Organização de Cláudia R. de Morais Piovezan

SEREIS COMO DEUSES

O STF e a subversão da Justiça

https://t.me/EstanteHistorica

Aborto: o colapso moral da Justiça
Henrique Cunha de Lima

A balada dos onze ressentidos
Sandres Sponholz

Função contramajoritária: a ditadura que nasce da democracia
Márcio Luis Chila Freyesleben

Urna virtual: a roupa nova do rei
Felipe M. Gimenez

A atividade de inteligência e a "arapongagem"
Fábio Costa Pereira

Súmula de algemas: a inversão da lógica
Cleber de Oliveira Tavares Neto

A Lei Antidrogas pelo STF: mutilações (in)constitucionais
Marcelo Schirmer Albuquerque

Homeschooling: "Salvem as crianças"
Simone Sponholz

A corrupção da linguagem e a inconstitucionalidade da Constituição
Cláudia R. de Morais Piovezan

O STF e a "ciência" do lockdown no caso Covid-19
Vitor Hugo Nicastro Honeska

Scalia, o juiz que sabia que não era rei
Marcelo Rocha Monteiro

A ascensão e concentração do poder na modernidade democrática
Flávio Morgenstern

Liberdade entre grilhões: o caso Daniel Silveira
Sandres Sponholz
Cláudia R. de Morais Piovezan

SEREIS COMO DEUSES

O STF e a subversão da Justiça

Organização de Cláudia R. de Morais Piovezan

Sereis como deuses: O STF e a subversão da Justiça
Organizadora:
Cláudia Rodrigues de Morais Piovezan
Copyright © by EDITORA E.D.A. Educação Direito e Alta Cultura.
Todos os direitos reservados

Gestão editorial
Edson Morais Piovezan

Organização
Cláudia R. de Morais Piovezan

Projeto
Marcelo Rocha Monteiro

Revisão
Paulo Antônio Briguet

Diagramação, projeto gráfico e capa
Lucas de Oliveira Fófano

Ficha Catalográfica:
Piovezan, Cláudia R. de Morais.
Sereis como deuses: O STF e a subversão da Justiça/Cláudia Rodrigues de Morais Piovezan organizadora.
1ª ed. – Londrina: Editora E.D.A. - Educação, Direito e Alta Cultura, 2021.
368 p. 15,7x23cm
ISBN: 978-65-990713-9-3
1.Direito. 2. Direito Constitucional. 3. Filosofia do Direito. 4. Religião
CDU 340 342 342.12 2
CDD 340 342 200

Distribuição:
CEDET - Av. Comendador Aladino Selmi, 4630
Bairro San Martin
CEP: 13069-096 Campinas - SP

O conteúdo desta obra é de inteira responsabilidade de seus autores.
Todos os direitos desta edição pertencem à Editora Educação, Direito e Alta Cultura.
CNPJ 34.314.174/0001-40 – Site: educacaodireitoaltacultura.com.br

Proibida toda e qualquer reprodução desta edição por qualquer meio ou forma, seja ela eletrônica ou mecânica, fotocópia, gravação ou qualquer outro meio de reprodução, sem permissão expressa do autor. O titular cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada poderá requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da divulgação, sem prejuízo da indenização cabível (art. 102, da Lei 9.610, de 19.02.1998).

SUMÁRIO

CAPÍTULO 1

ABORTO: O COLAPSO MORAL DA JUSTIÇA 11

Henrique Cunha de Lima

CAPÍTULO 2

A BALADA DOS ONZE RESSENTIDOS..... 53

Sandres Sponholz

I - Por que a corte está em crise? 53

II - O abuso de poder político por uma trilha estreita e perigosa denominada ativismo judicial 56

III - O processo judicial como território vedado ao estrelato do "juiz intelectual" 59

IV - A justiça contramajoritária como instrumento de imposição da nova ordem 63

V - Os aspectos centrais da problemática: a crise dos valores e a explosão dos ressentimentos pela via judicial 65

VI - No meio do túnel, cavando com as mãos, em busca da luz 72

CAPÍTULO 3

FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA: A DITADURA QUE NASCE DA DEMOCRACIA .. 75

Márcio Luis Chila Freyesleben

I - Introdução..... 75

II - A função contramajoritária 77

III - A pós-modernidade..... 80

IV - O neoconstitucionalismo 82

V - As minorias 86

VI - A democracia totalitária..... 87

VII - Conclusão 91

CAPÍTULO 4

URNA VIRTUAL: A ROUPA NOVA DO REI 93

Felipe M. Gimenez

CAPÍTULO 5

A ATIVIDADE DE INTELIGÊNCIA E A "ARAPONGAGEM" 117

Fábio Costa Pereira

I - Sobre quando as organizações criminosas, dentro das fronteiras nacionais, expandiram a sua atuação 117

II – O 11 de Setembro e o compartilhamento de informações 121

III - A Inteligência brasileira não faz dossiês 124
IV - Monitorar ou não monitorar servidores? 127
V - Parte Final 130

CAPÍTULO 6

SÚMULA DE ALGEMAS: A INVERSÃO DA LÓGICA 133

Cleber de Oliveira Tavares Neto

I - Prólogo — O simbolismo das algemas 133
II - As súmulas 134
III - A jurisprudência 136
IV - Súmula vinculante: nova fonte primária do Direito 137
V - As razões da súmula de algemas 138
VI - A regra de algemas como deveria ser 150
VII - Conclusão 151

CAPÍTULO 7

A LEI ANTIDROGAS PELO STF: MUTILAÇÕES (IN)CONSTITUCIONAIS 153

Marcelo Schirmer Albuquerque

I - Introdução: O que se diz e o que precisa ser dito 153
II - Do regime integralmente fechado à prestação de serviços comunitários — Ou: Da pretensão constitucional à esquizofrenia hermenêutica 155
III - Sobre o tráfico "privilegiado", os eufemismos inconstitucionais e suas consequências 171
IV - Se já não vamos punir, que tal perdoar? O indulto para traficantes 177
V - Conclusão: para que lado pende a balança (da justiça ou de precisão) 178

CAPÍTULO 8

HOMESCHOOLING: "SALVEM AS CRIANÇAS" 181

Simone Sponholz

I - Introdução: contexto de dominação da Nova Ordem Mundial .. 181
II - O verdadeiro conhecimento vem de dentro 184
III - A educação domiciliar e o conservadorismo 186
IV - O argumento constitucional de que o Estado não detém o monopólio da educação 191
V - O exacerbado ativismo do STF: por que facilitar se o objetivo é complicar? 193
VI - A implantação do homeschooling e a engenharia social nos bastidores da resistência dos supremos togados 198
VII - A necessária perseverança na busca da consolidação da educação domiciliar como alternativa à dominação do Estado - Supremo é o povo! 202

CAPÍTULO 9
A CORRUPÇÃO DA LINGUAGEM E A INCONSTITUCIONALIDADE DA CONSTITUIÇÃO 205
Cláudia R. de Morais Piovezan
I - Introdução 205
II - O novo constitucionalismo e seus instrumentos de ação 209
III - MI 4733 E ADO 26: julgamentos estarrecedores 214
IV - Ausência de requisitos para o Mandado de Injunção e para a Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão 222
V - Princípio da reserva legal ou da legalidade penal estrita - *Nullum crimen, nulla poena sine lege* 227
VI - Proibição de analogia *in malan partem* e o princípio da taxatividade 232
VII - A corrupção da linguagem e seus efeitos nefastos 236
VIII - Consequencialismo jurídico 242
IX - Conclusão 245
Referências bibliográficas 247

CAPÍTULO 10
O STF E A "CIÊNCIA" DO LOCKDOWN NO CASO COVID-19 249
Vitor Hugo Nicastro Honesko
I - Introdução 249
II - O caso Covid-19 e o lockdown 252
III - A "ciência" do lockdown e o STF 262
IV - A inconstitucionalidade do lockdown 283
V - Conclusão 297

CAPÍTULO 11
SCALIA, O JUIZ QUE SABIA QUE NÃO ERA REI 299
Marcelo Rocha Monteiro
I - De Sowell a Scalia: visão sobre o ativismo judicial 299
II - O vale tudo da "interpretação" das leis pelas "divindades" do ativismo judicial 302
III - Antonin Scalia: a luta contra o ativismo judicial 306
IV - Ativismo judicial e racialismo: não existe "racismo do bem" 310
V - Ativismo judicial e aborto: EUA e Brasil 316
VI - Scalia e a separação de poderes – a mais importante defesa contra a tirania 319

CAPÍTULO 12

A ASCENSÃO E CONCENTRAÇÃO DO PODER NA MODERNIDADE DEMOCRÁTICA 321

Flávio Morgenstern

CAPÍTULO 13

LIBERDADE ENTRE GRILHÕES: O CASO DANIEL SILVEIRA 331

Sandres Sponholz

Cláudia R. de Morais Piovezan

I - Espetáculo policial na mídia 332

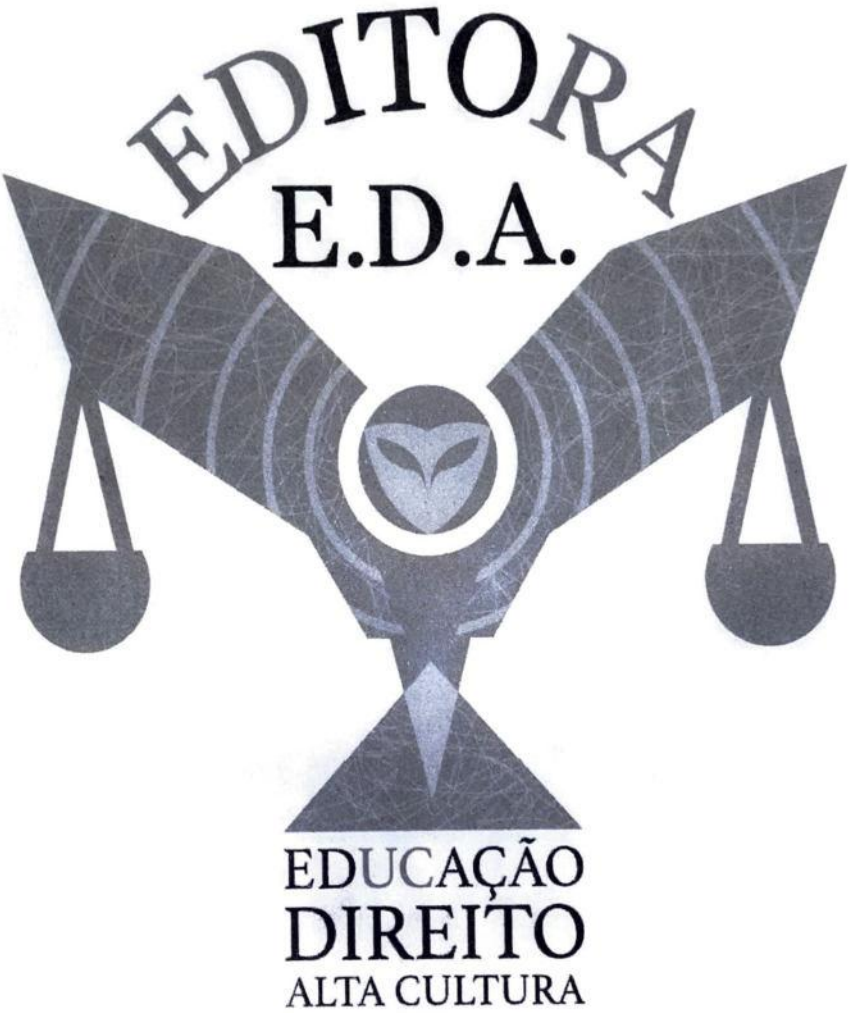
II - Extra! Extra! Vítima togada tripudia a isenção! 333

III - O "decreto de prisão em flagrante": malabarismo jurídico em ação 340

IV - As esquisitices na audiência de custódia e na manutenção da prisão ilegal 354

V - Um sistema penal de regimes de exceção 359

VI - Clamor em defesa da liberdade 364



"A excelência de uma nação é proporcional à excelência de sua justiça."

Jakob Wassermann - O Processo Maurizius.

CAPÍTULO 1

Aborto: o colapso moral da Justiça

Henrique Cunha de Lima[1]

Não é novidade que o mundo passa por uma crise generalizada. Talvez todas as épocas tenham experimentado esse sentimento, de modo que a presente crise não é a primeira e provavelmente não será a última. Porém, é preciso reconhecer que a nossa época tem um certo sabor de ineditismo, principalmente em razão do quase completo abandono da moral tradicional – transmitida há milênios –, como apontou o Papa Bento XVI em seu famoso discurso perante o parlamento alemão[2]. De fato, nas palavras do Papa emérito, hoje estamos sob o jugo de uma "ditadura do relativismo", resultado da corrosão dos pilares da civilização ocidental: a filosofia grega, o direito romano e a moral judaico-cristã.

Esta crise sem precedentes, que encaminha o Ocidente para o colapso, pode ser lida sob diversas perspectivas. Uma delas

1 Procurador de carreira do Ministério Público de Contas do Estado do Rio de Janeiro desde 2006, exerce atualmente o cargo de Procurador-Geral da instituição.

2 http://www.vatican.va/holy_father/benedict_xvi/speeches/2011/september/documents/hf_ben-xvi_spe_20110922_reichstag-berlin_po.html

situa o início do processo na decadência da filosofia, que por sua vez arrastou consigo a moral e o direito, para não falar das demais manifestações civilizacionais que caracterizavam o esplendor ocidental, como a arte. Assim, tal debacle acaba por obnubilar a apreensão dos chamados *transcendentais do ser*, a partir dos quais se estruturava o outrora admirável edifício civilizacional que nos foi legado; assim, perdeu-se a noção do *verdadeiro* (percebido pela filosofia), do *bom* (prescrito pela ordem moral, na qual se insere o direito) e do *belo* (reproduzido pela arte).

A filosofia surgiu na Grécia como uma busca pela compreensão do ser das coisas que estão presentes numa realidade objetiva e inteligível. A modernidade, porém, acabou por negar a filosofia ao cair numa armadilha gnosiológica consistente em duvidar da capacidade humana de conhecer objetivamente a realidade exterior, o que encarcerou o homem no seu mundo interior, alienando-o do mundo real e prendendo-o a uma teia de subjetivismos no escuro de uma caverna. Um ovo não é mais um ovo; é algo incognoscível que aparece para nós como um fenômeno ao qual damos o nome de ovo. Tal doença degenerativa da filosofia chegou à fase terminal: hoje, *grosso modo*, o que leva o nome de filosofia é um conjunto doutrinal que afirma não haver nenhuma realidade objetiva e que tudo é construído pela linguagem humana, como se esta tivesse um poder criador próprio do *Logos* divino. É a revanche da sofística contra a filosofia.

Quanto à arte, basta conhecer as grandes obras do passado e compará-las com o que se produz hoje sob este nome para percebermos que esta produção do espírito humano despencou de alturas excelsas e rebaixou-se ao grotesco. Emblemática é a fala do iconoclasta estético Marcel Duchamp, que apresentou um urinol assinado como se fosse obra de arte: "eu queria me libertar da arte porque assim muitas pessoas se libertariam da religião". Nesta altura, fica claro que o declínio não é somente civilizacional, mas que este decorre de um declínio ainda mais profundo: o espiritual. Não por acaso, estou a falar de uma crise que atinge as mais altas manifestações do espírito humano, dentre as quais a religião ocupa o lugar principal. Tanto é assim

que a pseudoarte produzida atualmente, além de feia, também costuma ser sacrílega, blasfema e subversiva da ordem moral. O mau, o feio e o falso sempre andam juntos.

É claro que a Moral ou Ética, na qual se insere a ciência jurídica, não poderia passar incólume por esse ocaso civilizacional. Não são necessárias longas digressões quando o leitor já enxerga por si mesmo a voragem do relativismo moral na qual nossa civilização mergulhou. Tudo aqui está relacionado. A perda de confiança na capacidade cognitiva é também a perda de confiança na capacidade de discernir o certo e o errado a partir da realidade conhecida. A consequente desordem ética invariavelmente acarreta uma desordem estética, e assim por diante. A razão metafísica deste fenômeno é a *convertibilidade* dos transcendentais do ser: tudo que é bom, é belo; tudo que é belo, é bom, etc. Transcendentais são as propriedades do ente como ente, para além de todos os gêneros. Todo ente, pelo simples fato de ser, comporta algo de bom, belo e verdadeiro, mesmo que em grau ínfimo. Afirmar que tais propriedades do ente são convertíveis entre si equivale a dizer, com Santo Tomás de Aquino, que o bom e o belo - assim como os outros transcendentais - são o mesmo na realidade e diferem apenas segundo a noção. A pseudoarte hoje incensada é um bom exemplo desta pequena lição de metafísica, uma amostra clara do caos gnosiológico, ético e estético em que o mundo vive, da ditadura do relativismo aludida por Bento XVI, em que cada um decreta, do alto de sua soberba, o que acha que é certo e o que acha que é errado, sem jamais desconfiar que o bom e o mau não são relativos; isto é, não são matéria de opinião, mas de conhecimento dos dados objetivos da realidade.

Com o panorama acima traçado, olhemos com mais atenção o que se passou com o Direito. Somos acossados diariamente por notícias kafkianas envolvendo temas jurídicos. Um exemplo recentíssimo é o famigerado "inquérito do fim do mundo", um caso assombroso que reúne múltiplas agressões autoritárias à lei, à justiça e aos direitos dos cidadãos. Qual seria, afinal, a razão profunda de tantos descalabros que nos fazem desesperar da Justiça? Por que vemos tantos absurdos saindo das bocas e

das penas dos juristas? Como chegamos a esta calamidade? O professor Olavo de Carvalho nos dá uma pista quando identifica um vício característico da mentalidade positivista da caserna (de índole revolucionária, portanto): o neutralismo superior de uma elite tecnocrática onissapiente[3]. Este vício afeta também, *mutatis mutandis*, o chamado mundo jurídico e é um ponto de contato entre o positivismo filosófico de Auguste Comte (difundido entre os militares brasileiros) e o positivismo jurídico (bem como seus filhotes), embora estes não tenham relação direta. Mundo jurídico: este epíteto, que designa o conjunto dos profissionais do Direito e das estruturas que operam, é bastante apropriado, já que tais profissionais parecem ter criado um mundo paralelo, uma realidade alternativa. É triste constatar: hoje, os juristas não fazem mais jus a este nome. Antes, merecem ser chamados de operários do Direito, pois rebaixaram esta ciência ao *status* de mera técnica. E pior: ainda se gabam disto, com o mesmo ar de neutralismo superior dos positivistas da caserna: "eu sou técnico, meus pareceres são técnicos, minhas decisões são técnicas". Aquele que deveria ser o arquiteto da obra agora pensa e age como o servente de pedreiro.

