

**O “CASO DANIEL SILVEIRA” À LUZ DO MODELO ESTRATÉGICO DE TOMADA DE DECISÃO: Legalidade da prisão ou reação institucional?**

**THE “DANIEL SILVEIRA CASE” IN THE LIGHT OF THE STRATEGIC DECISION-MAKING MODEL: Legality of prison or institutional reaction?**

Fabrício da Silva Raposo\*

**RESUMO**

O presente artigo possui o escopo de apresentar reflexões a respeito da decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal que determinou a prisão em flagrante do deputado federal Daniel Silveira, a partir de uma perspectiva não-convencional, que diz respeito ao modelo estratégico de tomada de decisão. Para isso, traça um breve histórico acerca do contexto que levou a Suprema Corte a determinar o recolhimento do parlamentar, bem como traz digressões acerca dos modelos mais expoentes de tomada de decisão presentes na literatura. A hipótese é a de que o processo de tomada de decisão não está adstrito ao conteúdo jurídico posto, mas também é influenciado por fatores alheios ao direito. A pesquisa delimita-se no contexto da decisão tomada pelo Ministro do STF Alexandre de Moraes, utilizando-se da pesquisa bibliográfica, por meio do método indutivo, para responder a problemática do estudo: a determinação de prisão em flagrante do parlamentar encontra respaldo na legislação? Defende-se ao final a tese de que a referida decisão está pautada no modelo estratégico de tomada de decisão, que diz respeito à perseguição de objetivos político-jurídicos pelo juiz, através de uma profunda reflexão acerca dos fatores e atores relevantes no contexto fático, que podem influenciar no processo de decidir, bem como levar os juízes a proferir, estrategicamente, decisões que vão de encontro a suas crenças e posicionamentos pessoais. Verifica-se com a pesquisa a necessidade de se analisar as decisões tomadas pelos juízes, sobretudo pelos órgãos colegiados, a partir de uma perspectiva que escapa ao direito e que não pode ser simplesmente ignorada pelos juristas, a fim de ampliar a compreensão da sociedade acerca do complexo processo de tomada de decisão.

Palavras-chave: Tomada de decisão. Modelo Legalista. Modelo Atitudinal. Modelo Estratégico.

**ABSTRACT**

This article has the scope to present reflections on the decision taken by the Federal Supreme Court that determined the arrest in flagrante delicto of federal deputy Daniel Silveira, from a non-conventional perspective, which concerns the strategic model of decision-making. For this, it traces a brief history about the context that led the Supreme Court to determine the withdrawal of the parliamentarian, as well as brings digressions about the most exponents models of decision making present in the literature. The hypothesis is that the decision-making process is not restricted to the legal content, but is also influenced by factors unrelated to the law. The research is delimited in the context of the decision taken by the Minister of the STF Alexandre

---

Artigo submetido em 27 de junho de 2022 e aprovado em 29 de agosto de 2022.

\* Servidor público do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas (TJAM). Pós-graduado em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MINAS). Bacharel em Engenharia Civil. Graduando em Direito pela Universidade Federal do Amazonas (UFAM). E-mail: [briciodsr@gmail.com](mailto:briciodsr@gmail.com)

de Moraes, using the bibliographic research, through the inductive method, to answer the problem of the study: the determination of arrest in the act of the parliamentarian finds support in the legislation? Finally, the thesis is defended that the aforementioned decision is based on the strategic model of decision-making, which concerns the pursuit of political-legal objectives by the judge, through a deep reflection on the relevant factors and actors in the factual context, that can influence the decision-making process, as well as lead judges to strategically make decisions that go against their beliefs and personal positions. The research shows the need to analyze the decisions made by judges, especially by collegiate bodies, from a perspective that escapes the law and that cannot be simply ignored by jurists, in order to expand society's understanding of complex decision-making process.

Keywords: Decision making. Legalist Model. Attitudinal Model. Strategic Model.

## 1 INTRODUÇÃO

Em 16 de fevereiro de 2021, o Ministro do Supremo Tribunal Federal Alexandre de Moraes determinou<sup>1</sup> a prisão, em flagrante delito, do deputado federal Daniel Lúcio da Silveira (PSL-RJ), acusado de ter praticado crimes contra a Segurança Nacional por meio de um vídeo gravado e publicado na plataforma *Youtube*, decisão referendada no dia seguinte pelo Plenário da Corte.

Em seguida, o parlamentar foi denunciado<sup>2</sup> pelo Ministério Público Federal, indicando o órgão ministerial que o denunciado usou, nos dias 17 de novembro de 2020, 06 de dezembro de 2020 e 15 de fevereiro de 2021, com o fim de favorecer interesse próprio, de agressões verbais e graves ameaças contra ministros do STF, tendo ainda incitado a animosidade entre as Forças Armadas e a Corte Suprema e tentado impedir o livre exercício do Poder Judiciário.

