

A prisão de Daniel Silveira e os paradoxos processuais

Vamos recordar que lá no início de 2019, diante dos ataques ao STF e divulgação de fake news, foi instaurado — de ofício — **pelo ministro Dias Toffoli o Inquérito 4781**, designando o **advogado Aurio Lopes Jr.** como autoridade investigadora. E aqui começamos com o jogo dos (no processuais):



— Paradoxo 1: inquérito instaurado de ofício (violação clara do sistema

acusatório) e com a designação de um ministro (juiz natural?) que passou a determinar diligências de ofício, com buscas e apreensões, quebras de sigilo bancário, fiscal etc., ordens judiciais contra sites de notícias e redes sociais, e até mandados de prisão, tudo isso sem qualquer pedido do MPF ou da autoridade policial, no mais típico *protagonismo judicial inquisitório*. Não tardou para que a PGR Raquel Dodge fizesse uma manifestação alertando da violação escancarada do sistema acusatório constitucional e postulando o arquivamento, que não foi acolhido (!). Interessante como o STF insistiu — e insiste em investigar, mesmo quando o acusador já disse que não concorda e não iria acusar. Mais do que isso, ainda que sem a competência para tanto, o STF teima investigar o que depois irá julgar (?), como veremos a seguir.

Spacca

**Janaina Matida**Professora de Direito
Probatório

— Paradoxo 2: quando um ministro ou seus familiares são vítimas de um

crime, a competência para apuração das infrações é da Polícia Civil ou da Federal, em paralelo com o Ministério Público. Jamais pode o próprio STF avocar com base em regra regimental uma competência não existente na Constituição da República (artigo 102). E é nesse ponto que se insere o paradoxo dentro do paradoxo. O Regimento Interno do STF atribui a prerrogativa ao presidente de instaurar inquérito ou de designar a atribuição a outro ministro se ocorrer infração à lei penal na sede ou dependência do tribunal que envolva autoridade ou pessoa sujeita à sua jurisdição. Fora aplicado ao caso o parágrafo 1º, que dispõe que "*nos demais casos*" pode o presidente proceder da mesma forma ou "*requisitar a instauração de inquérito à autoridade competente*". No entanto, a expressão "demais casos" deveria ser entendida como aqueles que não envolvam autoridade ou pessoa sob jurisdição do STF, mas que ainda assim *ocorram nas dependências do tribunal*. Entender como hipótese de *contempt of court* e a partir daí considerar legítima a atuação da corte seria romper com a normatividade em nome da conveniência, além de escapar à lógica de aplicação do instituto segundo a dinâmica da *common law*. O Judiciário não pode se defender por si, aliás, a proibição de ser juiz em casos em que se é vítima é um dos pilares do Estado democrático. Logo, fazer subir a investigação não sendo competente para conhecer da ação penal é um profundo equívoco. A futura ação penal, se for o caso, não seria da competência para julgamento do STF.

Spacca



— Paradoxo 3: esse inquérito inquisitório sobreviveu e seguiu aberto,

representando uma *fishing expedition defensiva* do próprio STF, que parece não acreditar e não confiar nas instituições as quais a Constituição atribuiu o poder de investigar, ou seja, Ministério Público e Polícia Judiciária.

— Paradoxo 4: em fevereiro de 2021 surge o inusitado mandado de prisão em flagrante expedido pelo ministro Alexandre de Moraes contra o deputado federal Daniel Silveira. E aqui um parêntese: nenhuma dúvida sobre a gravidade e reprovabilidade desse ataque absurdo a instituições e pessoas, que merece total repúdio e necessária apuração e punição. Depreciamos tudo o que ele representa, mas não se combate fascismo e prepotência com autoritarismo e ilegalidade. A insólita decisão do ministro Alexandre de Moraes (também vítima dos crimes contra a honra perpetrados) de determinar a prisão em flagrante gerou intenso debate. De um lado aqueles que sustentam não se tratar de crime permanente, mas, sim, um crime instantâneo de efeitos permanentes. Nesse caso, a prisão em flagrante é ilegal *ab initio*. De outro, aqueles que admitem a tese do ministro — de que existe crime permanente — e, portanto, a teor do artigo 303 do CPP, haveria uma situação de flagrante igualmente permanente. Finalmente, aqueles que sustentam que, embora seja crime instantâneo, a prisão ainda se qualificaria justificadamente como em flagrante pois realizada "logo após", tal como previsto na disposição legal. No entanto, mesmo reconhecendo plausível este entendimento é preciso atentar para o fato de que não foi essa a fundamentação concretamente empregada pelo ministro Alexandre de Moraes. Sobre a decretação de ofício, cabe sublinhar que, como não se tratou de prisão preventiva, na?o haveria nada de ilegal, ate? porque, segundo o artigo 301 do CPP, *qualquer pessoa do povo pode e as autoridades devem prender quem estiver em flagrante delito*.