Certa vez ouvi um colega criticar o parecer jurídico de outro com o seguinte comentário: "Achei pouco técnico". Mal sabia ele que, ao invés de um comentário depreciativo, estava a proferir um grande elogio àquele parecer do colega, mesmo sem querer. Como afirmei, o Direito, outrora concebido como uma ciência magistralmente sistematizada pelos romanos[4], foi reduzido nos últimos tempos a uma mera técnica. Se antes a ciência do Direito contemplava as normas vigentes em determinada sociedade (sejam escritas ou não), sua fonte e fundamentação racional, sua hermenêutica e aplicação (jurisprudência), os diversos ordenamentos jurídicos e a comparação entre eles, hoje essa ciência foi rebaixada a uma tecnologia, uma espécie de maquininha com manual de instruções para ser operada. Daí a analogia do arqui-

3 Texto publicado no *Facebook* em primeiro de abril de 2019.

4 O Digesto de Justiniano (uma das quatro partes do *Corpus Juris Civilis*), logo no início de seu capítulo introdutório, diz que os juristas "somos merecidamente chamados de sacerdotes do Direito, pois cultuamos a Justiça e professamos o bom e o justo, aspirando à verdadeira Filosofia, não a um simulacro dela".

teto com o antigo jurista; analogia esta que, modernamente, cabe mais com um servente de pedreiro. Nada contra os serventes, mas ninguém há de negar que um servente não pode bancar o arquiteto, sob pena de fazer o prédio desabar. Ser "técnico", na concepção desses operários do Direito, é citar dispositivos legais, princípios constitucionais abstratos, decisões judiciais e longos excertos de doutrina jurídica ou pseudojurídica, tudo isso compilado em inúteis calhamaços de enfadonhas laudas que ninguém lerá. A mentalidade tecnicista do Direito pressupõe que há uma solução jurídica determinada pela conjunção de todos esses elementos, como num computador que, alimentado com certos dados, produzirá certo resultado. Tal computador (essa falsa concepção do Direito) não é um ente natural regido por leis naturais, mas um artefato regido por uma linguagem de programação que foi criada arbitrariamente por alguém, com propósitos que o ingênuo intérprete ignora. Os vivos são governados por filósofos mortos, para o bem e para o mal.

O grande José Pedro Galvão de Sousa afirmava que a tecnocracia ou tecnoburocracia - traço característico dos regimes modernos, quer se trate de democracias ocidentais ou de sistemas totalitários - é a transferência do governo de uma sociedade política para as mãos de supostos especialistas ou técnicos, que passam a influir nas supremas decisões de comando. A função da tecnocracia é produzir decisões alegadamente isentas de razões pessoais, morais ou ideológicas, de modo a conferir a tais decisões políticas um verniz técnico-científico, arrematado com o brilho orgulhoso de um neutralismo que se pretende superior. A tecnocracia implica forte centralização decisória, na contramão do princípio da subsidiariedade (tão caro à doutrina social da Igreja), que prescreve a descentralização decisória e reconhece a capacidade de gestão das pequenas comunidades. O centralismo é necessário à tecnocracia, pois, afinal, uma suposta verdade técnico-científica deve ser válida para tudo e todos e, como tal, imposta a tudo e todos. Não é difícil ver que tal ideologia gera um poder político paralelo, não eleito pelo povo, cuja in-

fluência chega a superar a de um presidente da República, como constatamos neste momento da política brasileira.

José Pedro Galvão de Sousa afirmava que a tecnificação absoluta de todas as instâncias decisórias impõe à sociedade uma camisa de força que desconsidera seu caráter orgânico, reduzindo-a a uma máquina e tratando os homens como se fossem coisas. Contribui para tanto a degeneração da natureza humana promovida pela ideologia marxista, que reduz o homem ao aspecto material e econômico, criando assim a sociedade de massas (cobaia ideal para os experimentos revolucionários dos tecnocratas). O caminho destes é aplainado pelo abandono dos valores transcendentes que dão sentido à vida humana e pelo materialismo daí resultante. A pseudociência política inaugurada por Maquiavel nos albores da modernidade passa a ver na "razão de estado" o supremo princípio reitor do governo político. Quem determina a razão de estado são os técnicos, seres iluminados que esclarecem as trevas da ignorância e do "obscurantismo religioso" - rótulo que serve para silenciar o debate sobre as questões éticas mais relevantes. É óbvio que estamos diante de um regime planificador de centralismo estatal dirigista, voltado ao controle da vida humana nos mais mínimos detalhes. Tal situação é agravada com o ferramental disponibilizado pela tecnologia da informação e seus meios massivos de comunicação, pelos quais é possível controlar e filtrar a informação posta em circulação. O conteúdo inconveniente, contrário à razão de estado determinada pela tecnocracia, pode ser banido e seus autores silenciados. As chamadas *Big Techs* podem chegar até mesmo a amordaçar chefes de Estado conservadores, apagando suas postagens ou bloqueando seus perfis, como foi o caso dos presidentes Donald Trump e Jair Bolsonaro.

Não se nega a necessidade de técnicos e especialistas para a resolução dos problemas, mas daí a dizer que eles devam assumir o poder político vai uma grande distância. O governo da tecnoburocracia se pretende ideologicamente neutro, quando na verdade se constitui como uma nova ideologia que concebe o mundo de modo mecanizado, como uma gigantesca máquina

cheia de engrenagens que pode ser dirigida por um comando central a cargo de "técnicos" que supostamente sabem ordená-la e operá-la de modo mais eficiente e perfeito. Fica fácil enxergar que o *isentismo* que acomete o Brasil - disseminado principalmente por luminares da mídia e do *showbiz*, liberais endinheirados, políticos venais e militares de mentalidade positivista - identifica-se com a própria ideologia tecnocrática.

Os tecnocratas são os Prometeus do globalismo, construtores de uma nova torre de Babel e engenheiros da sociedade perfeita. Apesar de gargantearem o tempo todo que são democráticos, querem mesmo é sufocar a voz popular e impor sua vontade arbitrária do alto de seus cargos governamentais. Se vivêssemos numa sociedade orgânica de pequenas comunidades, a tecnocracia tirânica nunca seria cogitada. No entanto, esta acaba por ser uma necessidade da própria concepção moderna de estado nacional, de forte tendência centralizadora, em que as pequenas comunidades, perfeitamente capazes de autogestão, são engolidas por um poder central voraz. Com a modernidade, a religião foi banida dos assuntos humanos e, portanto, não restaram freios morais que pusessem limites à ação do Estado, o qual se agigantou de modo leviatânico. O crescimento do Estado moderno em torno da ideia de império leigo, alheio à religião transcendente, mas que forja para si uma religião imanente, é magistralmente descrito e analisado por Olavo de Carvalho na obra *O Jardim das Aflições*, de leitura imprescindível para o nosso tempo.

Com razão, o filósofo observa o aumento constante do poder estatal, independentemente das disputas políticas de ocasião e de quem sejam seus vencedores. Tal crescimento metastático se dá paralelamente à progressiva afirmação do princípio do Estado leigo (ou laico), pelo qual a ética religiosa, firmada na transcendência, perde sua validade e é proscrita dos debates públicos para o foro íntimo do indivíduo. Banida da esfera sociopolítica, a religião passa a ser assunto exclusivamente privado. Com isto, é

inventada uma ética leiga suprarreligiosa[5], que se imporá a tudo e a todos, inclusive às próprias religiões. Consequentemente, o primado do poder espiritual sobre o poder temporal é invertido: a religião, que antes norteava e ordenava a conduta humana em todas as esferas da vida, é agora posta numa posição subalterna ao poder estatal, que passa a regular e limitar a prática religiosa. Nasce assim uma farsa demoníaca: o Estado é a nova religião e seus comandos são a nova lei moral. Eis aí a religião secular e imanente do mundo moderno.

Não foi sem motivo que a crise da Covid-19 serviu de aríete contra os líderes nacionalistas. O Estado tecnocrático, a nova divindade, erige-se agora em império global. Eis por que a cartilha globalista nos oferece como solução para a crise sanitária o controle estatal, restrições de direitos e liberdades e até uma constituição mundial. O jornal *El País* noticiou: "Crises globais exigem soluções globais", informando que um grupo de juristas já constituiu um movimento para a defesa de uma "constituição da Terra" como ferramenta de governança global. Luigi Ferrajoli, um dos juristas que encabeçam o movimento, chama os nacionalistas de analfabetos, demonstrando seu pesar pelo malogro do projeto de constituição europeia em 2005, o qual seria um ensaio para a constituição mundial.

A Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas (ONU), que entrou em vigor em 2016, é a carta de intenções de um futuro governo mundial. É o embrião de uma futura constituição mundial (já anunciada e festejada) que sirva de bússola para todas as nações e assegure um núcleo mínimo de "direitos" a serem obrigatoriamente observados[6]. Um desses "direitos" é o aborto. Bem

5 Ronald Dworkin, na obra *Religião sem Deus*, faz uma apologia dessa ética laica suprarreligiosa. Sua religião sem Deus consiste precisamente nos "princípios" da sociedade laica moderna. Ele se esquece de que, como observa Olavo de Carvalho, muitos dos valores desta sociedade foram forjados pela Igreja Católica, e só são compartilhados agora entre crentes e ateus porque a Igreja os ensinou no passado a duras penas.

6 O plano de um governo mundial não é novo. O documento intitulado *Report of the Study for the Ford Foundation on Policy and Program*, publicado pela Fundação Ford em 1949, constitui um amplo programa de trabalho da fundação. Este documento afirma, na página 59: "*a manutenção da paz depende em larga escala da vontade e capacidade das nações para melhorar e fortalecer a ONU até o ponto em que esta se torne, de fato, a estrutura de uma ordem mundial legislativa e judiciária.*" O documento, que fala de governo mundial e controle de comportamento das massas, sustenta que uma nova ordem mundial, com seu governo único – o que pressupõe o fim da soberania das nações –, poria fim a

analisado, o documento se revela como um grande projeto revolucionário de um "mundo melhor", um paraíso terrestre a ser construído pela engenharia social e pela concentração de poder nas mãos de uma elite de tecnocratas e bilionários globalistas. Tal documento consagra dezessete "objetivos globais" para o mundo, com uma linguagem carregada de clichês politicamente corretos, dos quais ninguém ousaria discordar. É preciso dourar a pílula letal para que pareça uma panaceia redentora. Encontramos ali menções ao fim da fome e da pobreza, vida saudável e bem-estar para todos, educação universal e inclusiva, igualdade de gênero e empoderamento das mulheres e meninas, desenvolvimento sustentável, pleno emprego, crescimento econômico, redução da desigualdade, combate à mudança climática, consumo sustentável, conservação dos oceanos, proteção dos ecossistemas, promoção de sociedades pacíficas e inclusivas, acesso à justiça para todos e parceria global para o desenvolvimento sustentável do mundo. Lindo, não? Quem seria o louco, quem seria o teórico da conspiração, quem seria o fanático religioso que ousaria discordar de tão nobres propósitos, de tão lindo projeto de um mundo melhor? Um projeto que, de tão lindo, até parece o discurso enganoso de um político corrupto.

No funesto documento, lemos o objetivo 5: "Alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas". Empoderar é conferir poder a alguém, mas poder para fazer o quê? A coisa fica clara no ponto 5.6: "Assegurar o acesso universal à saúde sexual e reprodutiva e os direitos reprodutivos...". Em outras palavras: aborto. De onde vem esta expressão adocicada – "direitos sexuais e reprodutivos" –, que virou um mantra dos movimentos feministas e dos progressistas em geral? Trata-se um eufemismo para o aborto forjado pela Fundação Ford. Entre os anos 60 e 90, houve uma metástase da cultura da morte. As grandes fundações promoveram vigorosamente o aborto pelo mundo afora. Nos anos 90, o movimento abortista global se reorganiza e ganha um novo impulso com o plano de ação delineado no documento "Nova Estratégia de Direitos Sexuais e

todos os conflitos e guerras, à semelhança da *pax romana*, instaurando assim a paz mundial (a "paz perpétua" de Kant).

Reprodutivos para os Anos 90", produzido pela Fundação Ford. Em 1989, outra fundação, a MacArthur, assumira o Brasil com a missão de promover os ditos "direitos" por aqui. A partir do documento, o eufemismo foi adotado pela ONU e difundido nas conferências de população (Cairo 94) e da mulher (Pequim 95). O uso da expressão, forjada para tornar o aborto mais palatável aos olhos do público ingênuo, revelou-se decisivo para o avanço da agenda abortista.

Empoderar as mulheres, para a ONU e a Organização Mundial da Saúde (uma agência subordinada), é dar-lhes o poder de autorizar o esquartejamento de seus bebês indefesos dentro de seus úteros, com posterior remoção dos membros: braços, pernas, tronco esfacelado e cabeça esmagada. Tal monstruosidade é injustificável sob qualquer aspecto, não importa qual seja a razão para o ato hediondo.

A esta altura, o leitor se pergunta: o que o Direito tem a ver com tudo isso? Ora, o programa revolucionário acima descrito será implementado sobretudo pela via jurídica. Para tanto, uma elite tecnocrática do Direito se apresenta. Na mentalidade desta elite – como afirmei –, ser técnico é como saber operar uma máquina. No caso, as complicadas engrenagens jurídicas, os meandros do direito positivo: artigos, parágrafos, incisos e alíneas. Ser juridicamente técnico, nessa concepção distorcida do Direito, é conhecer textos legais, doutrina e jurisprudência; depois, combiná-los e aplicá-los a casos concretos. Não nego que isto seja necessário. Entretanto, a maior virtude de uma atividade jurídica qualquer não é ser técnica, mas ser justa. Quando Adolf Eichmann, um operador do regime nacional-socialista alemão, concebeu a "solução final" e criou as condições para a deportação em massa de judeus para os campos de extermínio, estava apenas sendo técnico, ao aplicar e obedecer ao ordenamento jurídico imposto pelo regime. O que se verificou no regime nacional-socialista (nazista) também sucedeu no regime internacional-socialista (comunista): tecnocratas comunistas também foram estritamente técnicos ao contribuir, direta ou indiretamente, para o extermínio de milhões de pessoas.

A elite tecnocrática do Direito, que serve bem aos propósitos do globalismo – já que este pretende fomentar as instâncias supostamente técnicas da sociedade em detrimento das demais –, é hoje um clubinho fechado, apartado da realidade. De fato, Olavo de Carvalho está montado na razão quando afirma que a linguagem jurídica no Brasil é como "receituário de macumba"[7]. Rios de tinta, infinitas laudas, volumes imensos, teses mirabolantes. Um palavrório inútil e fadado ao esquecimento. Também não lhe falta razão ao afirmar que ler analfabetos funcionais transforma o leitor em analfabeto funcional. Assim, o depauperamento do Direito no Brasil e no mundo transformou as faculdades de Direito em fábricas de analfabetos funcionais, ambientes tóxicos capazes de alienar pessoas normais, expatriá-las da realidade e transformá-las em revolucionários do Direito.

Não por acaso, a esquerda desistiu de empreender sua revolução contra a moral tradicional por meio do Parlamento. Compreendeu que o povo é conservador nos costumes e, portanto, há de cobrar de seus representantes eleitos uma postura adequada à sua visão de mundo. Tais parlamentares, por sua vez, hão de suprir os anseios populares, seja por convicção própria, seja por conveniência eleitoral. Sem saída, os inimigos da ordem natural das coisas recorreram a outro poder: o Judiciário. O problema é que os membros deste poder são os mesmos egressos das faculdades de Direito acima descritas, desde o juiz de primeira instância até os ministros Supremo Tribunal Federal. Eis aí a elite tecnocrática onissapiente a que se refere Olavo de Carvalho. É claro que ainda há bons magistrados, mas estes são cada vez mais raros. Os mais revolucionários consideram-se paladinos do projeto ideal de sociedade, a ser implementado por eles mesmos, mediante seu poder tecnocrático. Há também aqueles que são portadores de tal mentalidade de modo inconsciente ou semiconsciente. Embora sempre se utilizem da palavra democracia com finalidade ornamental em seus discursos, a militância togada não vê com bons olhos a autodeterminação democrática, pois creem que não sabemos o que é melhor para

7 Texto publicado no *Facebook* em 10 de abril de 2019.

nós mesmos. Antes, nosso futuro será determinado por esse clubinho de iluminados que detém o conhecimento do bem e do mal, que detém a *técnica*. O bem é aquilo que eles decretam do alto de sua vontade arbitrária, as leis que hão de reger a sociedade futura; e o mal é tudo aquilo que se opõe ao seu projeto revolucionário. Alegam que, ante uma suposta omissão do Parlamento, o Judiciário deve agir para atender às demandas da sociedade. Ocorre que a alegada omissão é na verdade a expressa rejeição pelo Parlamento de reivindicações absurdas de grupos militantes ultraminoritários. Não há demanda social nenhuma. O que há é a gritaria de militantes e suas ONGs. Infelizmente, estamos à mercê dessa gente.