O caso teve grande repercussão no meio jurídico e gerou grandes discussões sobre a imunidade parlamentar e a inafiançabilidade dos delitos praticados, bem como acerca da possibilidade de decretação de prisão em flagrante delito.

Para além da discussão na seara penal, a Decisão revela uma questão muitas vezes esquecida pelos juristas na análise da *ratio decidendi*, qual seja, os fatores (especialmente os extrajurídicos) que influenciam a tomada de decisão do juiz em um caso concreto.

Como será abordado a seguir, o processo de tomada de decisão não se resume a um mero processo de silogismo jurídico, no qual o resultado será revelado pelo juiz através da subsunção do fato à norma. Essa visão essencialmente formalista, estritamente condicionada a leis e precedentes, ignora o fato de que o direito é tecido com fios de realidade e que elementos como pragmatismo, consequencialismo e ainda fatores institucionais estão cada vez mais presentes – ainda que implicitamente – nas decisões da Suprema Corte, especialmente nos casos paradigmáticos.

As questões sociais, morais e econômicas relevantes que permeiam esses casos, comumente vêm acompanhadas de normas de conteúdo vago e abstrato, bem como de lacunas jurídicas, o que amplia significativamente o espectro de atuação dos juízes e sua margem de valoração, permitindo que variáveis não-jurídicas preencham esse espaço cinzento.

Nesse sentido, o objeto deste estudo será investigar a possível influência de fatores extrajurídicos na decisão do STF que determinou a prisão em flagrante delito do parlamentar Daniel Silveira, abordando brevemente as questões subjacentes de dogmática penal-constitucional.

---

<sup>1</sup> Decisão Monocrática no Inquérito n. 4.781/DF.

<sup>2</sup> Inquérito n. 4.828/DF (conexão).

## 2. REVISÃO BIBLIOGRÁFICA: OS MODELOS DESCRITIVOS DE TOMADA DE DECISÃO

Dentre os vários possíveis modelos descritivos do comportamento judicial no processo de tomada de decisão, abordar-se-á aqueles com maior relevância na literatura, quais sejam, os modelos: legalista, atitudinal e estratégico.

Esses modelos têm sua gênese na ciência política norte-americana, a partir da antítese entre as concepções de Formalismo Jurídico e Realismo Jurídico (NOVELINO, 2021). A primeira corrente vê o direito como algo autônomo, autossuficiente e determinado o bastante para que os juízes não recorram a outras fontes no processo de tomada de decisão. Já a segunda suscita uma maior influência de fatores extrajurídicos, afirmando não ser possível proferir uma decisão com base apenas em processos mecânicos e puramente racionais.

### 2.1 O modelo legalista

O modelo legalista é o que deriva diretamente da concepção formalista do direito (SCHAUER, 1988), correspondente à visão positivista predominante nos primórdios do constitucionalismo liberal clássico. Visto juridicamente através de uma abordagem prescritiva (deontológica), o legalismo impõe serem as decisões judiciais exclusivamente determinadas pelo direito, não havendo margem para os juízes fazerem valorações de qualquer tipo.

Assim, as decisões judiciais são apenas “reveladas”, com base no material legislativo e jurisprudencial, através de uma operação estritamente mecânica dos juízes denominada silogismo jurídico. O material jurídico é visto como suficiente a submeter a decisão judicial ao exclusivo domínio do direito, sendo irrelevantes eventuais fatores extrajurídicos como crenças pessoais e ideologias dos juízes (SUSTEIN, 2006).

Essa blindagem a elementos fora do direito seria possível, segundo os adeptos do modelo legalista, considerando as prerrogativas institucionais dos juízes, que possibilitariam a resistência a eventuais pressões externas e a atuação estritamente conforme o direito posto.

### 2.2 O modelo atitudinal

Em contraposição ao modelo legalista, o modelo atitudinal provém da concepção Realista de que as decisões judiciais são altamente suscetíveis à influência de fatores extrajurídicos, especialmente crenças pessoais e ideologias. Os adeptos desta corrente afirmam que o material jurídico convencional é insuficiente para explicar uma decisão judicial. Na verdade, esse material é utilizado essencialmente para conferir legitimidade<sup>3</sup> a decisões enviesadas e politicamente motivadas (CARDOZO, 2005; LLEWELYN, 1960; FRANK, 1949).

Ao passo em que, no modelo legalista, os juízes possuem o papel de apenas “revelar” o direito, sendo um mero condutor do produto legislativo, no modelo atitudinal, os juízes efetivamente “produzem” o direito (LLEWELYN, 1930).

