

questões jurídico-políticas

A GUERRA PERDIDA DE TOFFOLI

Embate no Supremo mostra sucessão de equívocos, avalia professor da FGV

MICHAEL MOHALLEM

18abr2019_13h16



INTERVENÇÃO DE PAULA CARDOSO SOBRE FOTOS DE RODRIGO CAPOTE E PEDRO LADEIRA/FOLHAPRESS

“**É** o momento de o Judiciário se retrair”, anunciava o ministro Dias Toffoli em novembro de 2018, dois meses depois de assumir a presidência do Supremo Tribunal Federal. A leitura estava correta. O país se preparava para a mais extrema mudança política desde a redemocratização, e a temperatura do debate exigia do Supremo sensatez. Um ponto de moderação diante de quem queria testar os limites da nossa democracia lavada a jato.

O ex-chefe do Estado-Maior, Fernando Azevedo e Silva, se tornava o novo braço direito de Dias Toffoli – um gesto de evidente composição com Jair Bolsonaro, eleito presidente em outubro. Para quem esperava uma rápida atuação em favor de Lula, a presidência de Dias Toffoli mais uma vez sinalizava o interesse de esfriar o ambiente político ao projetar o julgamento das Ações Declaratórias de

Constitucionalidade sobre a prisão em segunda instância para o ano seguinte.

Tirar o Supremo do centro da política era tarefa difícil diante do protagonismo recente. Os ministros do STF escreveram as manchetes quando decidiram sobre o impeachment de Dilma, no afastamento de Renan Calheiros da presidência do Senado, nos duelos de Barroso *versus* Gilmar e na decisão de manter Lula preso. Contra a expectativa de um Supremo onipresente, Toffoli apostava – com sucesso – na contenção.

O jogo de Dias Toffoli se alterou durante o juízo sobre os crimes de caixa dois e qual ramo da Justiça deveria julgá-los ao lado dos crimes conexos. A decisão que deu tal poder à Justiça Eleitoral trouxe desgaste ao Supremo, que passou a ser criticado como inimigo da Lava Jato. Os ataques foram sentidos e o presidente da Corte, antes mesmo que o julgamento do caixa dois fosse concluído, determinou a abertura de um inquérito heterodoxo para apurar *fake news*, ofensas e ataques contra os ministros do STF.

O inquérito foi o início da espiral de erros que arrastou o Supremo para a mais recente crise. Ao contrário das típicas controvérsias jurídicas que dividem a sociedade, a imposição de censura a dois veículos da imprensa não recebeu qualquer apoio representativo. As opiniões sobre a condução do inquérito foram em um único sentido – e isolaram os ministros Alexandre de Moraes e Dias Toffoli.

Os equívocos dos ministros são de duas naturezas: primeiro, há um problema formal na aplicação do artigo 43 do Regimento Interno do STF para a apuração das ofensas e *fake news*. O artigo não deixa dúvida de que só deve ser usado na raríssima hipótese de “infração à lei penal na sede ou dependência do Tribunal”. Não há espaço de interpretação que admita compreender essa regra, que trata de espaço físico, como se fosse o equivalente ao poder dos ministros de decidir sobre assuntos em todo o país, a chamada jurisdição nacional. Essa foi a primeira barra forçada por Dias Toffoli.

O segundo equívoco – esse de ordem substantiva – foi contrariar a tradição e jurisprudência do STF sobre liberdade de expressão. Ao determinar cautelarmente a censura, o ministro relator ignorou que a Constituição prefere assumir o risco de que pessoas se ofendam com manifestações de opiniões do que evitar que tais opiniões sejam dadas. No balanço entre expressão de ideias e risco de ofensa, ficamos com as potencialidades da fala livre – sem deixar ofendido o desguardado. O direito oferece a possibilidade da reparação pelo dano sofrido e a retratação por parte do autor da ofensa ou inverdade.