Enquanto o cenário não melhora, a agenda contramajoritária da tecnocracia jurídica está posta: legalização do aborto – chamado por eles de "direitos sexuais e reprodutivos" –, bem como da eutanásia e outras práticas contrárias à vida; ideologia de gênero, promoção do movimento LGBT e das demais práticas sexuais outrora tidas por perversões (pedofilia, poligamia, zoofilia, incesto, etc.); feminismo radical (intimamente associado ao abortismo), que pretende eliminar a fórceps, como se possível fosse, todas as diferenças entre os dois sexos; laicismo, que culmina com o banimento da religião dos espaços e debates públicos e, finalmente, com a franca perseguição e eliminação dos fiéis, como a história mostra; psicose ambientalista, com a idolatria do meio-ambiente em detrimento do homem; equiparação de animais a seres humanos, inclusive para fins jurídicos, o que pode levar ao veganismo obrigatório; legalização das drogas e outras reivindicações semelhantes. As esperanças da esquerda para fazer avançar essa agenda estão hoje depositadas no Judiciário, a despeito da falta de legitimidade representativa deste, pois ninguém elegeu seus membros para ditarem os rumos da nação. É assim que a revolução pega o atalho do chamado ativismo judicial.

Por mais absurdas e inverossímeis que algumas dessas bandeiras pareçam, cabe lembrar que uma decisão judicial que as imponha *erga omnes* (para todos) é somente a etapa final de um

longo processo. Este se inicia pela publicação de livros e artigos acadêmicos, inicialmente considerados como excentricidades defendidas por vozes isoladas. Conquistado o ambiente acadêmico de modo lento e progressivo, as ideias já estão prontas para a difusão midiática e consequente conquista da opinião pública. No meio deste processo, mesmo antes de a ideia em questão contar com adesão majoritária, podem surgir decisões judiciais que a acolham. Tais decisões serão os *leading cases* daquela agenda. Daí à pacificação jurisprudencial e à conquista definitiva da opinião pública é outro pulo. Ressalto que tal ativismo revolucionário não se restringe ao Poder Judiciário, mas se estende a todo o mundo jurídico. Não só magistrados, mas defensores públicos, advogados, procuradores, promotores e até delegados de polícia estão imbuídos desse mister, de modo que seria mais exato falar num ativismo jurídico-revolucionário.

Enquanto o aborto não é definitivamente liberado pelo STF, o movimento abortista, dada a enorme rejeição da população a este crime abominável (o que se reflete no Parlamento), lançou mão de uma estratégia provisória. As perguntas que se colocavam eram estas: como promover o aborto sem a necessidade de mudanças radicais na legislação vigente? Ou como promover o aborto discretamente, aprovando leis que não chamem a atenção? A solução encontrada foi um amplo esforço de reinterpretação das leis já existentes e ressignificação dos termos legais (mormente os do artigo 128 do Código Penal, que estabelece as duas escusas absolutórias do crime de aborto: para salvar a vida da gestante e se a gravidez resulta de estupro), aliado à aprovação de novas leis que contivessem expressões eufemísticas, politicamente corretas ou ardilosas, com o fim de enganar o povo e expandir a prática do aborto sem que as pessoas percebessem. É assim que a interpretação de "salvar a vida da gestante", vai ficando cada vez mais elástica para admitir inclusive riscos remotos, futuros e banais (como a mera alteração psicológica decorrente da gravidez indesejada), enquanto a lei admite apenas um risco de vida real e atual, como uma hemorragia em curso; igualmente, a lista do que se considera um estupro vai aumen-

tando cada vez mais, contrariando um dos princípios fundantes do Direito Penal: a proibição de interpretações extensivas ou analógicas do tipo penal. A descrição legal de um crime não pode conter ambiguidades e sua interpretação deve ser restritiva e não elástica. Conquanto seja um crime hediondo, é preciso reconhecer que casos como o de uma mulher que depois perceba que "não estava muito a fim" da relação mas acabou cedendo, sem que houvesse violência ou grave ameaça, simplesmente não caracterizam estupro. Essa estratégia de reinterpretação ampliativa e introdução de novos termos capciosos fez com que, num passe de mágica, o aborto passasse a ser designado por "direitos sexuais e reprodutivos" em documentos e textos normativos, para não falar de outras expressões igualmente capciosas, mas embelezadas o suficiente para que ninguém se lhes queira opor. A estratégia sorrateira saiu vitoriosa com a aprovação da famigerada Lei do Cavalo de Troia (12.845/13), que define violência sexual como "qualquer forma de atividade sexual não consentida", encaminhando a mulher para os serviços de "profilaxia da gravidez" (mais um eufemismo para o aborto). A agenda abortista também avançou com a edição de portarias e normas técnicas do Ministério da Saúde que dispensavam o registro de ocorrência do suposto estupro, bem como o exame de corpo de delito (lembremos que o estupro é atualmente um crime de ação penal pública incondicionada), bastando, para a realização do aborto, que a mulher simplesmente declare ter sido estuprada ou vítima de violência sexual, tal como definida pela Lei do Cavalo de Troia.

Os abortistas trabalham para ampliar as hipóteses de aborto no Brasil, quando seria necessário restringi-las. Bem analisado o problema do aborto motivado por estupro, vemos que o Código Penal brasileiro enquadra o aborto nos crimes contra a pessoa, o que quer dizer que nossa lei positiva reconhece o nascituro como pessoa (como não poderia deixar de ser). É patente aos olhos de todos que o direito mais importante da pessoa é a vida. Entretanto, o mesmo Código Penal diz que "não se pune"[8] um

8 A expressão "aborto legal", usada pela militância abortista, é uma aberração jurídica. Primeiro, porque o aborto é intrinsecamente ilegal, mesmo que uma lei ou decisão judicial diga o contrário.

aborto na hipótese de a mãe ter sido estuprada. Muito embora a Constituição diga que "nenhuma pena passará da pessoa do condenado", e que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal" (direitos menos importantes que a vida), além de proibir a pena de morte (salvo em caso de guerra declarada), o que vemos na hipótese do aborto motivado por estupro? Por mais que os juristas torçam o nariz para este argumento e contraponham tecnicalidades, é preciso reconhecer a realidade diante dos nossos olhos: quando um bebê concebido num estupro sofre aborto, uma pena de morte é aplicada a uma pessoa por um crime que ela não cometeu; isto é, uma pessoa teve seu direito à vida negado sem o devido processo legal, em razão de um crime hediondo praticado por outra pessoa (seu pai biológico). No mínimo, carece de coerência lógica interna um sistema jurídico que admite uma regra assassina dessas. E pior: quase ninguém enxerga ou se levanta contra esse absurdo. Parece que o bebê abortado é o bode expiatório que a nossa sociedade precisa sacrificar para aplacar o horror causado por um crime abominável. É como se fosse necessário eliminar a consequência do crime - no caso, a criança - para que a vítima, familiares e a sociedade em geral se sintam melhores. No entanto, não há expiação nenhuma aqui. Ao contrário, há um acréscimo de culpa: um crime é praticado a pretexto de outro. Ninguém se importa com os direitos da pessoa concebida, que

---

Segundo, porque o aborto é proscrito como crime também pela lei positiva (como não poderia deixar de ser), embora o artigo 128 do Código Penal estabeleça duas hipóteses em que "não se pune" o aborto: se não há outro meio - que não o aborto - de salvar a vida da gestante; e se a gravidez resulta de estupro. Em ambos os casos, permanece o caráter criminoso do aborto, pois o Código diz "não se pune" em vez de dizer "não há crime". Trata-se de uma escusa absolutória, e não de uma excludente de ilicitude, pela singela razão de que o dispositivo legal diz *ipsis litteris* "não se pune" - isto é, a lei exclui a punibilidade, que não integra o conceito de crime, e não a ilicitude, que o integra. Por conseguinte, o médico que praticar o aborto em tais hipóteses comete um crime. No entanto, a lei nem sempre aplica pena a um crime cometido. Outros exemplos em que acontece o mesmo: o furto praticado entre ascendente e descendente, ou entre cônjuges (art. 181 do CP). Não se trata de um "furto legal", pois o crime permanece. Há também a hipótese do perdão judicial (art. 121, § 5° do CP), nos casos em que o crime causou intenso sofrimento ao agente. O crime permanece, somente a pena desaparece. Aquele que ajuda um criminoso a fugir comete o crime de favorecimento pessoal (art. 348, CP). Todavia, se o agente for ascendente, descendente, cônjuge ou irmão do criminoso, fica isento de pena (art. 348, §2°, CP). Em todos os casos citados, o crime permanece, mas a pena não é aplicada; esta foi a opção de política criminal adotada pelo legislador. Portanto, de nenhum modo o Código Penal pode dar permissão para abortar, e tampouco um juiz pode "autorizar" um aborto previamente. Logo, na ordem jurídica brasileira, o aborto é sempre crime. Não existe caso algum de "direito ao aborto" ou de "aborto legal". Não só o aborto é crime, mas o mero anúncio de "processo, substância ou objeto destinado a provocar aborto" constitui contravenção penal (art. 20 da Lei das Contravenções Penais).

pode ser descartada sob a óptica complacente da lei, em vez de ser adotada, por exemplo.

Como os juristas de hoje chegaram a pensar que o assassinato de um ser humano em gestação é algo juridicamente aceitável? Arrisquemos uma resposta, já esboçada no início deste artigo: a decadência do Direito se inicia com o progressivo abandono da ciência do Direito Natural clássico, que vem a lume na Grécia antiga, com Platão e Aristóteles, passa por Cícero e os grandes jurisconsultos romanos e alcança seu apogeu com Santo Tomás de Aquino e a tradição que o segue. Em suma, essa ciência nada mais é do que a singela constatação de que, a par das leis naturais de ordem física, como a lei da gravidade, há outras leis igualmente naturais de ordem moral; ou seja: as regras que devem reger nossa conduta não emanam da vontade humana arbitrária, mas nos são dadas pela natureza das coisas; não são construções sociais, religiosas ou políticas, mas antecedem estas dimensões da vida por decorrerem do próprio ser das coisas ou do modo como elas se fazem presentes na estrutura da realidade. O reconhecimento da lei natural não implica a negação da historicidade do Direito e dos acréscimos humanos daí decorrentes. O homem até pode edificar suas tradições jurídicas, mas deve fazê-lo sempre sobre o fundamento da lei natural (que já está dado), em vez de aventurar-se num experimento social babélico com a pretensão de criar um paraíso terrestre, de modo alheio à natureza humana. Sempre que se tentou criar uma nova ordem do nada, o resultado invariavelmente foi o caos revolucionário.

Reconhecer uma tal lei moral natural significa dizer que, mesmo que não existisse um Código Penal que criminalizasse o homicídio, ou uma Bíblia que dissesse "não matarás", matar alguém seria imoral de qualquer modo. Caim foi condenado sem qualquer lei positiva. Revogar o Código Penal ou rasgar a Bíblia não torna o homicídio em ato de virtude. Esta verdade sempre foi óbvia. No entanto, começa a ser esquecida no final da Idade Média, com o nominalismo e o voluntarismo, a partir dos quais a existência de leis morais naturais e irrevogáveis será negada e

a primazia da vontade humana arbitrária em questões morais será afirmada. Em outras palavras, o homem reivindicou para si a prerrogativa de determinar o certo e o errado, o bem e o mal. A revolução que subverte o Direito é lenta e gradual. Posteriormente, outro capítulo desta revolução, o positivismo jurídico prescreverá a ditadura da vontade do legislador por meio das leis positivas arbitrárias e, nos nossos dias, o neopositivismo emergente do pós-guerra (também chamado de neoconstitucionalismo) prescreverá a ditadura da vontade do julgador por meio das decisões judiciais arbitrárias, o que enseja o nefasto ativismo judicial[9], via de regra contrário à lei moral natural.

Nesta altura, convém recordarmos o arquétipo da Árvore do Conhecimento do Bem e do Mal. O livro do Gênesis narra a história da queda do homem: Deus lhe permitira comer de todas as árvores do Éden, até mesmo da Árvore da Vida, tendo-lhe proibido tão somente comer da Árvore do Conhecimento do Bem e do Mal. A Serpente, contudo, tentou a mulher e lhe disse: "no dia em que comerdes do fruto da árvore, vossos olhos se abrirão, e sereis como deuses, conhecedores do bem e do mal." O fim da história, todo mundo conhece. Resta a indagação: o que é "conhecer o bem e o mal" como Deus os conhece? Evidentemente, não se trata de um conhecimento ordinário sobre o que é certo ou errado. Conhecer o bem e o mal ao modo divino – "sereis como deuses" – é o mesmo que determinar o bem e o mal, como se os decretos da vontade humana tivessem o poder divino de transfigurar a realidade, de constituir um ato como bom ou mau, alterando sua natureza; é como se uma lei positiva ou uma decisão judicial tivessem o condão de legalizar – isto é, tornar justo –, num passe de mágica, um ato hediondo como o aborto.

9 Para o juiz ativista, quase sempre progressista, sua função fundamental não é *aplicar* a lei tal como concebida pelo legislador, mas *interpretá-la*, pois seu sentido está para além do texto. Para tanto, valer-se-á de princípios abertos e indeterminados, muitos dos quais foram postos nas constituições do pós-guerra. Como tais princípios são normas abstratas e inespecíficas – e não se assemelham em nada aos princípios do direito natural clássico (ancorados na lei eterna) –, logo, servem a qualquer propósito. Fica evidente que essa função interpretativa com base em princípios genéricos sem esteio na realidade objetiva é na verdade um cheque em branco para o juiz decidir como quiser, conforme sua vontade, e não conforme a vontade do legislador, legítimo representante do povo. Os tais princípios trazem consigo um imenso catálogo de direitos que pode ser modificado, acrescido ou decrescido a qualquer momento pelo juiz, bastando que este adote nova interpretação principiológica. É desta maneira que o neoconstitucionalismo retira o poder do Executivo e do Legislativo e o concentra no Judiciário.

Já diziam os antigos que a virtude da justiça é o hábito de dar a cada um o que é seu. Este algo que nós devemos aos outros e que nos é devido, é o direito - o objeto da justiça, aquilo que é justo. Descobrir o direito para cada situação da vida, ou redescobri-lo, não é inventá-lo à imagem e semelhança do que há de pior em nós. Não é tirar da algibeira uma loucura qualquer e dizer que é um direito. Descobrir o direito é achar na estrutura da realidade o objeto da virtude da justiça, segundo a lei moral natural que o Criador inscreveu em nossa inteligência. Dito isto, é preciso afirmar enfaticamente: o aborto nunca foi, não é, nem nunca será um direito. A vontade humana não tem o poder de tornar algo intrinsecamente mau em algo bom ou moralmente inócuo.

A imemorial tradição jurídica ocidental está fundada no reconhecimento da lei natural, isto é, no fato de que a estrutura jurídica de uma dada sociedade humana, com suas normas e instituições, fundamenta-se numa estrutura natural, e não no poder arbitrário do homem. A lei produzida pelo homem - seja a lei geral e abstrata que emana dos legisladores (lei positiva)[10] ou a lei para os casos concretos que emana dos julgadores (jurisprudência) - encontra seu fundamento nessa lei natural, sediada na natureza humana, no ser das coisas, na realidade mesma. Tal lei natural imanente, por sua vez, encontra seu fundamento último na lei divina transcendente, que corresponde à Razão criadora, ao Logos eterno.

Com muita propriedade e notável poder de concisão e clareza, o Papa Bento XVI disse aos parlamentares alemães:

> *"Ao contrário doutras grandes religiões, o cristianismo nunca impôs ao Estado e à sociedade um direito revelado, nunca impôs um ordenamento jurídico derivado duma revelação. Mas apelou para a natureza e a razão como verdadeiras fontes do direito; apelou para a harmonia entre razão objetiva e subjetiva, mas uma harmonia que pressupõe serem as duas esferas fundadas na Razão criadora de Deus".*

10 Observe-se que as cortes supremas podem também agir como legisladoras ao julgarem a constitucionalidade das leis, ocasião em que emitem comandos gerais e abstratos, semelhantes às leis. Tal é o caso do nosso Supremo Tribunal Federal.

Lamentavelmente, essa filosofia jurídica herdada dos gregos, romanos e escolásticos foi progressivamente relegada ao ostracismo, ao ponto de, nas palavras de Bento XVI, "considerar-se hoje a ideia do direito natural uma doutrina católica bastante singular, sobre a qual não valeria a pena discutir fora do âmbito católico, de tal modo que quase se tem vergonha mesmo só de mencionar o termo."

Formulada na Grécia antiga, mormente por Platão e Aristóteles, reconhecida pelos grandes jurisconsultos romanos e mencionada expressamente por São Paulo na *Carta aos Romanos*[11], a doutrina da lei natural chega ao século XIII e atinge com Santo Tomás de Aquino a maturidade plena, sendo renovada nos séculos XVI e XVII pela escolástica tardia da Península Ibérica. Contudo, como afirmei, os germes da crise (cujos frutos remotos são as ideologias modernas) foram lançados ainda no período medieval, com o nominalismo[12] e o voluntarismo teológico-filosófico, pai do voluntarismo jurídico.

Para o Doutor Angélico, a lei eterna ou divina - matriz da lei natural (dois modos de ser da mesma lei)[13] - é a própria Razão Divina, ordenadora de todas as coisas[14]. Por este motivo, o homem é também capaz de conhecer a lei natural com a reta razão e assim discernir o que é bom e o que é mau por natureza. Segundo Tomás[15], as duas potências superiores da alma (a razão e a vontade, com preeminência da razão) cooperam da seguinte maneira na ação humana: a vontade quer sempre um bem genérico e inespecífico; é sempre atraída para a prática de um bem, mas não sabe especificá-lo. A razão (ou intelecto) é que conhece e apresenta à vontade o bem especificado objetivamente,

11 Cap. 2, vv. 14 e 15: "Os pagãos, que não têm a lei, fazendo naturalmente as coisas que são da lei, embora não tenham a lei, a si mesmos servem de lei; eles mostram que o objeto da lei está gravado nos seus corações, dando-lhes testemunho a sua consciência, bem como os seus raciocínios, com os quais se acusam ou se escusam mutuamente."