A partir da obra *The Supreme Court and the attitudinal model* (SEGAL; SPAETH, 1993), que deu ao modelo grande repercussão, é possível extrair a ideia de que dois elementos essenciais explicam e até predizem os votos: os fatos do caso e a ideologia dos *justices*. O direito seria utilizado então como um terceiro elemento, com a finalidade última de encobrir os reais motivos da decisão, conferindo racionalidade ao processo.

As limitações impostas pelo direito não seriam fator impeditivo suficiente à promoção de uma espécie de “agenda ideológica” pelos juízes, de forma que um votaria a favor da

<sup>3</sup> Vide declaração do ex-Ministro do STF Marco Aurélio (“primeiro decido e depois fundamento”). Em: <https://www.conjur.com.br/2010-jul-06/idealizo-solucao-justa-depois-vou-ar-normas-marco-aurelio>.

descriminalização do aborto ou do tráfico de drogas por ser extremamente liberal/progressista, ao passo que outro votaria de modo contrário por ser “terrivelmente” conservador (NOVELINO, 2021).

Em suma, os adeptos do modelo atitudinal acreditam que a motivação dos juízes não se limita ao senso de dever profissional de aplicar o conteúdo jurídico posto, eximindo-se de imbuir às decisões cargas valorativas, sendo elas essencialmente pautadas pelo desejo pessoal de maximizar suas preferências político-ideológicas.

### 2.3 O modelo estratégico

Por fim, o modelo estratégico, que tem como paradigma a Teoria da Escolha Racional, vem afirmar que os juízes perseguem objetivos político-jurídicos, optando pelos cursos de ação mais adequados a fazer com que o direito reflita suas posições políticas preferenciais (EPSTEIN; KNIGHT, 1999). Considera-se a realização das preferências políticas pessoais como o principal objetivo, sendo o direito visto essencialmente como restrição (limitação ao comportamento judicial) e o contexto institucional como obstáculo (NOVELINO, 2021).

A abordagem do “agir estratégico” rejeita a essência dicotômica dos outros modelos dominantes: a tese de que os juízes são suficientemente limitados pelo direito; e a tese de que os juízes são livres para perseguir seus objetivos políticos pessoais, não encontrando no direito restrições significativas ou relevantes (MALTZMAN; SPRINGS II; WAHLBECK, 1999).

Nesse contexto, as escolhas judiciais são diretamente influenciadas pelos outros atores relevantes, a exemplo de membros e órgãos de outros Poderes, bem como do próprio Judiciário, incluindo suas preferências e possíveis reações, fazendo com que o contexto de atuação possa levar um juiz a proferir, estrategicamente, uma decisão que vai de encontro às suas próprias convicções pessoais, ou mesmo jurídicas.

Os adeptos desse modelo analisam as potenciais consequências da decisão e escolhem a melhor alternativa possível que promova seus objetivos político-jurídicos, ainda que, para isso, seja necessário se afastar parcialmente de sua convicção pessoal (BAUM, 2008), em detrimento às ideias centrais da concepção atitudinal, e ainda que sejam consideradas variáveis extrajurídicas, indo de encontro ao modelo legalista.

Desse modo, a abordagem estratégica postula que uma ampla compreensão das escolhas consideradas ideais pelos juízes somente é possível a partir da análise dos múltiplos fatores (contextos políticos, sociais e econômicos) e atores (os três Poderes, a mídia, a pressão popular, etc.) envolvidos capazes de influenciar os objetivos político-jurídicos perseguidos a longo prazo.

## 3. REVISÃO DA JURISPRUDÊNCIA

### 3.1 O modelo legalista no STF

No âmbito jurisprudencial, é possível identificar uma série de exemplos de aplicação prática de cada modelo descritivo de tomada de decisão, tanto no contexto norte-americano como em *terrae brasilis*.

Com relação ao modelo legalista, tem-se, em termos gerais, decisões que se limitam ao contexto normativo, não se atentando à realidade e ao contexto decisório, gerando consequências por vezes mais gravosas que o *status quo ante*.

Exemplo típico é o caso das ADIs n. 4.357/DF e n. 4.425/DF julgadas pelo Supremo Tribunal Federal (STF), onde se entendeu pela inconstitucionalidade da Emenda Constitucional n. 62/2009, que previa um modelo mais flexível para o pagamento dos precatórios, em razão dos valores exorbitantes e da escassez de recursos financeiros do Estado à época (BRASIL,

2013a) (BRASIL, 2013b). Ao julgar inconstitucional a referida Emenda em março de 2013, o STF estabeleceu um prazo de máximo de apenas um ano para que os entes federados quitassem suas dívidas (BRASIL, 2013a) (BRASIL, 2013b).

Embora a decisão tenha sido exclusivamente fundamentada no contexto normativo, no qual se alegava a violação de princípios como a dignidade humana, a razoabilidade, a proporcionalidade e a segurança jurídica, em momento algum foi levado em consideração as situações de severa adversidade financeira e orçamentária por quais passavam os entes federados, ou seja, a própria viabilidade do cumprimento da decisão tomada pelo STF.