O dano estava feito – e foi agravado quando se determinou que a polícia apreendesse computadores nas casas de críticos do Supremo. Diante da escalada de insensatez, a procuradora-geral da República tentou arquivar o inquérito e cessar os abusos. Raquel Dodge presenteou Moraes com uma oportunidade de sair com dignidade da sinuca em que se colocou. Com alguma dignidade, ao menos. Caso o pedido de arquivamento do inquérito tivesse sido acatado, a derrota de Toffoli-Moraes seria camuflada com a narrativa do respeito ao papel do Ministério Público: “não parece ser a decisão correta, mas reconheço o direito do MP de requerer o arquivamento”, poderiam dizer depois.

Agora, já não há mais saídas fáceis. A cruzada de Alexandre de Moraes e Dias Toffoli contra seus críticos está condenada a não prosperar, mas ainda é incerto o seu desfecho. São três os caminhos mais prováveis: a primeira possibilidade é que Moraes corrija o foco do inquérito para atrair algum suporte para suas próximas ações. A segunda possibilidade é que outro ministro, com a relatoria de processo diferente, interfira nos rumos do inquérito das *fake news*. Por fim, uma terceira possibilidade é o encerramento do inquérito por decisão soberana da maioria dos ministros do Supremo, por meio da manifestação do plenário do Tribunal. Qualquer que seja o desfecho, Toffoli e Moraes já perderam.

Diante da forte reação da sociedade contra os desdobramentos do inquérito, particularmente contra os atos de censura, o relator poderá, daqui por diante, relaxar a linha de ação que se volta contra a ideia ambígua de *fake news*. Ao preservar o direito de promover o jornalismo investigativo, ainda que contra o ministro do Supremo, o inquérito poderia afastar parte dos seus mais duros críticos. Mais ainda, caso o inquérito se debruce exclusivamente sobre as manifestações verdadeiramente ameaçadoras, deve ganhar apoiadores. Ao misturar ameaças com críticas, Moraes perde a oportunidade de isolar e expor aqueles que pregam a violência contra os ministros e se colocar ao lado de muitos que não se identificam com o discurso de violência.

O segundo possível desfecho para o inquérito é a atuação interventiva de outro ministro. Embora sejam raras e sempre controversas as ocasiões em que ministros reverterem de forma monocrática decisões também individuais de colegas, há precedentes. No caso do inquérito sobre as *fake news*, estão sendo construídos pelo menos três caminhos que permitirão a intervenção. A Associação Nacional dos Procuradores da República (ANPR) ajuizou mandado de segurança e *habeas corpus* coletivos buscando a suspensão do inquérito. A distribuição aleatória dos casos poderá levá-los para ministros mais ou menos inclinados a conceder uma liminar que suspenda, por exemplo, a censura imposta aos sites de notícias. O ministro Marco Aurélio foi o primeiro a criticar abertamente a medida e, caso se torne relator de uma das ações, deve conceder a liminar. A outra ação que

poderá alterar o andamento do inquérito é a [ADPF 572](#), proposta pelo partido Rede Sustentabilidade. O ministro Fachin, relator deste caso, já solicitou informações sobre o inquérito e também poderá provocar revisões.

O terceiro possível desfecho do inquérito seria levá-lo para o plenário do STF, que é de fato quem decide como Supremo. Nos últimos anos, acentuou-se a monocratização do processo decisório do STF, de forma que, por vezes, confunde-se decisão de ministro como se fosse decisão do Supremo. Na eventualidade de que uma das ações mencionadas – ou mesmo o próprio inquérito causador da controvérsia – sejam levados ao plenário, a maioria dos ministros poderá reafirmar a conhecida jurisprudência do tribunal em favor da plena liberdade de expressão.

Seja qual for o desfecho deste caso, a presidência de Dias Toffoli à frente do STF já estará marcada pela estratégia equivocada de confrontar críticos, investigadores e agressores. A sensatez e a moderação esperadas da parte do Supremo passam, então, a ser o projeto do seu próximo presidente, a partir de 2020.

Quando, em julho de 2018, Eduardo Bolsonaro disse que bastariam um cabo e um soldado para neutralizar o Supremo, ninguém imaginou que uma dupla sim, mas de ministros, tentaria dar conta do serviço.