12 Resumidamente, o nominalismo afirma que as realidades universais - como uma espécie ou gênero - não são reais e tampouco estão nos entes reais. Seriam apenas *flatus vocis*, nomes, vocábulos ou termos que inventamos para designar certos grupos de entes individuais, os únicos que são reais. Negando a realidade dos universais, o nominalismo só reconhece a existência real dos indivíduos ou entes particulares.

13 *STh*, I-II, q. 93, a. 3.

14 *STh*, I-II, q. 93, a. 1.

15 *STh*, I-II, qq. 8, 9 e 10.

e a vontade adere a este bem específico. Conclui-se que os princípios estabelecidos pela Razão Divina criadora são conaturais à razão humana, pois esta participa daquela. Convém notar que pode haver certos desajustes: se o intelecto conhece mal, pode levar a vontade ao erro. Até mesmo um suicida crê que o suicídio é um bem - livrar-se do sofrimento ou dos problemas é um bem, de fato; ocorre que o intelecto, neste caso, não soube hierarquizar os bens e elegeu o fim do sofrimento como o bem mais importante, em detrimento da vida.

Por outro lado, de acordo com o voluntarismo, atua tão somente a vontade divina arbitrária na criação da ordem moral: uma ação é boa ou má não por sua razão de ser, não porque isto decorre da Razão Divina, mas simplesmente porque Deus quis. Se Deus quisesse, o homicídio, o roubo e até o aborto poderiam ser atos bons. Quando Deus sai de cena com as irrupções revolucionárias do século XVIII, Ele não deixa um vácuo: o Estado ocupa seu lugar. A vontade divina arbitrária na constituição da ordem moral dá lugar à vontade humana arbitrária e o homem passa a decretar o que é bom ou mau pela sua própria vontade, por meio do direito positivo. Se o partido decretou, ou se o parlamento aprovou, torna-se lícito matar os "inimigos da revolução", por exemplo. Um erro filosófico terminou num mar de sangue.

Sangue que continua a jorrar, conforme veremos. É assim que o homem passa a instituir o que é bom ou mau tendo em conta somente sua própria vontade arbitrária. É assim que legisladores e julgadores passam a considerar sua vontade como o critério supremo da moralidade. "Se eu quero que seja certo, será certo; se eu quero que seja errado, será errado." Nos nossos dias, é evidente que a crise do Direito de que falo não poderia deixar de ocasionar muitas situações teratológicas. Algumas delas são causadas pela perda daquilo que Olavo de Carvalho chama de *senso das proporções*; isto é, a capacidade de estabelecer uma comparação entre duas realidades e discernir sua razão de importância relativa, instrumento fundamental ao exercício das virtudes morais e cívicas. O filósofo documentou ao longo de

sua vida um sem-número de casos em que essa perda fica patente, revelando um inequívoco sintoma de uma sociedade doente.

Nesse cenário, nem mesmo o caráter sagrado da natureza humana permanece ileso. De fato, já se transpuseram importantes etapas rumo à dessacralização da natureza humana. O homem avança sobre a natureza ao pretender impor sua vontade tirânica e estatuir, por exemplo, que uma criança no ventre de sua mãe não é um ser humano que merece existir, negando com isto seu direito natural à vida. É assim que o aborto é hoje reivindicado como um suposto "direito sexual e reprodutivo" da mulher, sem que se mencionem os direitos da pessoa que ela carrega. Não se percebe que a inclusão do aborto no rol de direitos humanos acaba por negar a própria noção de direitos humanos (aqui entendidos como os direitos naturais que emanam da natureza humana), já que o direito à vida é o primeiro e mais elementar dos direitos, sem o qual nenhum outro direito pode ser exercido. Ninguém em sã consciência pode afirmar que as pessoas nascidas têm o direito de matar as não nascidas em nome de seus interesses.

A completa perda do senso das proporções apontada pelo filósofo foi denunciada por Ives Gandra da Silva Martins em sua sustentação oral no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade contra o artigo 5º da Lei nº 11.105/05, que permite a destruição de embriões humanos em prol de pesquisas científicas (ADI 3.510/DF). O eminente jurista apontou o fato absurdo de a Lei de Biossegurança autorizar o descarte de embriões humanos enquanto a legislação ambiental protege até os ovos de tartaruga. De fato, a Lei nº 9.605/98 (Lei dos Crimes Ambientais) capitula como crime, em seu artigo 29, a destruição, coleta, utilização ou comércio de ovos ou larvas de espécimes da fauna silvestre.

A ação foi julgada improcedente; isto é, a Lei de Biossegurança foi considerada constitucional pelo STF. Resultado: o ovo de tartaruga goza de proteção legal, mas o embrião humano

pode ser destruído e descartado[16]. Um ser humano pode ser descartado e virar lixo hospitalar por razões banais, simplesmente porque a mulher decidiu que não é hora de ter um filho, mas a mera guarda de um ovo ou larva de animal é capaz de mandar o incauto para a cadeia. Ora, negar ao ser humano a proteção que se dá ao ovo de um animal é um atentado contra a humanidade. Conferir idêntica proteção já seria um completo absurdo, mas dar ao ovo de tartaruga uma proteção superior à do embrião humano revela a completa perda do senso das proporções, marca da crise jurídica atual.

No julgamento da referida ação, que se deu em 2008, o Supremo considerou a destruição de embriões humanos, tal como prevista pela Lei de Biossegurança, plenamente constitucional. Essa ação representou um primeiro passo rumo à plena legaliza-

16 E que ninguém diga que os embriões humanos congelados por determinado tempo são "inviáveis", ou "jamais serão alguém" (afirmação infeliz de um ministro do STF). O *Comitato Nazionale per la Bioetica* do governo italiano advertiu que este argumento não encontra fundamento na literatura científica, segundo a qual não existem evidências de perda de vitalidade nos embriões, mesmo depois de muitíssimos anos de crioconservação. É, portanto, totalmente arbitrário o prazo de três anos contido no inciso II do artigo 5º da Lei de Biossegurança. Há casos de embriões que permaneceram congelados por mais de duas décadas e hoje são crianças saudáveis. Congelar um embrião - ou qualquer outro ser humano - é uma prática inumana que foi proibida na Itália pela Lei n. 40, de 19 de fevereiro de 2004. Mas que fazer com os embriões já congelados? Criaram-se imensos depósitos de seres humanos congelados em estado de abandono, uma inaceitável situação de injustiça. Claramente não se pode admitir o uso instrumental dos embriões crioconservados para quaisquer finalidades que não sejam sua gestação e o nascimento. Rejeitados pelos pais biológicos, restar-lhes-ia a adoção, à semelhança da adoção de crianças já nascidas. Assim, o Comitê de Bioética propôs a adoção para o nascimento (*"adozione per la nascita"*) de tais crianças, algo semelhante à adoção do nascituro, prevista no Brasil desde o Código Civil de 1916 (art. 372). Este parecer do Comitê de Bioética do governo italiano indica-nos uma saída ética para essa situação causada pelos laboratórios de fertilização *in vitro*, consistente em implantar os embriões abandonados no útero de mulheres que, de livre e espontânea vontade, resolvam tornar-se mães adotivas, com reconhecimento legal da adoção. Nos Estados Unidos, já há várias organizações que facilitam a adoção de embriões congelados. O número de potenciais pais que estariam dispostos a adotar embriões é bem maior do que o número de embriões disponível. Vê-se, portanto, que está muito longe de ser verdade a afirmação de que os embriões irão inevitavelmente para o lixo se não forem usados em pesquisas, o que implica matá-los. Ressalte-se, contudo, que a Instrução *Dignitas Personae*, da Congregação para a Doutrina da Fé, órgão da Santa Sé, considera a adoção pré-natal eticamente inaceitável, pelas mesmas razões que tornam ilícita a procriação artificial heteróloga e a maternidade substitutiva: por constituírem falta objetiva contra as obrigações do amor materno, da fidelidade conjugal e da maternidade responsável; ofensa à dignidade e ao direito do filho de ser concebido, levado no seio, posto no mundo e educado pelos próprios pais; prejuízo à família, por instaurar uma divisão entre os elementos físicos, psíquicos e morais que a constituem. Entretanto, como a aprovação ao documento pelo então Papa Bento XVI não se deu sob a forma específica, mas sim genérica, é-nos lícito refletir respeitosamente acerca desse ponto do Magistério ordinário (até porque a própria posição do Magistério pode mudar), sustentando outra posição eticamente provável - como é corriqueiro na história da Teologia Moral. Com efeito, a adoção de embriões é diferente dos casos invocados pela Congregação, não devendo, portanto, ter igual tratamento. A diferença crucial é que, na adoção pré-natal, já há uma criança concebida, um fato consumado; isto é, uma criança gerada e abandonada pelos pais biológicos, situação análoga à das crianças abandonadas em abrigos; mas, em vez de um abrigo provisório, a criança está num cilindro de nitrogênio líquido e ainda não nasceu. Os potenciais pais adotivos não cooperaram para esta situação, ao contrário da procriação artificial heteróloga e da maternidade substitutiva, em que o casal efetivamente dá causa à situação.

ção do aborto, pois ali a Corte ousou definir a seu talante o que era a vida. Ressaltando a falta de terminações nervosas do embrião concebido *in vitro*, afirmou que, apesar de este ser um bem a ser protegido, não era uma pessoa no sentido biográfico a que supostamente se referia a Constituição, o que nega por completo sua natureza humana.

Não se negam os eventuais benefícios das pesquisas científicas, desde que obedeçam à correta hierarquia dos valores. Nunca será lícito tirar algum proveito à custa de uma vida inocente. A inviolabilidade do direito à vida desde a concepção até a morte natural, além de ser um princípio de lei natural (irrevogável, portanto), é também cláusula pétrea do nosso ordenamento jurídico positivo. Tal entendimento tem supedâneo na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica, que goza de *status* supralegal no Brasil), na Constituição Brasileira, no Código Civil e no Estatuto da Criança e do Adolescente; mas demonstrá-lo[17] não é o escopo deste artigo, até porque a Convenção e a Constituição nada mais fazem do que reconhecer um direito natural, que continuaria existindo, plenamente vigente, ainda que fosse negado por um diploma legal qualquer.

O segundo passo para a legalização do aborto no Brasil foi a famigerada ADPF 54 (arguição de descumprimento de preceito fundamental), que "legalizou" o aborto de bebês anencéfalos em 2012. Nesta ação, ficou assentado que "as concepções morais religiosas, quer unânimes, quer majoritárias, quer minoritárias, não podem guiar as decisões estatais, devendo ficar circunscritas à esfera privada", como se contrapor-se ao aborto fosse uma posição fundada em razões exclusivamente religiosas. Assim, avançou-se a agenda laicista que busca banir a religião da esfera pública ao mesmo tempo em que se afirmou que os bebês anencéfalos não gozam do direito à vida por supostamente não serem "viáveis".

O terceiro ato deste teatro macabro, encenado em 2016, foi além e ousou ensaiar a legalização completa do aborto. Tal atro-

17 CRFB, art. 1°, III; art. 5°, *caput*; art. 60, §4°, IV. CADH, art. 1°, n. 2; art. 3°. CC, art. 2°. ECA, art. 7°.

cidade foi engendrada pela Primeira Turma do STF no julgamento do *habeas corpus* 124.306/RJ. O caso gerou comoção nacional: Jandira dos Santos Cruz morreu ao submeter-se a um aborto numa clínica clandestina em Duque de Caxias-RJ. O delegado Hilton Alonso, que conduziu o inquérito, assim resumiu o caso: "o crime foi bárbaro; a Jandira estava com pouco mais de três meses de gravidez e passou mal durante o aborto; eles não chamaram socorro. Então, resolveram dar um tiro na cabeça do cadáver para fingir um assassinato. Depois, o corpo foi esquartejado e incendiado", afirmou. Pois a quadrilha que perpetrou a carnificina foi posta em liberdade pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal.

O ministro Luís Roberto Barroso - que já anunciara em entrevista logo após sua posse que a legalização do aborto era um norte a ser alcançado pelo Supremo, nos moldes de Roe v. Wade -, acompanhado por Rosa Weber e Edson Fachin, aplicou a chamada "interpretação conforme" para afirmar que a criminalização do aborto até o terceiro mês é inconstitucional (na linguagem jurídica, o crime de aborto com consentimento da gestante não teria sido recepcionado pela atual ordem constitucional). A decisão restringiu-se ao caso concreto posto em julgamento, mas já constituiu jurisprudência para embasar uma futura legalização geral, completa e irrestrita, que já é visível no horizonte brasileiro, como se verá a seguir.

O derradeiro ato desta tragédia anunciada pode ser o julgamento da ADPF 442, ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), a qual estenderá, caso julgada procedente, os efeitos do nefasto *habeas corpus* acima referido a toda a nação brasileira. É isto mesmo: por meio dessa ação, o Supremo poderá "legalizar" o aborto no Brasil, o que equivale a impor a pena de morte a um sem-número de bebês inocentes e indefesos. Mas por que as aspas? Simplesmente porque, a rigor, como já dito, o aborto não pode ser legalizado por nenhum poder humano. O jurista português José Gomes Canotilho, cujas ideias perniciosas nortearam nossa última assembleia constituinte - com sua teoria da constituição dirigente -, confessou que "o Supremo do

Brasil é o tribunal mais poderoso do mundo". Eu acrescento: tão poderoso que pensa ter poder para legalizar o que não pode ser legalizado. Que Deus nos proteja desta nefasta juristocracia[18]!

Conquanto seja muito poderoso, nem o STF, nem o Congresso, nem a ONU e tampouco o Papa têm o poder de revogar a lei natural, cuja vigência nunca é afastada. Isto porque nenhuma dessas autoridades tem poder para transfigurar o mundo, para mudar o ser das coisas, para alterar o modo como os entes são e como se inserem na realidade. E mais: nem o próprio Deus o faria, pois tal coisa contraria sua própria natureza, sua própria Razão criadora. Dito de outro modo, o aborto será, na ordem do ser, eternamente ilegal. O que tais autoridades podem fazer é tão somente produzir um papel no qual se escreveu uma ficção: a de que o aborto é um ato moralmente neutro; e, como todos sabem, o papel aceita tudo. Tanto é que existe o papel higiênico.

Porém, a constatação de que a vida é sagrada não proíbe ninguém de questionar-se acerca do momento a partir do qual se deve protegê-la. Em outros termos: qual é o marco temporal que determina um aborto? Como observa Olavo de Carvalho em seu artigo *Lógica do Abortismo*[19], "o aborto só é uma questão moral porque ninguém conseguiu jamais provar, com certeza absoluta, que um feto é mera extensão do corpo da mãe ou um ser humano de pleno direito". A própria existência desta acalorada discussão revela que os argumentos de ambos os lados não logram convencer os respectivos interlocutores. Existe, portanto, uma "dúvida legítima", diz o filósofo. Até hoje, ninguém pôde demonstrar com certeza absoluta em que momento um ser humano entra na existência.

---

18 O ministro Luís Roberto Barroso, durante uma conferência no Centro Universitário de Brasília (UniCEUB), afirmou: "*Judicialização significa que uma parcela do poder político está sendo transferida das instâncias políticas tradicionais para o Poder Judiciário. Significa dizer que a última palavra sobre questões econômicas, sociais ou morais de largo alcance estão tendo a sua instância final de decisão perante o Poder Judiciário. Depois da Segunda Guerra Mundial o mundo descobriu que a existência de um Poder Judiciário forte era importante para a preservação das regras do jogo democrático (...). Muitas vezes o Legislativo não é capaz de produzir consenso sobre temas controvertidos na sociedade, ou porque não consegue ou porque não quer, e o Judiciário tem de resolvê-los independentemente da existência ou não de norma (...). Nós temos uma Constituição analítica, o Brasil é um país de constitucionalização abrangente, a Constituição brasileira só não traz a pessoa amada em três dias, mas, fora isso, quase tudo é possível obter-se com a boa manipulação da Constituição brasileira. Constitucionalizar é judicializar, porque significa tirá-la da política e trazê-la para o Direito.*"

19 https://olavodecarvalho.org/logica-do-abortismo/

Santo Tomás de Aquino representa bem essa dúvida. Por aderir à doutrina de Aristóteles concernente à animação progressiva do concepto, Tomás é frequentemente invocado por abortistas como exemplo de uma suposta tolerância ao aborto por parte da Igreja no passado. Nada mais errado. A condenação da Igreja à prática do aborto tem base na lei natural, nas Escrituras e em documentos tão antigos como o *Didaquê*, que preceitua: "não matarás criança por aborto", além de uma vasta tradição patrística. Portanto, Tomás não poderia pensar que o aborto é algo moralmente inócuo sob pena de contrariar toda a tradição cristã anterior, coisa que ele jamais faria. Pelo contrário, Santo Tomás condena claramente o aborto[20], considera-o um pecado mortal e compara-o ao homicídio. A origem da confusão está, como dito, na doutrina da animação progressiva.

Segundo o Doutor Angélico, a alma humana, embora seja una, comporta as potências vegetativas (funções mais baixas do corpo, análogas às das plantas), as potências sensitivas (os sentidos corpóreos, também compartilhados pelos animais irracionais) e as potências intelectivas (funções superiores da alma, próprias das criaturas espirituais e independentes do corpo, correspondendo à razão e à vontade). Tomás esclarece que[21], segundo a ordem da natureza, as coisas perfeitas são naturalmente anteriores às imperfeitas; porém, segundo a ordem da geração e do tempo, o que é imperfeito evolui para o perfeito. Sendo assim, as potências vegetativas da alma são anteriores, na ordem da geração, às potências sensitivas, assim como estas são em relação às potências intelectivas.