Em razão disso, diversos entes à época paralisaram completamente o pagamento dos débitos que, anteriormente, em última análise, vinha sendo realizado gradativamente. Assim, ao se limitar exclusivamente ao contexto normativo da inconstitucionalidade da Emenda para tomar a decisão, ignorando as possibilidades fáticas do caso concreto, o STF involuntariamente acabou agravando a situação, em prejuízo aos próprios cidadãos que pretendia favorecer.

Ainda a título de exemplificação, cita-se um caso hipotético em que um indivíduo é parado em uma *blitz* e, após o teste de dosagem de alcoolemia – popularmente conhecido como “teste do bafômetro” -, é constatada concentração de álcool por litro de ar alveolar superior ao permitido, o que lhe implicaria pena de detenção e multa, dentre outras medidas, nos termos do inciso I, § 1º, do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro<sup>4</sup> (BRASIL, 1997). Ocorre que foi posteriormente comprovado que o indivíduo na verdade não havia ingerido bebida alcoólica, tendo a concentração de álcool por litro de ar alveolar sido alterada em virtude de beijos trocados com sua companheira, que (essa sim) havia consumido bebida alcoólica.

Caso o juiz responsável pelo caso tomasse como base para sua decisão tão somente a “letra fria da lei”, o indivíduo certamente seria julgado culpado e condenado a cumprir a pena prevista no CTB. Contudo, considerando que o indivíduo não estava com sua capacidade psicomotora alterada, ainda que o teste tenha comprovado concentração não permitida, não seria razoável condená-lo diante das circunstâncias fáticas do caso concreto, as quais o juiz deverá considerar na sua decisão.

Esses casos expõem a ideia de que nem sempre o conteúdo jurídico é, por si só, suficiente para fundamentar uma decisão considerada correta e efetiva, devendo o juiz, quando necessário, buscar compreender o contexto em que está inserido e as consequências para as partes possivelmente afetadas pela decisão.

### 3.2 O modelo atitudinal no STF

No tocante ao modelo atitudinal, é possível verificar decisões cuja *ratio decidendi* é composta essencialmente por fatores extrajurídicos, nas quais o direito é utilizado como mera ferramenta legitimadora. Não escapam desse modelo as decisões com base em argumentos de alta carga valorativa, que buscam trazer critérios justificantes paralelos ao conteúdo normativo, muitas vezes provocando um sentimento de aceitação na sociedade, de modo a torná-las menos suscetíveis a críticas externas.

Cita-se como exemplo o paradigmático caso do Habeas Corpus n. 126.292, que levantou a discussão acerca da possibilidade de execução provisória da pena após condenação em 2º grau

---

<sup>4</sup> Art. 306. Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência:

Penas - detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

§ 1º As condutas previstas no caput serão constatadas por:

I - concentração igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue ou igual ou superior a 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar; ou [...]

de jurisdição (BRASIL, 2016a), culminando nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44 (BRASIL, 2019a) (BRASIL, 2019b).

Sem adentrar no mérito da discussão, é possível observar nos votos dos Ministros do STF que entenderam pela possibilidade de execução provisória da pena argumentos relacionados à satisfação que se deveria dar à sociedade, à pressão popular – vulgo “voz das ruas” –, à impunidade, dentre outras justificações de cunho puramente moral. Chegou-se ao ponto de um Ministro, ao final de seu voto, sacramentar afirmando que ninguém pode querer deixar um país pior para as futuras gerações ou indagar “de que lado da história estariam”<sup>5</sup> (BRASIL, 2019a) (BRASIL, 2019b).

Todos esses argumentos, que trazem consigo uma enorme carga valorativa, deixam claro os verdadeiros motivos justificantes dos votos dos Ministros que entenderam pela possibilidade da “prisão em segunda instância”, tendo o direito sido utilizado de forma a adequar juridicamente a decisão ao posicionamento político-ideológico de cada um (BRASIL, 2019a) (BRASIL, 2019b).

Outro exemplo foi a decisão liminar do - recém-empossado à época - Ministro Kassio Nunes Marques em liberar a realização de missas e cultos religiosos no pior momento da pandemia no Brasil<sup>6</sup>, promovendo, dessa forma, a agenda político-ideológica do responsável pela sua indicação à Suprema Corte, que tem no segmento evangélico grande parte de sua sustentação eleitoral (BRASIL, 2021). Percebe-se que uma decisão em sentido contrário, ainda que não fosse definitiva, causaria um mal-estar enorme entre esse segmento e o Presidente da República, visto que essa base eleitoral vê no Ministro uma espécie de “representante” do Chefe do Executivo na Suprema Corte.