Spacca

**Marcela Nardelli**Professora de Direito
Processual

— Paradoxo 5: um deputado federal apenas pode ser preso em flagrante

delito por crime inafiançável, sendo o rol desses crimes estabelecido pela Constituição. Aqui o ministro Alexandre fez um contorcionismo jurídico invocando o artigo 324, IV, do CPP e desconsiderando que ali se prevê uma situação de inafiançabilidade (pois se cabe prisão preventiva e ela é necessária, existe uma incompatibilidade lógica em relação à concessão de fiança) que não se confunde com o rol de crimes inafiançáveis previstos na Constituição (e que não se encaixavam no caso em questão).

— Paradoxo 6: a prisão em flagrante não pode manter alguém preso por si só, sem a decretação de prisão preventiva ou temporária. É uma medida pré-cautelares, precária (tanto que pode ser efetivada por qualquer pessoa) que vige até a apresentação na audiência de custódia. Hoje, o deputado está submetido a uma prisão absolutamente ilegal, pois flagrante não é um título prisional válido para prolongar-se

**Alexandre Morais da Rosa**

Juiz de Direito - SC

— Paradoxo 7: por ser um deputado federal, imprescindível a validação da

prisão pela Câmara dos Deputados (artigo 53, §2º, da CF). Por ser um preso ou detido, imprescindível ainda a audiência de custódia. Mas qual a ordem desses atos? Pela lógica, primeiro a Câmara dos Deputados deve validar ou não a prisão em flagrante e, somente após, se validada, deve-se seguir a realização da audiência de custódia, de modo a que se discuta e se decida sobre a prisão preventiva (se pedida) ou a substituição por medidas cautelares diversas (artigo 319). Tudo, contudo, foi feito às avessas.

Foi marcada uma audiência de custódia que não cumpriu com a sua função, a qual, ao mesmo tempo, provou-se inútil, pois a prisão ainda não havia sido avalizada pela Câmara dos Deputados. A audiência de custódia serve para avaliar — em contraditório e com oralidade — dois aspectos básicos, desenhados no artigo 310 do CPP: analisar se o flagrante é legal (homologar) ou ilegal (relaxar a prisão). Se legal (e o plenário do STF havia se manifestado nesse sentido, não passou de um faz de contas, nesse caso), obrigatoriamente deveria ter analisado se cabível a prisão preventiva (ou temporária), *desde que* existisse pedido expresso (nada de conversão de ofício, ilegalidade que está superada). Então caberia ao juiz a verificação da presença/ausência de *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis* para — se presentes —, em primeiro lugar, substituir pelas medidas cautelares constantes do artigo 319, quando adequadas e suficientes, ou, na hipótese de que incabíveis estas cautelares diversas, *apenas em último caso* (verdadeira *ultima ratio*), então, passar à decretação da prisão preventiva.

Os paradoxos, que a esta altura já são abundantes, não param por aqui.

O PGR já ofereceu no STF, em tempo recorde e nunca visto, a denúncia contra o deputado federal. Mas compete ao STF processar e julgar, já que o réu tem prerrogativa de função? Não! Conforme entendimento consolidado pelo próprio STF na AP 937, somente será julgado no STF se o crime for praticado durante o exercício do mandato e tiver relação com o exercício das funções, isto é, *propter officium*. E, nesse caso, a própria denúncia já ofertada no STF afirma categoricamente que não há imunidade material pelas palavras porque as declarações dele não têm relação com o mandato. Em todos os casos similares, diante da ausência da prática de ato vinculado ao cargo, o STF declinou a competência para o primeiro grau.

Inclusive, se ele renunciar antes de encerrada a instrução (como já se cogitou na mídia), não haverá *perpetuatio jurisdictionis*, pois outra criação do STF na AP 937 é exatamente esta: a partir do princípio da atualidade do exercício da função, se ele for cassado ou renunciar antes de encerrada a instrução, o feito deverá ser redistribuído para o primeiro grau, pois o STF não julga ex-deputado.

Enfim, além de todos esses atropelos, o STF ainda terá de engolir o entendimento restritivo da prerrogativa que ele mesmo criou, para poder julgar esse caso em que seus ministros são vítimas. Um casuísmo absurdo, autoritário e preocupante. O respeito às regras do jogo e do juiz natural é fundamental. É fácil defendê-las para quem gostamos, mas o compromisso com a democracia impõe a sua defesa principalmente em favor daqueles de quem não gostamos. Não custa lembrar: "democracia seletiva" não existe.

Date Created

26/02/2021