---

20 V. *STh*, II-II, q. 64, a. 6, resp. e a. 8, ad 2. *IV Sent.*, d. 31, q. 2, a. 3, exp. *In Decem Praeceptis*, a. 7, *de quinto praecepto: 'non occides'*. Além do aborto, Tomás de Aquino também condena a anticoncepção. No livro IV do *Scriptum super Sententiis*, quando condena o uso do "veneno da esterilidade", inclui nesta expressão os fármacos anticoncepcionais, que impedem a concepção ou esterilizam, bem como aqueles que expulsam uma criança já concebida (abortivos). Tomás adverte que os cônjuges que se valem de tais métodos atuam contra a natureza, não merecendo sequer o nome de cônjuges, mas de fornicadores, pois usam do sexo excluindo artificialmente uma de suas finalidades intrínsecas: a potencial procriação. Percebe-se que o tempo passou e nada mudou debaixo do sol: hoje se faz largo uso de fármacos e instrumentos que têm potencial efeito microabortivo, não podendo receber por isto o nome de métodos *anticoncepcionais*, mas sim de métodos *antinidatórios* ou *contragestativos*, pois não impedem a concepção (fecundação do óvulo pelo espermatozoide) mas sim a nidação do embrião (implantação no útero) ou a gestação de um embrião recém-implantado; isto é, tais métodos podem matar uma pessoa já concebida. Tal é o caso das modernas pílulas "anticoncepcionais" comuns (incluindo injetáveis e adesivos), da pílula do dia seguinte e do DIU.

21 V. *STh*, I, q. 77, a. 4, ad 3 e a. 8, resp.

Significa dizer que, na criança concebida, ao longo de seus sucessivos estágios de desenvolvimento, primeiro se formariam as potências vegetativas; logo após as sensitivas e por fim as intelectivas, quando a natureza humana se aperfeiçoa pela infusão divina de uma completa alma espiritual. Cabe lembrar que a embriologia na época de Tomás era rudimentar, de modo que só se podiam observar as formas e aspectos macroscópicos do embrião em seus sucessivos estágios. Tomás não conhecia a molécula do DNA humano, que confere à pessoa concebida todas as suas características de modo exclusivo e único no momento da concepção.

Seja como for, a tese da animação tardia não leva necessariamente à conclusão de que o aborto é um ato inocente; porque, desde a sua concepção, o embrião já estaria ordenado a ser um homem; já estaria em processo de humanização plena, preparando-se para receber uma alma espiritual. Admitir-se-ia, no máximo, uma pena menos grave se o abortamento fosse praticado nos estágios iniciais, mas sem nunca fazer com que o aborto seja considerado legítimo, como bem disse a Congregação para a Doutrina da Fé em 1974, em sua Declaração sobre o Aborto Provocado[22]:

> *"...no decorrer da história, os Padres da Igreja, bem como os seus Pastores e os seus Doutores, ensinaram a mesma doutrina, sem que as diferentes opiniões acerca do momento da infusão da alma espiritual tenham introduzido uma dúvida sobre a ilegitimidade do aborto. É certo que, na altura da Idade Média em que era opinião geral não estar a alma espiritual presente no corpo senão passadas as primeiras semanas, se fazia uma distinção quanto à espécie do pecado e à gravidade das sanções penais. Excelentes autores houve que admitiram, para esse primeiro período, soluções casuísticas mais suaves do que aquelas que eles davam para o concernente aos períodos seguintes da gravidez. Mas, jamais se negou, mesmo então, que o aborto provocado, mesmo nos primeiros dias da concepção fosse objetivamente falta grave. Uma tal condenação foi de fato unânime".*

22 http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19741118_declaration-abortion_po.html

A Congregação distingue muito bem entre a discussão filosófica acerca do momento de infusão da alma espiritual e o juízo moral a respeito do abortamento, como duas questões independentes, apresentando dois motivos. O segundo nos dá um vislumbre da correta atitude diante da dúvida legítima:

> *"Esta Declaração deixa expressamente de parte o problema do momento de infusão da alma espiritual. Sobre este ponto não há tradição unânime e os autores acham-se ainda divididos. Para alguns, ela dá-se a partir do primeiro momento da concepção; para outros, ela não poderia preceder ao menos a nidificação. Não compete à ciência dirimir a favor de uns ou de outros, porque a existência de uma alma imortal não entra no seu domínio. Trata-se de uma discussão filosófica, da qual a nossa posição moral permanece independente, por dois motivos: 1° no caso de se supor uma animação tardia, estamos já perante uma vida humana, em qualquer hipótese, (biologicamente verificável); vida humana que prepara e requer esta alma, com a qual se completa a natureza recebida dos pais; 2° por outro lado, basta que esta presença da alma seja provável (e o contrário nunca se conseguirá demonstrá-lo) para que o tirar-lhe a vida equivalha a aceitar o risco de matar um homem, não apenas em expectativa, mas já provido da sua alma".*

Aqui a Congregação alude a um princípio essencial para dirimir questões morais, o *princípio da precaução*: diante de uma dúvida legítima acerca da humanidade do concepto, a única atitude moral e juridicamente correta é não praticar o abortamento, sob pena de correr-se o risco de realizar um ato equivalente ao homicídio. Olavo de Carvalho põe a questão de forma magistral[23]:

> *"Transposta ao plano das decisões práticas, essa dúvida transforma-se na escolha entre proibir ou autorizar um ato que tem cinqüenta por cento de chances de ser uma inocente medicação como qualquer outra, ou de ser, em vez disso, um homicídio premeditado. Nessas condições, a única opção moralmente justificada é, com toda a evidência, abster-se de praticá-lo[24]. À*

23 *Lógica do Abortismo.*

24 *In dubio, pro vita.*

luz da razão, nenhum ser humano pode arrogar-se o direito de cometer livremente um ato que ele próprio não sabe dizer, com segurança, se é ou não um homicídio.

Mais ainda: entre a prudência que evita correr o risco desse homicídio e a afoiteza que se apressa em cometê-lo em nome de tais ou quais benefícios sociais hipotéticos, o ônus da prova cabe, decerto, aos defensores da segunda alternativa. Jamais tendo havido um abortista capaz de provar com razões cabais a inumanidade dos fetos, seus adversários têm todo o direito, e até o dever indeclinável, de exigir que ele se abstenha de praticar uma ação cuja inocência é matéria de incerteza até para ele próprio.

Se esse argumento é evidente por si mesmo, é também manifesto que a quase totalidade dos abortistas opinantes hoje em dia não logra perceber o seu alcance, pela simples razão de que a opção pelo aborto supõe a incapacidade – ou, em certos casos, a má vontade criminosa – de apreender a noção de "espécie". Espécie é um conjunto de traços comuns, inatos e inseparáveis, cuja presença enquadra um indivíduo, de uma vez para sempre, numa natureza que ele compartilha com outros tantos indivíduos. Pertencem à mesma espécie, eternamente, até mesmo os seus membros ainda não nascidos, inclusive os não gerados, que quando gerados e nascidos vierem a portar os mesmos traços comuns. Não é difícil compreender que os gatos do século XXIII, quando nascerem, serão gatos e não tomates.

A opção pelo abortismo exige, como condição prévia, a incapacidade ou recusa de apreender essa noção. Para o abortista, a condição de "ser humano" não é uma qualidade inata definidora dos membros da espécie, mas uma convenção que os já nascidos podem, a seu talante, aplicar ou deixar de aplicar aos que ainda não nasceram. Quem decide se o feto em gestação pertence ou não à humanidade é um consenso social, não a natureza das coisas.

O grau de confusão mental necessário para acreditar nessa idéia não é pequeno. Tanto que raramente os abortistas alegam de maneira clara e explícita essa premissa fundante dos seus argumentos. Em geral mantêm-na oculta, entre névoas (até para si próprios), porque pressentem que enunciá-la em voz alta seria

desmascará-la, no ato, como presunção antropológica sem qualquer fundamento possível e, aliás, de aplicação catastrófica: se a condição de ser humano é uma convenção social, nada impede que uma convenção posterior a revogue, negando a humanidade de retardados mentais, de aleijados, de homossexuais, de negros, de judeus, de ciganos ou de quem quer que, segundo os caprichos do momento, pareça inconveniente.

Com toda a clareza que se poderia exigir, a opção pelo abortismo repousa no apelo irracional à inexistente autoridade de conferir ou negar, a quem bem se entenda, o estatuto de ser humano, de bicho, de coisa ou de pedaço de coisa".

As palavras do filósofo são irrefutáveis. Mesmo se admitirmos a tese tomista da animação progressiva, o dever de abstenção permanece, em face da iminente humanização do concepto (o embrião já estaria destinado a ser humano).

Aristóteles e os antigos acreditavam que as espécies eram eternas. Uma vez que um ente, consideradas suas características naturais, pertencia a uma espécie, tal pertencimento se dava de uma vez para sempre. As espécies eram conformações entitativas perpétuas, não sujeitas a modificações. Charles Darwin, com sua teoria da evolução, explodiu os limites das espécies, de modo que, hoje, não só as espécies são fluidas, como também quase tudo o mais, inclusive os sexos. Está aí a ideologia de gênero para confirmar o que digo. Embora o próprio Darwin admita a teoria do desígnio inteligente, sendo esta uma premissa fundamental de sua teoria (como os últimos parágrafos de *A Origem das Espécies* deixam claro), o evolucionismo dela derivado engrossa o caldo das ideias modernas geradoras de caos. Além de relativizar as espécies, Darwin defendeu explicitamente a eugenia, o racismo e o genocídio, coisas intimamente relacionadas ao aborto. O que é o aborto senão um holocausto silencioso?

As más ideias, quando saem das cabeças dos intelectuais e se difundem, sempre geram consequências nefastas e frequentemente imprevisíveis. Com o tempo, as próprias ideias também tendem a piorar, numa espécie de radicalização do mal. É preci-

samente o que ocorre aqui. Para a mente abortista, a condição de ser humano não é inata; isto é, a pessoa não pertence à espécie humana por natureza, mas sim por uma convenção arbitrária, o que seria impensável para Darwin. Assim, como lembra o professor Olavo, quem decide se o feto em gestação pertence ou não à humanidade é um consenso social, não a natureza das coisas. Portanto, nada impede que um consenso posterior revogue o *status* humano de deficientes mentais, comatosos, aleijados, portadores de Alzheimer, homossexuais, negros, judeus, cristãos ou de quem mais for julgado descartável pela opinião então dominante ou segundo os caprichos de um tirano qualquer.

A irracionalidade de tal pensamento, bem como o perigo que ele representa para a sociedade, é algo que salta aos olhos. Como disse Santa Teresa de Calcutá[25]: "Se uma mãe pode assassinar seu próprio filho em seu ventre, o que nos impediria de matarmo-nos uns aos outros?" Com efeito, se o aborto é permitido, o que impede outros tipos de genocídio? Com a liberação do aborto, abrem-se as portas para outras vias igualmente escuras. A permissão dada à mãe para matar seu filho causa, com o tempo, um efeito psicológico devastador nos cidadãos: inconscientemente, diminui a intolerância contra outras atrocidades[26].

Apesar de óbvia, a aplicabilidade do princípio da precaução ao tema do aborto passa ao largo das mentes que dominam os debates jurídicos e midiáticos, mas não por acaso. Os sindicalistas do aborto têm uma agenda oculta: o aborto - incluídos os microabortos causados por pílulas "anticoncepcionais", DIUs e congêneres - precisa ser garantido em nome de uma suposta liberdade sexual e do conforto do homem moderno. Em outras palavras, só haverá plena liberdade sexual se as consequências do sexo forem definitivamente removidas; ou seja, se os bebês forem evitados a qualquer preço, mesmo a um preço de sangue.

Com seu costumeiro acerto, Olavo de Carvalho observa que "é inútil aprisionar numa armadilha lógica indivíduos que

25 Discurso do Prêmio Nobel da Paz de 1979.

26 Passam-se a admitir a eugenia sob suas diversas formas, a clonagem humana, o transumanismo e até mesmo a franca eliminação de pessoas indesejáveis de qualquer idade e por qualquer razão. A história humana o demonstra à saciedade. Não por acaso, o primeiro país do mundo a legalizar o

já provaram ser totalmente indiferentes à argumentação lógica e sensíveis unicamente à força"[27]. De nada adianta demonstrar que, diante de uma dúvida, impõe-se o dever ético-jurídico da precaução, o que nos levaria a concluir pela proibição do aborto, que seria, no mínimo, algo análogo a assumir o risco de engatar a marcha à ré num carro quando pode haver crianças brincando atrás; ou atirar contra uma moita quando não se tem certeza de que não há ninguém atrás dela (situações que o Direito Penal classifica como dolo eventual). Infelizmente, tanto a insistência dos pró-vida em convencer os abortistas de que a vida humana começa na concepção, quanto esta tentativa de admitir a dúvida e concluir pela necessária precaução, resultam ambas infrutíferas.

Como afirmei, as ideias erradas tendem a piorar com o tempo. Destarte, podemos observar uma tendência contínua de postergação arbitrária do termo inicial da gravidez e da própria vida humana. Tais termos são sempre revistos e recolocados em estágios cada vez mais tardios, de acordo com as conveniências do momento. Sempre se considerou a concepção (fusão de óvulo e espermatozoide) como o início de uma gravidez, pois esta é um processo desencadeado justamente pela concepção. Entretanto, este não é o atual parecer da Organização Mundial da Saúde e do *establishment* acadêmico e médico, que contrariaram o consenso universal e estabeleceram a nidação (fixação do embrião no útero) como termo inicial da gravidez, o que provocou uma mudança radical nas bulas das pílulas e no discurso dos médicos, que passaram a negar os efeitos abortivos dessas bom-

aborto foi a União Soviética comunista, em 8 de novembro de 1920. Também não é sem motivo que a Alemanha nazista só criminalizava o aborto para mães arianas - não pelo valor da vida uterina, mas para preservar a raça considerada pura -, ao passo que o impunha a mães de outras raças consideradas inferiores. Assim, o Estado nazista implementou um vasto programa de abortos que integrava a máquina genocida estatal.

27 Texto publicado no *Facebook* em 27 de julho de 2020. E ainda: "Aristóteles aconselhava evitar o debate com adversários incapazes de reconhecer ou de obedecer às regras elementares da busca da verdade. Se algum abortista desejasse a verdade, teria de reconhecer que é incapaz de provar a inumanidade dos fetos e admitir que, no fundo, eles serem humanos ou não é coisa que não interfere, no mais mínimo que seja, na sua decisão de matá-los. Mas confessar isso seria exibir um crachá de sociopata. E sociopatas, por definição e fatalidade intrínseca, vivem de parecer que não o são." (*In Lógica do Abortismo.*)

bas hormonais, tidas agora por "seguras"[28]. O mesmo se aplica aos DIUs. Uma vez demolido o marco da concepção, vários marcos arbitrários para o início da vida humana foram postulados: a formação do córtex cerebral, o início da atividade encefálica, o aparecimento das características fenotípicas, etc. O aborto se justificaria até o marco arbitrariamente definido. No entanto, a sede de sangue dos abortistas é insaciável, como veremos em seguida.

Antes, porém, esqueçamo-nos das palavras e olhemos para a realidade (isto sempre nos liberta): o que é a prática do aborto? Como ele é feito? Cito apenas dois modos de realizá-lo: o bebê recebe uma injeção de cloreto de potássio diretamente no coração, que para de bater. O cadáver da criança pode então ser extraído aos pedaços do útero da mãe. Outra técnica consiste em esquartejar o bebê vivo, que morre despedaçado, sentindo uma dor excruciante. Ao vermos o massacre pelo ultrassom, é possível notar o grito silencioso do bebê agonizante[29]. Os pedaços do corpo são retirados um de cada vez, num espetáculo sangrento e macabro. Seria exagero comparar o aborto a um ritual satânico?

A tendência de postergar-se a aquisição do *status* humano não se limita ao nono mês de gravidez, alcançando em alguns países o momento do nascimento, com o chamado *partial birth abortion* (aborto durante o nascimento), em que o bebê, já no terceiro trimestre de gravidez, completamente formado, é parcialmente extraído do útero (nascimento parcial), tem sua cabeça perfurada por uma tesoura cirúrgica e depois tem seu cérebro sugado por um cateter.

Não pensem que a perversidade para por aí. Começa a ganhar força a chamada tese do vínculo social, segundo a qual uma

28 Sobre as pílulas do dia seguinte, vejamos o que dizia o *website* oficial da OMS anteriormente: "*ECPs are not effective once the process of implantation has begun, and will not cause abortion.*" (As pílulas do dia seguinte não funcionam após o início do processo de implantação, e não causarão aborto.) Fica evidente que, para a OMS, uma gravidez suscetível de aborto só se inicia com a nidação do embrião. Posteriormente, no entanto, a informação foi suprimida e hoje a página só informa que as pílulas do dia seguinte "*do not induce an abortion*" (não induzem um aborto). A audácia vai tão longe que até a concepção foi ressignificada: por exemplo, o *American College of Obstetricians and Gynecologists* (ACOG) passou a considerar que o termo "concepção" significa propriamente "implantação".

29 Vale assistir ao pequeno documentário O Grito Silencioso, no qual o dr. Bernard Nathanson, um médico arrependido dos abortos que executou, descreve o procedimento com detalhes.

criança só adquire a condição de pessoa humana a partir do momento em que se estabelece um vínculo social entre ela e os seres humanos que a cercam. De acordo com esta tese, um bebê rejeitado pela mãe poderia ser assassinado não só antes de nascer, mas também após o nascimento. É isto mesmo, caro leitor: há quem defenda que um bebê recém-nascido possa ser assassinado simplesmente por não ser desejado. E tal ideia monstruosa não habita nas sombras, em páginas obscuras da internet, oculta aos olhos do público; foi defendida com ares de tese respeitável pelos pesquisadores Alberto Giubilini e Francesca Minerva numa importante revista de ética médica, o *Journal of Medical Ethics*, em artigo intitulado "Aborto pós-nascimento: por que o bebê deveria viver?"[30] Fica a lição: nunca mais duvidemos da criatividade eufemística de um ideólogo. Aposto que o estimado leitor jamais pensou que alguém fosse capaz de cunhar a expressão "aborto pós-nascimento". Pois aí está. E mais: confrontados com a objeção de que os bebês rejeitados poderiam ser adotados em vez de assassinados, os autores do artigo desaconselham esta solução, alegando que a mãe passaria a vida inteira a perguntar-se pelo filho ausente, num tormento psicológico sem fim. Para eles, é melhor matar o bebê logo de uma vez, para exterminar (literalmente) o problema. Não sabem ou fingem não saber que a dor psicológica por ter matado o próprio filho é imensamente mais atroz do que a dor por tê-lo entregado à adoção.