### 3.3 O modelo estratégico na Suprema Corte dos Estados Unidos e no STF

Nas decisões pautadas no modelo estratégico, não se nega a existência de fatores de convicção político-ideológica ou de fatores normativos. Entretanto, tais fatores acabam ficando em segundo plano, prevalecendo os fatores institucionais, sejam eles internos, relacionados à interação entre os membros de uma corte e a questões procedimentais, ou externos, relacionados à interação entre a corte e os múltiplos atores externos.

#### 3.3.1. A influência de fatores internos

Exemplo de decisão pautada em fatores institucionais internos se deu no âmbito na Suprema Corte norte-americana, no julgamento do caso *Pennsylvania v. Muniz*<sup>7</sup>. Em apertada síntese, a Corte decidiu que a proibição contra a autoincriminação prevista pela Quinta Emenda à Constituição dos Estados Unidos não impossibilita a utilização de prova produzida mediante filmagem de um indivíduo suspeito de conduzir um veículo automotor sob influência de álcool, a despeito de, no momento da gravação, o indivíduo não ter sido informado sobre seus direitos, dentre eles, o de permanecer em silêncio, nos termos do precedente do Caso *Miranda v. Arizona*<sup>8</sup>.

---

<sup>5</sup> Vide sessão de julgamento ocorrida em 24/10/2019, cuja visualização pode ser realizada pelo *link*: <https://www.youtube.com/watch?v=1pEDCzYJafM>.

<sup>6</sup> Vide postagem: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-56628488>.

<sup>7</sup> *Pennsylvania v. Muniz*, 496 U.S. 582 (1990).

<sup>8</sup> Conforme Caso *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966).

O caso foi levado à Suprema Corte em razão da possível ofensa ao direito de não-autoincriminação, ocasião em que se discutia a validade da prova produzida. Na ocasião, o *Justice* Brennan, juiz reconhecidamente progressista e defensor das liberdades e garantias individuais, ao ter que proferir seu voto com a maioria do colegiado já formada pelo reconhecimento da legalidade da prova, vota em sentido oposto à sua preferência pessoal sobre o caso e reafirma a validade da prova.

Brennan então explica que, decidindo assim, por questões regimentais, seria ele o responsável por redigir a *opinion* da Corte, que consiste na opinião (tese) adotada pelo Tribunal. E por ser ele o redator da opinião, tornaria ela a mais estreita possível exceção ao direito de não-autoincriminação.

Desse modo, ao se deparar com uma inafastável “derrota” no julgamento, Brennan estrategicamente adota uma posição contrária às suas convicções pessoais, com a finalidade de obter um resultado satisfatório, ainda que este não reflita integralmente seus objetivos político-jurídicos. Pode-se dizer que Brennan “sacrificou” seu voto para que a decisão final se aproximasse mais das suas preferências<sup>9</sup>.

Nesse contexto, a atuação do juiz Brennan foi produto de um cálculo estratégico, no qual as variáveis consistiam em fatores internos e procedimentais, bem como na interação entre os próprios *Justices* como atores políticos, possibilitando-lhe uma atuação que, em última análise, maximizasse seus interesses.

### 3.3.2. A influência de fatores externos

Em dezembro de 2016, o STF recebeu denúncia formulada contra o então Presidente do Senado Federal Renan Calheiros, em razão de prática do crime de peculato. Em seguida, ex-Ministro Marco Aurélio de Mello determinou, em decisão monocrática, o afastamento do Senador da presidência da Casa Legislativa, consoante entendimento debatido no âmbito da ADPF 402<sup>10</sup>, em que se discutia o impedimento de réu em processo criminal em assumir, como substituto, a Presidência da República (BRASIL, 2016b).

Como já se esperava, a decisão gerou enorme repercussão, visto ter sido interpretada como uma interferência indevida do Poder Judiciário no Poder Legislativo. Houve à época declarações por parte da Mesa do Senado de que a determinação não seria cumprida, e que eventual confirmação da liminar seria prontamente enfrentada, o que gerou também um enorme constrangimento institucional.

Em razão disso, em 07/12/2016, o Plenário do STF referendou apenas parcialmente a liminar, estabelecendo que eventuais réus em processos criminais ficariam impossibilitados apenas de exercer o cargo de Presidente da República, mas não haveria impedimento ao exercício do cargo de Presidente das Casas Legislativas<sup>11</sup>.

Assim, diante da possibilidade de descumprimento da decisão e eventual *override* (reação legislativa) no Congresso Nacional, o STF avaliou o risco institucional e estrategicamente recuou, decidindo não mais afastar o parlamentar.

Ou seja, o entendimento do STF não foi fixado com base em fatores normativos ou de pura convicção político-ideológica, mas essencialmente em razão da influência de fatores

<sup>9</sup> Outro caso nesse sentido, ainda referente ao comportamento estratégico do *Justice* Brennan: *Craig v. Boren*, 429 U.S. 190 (1976).

