo ou restringindo o exercício dos poderes constitucionais"*.

Não existem, em nossa Constituição, princípios com valor absoluto, de modo que a aplicação de um princípio, enquanto comando de otimização vago e genérico, não pode excluir por completo a incidência de outro. Diferentemente das regras, que impõem determinações específicas sob pena de punição, o princípio constitui um feixe de valores de aplicação recomendável, desde que haja possibilidade concreta e contanto que esteja em harmonia com outros princípios. Ou seja, um princípio jamais revoga outro.



Como bem lembra Rodrigo Capez, "*se houver fundamentação constitucional para a intervenção, não se tipificará uma violação, mas sim uma restrição constitucional ao direito fundamental*". Em outra passagem de sua obra, o magistrado paulista observa que "*os princípios não contêm um mandamento definitivo, mas apenas prima facie, isto é, representam razões que podem ser afastadas por razões antagônicas... Todos os princípios podem colidir e, no caso concreto, é que se estabelecerão sob quais condições um deles prevalecerá e o outro terá de ceder*" [3].

Não existem garantias absolutas ou princípios que se sobreponham de modo definitivo, sendo necessária a harmonização entre eles, de modo que um não elimine por completo o outro.

A pena de 8 anos e 9 meses de reclusão em regime fechado, no entanto, aplicada a um crime cometido somente com palavras, fugiu aos padrões de proporcionalidade, notadamente quando comparada às penas de delitos cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa.

O legislador, há muito, tem atuado de forma errática e assistemática, procurando atender aos reclamos momentâneos da mídia e a conveniências ocasionais. Por pior que tenham sido as colocações de Silveira, ele não coagiu para obter vantagem indevida (CP, artigo 316), não praticou corrupção passiva (CP, artigo 317), nem roubo (CP, artigo 157), tentativa de homicídio (CP, artigo 121, c.c. artigo 14, II) ou lesão corporal grave, gravíssima ou seguida de morte, (CP, artigo 129, §§ 1º, 2º ou 3º).

É imperioso que o Congresso Nacional, nessa próxima legislatura, promova uma ampla revisão e consolidação legislativa penal, organizando as sanções mediante critérios de lógica e proporcionalidade. De resto, a concessão da medida de graça presidencial ao parlamentar condenado refletiu uma reação à retribuição penal excessiva.

De se lamentar também o fato de o parlamentar ter respondido preso ao processo, ante o reiterado descumprimento das medidas cautelares previstas no artigo 319 do CPP, contribuindo ainda mais para a sensação de que sofreu gravíssimo gravame em comparação à sua insensata verborragia. A prisão preventiva não constitui a regra em nosso ordenamento jurídico e só pode ser imposta quando não houver nenhum outro meio de assegurar a eficiência do processo, sendo imprescindível a demonstração real e não meramente retórica do *periculum libertatis* e da insuficiência de outra medida acautelatória menos invasiva. Existem várias opções ao encarceramento provisório no mencionado artigo 319 do Estatuto Adjetivo. Essa a orientação pacífica do próprio STF, razão pela qual se espera que todo esse lamentável ocorrido seja um caso excepcional e jamais paradigmático.

[1] BARROSO, Luís Roberto. *A superação da ideologia da segurança nacional e a tipificação dos crimes contra o estado democrático de direito*. Revista de Estudos Criminais, n.9, vol. 2, p. 71-79, 2003, p. 73.

[2] CUNHA, Rogério Sanches; SALVARES, Ricardo. *Crimes contra o Estado Democrático de Direito*. São Paulo. Ed. JusPudivm, 2021, p. 29.

[3] Capez, Rodrigo. *Prisão e medidas cautelares diversas da prisão*, SP, Quartier Latin, 2017, pgs. 51, 60 e 83.