Um outro professor de "bioética", Peter Singer, famoso defensor do aborto, teve a ousadia de fazer a seguinte afirmação: "Um bebê não tem importância moral porque ele não tem consciência de si mesmo"[31]. Significa dizer que um bebê é moralmente irrelevante, pelo que estaríamos autorizados a matá-lo. Mas como chegamos a tamanha barbárie? Como afirmei, tudo começa com o abandono da tradição jurídica ocidental, que nos conduziu à relativização da vida. Num primeiro momento, era indubitável que o início da vida humana se dá na concepção; ou seja, no momento em que todas as características do novo ser já

30 http://jme.bmj.com/content/early/2012/03/01/medethics-2011-100411.full

31 Conferência em Princeton, EUA, em 22/10/2010.

estão dadas em seu genoma. Depois, alguém passa a considerar que o início da vida se dá com a nidação, alguns dias após a concepção. Mais adiante, um outro dirá que não é bem assim, já que, pelos seus critérios, o marco inicial é o começo da formação do sistema nervoso, com duas semanas. Posteriormente, surgirá um iluminado para afirmar que o verdadeiro marco é com seis semanas (primeiras células sanguíneas), ou com doze (aquisição da consciência) ou com vinte e seis (início da atividade cerebral), até que se chegue ao final da gravidez (*late-term abortion*), ou ao momento do nascimento (*partial-birth abortion*), ou até mesmo após o nascimento (*after-birth abortion*).

É de se imaginar uma mãe na clínica de aborto dizendo ao médico durante o procedimento: "Depressa, doutor, o córtex cerebral desta coisa vai-se formar daqui a dez segundos!" É claro que estamos no reino da absurdidade e no domínio da arbitrariedade, em que as pessoas perderam a medida da moralidade de seus atos. Com toda a clareza, a definição do começo da vida humana não pode ser uma questão pessoal ou de foro íntimo, jamais pode ser uma questão relativa. Pairando a dúvida e a controvérsia, é obrigatório estabelecermos o marco mais cauteloso para o início da proteção da vida: a concepção.

A relativização da vida é o *leitmotiv* por trás de todos os genocídios, inclusive do maior deles: o das crianças não nascidas. A ditadura do relativismo ameaça não só os zigotos, embriões, fetos e bebês, mas também o restante de nós. De repente, um decreto qualquer pode cancelar nosso *status* humano. É mister reconhecermos que os entes humanos, tenham ou não nascido, pertencem todos à mesma espécie por natureza, e não por uma generosa e revogável concessão de nossa parte, como bem observou Olavo de Carvalho.

Diante da dúvida sobre o início da vida, a única atitude admissível é a precaução, que Santo Tomás de Aquino elenca como virtude anexa à principal virtude cardeal - a prudência ou sabedoria prática -, aquela que se radica no intelecto e que dirige as outras três. Nas palavras do Doutor Angélico:

> *"A matéria da prudência são as ações contingentes, nas quais assim como o verdadeiro se mistura com o falso, o mal se mistura com o bem, devido à grande variedade dessas ações nas quais o bem é frequentemente impedido pelo mal e nas quais o mal assume aparência de bem. É por isso que a precaução é necessária à prudência para escolher os bens e evitar os males"*[32].

O problema do aborto se encaixa perfeitamente na lição do Santo Doutor. Trata-se de um mal que assume aparência de bem e nos é vendido como um "direito humano", enganando a muitos. Ora, vimos que o aborto não é nenhuma destas coisas: nem é direito e tampouco é humano. Se há incerteza acerca da humanidade do concepto, ou acerca do momento em que este se torna humano de pleno direito, a única atitude moral e juridicamente correta é não praticar o abortamento, sob pena de correr-se o risco da prática de um ato equivalente ao homicídio. Isto deveria ser patente aos olhos de todos. Porém, no cenário dos debates jurídicos, onde aparece o princípio da precaução? Este é aplicado quase exclusivamente aos chamados direitos difusos e coletivos - principalmente ao direito ambiental, sanitário e do consumidor -, mas nunca é sequer lembrado quando o caso versa sobre o direito à vida. Tal princípio prescreve que, diante da ameaça de danos sérios ou irreversíveis, da insuficiência do conhecimento atual e da imprevisibilidade das consequências de determinadas ações, estas devem ser evitadas, a menos que seu autor demonstre que são inofensivas. O desenvolvimento deste princípio, tal como hoje aparece, teve lugar com a emergência das modernas questões ambientais e culminou com sua consagração em diversos documentos de direito internacional, principalmente a partir da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento realizada no Rio de Janeiro em junho de 1992 (Rio-92), ganhando desde então guarida no direito pátrio[33]. O princípio é respaldado inclusive pela Doutrina Social da Igreja, que o reputa como "uma orientação voltada a administrar situações de incerteza"[34].

32 *STh*, II-II, q. 49, a. 8, resp.

33 V. o art. 196 e 225, §1º, IV e V, da Constituição; e o art. 1º da Lei nº 11.105/05.

34 Compêndio da Doutrina Social da Igreja, n. 469.

Algumas poucas vozes apontaram a incongruência em aplicar o princípio da precaução às questões ambientais e não aplicá-lo às questões bioéticas que envolvem a vida humana, nas quais seu emprego seria mais urgente, óbvio e necessário. O Arcebispo de Trieste, Dom Giampaolo Crepaldi, ressalta que o princípio da precaução tem muitos aspectos ideológicos, o que se demonstra pelo fato de "os seus defensores não o aplicarem no campo da bioética e, diante da simples possibilidade de que o embrião seja humano, não recorrerem ao princípio da precaução"[35]. João Paulo Barbosa de Melo, político e professor português, observa:

> *"A argumentação'ecológica' é que quando não temos a certeza de quais são os verdadeiros efeitos (sobre o ambiente) de uma determinada ação, então, à cautela, devemos partir do pressuposto de que se verificará o pior cenário concebível. Chama-se a isto o 'princípio da precaução'. Aplicando este princípio à questão de saber quando começa a vida humana, é claro que a única resposta razoável da nossa inteligência será: como não é possível determiná-lo com certeza de outra forma, devemos situar esse começo no momento em que o processo se inicia, ou seja, quando da fecundação"*[36].

Registre-se também que, quando do julgamento da ADI 3.510/DF, em que se decidiu a constitucionalidade da Lei de Biossegurança - a qual, como já dito, permite a destruição de embriões humanos em pesquisas científicas -, o único ministro a mencionar o princípio da precaução em seu voto vencido foi Ricardo Lewandowski[37].

Ora, o princípio da precaução não é uma invenção de juristas e ambientalistas. É um dado da realidade objetiva, uma norma ético-jurídica inafastável. Todavia, parece que o discurso ambientalista dele se apossou para uso quase exclusivo. Como

35 Arcebispo de Trieste, presidente da Comissão Caritas in Veritate do Conselho das Conferências Episcopais da Europa (CCEE) e presidente do Observatório Internacional Cardeal Van Thuan sobre a Doutrina Social da Igreja. Disponível em: https://it.zenit.org/2010/12/02/future-generazioni-e-principio-di-precauzione/. Último acesso em: 14 fev 2021.

36 http://www.apfn.com.pt/Noticias/Fev2002/expresso9a.htm. Último acesso em: 14 fev 2021.

37 Voto Lewandowski http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=89744. Votos de todos os ministros http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723. Acesso em: 14 fev 2021.

esta, há muitas outras situações em que se faz uso seletivo de certos princípios, conforme a conveniência do momento. A arrogância do arbítrio recusa vigência não só à tradição jurídica ocidental, como também à realidade e à natureza das coisas, ao fabricar ficções para pôr no lugar, segundo as múltiplas faces do *voluntarismo jurídico*. Note-se que esta designação é bastante apropriada para abarcar quase todos os erros jusfilosóficos nos quais nossa civilização incorreu: o jusnaturalismo moderno, o positivismo e o atual neoconstitucionalismo são todos espécies do gênero voluntarismo jurídico.

A subversão da hierarquia axiológica e a perda do senso das proporções são sintomas da presente crise. Há pessoas que se escandalizam com maus-tratos sofridos por um cão, mas consideram que matar um bebê no útero materno é um "direito". Querem salvar as árvores e as baleias, mas não querem salvar um membro de sua própria espécie, o mais inerme de todos.

O Papa emérito Bento XVI, em seu célebre discurso perante o *Bundestag*, evocou o aparecimento do movimento ecológico na política alemã a partir dos anos setenta como efeito de um sentimento difuso de que algo não estava bem em nossas relações com a natureza. Havia uma suspeita de que a matéria não era apenas algo que podíamos manipular a nosso bel-prazer. Curiosamente, esse mesmo movimento ecológico alemão foi o que ensejou o desenvolvimento do princípio jurídico da precaução para as causas ambientais. Ao reconhecer a legitimidade das preocupações ecológicas, asseverando que devemos ouvir a linguagem da natureza e responder-lhe coerentemente, o Papa lembrou que existe também uma *ecologia do homem*; isto é, também o homem possui uma natureza que deve respeitar, ao invés de manipulá-la como lhe convém. Insiste o Papa que o homem não é apenas uma vontade que se cria por si própria, mas é também natureza. Deste modo, sua vontade só será justa quando respeitar sua natureza, seu ser, a razão de sua existência. Nisto consiste a verdadeira liberdade humana, diz o Papa. Poderíamos concluir: respeitar a natureza humana implica respeitar os limites de sua existência neste mundo; isto é, sua geração e mor-

te naturais. Implica sobretudo não brincar com a vida humana; implica ter máxima precaução para com ela.

O erudito Papa termina recordando o grande teórico do positivismo jurídico, Hans Kelsen, que em 1965 - com a idade de 84 anos - abandonou o dualismo entre *ser* e *dever ser*, característica essencial do sistema positivista, construído em bases voluntaristas. Substituindo a vontade divina criadora (ressaltada pelos voluntaristas medievais) pela simples vontade humana, Kelsen afirmava que as normas jurídicas só podem derivar desta (dever ser), mas nunca da natureza humana (ser). Consequentemente - diz Kelsen -, a natureza só poderia conter normas em si mesma se uma vontade as tivesse ali inserido, o que pressuporia um Deus criador. Porém, Kelsen conclui: "Discutir sobre a verdade desta fé é absolutamente vão". E o Papa, afastando o voluntarismo, pergunta-se: é verdadeiramente desprovido de sentido refletir se a razão objetiva que se manifesta na natureza não pressupõe uma Razão criadora, um *Creator Spiritus*?

Creio ter demonstrado que a presente crise do Direito foi causada pela negação do direito natural (derivado de um critério objetivo de justiça: a lei moral inscrita na natureza), em favor de um sistema normativo fundado no arbítrio da vontade humana, no ideário da força social dominante ou nos caprichos de um tirano qualquer. Hitler e Stalin não fizeram nada de ilegal segundo os critérios do positivismo jurídico; todas as suas perversidades gozavam de respaldo no ordenamento jurídico positivo. Hoje, do mesmo modo, qualquer absurdo pode ser justificado com base em qualquer princípio jurídico. Exemplo emblemático: o princípio da dignidade da pessoa humana, reconhecido pela Constituição, é usado para negar a dignidade da pessoa humana ao ser invocado para justificar o aborto, por mais absurdo que isto pareça; ao passo que o princípio da precaução, que deveria ser aplicado ao caso do aborto, é usado não para salvar bebês, mas para salvar árvores. Correu pelas redes sociais uma montagem jocosa que mostrava um certo magistrado "supremo" (sumo pontífice da seita neoconstitucionalista no Brasil) enfiando a mão num saco antes de proferir uma deci-

são, como quem vai sortear algo, com a seguinte legenda: "Vou sortear um princípio". A piada ilustra bem a realidade atual do mundinho jurídico: qualquer coisa pode ser fundamentada por qualquer argumento. O papel aceita tudo, até aquilo que sai dos mais recônditos orifícios do corpo.

Um antigo sofista grego, caso deparasse com a tragicomédia jurídica de hoje, ficaria ruborizado, principalmente ao tomar pé das decisões que saem dos nossos tribunais. Convém recordarmos a lei bíblica: "Não terás na bolsa dois pesos e duas medidas, mas só um peso exato e justo, e uma medida exata e justa"[38]. Será que os ambientalistas, tão preocupados com árvores e animais, estão dispostos a serem coerentes e abraçarem também uma ecologia do homem, pela qual protejam também os membros de sua própria espécie, principalmente os mais indefesos? Ou continuarão na prática execrável de dois pesos e duas medidas?

A pergunta não é meramente retórica. De sua resposta depende a restauração da arte da jurisprudência e da tradição jurídica clássica. Como vimos, se a Razão criadora que imprimiu sua lei eterna nos seres racionais foi banida, nem por isto deixou um vácuo: assumiu seu lugar o homem, que agora pretende por decreto de sua vontade reformar o mundo, transfigurando-o à imagem de sua feiura. A lei por ele produzida deixa de referir-se à lei natural (lei eterna impressa na criatura) e perde assim seu fundamento ético e metafísico, transformando-se num estéril sistema autorreferente, gerador de caos social, já que desconectado da realidade. O bem e o mal passam a depender da vontade do líder, do legislador ou do julgador. O mundo, sobretudo o Ocidente, está diante de uma encruzilhada histórica: ou se restaura a ordem fundada na realidade das coisas, ou se afunda de vez no caos revolucionário que tudo subverte e relativiza, sob o qual ninguém mais saberá diferenciar o certo do errado. Se a realidade comporta entes que têm cada qual a sua própria natureza, sua própria essência; se há, portanto, algo que podemos chamar de natureza humana, haverá necessariamente coi-

38 Deuteronômio, cap. 25, vv. 13 a 15.

sas que são compatíveis e coisas que são incompatíveis com esta natureza. Chamamos as compatíveis de virtudes e as incompatíveis de vícios. A lei natural encontra nisto seu fundamento. A ditadura do relativismo, negando-a, faz as virtudes e os vícios dependerem do império das opiniões subjetivas. E, como disse Marco Túlio Cícero, "pensar que isto depende da opinião e não da natureza é coisa de loucos"[39].

39 *De Legibus*, I, XVI.

CAPÍTULO 2

A BALADA DOS ONZE RESSENTIDOS

Sandres Sponholz[40]

I - POR QUE A CORTE ESTÁ EM CRISE?

No ano de 2011 o Supremo Tribunal Federal (STF) instituiu no Brasil a união homoafetiva (portanto, para casais do mesmo sexo), apesar da absoluta ausência de previsão legal neste sentido. Aliás, em direção oposta, a Constituição Federal expressamente reconhece como entidade familiar a união entre "homem e mulher" (CF, art. 226 e parágrafos)[41].

Em 2016, o mesmo STF enquadrou homofobia e transfobia como crimes de racismo, reconhecendo expressamente a ausência de previsão legislativa, nada obstante a garantia fundamental escrita na Constituição de que *"não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal"* (CF, art. 5º, inc.

40 Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná. Mestre em Direito pela Universidade Paranaense. Coautor do livro *Inquérito do Fim do Mundo, o apagar das luzes do Direito Brasileiro*, publicado em 2020, pela Editora E.D.A. - Educação, Direito, Alta Cultura.

41 http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931&ori=1, acessado em 24 de novembro de 2020, às 16h:22min.

XXXIV)[42]. O Tribunal simplesmente criou um crime sem lei prévia.

Avançando no tempo, em 2019, o então Presidente do Supremo Tribunal Federal determinou a abertura de inquérito para apurar ameaças e fake news, no qual ele próprio e os demais ministros figuram como vítimas (assim como seus familiares)[43], passando a Corte a investigar e prender pessoas num processo que se estende por quase dois anos. De lá para cá, investigador, acusador e julgador estão concentrados na mesma pessoa, qual seja, o Ministro Alexandre de Moraes, atuando em diferentes papéis no referido inquérito.

Somam-se a esses descalabros as decisões do mesmo Tribunal Superior que estipularam competência concorrente de estados, municípios e União para o estabelecimento de providências normativas no combate à Covid-19 (permitindo que governadores e prefeitos promovessem mediante decreto medidas típicas de Estado de Sítio, que deveriam ser exclusivas do Governo Federal)[44], ou que restringem operações policiais em comunidades do Rio de Janeiro (sabidamente um dos estados com maior índice de criminalidade do Brasil) durante a pandemia[45]. Também, claro, não podemos esquecer que o Ministro Marco Aurélio determinou a soltura de um dos maiores criminosos do Brasil, André do Rap, na crença pueril de que ele iria para casa aguardar seu julgamento. Todos sabemos que ele nem sequer pisou na sua residência no Guarujá, litoral de São Paulo[46].

Essas e tantas outras decisões que escancaradamente causam perplexidade na maioria da população brasileira certamente serão objeto de acurada e brilhante análise pelos demais auto-

42 http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414010, acessado em 24 de novembro de 2020, às 16h:31min.

43 http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=405790&ori=1, acessado em 24 de novembro de 2020, às 16h:37min.

44 https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=441447&ori=1, acessado em 24 de novembro de 2020, às 16h:48min.

45 https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=448994&ori=1, acessado em 24 de novembro de 2020, às 16h:43min.

46 https://cbnmaringa.com.br/noticia/solto-pelo-stf-andre-do-rap-fugiu-de-maringa-para-o-paraguai, acessado em 25 de novembro de 2020, às 13h:31min.

res desta obra quanto às suas causas e consequências. O objetivo destas linhas é mais abrangente: afinal, é possível encontrar uma causa uniforme para as incoerências nas decisões prolatadas no curso dos anos por aquela que deveria ser não apenas a mais alta Corte de Justiça sob o aspecto da hierarquia, mas que principalmente detinha (e ainda detém) a obrigação de ser a referência de sabedoria jurídica como uma das mais elevadas virtudes do Direito? O que está faltando ao Supremo Tribunal Federal diante de sua evidente crise de legitimidade? E o que está sobrando diante desses notórios excessos?