<sup>10</sup> Embora o entendimento ainda não tivesse sido fixado (até hoje pendente o julgamento do mérito), já havia sido formada a maioria no sentido do impedimento.

<sup>11</sup> Informativo 850 do STF. Plenário, ADPF 402 MC-REF/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 07.12.2016.

institucionais externos, levando a Corte a adotar um posicionamento intermediário, a fim de diminuir a tensão entre os Poderes e manter o equilíbrio institucional.

#### **4. POSICIONAMENTO CRÍTICO FUNDAMENTADO: O CASO DANIEL SILVEIRA À LUZ DO MODELO ESTRATÉGICO DE DECISÃO**

Gerando repercussões até os dias atuais, o “caso Daniel Silveira” foi e ainda é objeto de grandes debates na seara penal, nos quais se discute a legalidade/constitucionalidade da prisão do parlamentar, levantando-se questões sobre a extensão da imunidade parlamentar, o caráter permanente e a inafiançabilidade dos crimes praticados.

Nos termos da Constituição Federal de 1988, os parlamentares só poderão ser presos antes de condenados definitivamente caso estejam em flagrante delito de crime inafiançável<sup>12</sup> (BRASIL, 1988). Assim, para que o deputado pudesse ter sido preso, deveriam suas condutas praticadas por meio de vídeo publicado na *internet* ser tipificadas como crimes inafiançáveis, bem como ter sido configurado o flagrante delito (requisitos cumulativos).

Com relação aos crimes inafiançáveis, a Carta Maior dispõe serem eles: racismo; tortura; tráfico de drogas; terrorismo; hediondos; e os cometidos por ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático<sup>13</sup> (BRASIL, 1988). Embora as condutas praticadas pelo deputado não se enquadrem em nenhuma dessas hipóteses<sup>14</sup>, o Ministro Alexandre de Moraes entendeu que, por estarem configurados os requisitos para a decretação de prisão preventiva (garantia da ordem pública, da ordem econômica, conveniência da instrução criminal, ou necessidade de se assegurar a aplicação da lei penal), não seria possível a concessão de fiança nos termos do art. 324 do Código de Processo Penal<sup>15</sup> (BRASIL, 1941), razão pela qual entendeu serem os crimes inafiançáveis<sup>16</sup>.

Dessa forma, o Ministro estendeu ao conceito de crime inafiançável as hipóteses de práticas de crimes em que não se poderia, no caso concreto, conceder a fiança. Ocorre que a inafiançabilidade constitucionalmente prevista diz respeito a crimes específicos e taxativamente elencados, ou seja, trata-se de uma espécie de inafiançabilidade *in abstracto*.

Ao elencar as hipóteses em que não seria possível a concessão de fiança, o CPP o faz a partir de uma análise *in concreto*, de modo que estender essa previsão ao conceito de crimes realmente inafiançáveis seria admitir uma indevida analogia *in malam partem*. É dizer ainda, todo crime inafiançável não cabe fiança, todavia, nem todo crime que não cabe fiança é inafiançável.

Com relação ao flagrante delito, afirmou o Ministro que haveria clara perpetuação dos crimes praticados, considerando que o vídeo gravado pelo parlamentar permanecia disponível e acessível aos usuários da *internet*. Assim, considerando-se em flagrante delito aquele que está cometendo ou que acaba de cometer a infração, entendeu-se que a disponibilização ininterrupta do vídeo nas redes sociais configurava de fato a permanência do delito, o que, consequentemente, permitiria a prisão em flagrante.

---

<sup>12</sup> Art. 53, § 2º da CF/88: Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão.

<sup>13</sup> Art. 5º, incisos XLII, XLIII e XLIV da CF/88.

<sup>14</sup> No caso, o Ministro afirmou que as condutas atentavam diretamente contra a ordem constitucional e o Estado Democrático, a despeito de não terem sido praticadas por grupos armados.

<sup>15</sup> Art. 324 do CPP: Não será, igualmente, concedida fiança: (...) IV - quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva (art. 312).

<sup>16</sup> Caso similar ocorreu na prisão do Senador Delcídio do Amaral. 2ª Turma do STF, AC 4036 e 4039 Referendo-MC/DF, Rel. Min. Teori Zavascki, julgados em 25/11/2015.



Ocorre que os crimes previstos na Lei de Segurança Nacional imputados ao deputado<sup>17</sup> representam crimes de consumação instantânea, a qual ocorre com a prática do verbo descrito no tipo penal, sendo irrelevante que a situação antijurídica criada pelo agente se prolongue no tempo (BRASIL, 1983). Por outro lado, os crimes permanentes são aqueles que não se completam na produção de determinado estado, mas se mantêm pela vontade delitiva do agente (MARTINELLI, 2021), denotando uma conduta que se prolonga no tempo e possui termos inicial e final, em razão do verbo empregado, a exemplo do delito de privar alguém de sua liberdade (sequestro), o qual cessa somente com a restituição da liberdade da vítima.

O fato de o vídeo ter permanecido disponível para acesso nas redes sociais não poderia então configurar a permanência da conduta, senão seu mero exaurimento. Os verbos empregados nos tipos penais imputados ao deputado denotam que a consumação dos delitos se dá com a mera prática de “tentar mudar ou impedir” (crimes de empreendimento) ou “incitar ou caluniar”, que se consumam instantaneamente com a mera tentativa ou a incitação ou calúnia, respectivamente, não havendo na LSN a tipificação de manter ou deixar disponível o material instrumento das ofensas e incitações.

Assim, embora os efeitos desses delitos possam eventualmente se prolongar no tempo, tal ocorrência não caracterizaria a permanência das infrações e, considerando que a prisão foi efetuada horas após a postagem do vídeo, resta clara a não caracterização dos requisitos temporais do flagrante delito.

Efetuada a custódia do parlamentar, a prisão foi referendada pelo Plenário do STF em votação unânime. É possível observar que os votos dos Ministros<sup>18</sup> se limitaram apenas a concordar com os fundamentos expostos pelo Ministro Alexandre de Moraes, furtando-se os Ministros de tecerem maiores elucubrações durante a sessão (realizada no dia seguinte à prisão) ou enfrentar as questões jurídico-penais controvertidas e essenciais à fixação da *ratio decidendi*.

Não sendo juridicamente sustentável a prisão do parlamentar, e diante do contexto político, vê-se clara e uniforme a inclinação da Suprema Corte em se defender dos ataques sofridos de há muito pelo deputado Daniel Silveira. A decisão se trata de uma verdadeira reação institucional na qual os membros da Corte atuaram de forma estratégica, a fim de sustentar juridicamente o repúdio às agressões, e cooperativa, encontrando na unanimidade o reforço necessário a eventuais reações negativas da mídia, do Poder legislativo e da própria opinião pública, conferindo legitimidade e afirmando ser aquela a posição da própria Corte, não só a de um único membro.

O Poder Judiciário, na figura do STF, deixou uma mensagem clara aos demais atores políticos de que haveria consequências aos ataques sofridos pela Corte e pelos seus membros. Apesar de nem todos os Ministros acreditarem pessoalmente que a prisão do deputado Daniel Silveira seja legal (ou mesmo constitucional) e no “malabarismo jurídico” do Ministro Alexandre de Moraes, prevaleceu a necessidade de convergência e de imposição da Corte frente ao ocorrido, ressaltando o caráter institucional e estratégico da decisão tomada.

Embora repugnantes as falas do parlamentar, conclui-se pela ilegalidade da prisão, seja por não se tratar de prática de crime inafiançável, ou por não se tratar de situação de flagrância.

---

<sup>17</sup> São eles: art. 17 (Tentar mudar, com emprego de violência ou grave ameaça, a ordem, o regime vigente ou o Estado de Direito); art. 18 (Tentar impedir, com emprego de violência ou grave ameaça, o livre exercício de qualquer dos Poderes da União ou dos Estados); art. 22 (Fazer, em público, propaganda: I - de processos violentos ou ilegais para alteração da ordem política ou social; (...) IV - de qualquer dos crimes previstos nesta Lei); art. 23 (Incitar: I - à subversão da ordem política ou social; II - à animosidade entre as Forças Armadas ou entre estas e as classes sociais ou as instituições civis; (...) IV - à prática de qualquer dos crimes previstos nesta Lei); art. 26 (Caluniar ou difamar o presidente da república, o do Senado Federal, o da Câmara dos Deputados ou o do STF, imputando-lhes fato definido como crime ou fato ofensivo à reputação).

<sup>18</sup> Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=OuLV27qowto>.

A decisão configura, em última análise, um ato político cuja legitimidade, a rigor, não se encontra no domínio do direito.

## REFERÊNCIAS

AURÉLIO, Marco. Marco Aurélio vê sua homenagem como "estímulo". *In* Revista **Consultor Jurídico**, 2010, online. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2010-jul-06/idealizo-solucao-justa-depois-vou-ar-normas-marco-aurelio>. Acesso em 14/04/2022.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso em 08/04/2022.

BRASIL. **Lei nº 7.170, de 14 de dezembro de 1983**. Define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, estabelece seu processo e julgamento e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7170.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%207.170%2C%20DE%2014%20DE%20DEZEMBRO%20DE%201983&text=Define%20os%20crimes%20contra%20a,julgamento%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7170.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%207.170%2C%20DE%2014%20DE%20DEZEMBRO%20DE%201983&text=Define%20os%20crimes%20contra%20a,julgamento%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs). Acesso em 08/04/2022.