Naturalmente, esses questionamentos percorrem as mentes de milhões de brasileiros que simplesmente não conseguem compreender os motivos pelos quais o Supremo Tribunal Federal, gradativamente, passou a usurpar o papel do legislador e dos governantes, tomando para si a centralização dos destinos do Brasil em relação a temas tão relevantes. Nesse mesmo contexto, causa espanto que um reduzido grupo composto de apenas de onze indivíduos não eleitos pela sociedade (portanto, que não passaram pelo crivo do sufrágio eleitoral) passe a instituir direitos, deveres e obrigações que não foram previamente reconhecidos pelos demais poderes da federação brasileira.

Ainda na mesma perspectiva, todos se questionam as razões pelas quais, em sua maioria, os brasileiros não se reconhecem nos pensamentos e decisões prolatadas pelos julgadores do principal tribunal de seu país.

O presente texto, sem qualquer pretensão de apropriação da verdade, busca lançar luzes em tais perquirições, sempre na esperança deste autor de que a partir da identificação das causas que constituem a constante da crise, seja possível avançar para a etapa considerada mais difícil e desafiadora, qual seja, a reação necessária para a mudança de cenário. A propósito, o texto já se inicia com a primeira conclusão: há urgente necessidade de mudança lá pelas bandas do Supremo Tribunal Federal!

II - O ABUSO DE PODER POLÍTICO POR UMA TRILHA ESTREITA E PERIGOSA DENOMINADA ATIVISMO JUDICIAL

Autor de uma das monumentais obras que abordaram o estudo dos regimes democráticos, denominada *Democracia na América*, Alexis de Tocqueville, enviado aos Estados Unidos pelo governo francês para estudar o sistema prisional americano nos idos de 1831, dentre outros aspectos que considerou fascinantes naquela nação ainda em seus primeiros passos, não deixou passar em seu livro a observação em torno de um imenso poder político atribuído ao magistrado americano, comparativamente à França e à Inglaterra naquela época:

> *"A causa reside num único fato: os americanos reconheceram aos juízes o direito de basear seus decretos na Constituição, mais do que nas leis. Em outras palavras, permitiram-lhes não aplicar as leis que lhe pareçam inconstitucionais"*[47].

Tocqueville deixou evidente que essa prerrogativa apenas é admitida porque o próprio sistema de regras permitia que o juiz fundamentasse seus decretos (decisões) na Constituição, mais do que nas leis, tão somente "no combate obscuro e a respeito de uma aplicação específica", dissimulando assim o ataque aos "olhares do público"[48]. Em termos simples, o renomado filósofo político francês observou que o controle das leis frente às regras estabelecidas na Constituição norte-americana somente era estabelecido nos estritos limites do caso concreto, de tal forma que, pela repetição dos julgados, paulatinamente a lei considerada inconstitucional ia perdendo sua força moral. Porém, não passou despercebido do olhar atento do autor o perigo à democracia caso fosse admitido um combate genérico ao legislador pela via judicial:

> *"Se o juiz pudesse combater as leis de maneira teórica e geral, se pudesse tomar a iniciativa e censurar o legislador, ele entraria com estrondo na cena política; tornando-se o campeão*

47 TOCQUEVILLE, Alexis de. SIMÕES, Julia da Rosa (trad.). *A democracia na América*. São Paulo/SP: EDIPRO, 2016. p. 100.

48 TOCQUEVILLE, Alexis de. SIMÕES, Julia da Rosa (trad.). *A democracia na América*. São Paulo/SP: EDIPRO, 2016. p. 100-102.

ou o adversário de um partido, convocaria todas as paixões que dividem o país a tomar parte na luta"[49].

Observe-se que esta ressalva, apresentada ao público em geral no lançamento da singular obra em 1835, não apenas permanece atual como retrata fielmente o cenário brasileiro dos últimos tempos. Claramente percebe-se que o Poder Judiciário como um todo, e o Supremo Tribunal Federal em especial, exacerbaram o espectro da atuação política pela via judicial, invadindo sem sombra de dúvidas os espaços constitucionalmente atribuídos aos Poderes Legislativo e Executivo, especificamente em relação a determinadas pautas consideradas sensíveis, muitas das quais integrantes de uma agenda globalista, coincidentemente capitaneadas pela Organização das Nações Unidas (ONU) e por poderosas ONGs internacionais, em um esforço conjunto de derrubada da soberania do país.

Essa invasão de um poder sobre o outro e a apropriação de determinados de temas que passaram a ser ditados pelo Judiciário constituem algumas das características do denominado "ativismo judicial". A explicação para centralizar no Poder Judiciário essas mudanças bruscas decorre da constatação de que, no âmbito das discussões travadas no meio social, muitos desses debates levariam anos para serem equacionados. Aliás, certamente muitas dessas mudanças impostas goela abaixo pelo Poder Judiciário seriam facilmente recusadas pelos cidadãos. Acrescente-se ainda o ingrediente de que, mesmo acolhidas pela coletividade, tais modificações da opinião pública também levariam muito tempo para se transformarem em leis pelos seus representantes eleitos (legisladores). Assim, a fórmula mágica recai na determinação e abreviação do processo de transformação do mecanismo social por intermédio da utilização de um órgão dotado de suficiente poder coercitivo para garantir a certeza da mudança que não seria de plano acolhida naturalmente pela maioria da população no momento histórico dos acontecimentos. Instala-se assim uma espécie de autoritarismo judicial,

49 TOCQUEVILLE, Alexis de. SIMÕES, Julia da Rosa (trad.). *A democracia na América*. São Paulo/SP: EDIPRO, 2016. p. 102.

conforme reconhecido por Freyesbelen e Lambert ao traçarem críticas à decisão do STF que, pela tortuosa via judicial, instituiu no Brasil a união de pessoas do mesmo sexo:

> *"O legislador responde às cobranças do eleitorado. Eis a regra. Ignorá-la equivale a impugnar a democracia. Falar em omissão do Congresso porque este não faz o que a minoria manda fazer é inegavelmente um contrassenso a negar a função legislativa e os equilíbrios constitucionais por inteiro. Mas o que o Supremo tem em mente não é um sistema decisório movido a voto. É, isto sim, o autoritarismo do Judiciário. Portanto, é preciso tirar eleito do jogo... o que implica desacreditar o parlamento, tachando quem atende a vontade popular de relapso"*[50].

Contudo, é necessário estabelecer um parêntese nesse ponto do texto. Apesar do evidente mau exemplo advindo dos ministros da Corte Suprema, o fenômeno do ativismo esparramou-se aos mais distantes rincões do país em que a vista permite enxergar um Fórum Judicial. Gradativamente, a figura do tradicional "juiz equidistante" cedeu espaço ao moderno "juiz democrático". Influenciado pela mesma tendência globalizante instalada no STF, o magistrado que carrega consigo a veia ativista busca por intermédio de suas decisões algo mais do que a apresentação de mera resposta do Estado aos litigantes, mas sim a realização de verdadeira "justiça social" não promovida pelos demais agentes da nação (sociedade e instituições). Obviamente que sem o propósito de generalizar, porém atento aos danos ocasionados por tais julgadores impulsionados por esse ativismo, o jurista Leonardo Giardin de Souza assim define essa nova figura de "cavaleiro andante":

> *"O arquétipo perfeito do juiz democrático contemporâneo é a figura de um pusilânime com medo de errar contra o réu e pouco se importando com as consequências sociais de suas decisões – um sujeito que se lixe para a opinião pública e que não se curve à maioria e ao senso comum, desde que o senso comum*

50 FREYESBELEN, Márcio Chila. LAMBERT, Jean-Marie. *Um Ministério Público para rir e chorar*, Londrina/PR: Editora E.D.A - Educação, Direito e Alta Cultura. 2020. p. 278.

não seja a posição 'dogmática' da 'sociedade civil organizada'. Enfim, é o dono da verdade, mas da verdade formal"[51].

Conclui-se sem maior dificuldade que por trás do discurso do ativismo judicial esconde-se na verdade o abuso de poder, muito mal disfarçado por tons artificiais de normalidade.

A questão assume ares catastróficos justamente porque essas decisões vêm revestidas do poder que as emana, impondo-se à força no meio social. Consoante adverte Edmund Burke, o poder originado da instituição de reis e comandantes em geral tem íntima e inegável conexão com o terror. Não há aceitação do destinatário da ordem exclusivamente em função da sapiência, bondade ou mesmo altruísmo da autoridade: sempre haverá certa dose de temor inerente à circunstância de que a ordem provém daquele que está no exercício do poder, portanto sobrepõe-se aos demais por sua peculiar situação[52]. Até mesmo Deus, em Sua infinita bondade, compaixão e onipotência é temido pelo cristão que professa exemplarmente sua fé. Daí a razão pela qual justamente o Poder Judiciário deveria ser de fato a *ultima ratio* da manifestação do poder diante da ordem previamente instituída, e não fazer o uso de seus implacáveis mecanismos de coerção com o nítido propósito de impor uma nova ordem.

III - O PROCESSO JUDICIAL COMO TERRITÓRIO VEDADO AO ESTRELATO DO "JUIZ INTELECTUAL"

A problemática do ativismo judicial seria facilmente denunciada, e quiçá aniquilada, não fosse um habilidoso estratagema que mantém hígido o discurso em sua defesa: tal qual os agentes do Poder Judiciário em geral, os próprios ministros do STF proclamam sem cerimônias que no pleno exercício da atividade intelectual, o juiz, além de não ter o compromisso de acompanhar a opinião pública, está autorizado a mudá-la ou corrigi-la, pois

51 PESSI, Diego. SOUZA, Leonardo Giardin de. *Bandidolatria e democídio*. 3 ed. Porto Alegre/RS: SV Editora, 2018. p. 273

52 BURKE, Edmund. MIRANDA, Daniel Moreira. (trad.) *Investigação filosófica sobre a origem de nossas ideias do sublime e da beleza*, São Paulo/SP: EDIPRO, 2016. p. 74-77.

todo julgador é um *intelectual*. Afinal, como bradou o Ministro Gilmar Mendes, *"nós somos supremos"*!

O arvorar-se intelectual fica evidente para o espectador que se dispõe a assistir qualquer julgamento do Supremo Tribunal Federal pela TV Justiça: sobram termos prolixos, pululam acolá brocardos latinos, expõe-se com soberba o "juridiquês" e, claro, saltam aos olhos do público estupefato novas teorias jurídicas, tão recentes quanto a tinta fresca da pintura recém-concluída no banco da praça pública. Por exemplo, para reavivar a memória de todos, quem esqueceu a decisão do STF de que réus delatados têm o direito de apresentar alegações finais depois dos delatores, apesar de o Código de Processo Penal nada estabelecer a esse respeito?[53] Se você não entendeu, por maioria de votos o Plenário do STF afirmou que "alguns réus são mais réus do que os outros". Continuou não entendendo? Fique tranquilo, eu também não entendi até agora.

De qualquer forma, lançado o desafio, há necessidade do enfrentamento da afirmação dos "supremos": o juiz, no pleno exercício da atividade judicial, é de fato um intelectual?

Se você adquiriu este livro, sabe suficientemente que a função do juiz é *interpretar* e *aplicar a lei*, em uma única operação. A finalidade da atividade judicial concentra-se, portanto, em um exercício do poder de *decisão*.

Segundo o ensinamento de Tercio Sampaio Ferraz Junior, *"[...] a decisão é um procedimento cujo momento culminante é a resposta. A justificação da resposta constitui a questão de sua legitimidade. É no ato da resposta ao conflito que a decisão judicial efetivamente desempenhará o seu papel e realizará o exaurimento do exercício do Poder Judicial"*[54]. Seguindo esse raciocínio, a decisão precisa ser legítima, e sua legitimidade encontra amparo na justificação da resposta estatal pelo juiz enquanto representante do Poder Judiciário, que detém a parcela de poder do Estado. Significa afirmar que o papel do juiz é encontrar a resposta plenamente justificá-

53 http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=425282, acessado em 24 de novembro de 2020, às 22h:37min.

54 FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio, *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4 ed. São Paulo/SP: Atlas, 2003. p. 311-312.

vel, qual seja aquela preexistente no ordenamento, advinda da interpretação e aplicação das normas vigentes no sistema jurídico. Por essa mesma ordem de ideias, o ferramental normativo à disposição do juiz são as denominadas fontes do Direito, quais sejam: as leis, os contratos, as decisões dos tribunais e os costumes. Todas essas fontes foram previamente extraídas do contexto social em que foram amadurecidas, a partir da realidade de cada sociedade, e reconhecidas como normas. Esse processo de amadurecimento não necessariamente é pacífico: pelo contrário, ele é resultado de uma tensão de forças de convencimento. Basta comparar as nossas realidades: a todo o instante estamos confrontando os nossos pontos de vista sobre determinados assuntos com as pessoas do nosso convívio, nem sempre tendo êxito no convencimento de tais indivíduos a respeito da prevalência de nossas convicções. Pois é justamente no território marcado por essa disputa de forças que devemos encontrar o legítimo intelectual.

Segundo José Ortega y Gasset, o intelectual é aquele que por sua missão é fadado à impopularidade. Não por gosto, alvitre ou capricho, mas pela própria consistência de sua vocação e tarefa, o autor afirma que aquele que é intelectual necessariamente precisa ser impopular em todo o povo, pois *"sua missão é corrigir a opinião pública e trazer os homens do erro em que estão para a verdade de que precisam"*[55]. Por isso, enquanto opinião pública estabelecida se chama em grego *doxa*, a opinião do intelectual sempre será *paradoxal*[56].

Ocorre que, tal qual o cientista, o intelectual não obtém a verdade a partir de sua opinião pessoal, mas, pelo contrário, ele é apenas um veículo, o primeiro portador da nova opinião, a qual prova-se pela sua própria *evidência*. Obviamente que este cenário de exercício da intelectualidade é rodeado de incertezas, tanto que nem sempre as "novas opiniões" são capazes de reverter o plano das ideias ou valores já concebidos desde longa data. Nesta altura dos esclarecimentos, você leitor já deve ter

55 ORTEGA Y GASSET, José. ROBSON, Ronald. *Sobre a razão histórica*. Campinas/SP: CEDET - Centro de Desenvolvimento Profissional e Tecnológico, 2020. p. 161.

56 Idem.

concluído que o magistrado não é esse intelectual retratado, e o processo judicial não pode ser confundido com um "balão de ensaios", com a finalidade de permitir ao magistrado, ao seu livre arbítrio, a testagem de novas opiniões em torno de questões que são relevantíssimas à sociedade! Definitivamente, o juiz enquanto agente incumbido da imprescindível missão de julgar; ele não é o intelectual nos termos propostos por Ortega y Gasset.

Não é à toa que segundo Olavo de Carvalho, ao propor um guia de estudo da obra de Mário Ferreira dos Santos, explana a terceira tese da proposta de Filosofia Concreta do grande professor, que fala da forma do conhecimento do ser, em termos de que "prova-se mostrando e não só demonstrando"[57]. Ora, o processo, como palco por excelência da prova, não é um campo para demonstrações, mas sim para que o conjunto probatório seja "mostrado" à luz da verdade, devendo o julgador ter a maturidade de contentar-se em ser o responsável por mostrá-lo à coletividade no cumprimento de seu dever. Não há espaço no processo para experimentação em torno de novas opiniões, muito menos para exprimir vaidades intelectuais.

Diversa é a contribuição do juiz fora do exercício do cargo, como um jurista tanto quanto os demais estudiosos do Direito, em condições de expor todo o seu conhecimento em prol do desenvolvimento do sistema. Para isso existem *locus* específicos para a exposição da intelectualidade, tais como a publicação de livros, realização de palestras ou mesmo aperfeiçoamento por meio de formação acadêmica.

Porém, mais uma vez valendo-se do poder inerente ao exercício da atividade jurisdicional, significativa parcela da magistratura brasileira está utilizando o processo como caminho para adotar uma postura intransigente, na contramão da opinião pública consagrada pelas fontes do Direito.

Ocorre que, nos tempos atuais, juntando-se o ativismo à falsa justificativa de que a decisão judicial é o palco para o exercício

57 CARVALHO, Olavo de. *Mário Ferreira dos Santos: guia para o estudo de sua obra.* Campinas/SP: CEDET - Centro de Desenvolvimento Profissional e Tecnológico, 2020. p. 98.

da intelectualidade pelo julgador, tem-se o caldo propício para a instalação da "justiça contramajoritária"!

IV - A JUSTIÇA CONTRAMAJORITÁRIA COMO INSTRUMENTO DE IMPOSIÇÃO DA NOVA ORDEM

Se o caro leitor compreendeu que o processo judicial não é o campo para exercícios ou esforços intelectuais com a finalidade de impor a modificação da opinião pública, não terá dificuldade em assimilar os motivos pelos quais a insistente atitude do Supremo Tribunal Federal em adotar posturas contramajoritárias contribui, e muito, para a sua crise de legitimidade.

A justiça contramajoritária é a linha de pensamento que defende a utilização da via judicial para a proteção das minorias contra os excessos ou a omissão das maiorias. Segundo Márcio Luis Chila Freyesleben, nessa circunstância, o Poder Legislativo, influenciado por valores e sentimentos prevalentes na sociedade, seria um adversário à necessidade de adequação do ordenamento jurídico às práticas e costumes dos grupos minoritários"[58]. Essa posição do STF mais uma vez ficou muito clara nos fundamentos da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4277-DF, que tratou da instituição da união entre pessoas do mesmo sexo, em vários trechos do julgado. Os fundamentos da decisão expressamente expõem que dentre as razões de decidir encontra-se a utilização de um meio eficaz com capacidade para se sobrepor à impossibilidade de criação do direito pela via legislativa. Observe-se[59]:

> *(...)*
>
> ***"Tal situação culmina por gerar um quadro de submissão de grupos minoritários à vontade hegemônica da maioria, o que compromete, gravemente, por reduzi-lo, o próprio coeficiente de legitimidade democrática da instituição parlamentar, pois, ninguém o ignora, o regime de-***

58 FREYESLEBEN, Márcio Luis Chila. *Globalismo e ativismo judicial: Ministério Público agente de subversão social.* Londrina/PR: Editora E.D.A - Educação, Direito e Alta Cultura. 2020. p. 177.