BRASIL. Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997. **Código de Trânsito Brasileiro**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9503compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9503compilado.htm). Acesso em 08/04/2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 43/DF**. Pena. Execução provisória. Impossibilidade. Princípio da não culpabilidade. Requerente: Partido Ecológico Nacional - PEN. Requerido: Presidente da República e outros. Julgado em 07 de novembro de 2019 (a). Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357342>. Acesso em 08/04/2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 44/DF**. Pena. Execução provisória. Impossibilidade. Princípio da não culpabilidade. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB. Requerido: Presidente da República e outros. Julgado em 07 de novembro de 2019 (b). Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357598>. Acesso em 08/04/2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.425/DF**. Direito constitucional. [...] Pedido julgado procedente em parte. Requerente: Confederação Nacional da Indústria – CNI. Requerido: Congresso Nacional. Julgado em 14 de março de 2013 (a). Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5067184>. Acesso em 08/04/2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.357/DF**. Direito constitucional. [...] Pedido julgado procedente em parte. Requerente:

Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB e outros. Requerido: Mesa da Cmara dos Deputados e do Senado Federal. Julgado em 14 de maro de 2013 (b).

Disponvel em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6812428>. Acesso em 08/04/2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenrio). **Arguio de Descumprimento de Preceito Fundamental n 701/MG**. Pena. Execuo provisria. Impossibilidade. Princpio da no culpabilidade. Requerente: Associao Nacional de Juristas Evanglicos - Anajure.

Requerido: Governador do Estado do Piau e outros. Julgado em 15 de abril de 2021.

Disponvel em:

<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346177952&ext=.pdf>. Acesso em 08/04/2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenrio). **Habeas Corpus n 126.292/SP**.

Constitucional. Habeas corpus. Princpio constitucional da presuno de inocncia (CF, art. 5, LVII). Sentena penal condenatria confirmada por tribunal de segundo grau de jurisdio. Execuo provisria. Possibilidade. Impetrante: Maria Cludia de Seixas. Coator: Relator do HC n 313.021 do Superior Tribunal de Justia. Julgado em 17 fevereiro de 2016 (a).

Disponvel em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em 08/04/2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenrio). **Referendo na Medida Cautelar na Arguio de Descumprimento de Preceito Fundamental n 402/DF**.

Pretendido afastamento cautelar do presidente do senado federal no que se refere ao exercicio dessa especifica funo Institucional em razo de ostentar a condio de ru no ambito de processo de indole penal contra ele existente (Inq 2.593/DF) [...] Referendo parcial da deciso do relator (Ministro Marco Aurlio), deixando de prevalecer no ponto em que ordenava. O afastamento imediato do Senador Renan Calheiros do cargo de Presidente do Senado Federal. Requerente: Rede Sustentabilidade. Intimado: Presidente da Cmara dos Deputados. Julgado em 07/12/2016 (b). Disponvel em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748070923>. Acesso em 08/04/2022.

CARDOZO, Benjamin N. **The nature of the judicial process**. Nova York: Dover Publications, 2005.

EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. Mapping Out the Strategic Terrain: The Informational Role of Amici Curiae. Supreme Court decision-making. New institutionalist approaches.

GILLMAN, Howard; CLAYTON, Cornell W. Chicago: **The University of Chicago Press**, 1999.

FRANK, Jerome. Are judges human?. In: FRANK, Jerome. **Courts on trial: myth and reality in american justice**. Nova Jersey: Princeton University Press, 1949.

LLEWELLYN, Karl. **The Bramble Bush**. New York: Oceana, 1930.

LLEWELLYN, Karl. **The common law tradition: deciding appeals**. Boston: Little, Brown and Company, 1960.

MALTZMAN, Forrest; SPRIGGS II, James F.; WAHLBECK, Paul J. Strategy and judicial choice: New institutionalist approaches to Supreme Court decision-making. Supreme Court decision-making: New institutionalist approaches. GILLMAN, Howard; CLAYTON, Cornell W. Chicago: **The University of Chicago Press**, 1999.

MARTINELLI, João Paulo Orsini; de BEM, Leonardo Schmitt. **Direito Penal parte geral: lições fundamentais**. 6 ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021.

NOVELINO, Marcelo. **A Influência de Fatores Extrajurídicos nas Decisões do STF**. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

SCHAUER, Frederick. Formalism. **The Yale Law Journal**. Volume 97, Number 4, 1988. Disponível em: <https://philpapers.org/rec/SCHF-48>. Acesso em 14/04/2022.

SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J. **The Supreme Court and the atitudinal model**. New York: Cambridge University Press, 1993.

SUSTEIN, Cass R.; SCHKADE, David; ELLMAN, Lisa M.; SAWICKI, Andres. **Are judges political?: An empirical analysis of the federal judiciary**. Washington, D.C: Brookings Institution Press, 2006.