59 http://www.stf.jus.br/portal/informativo/verInformativo.asp?s1=ADI+1923&pagina=7&base =INFO, acessado em 24 de novembro de 2020, às 22h:51min.

mocrático não tolera nem admite a opressão da minoria por grupos majoritários. *(destaque nosso)*

(...)

É evidente que o princípio majoritário desempenha importante papel no processo decisório que se desenvolve no âmbito das instâncias governamentais, mas não pode legitimar, na perspectiva de uma concepção material de democracia constitucional, a supressão, a frustração e a aniquilação de direitos fundamentais, como o livre exercício da igualdade e da liberdade, sob pena de descaracterização da própria essência que qualifica o Estado democrático de direito.

(...)

Cabe enfatizar, presentes tais razões, que o Supremo Tribunal Federal, no desempenho da jurisdição constitucional, tem proferido, muitas vezes, decisões de caráter nitidamente contramajoritário, em clara demonstração de que os julgamentos desta Corte Suprema, quando assim proferidos, objetivam preservar, em gesto de fiel execução dos mandamentos constitucionais, a intangibilidade de direitos, interesses e valores que identificam os grupos minoritários expostos a situações de vulnerabilidade jurídica, social, econômica ou política e que, por efeito de tal condição, tornam-se objeto de intolerância, de perseguição, de discriminação e de injusta exclusão. Na realidade, o tema da preservação e do reconhecimento dos direitos das minorias deve compor, por tratar-se de questão impregnada do mais alto relevo, a agenda desta Corte Suprema, incumbida, por efeito de sua destinação institucional, de velar pela supremacia da Constituição e de zelar pelo respeito aos direitos, inclusive de grupos minoritários, que encontram fundamento legitimador no próprio estatuto constitucional".

Ressalte-se que não se trata aqui de adentrar o mérito da questão da união homoafetiva, mas sim a via oblíqua pela qual foi instituída, ao arrepio da atividade legislativa, e por consequência desprezando o postulado da democracia representativa.

No Brasil, enquanto ainda estão vigentes normas que estipulam exclusivamente a validade de união entre homem e mu-

lher, a mais alta Corte do país não apenas decidiu em manifesto desacordo com essas leis em vigor, como sobretudo atuou politicamente, como se partido fosse, com o propósito de criar regramento novo, impondo uma nova ordem. Utilizando-se como parâmetro os conceitos apresentados por G. K. Chesterton ao caso em questão, de um dia para outro, o que era dogma enquanto um ponto definido na realidade social (o casamento entre homem e mulher) foi substituído por um preconceito, nada mais do que uma mera direção (tentativa de induzir, pela via judicial, a aceitação social em torno da possibilidade de união de pessoas do mesmo sexo)[60].

Emprestando o termo empregado por Alexandre Costa, esses TOCs - Transtornos Obsessivos Coletivistas - nada mais são do que atos solidários, quase sempre revestidos de falsa caridade, com o pretexto de proteger e promover os direitos das minorias, e terminam por esmagar a mais frágil e elementar das minorias, o indivíduo. Desta distorção da realidade surgem todas as ideologias que nos últimos cem anos foram responsáveis pelas maiores atrocidades já registradas. Em nome do coletivo, matam o indivíduo, e exatamente por isso fracassaram e continuarão fracassando tantas vezes insistirem em implantar essas insanidades[61].

V - OS ASPECTOS CENTRAIS DA PROBLEMÁTICA: A CRISE DOS VALORES E A EXPLOSÃO DOS RESSENTIMENTOS PELA VIA JUDICIAL

Não há controvérsia a respeito da constatação de que a crise do Poder Judiciário é o espelho da crise de sua mais alta Corte, o Supremo Tribunal Federal. As manchetes veiculadas pela imprensa e as mídias sociais refletem toda a indignação da sociedade em torno das decisões do STF, no mais das vezes revestidas de inegável obscuridade. Artigos jurídicos proliferam

60 CHESTERTON, G. K. DUTRA, Luíza Monteiro de Castro Silva. (trad.). *O que há de errado com o mundo*. Campinas/SP: CEDET - Centro de Desenvolvimento Profissional e Tecnológico. 2013. p. 36

61 COSTA, Alexandre. *Bem-vindo ao hospício*. p. 49, Campinas/SP: CEDET - Centro de Desenvolvimento Profissional e Tecnológico, 2016. p. 49.

nas publicações técnicas enfatizando o desacerto dos julgados da Corte Suprema. Obviamente que estão de fora deste cenário de decepção generalizada uma diminuta parcela composta por aqueles que obtêm benefícios diretos ou indiretos com essas decisões, basicamente criminosos de alto calibre com facilidade de acesso ao STF por intermédio dos grandes escritórios de advocacia, ou militantes globalistas. No mais, o clima é de indignação e perplexidade.

Esse quadro acontece justamente porque houve o abandono, pelo Poder Judiciário e bem assim por sua Suprema Corte, dos valores tradicionais concebidos pela sociedade brasileira, em troca de interesses outros não referendados pela majoritária parcela da população.

Encorajados pelas teses academicistas que viam nos valores erigidos pela sociedade um excesso de subjetivismo, os juristas em geral, portanto de modo não diferente os ministros do Supremo Tribunal Federal, partiram rumo a novas aventuras no campo do Direito, tendo o seu ápice no neoconstitucionalismo (ou pós-positivismo), basicamente definido como uma liberdade de interpretação do texto da Constituição Federal objetivando conferir a sua eficácia máxima[62]. Ironicamente, a armadilha redundou num cenário de hipersubjetividade, que assim mantido, marcha em franca velocidade rumo ao caos.

O STF simplesmente ignorou que, apesar dos esforços teóricos em sentido contrário dos partidários desses modismos jurídicos, há no seio da coletividade nacional uma tradição de valores latente, que insiste em permanecer viva, nada obstante toda a carga autoritária advinda do Poder Judiciário com a intenção de sufocá-la.

Ao promover decisões que frontalmente visam a direcionar os rumos da sociedade, os ministros da Corte ignoram a advertência de Roger Scruton, para quem os valores nos chegam de

62 Apesar da referência a vários "neoconstitucionalismos", de acordo com aqueles que se filiam às linhas de pensamento bastante heterogêneas de Ronald Dworkin, Robert Alexy, Peter Häberle, Gustavo Zagrebelsky, Luigi Ferrajoli e Carlos Santiago Nino, todos não assumidamente neoconstitucionalitas. *In* SARMENTO, Daniel. "O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. NOVELINO, Marcelo. Leituras Complementares de Direito Constitucional - Teoria da Constituição. Salvador: Editora JusPodium. 2009. p. 33-34.

várias maneiras e, onde quer que surjam, trazem consigo autoridade, paz e um sentimento de pertença, mas esses valores nunca podem vir de um programa político[63]. Significa afirmar que a atividade judicial contramajoritária, ilegítima por natureza, nunca será capaz de instituir validamente valores no meio social pelo mero uso da força. Tolera-se o desvalor tão somente pelo terror derivado do poder que o exara, sem que seja admitida sua transmutação em valor social.

Não seria sequer necessária a solicitação de socorro a grandes juristas do direito estrangeiro. Dentre outros gigantes brasileiros, Miguel Reale foi destaque mundial com sua Teoria Tridimensional do Direito, defendendo a Teoria dos Valores sustentada inicialmente por Scheler e Hartmann, dentre outros, porém numa proposta revisada:

> *"Segundo Scheler e Hartmann, os valores não resultam de nossos desejos, nem são projeção de nossas inclinações psíquicas ou do fato social, mas algo que se põe antes do conhecimento ou da conduta humana, embora podendo ser razão dessa conduta. Os valores representam um ideal em si e de per si, com uma consistência própria, de maneira que não seriam projetados ou constituídos pelo homem na História, mas 'descobertos' pelo homem através da História"*[64].

No mesmo sentido:

> *"Já foi dito muito bem que a natureza se repete e que só o homem inova e se transcende. É a essa atividade inovadora, capaz de instaurar formas novas de ser e de viver, que chamamos de espírito. O ponto de partida não é, como se vê, uma hipótese artificial, mas a verificação irrecusável de que o homem adicionou e continua adicionando algo ao meramente dado. A natureza de hoje não é a mesma de um, dois, ou três mil anos atrás, porque o mundo circundante foi adaptado à feição do homem. O homem, servindo-se das leis naturais, que são instrumentos ideais, erigiu um segundo mundo sobre o mundo dado; é o mundo histórico, o mundo cultural, só possível por ser o homem um ser*

63 SCRUTON, Roger. GARSCHAGEN. Bruno. *Como ser um conservador*. Rio de Janeiro/RJ: Record, 2020. p. 204

64 REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 198

espiritual, isto é, um ente livre, dotado de poder de síntese, que lhe permite compor formas novas e estruturas inéditas, reunindo em unidades de sentido sempre renovadas e nunca exauríveis, os elementos particulares e dispersos da experiência. Ora, graças à verificação de tais fatos, podemos afirmar que o espírito humano se projeta sobre a natureza, conferindo-lhe dimensão nova. Esta dimensão nova são valores, como a fonte de que promanam"[65].

Em termos simples, a proposta defendida por Reale caminha no sentido de que desde que nascemos não apenas somos influenciados pelos valores vigentes em determinada sociedade, como principalmente no curso da vida participamos do processo histórico, em um ciclo que nunca se encerra, de renovação desses valores, conferindo-lhes uma nova dimensão.

Ora, eu, você, seus familiares e amigos, trazemos conosco uma carga de valores que nos são comuns, transmitidos por outrem, por intermédio da cultura em suas infinitas manifestações, e que incorporamos em nossas vidas, sem que isso prejudique nossas individualidades. O papel do profissional do Direito é justamente reconhecer esses valores, presumivelmente já contidos nas normas desenvolvidas pelos legisladores e aperfeiçoadas pelos precedentes judiciais válidos (jurisprudência) e pela própria sociedade (costumes).

Não se trata simplesmente aniquilar qualquer discussão em torno da necessidade de aperfeiçoamento desses valores, visando ao avanço da sociedade, mas tão somente da intenção de que a mudança da opinião pública ocorra pelo meio legítimo do debate social, e não por intermédio do uso da força estatal, notadamente pela via do Poder Judiciário. Inclusive, G. K. Chesterton vai além, para o fim de estabelecer um silogismo entre o respeito às tradições e a própria existência da democracia:

> *"Aqueles que clamam contra a tradição dizendo que nossos ancestrais eram ignorantes podem bradá-lo no Carlton Club, junto com a afirmação de que os eleitores dos bairros pobres são ignorantes. Não irão nos afetar. Se damos grande importância*

65 REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 201

à opinião unânime dos homens comuns quando lidamos com assuntos cotidianos, não há por que desconsiderá-la quando lidamos com a história ou as fábulas. A tradição pode ser considerada como uma extensão do sufrágio eleitoral. Significa dar o voto à mais obscura de todas as classes, os nossos ancestrais. É a democracia dos mortos. A tradição rejeita a submissão à oligarquia arrogante e mesquinha daqueles que por ora perambulam por aí. Todos os democratas rejeitam que os homens não possam votar por um acidente de nascimento; a tradição rejeita que sejam desclassificados pelo acidente da morte. A democracia diz que não podemos desprezar a opinião de um homem bom, mesmo que seja nosso lacaio; a tradição nos conclama a não desprezar a opinião de um homem bom, mesmo que seja nosso pai. Eu, ao menos, não posso separar as ideias da democracia e da tradição; parece-me evidente que são a mesma ideia"[66].

Na mesma linha de argumentação, Karl Larenz ensina que"certos dados fundamentais pertencentes à natureza corpórea ou à natureza anímica e espiritual do homem, que não são mutáveis, ou o são dificilmente em períodos mais longos, têm de ser tido em conta pelo Direito; se servem ao homem, não se lhes deve exigir demais"[67].

Portanto, um ministro do Supremo Tribunal Federal, mesmo que do alto de seu notável saber jurídico, não tem a autorização da ordem jurídica para simplesmente desprezar os valores da sociedade brasileira, consagrados pelas tradições de seus ancestrais, e aprimorados pela participação de seus cidadãos na história do país, com a finalidade de impor uma nova ordem, cujos reais propagadores, adeptos e incentivadores não são visíveis, e cujos interesses (sobretudo subjacentes) não são adequadamente justificados, lapidados e aprovados pelo crivo do povo.

Não obstante, ainda há necessidade de promover esforço com o propósito de eliminar um mínimo resquício de incredulidade que seja em alguns dos leitores dessas linhas, em torno do que este autor propõe até aqui, especialmente diante do reitera-

66 CHESTERTON, G. K. FERREIRA, Murillo Resende (trad.). *Ortodoxia*. Campinas/SP: CEDET - Centro de Desenvolvimento Profissional e Tecnológico. 2018. p. 60-61.

67 LARENZ, Karl. LAMEGO, José (trad.). *Metodologia da ciência do direito*. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1997. p. 595.

do argumento dos "modernos" no sentido de que a retomada dos valores como critério basilar da atuação judicial significa retrocesso. Sobre esta questão, é importante trazer ao lume que o filósofo Max Scheler já alertava, no longínquo ano de 1915, que a insistência de toda teoria moral moderna em preconizar que os valores em geral são meras manifestações subjetivas na consciência humana, e que na independência do homem não possuem existência ou sentido algum, culminaria fatalmente em duas consequências, ambas negativas, quais sejam:

> *(i) a exigência de uma justificação completa da anarquia em questões de juízo ético, onde não se deixa subsistir nada de firme;*
>
> *(ii) uma "consciência genérica" universalmente válida, que torne vigente um certo imperativo aos indivíduos, na forma de uma voz que pura e simplesmente ordene: "tu deves"*[68].

Apesar da singeleza da colocação, explicando adequadamente as ponderações do famoso filósofo, Scheler já destacava naquele tempo que a negação da existência dos valores conduziria inevitavelmente a um quadro de anarquia no que concerne ao estabelecimento de juízos éticos, ou uma busca de imposição de uma consciência não natural, mas diversamente imposta pelo sistema, por intermédio de um indivíduo, ou grupo de indivíduos, portadores de uma nova ordem imperativa. Enfim, qualquer semelhança com o atual retrato da Corte Suprema brasileira não é fruto da coincidência.

Contudo, o que desperta atenção na abordagem de Max Scheler sobre o tema é que o distinto filósofo sobretudo apregoa que a postura de negação dos valores traz consigo, como herança, uma era marcada pelo *ressentimento*. Em resumo, o autor denuncia que por trás dessa postura moderna se encontra presente nada mais, nada menos, que o ressentimento do homem pela sua própria insuficiência diante do abandono dos valores, ou de uma vã tentativa de torná-los objetivos. Vejamos:

---

68 SCHELER, Max. *Da reviravolta dos valores: ensaios e artigos*. CASA NOVA, Marco Antônio dos Santos. (trad.) 2 ed. Petrópolis/RJ: Vozes; Bragança Paulista/SP: Editora Universitária, 2012. p. 152-154.

> *O homem do ressentimento que, em sua insuficiência, sofre pelo fato de censurar a si mesmo em nome de uma ordem objetiva de valores, atormentando-se e inquietando-se, e reconhecendo obscuramente, apesar de tudo, a arbitrariedade ou a tendenciosidade do seu juízo de valor, transmuda a noção mesma de valor, negando-lhe a objetividade de sua ordenação hierárquica".*

Ainda:

> *"O ressentimento, porém, age de outra forma: seu portador vinga-se da ideia frente à qual ele não pode continuar, degradando-a em sua constituição fática. Assim, sua consciência de seu pecado e de sua nadidade rega a bela construção de um mundo valorativo, onde a ideia de um valor objetivo é substituída por outra ilusória, na qual ele se alegra como em um sonho".*

Ao final, Scheler conclui que *"o homem do ressentimento é um fracote, que não pode permanecer sozinho com seu juízo"*[69].

Mais uma vez, o quadro retratado pelo filósofo não poderia ser mais fiel à realidade que permeia o Supremo Tribunal Federal. Aqueles que de alguma forma têm acesso aos registros dos julgamentos promovidos pelos ministros do STF podem atestar que o ânimo dos ilustres julgadores no mais das vezes permite transparecer esse *ressentimento* ora referido pela clássica doutrina apresentada. Crise de justificativa (fundamentação) das decisões; agressões verbais ostensivas ou subliminares recíprocas entre os membros da corte[70]; recados ofensivos a determinados representantes de segmentos e instituições[71]; críticas à sociedade em geral; desânimo e desatino – essas são apenas algumas das

---

69 Idem

70 Ministro Barroso dirigindo-se ao Min. Gilmar Mendes: *"você é uma pessoa horrível, uma mistura de mal com o atraso e pitadas de psicopatia"* (https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2018/03/21/interna_politica,945707/barroso-diz-que-gilmar-e-mistura-de-mal-com-atraso-em-bate-boca.shtml , acessado em 25 de novembro de 2020, às 15h:04min.).
Ministro Marco Aurélio em relação ao Min. Fux: *"Todo-poderoso, censor e autoritário"* (https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2020/10/15/todo-poderoso-censor-e-autoritario-diz-marco-aurelio-sobre-fux.htm, acessado em 25 de novembro de 2020, às 15h:14min.)

71 Ministro Gilmar Mendes refere-se ao Exército Brasileiro como "associação de genocídio" (https://www.atribuna.com.br/opiniao/ivansartori/de-f%C3%A9rias-gilmar-mendes-ataca-o-ex%C3%A9rcito-1.109683), acessado em *25 de novembro de 2020, às 15h:06min.).*
Ministro Lewandowski afirma que Operação Lava Jato foi seletiva e não foi democrática. (https://gazetabrasil.com.br/politica/ricardo-lewandowski-ataca-operacao-lava-jato/, acessado em 25 de novembro de 2020, às 15h:10min.)

situações acompanhadas pelos indivíduos envolvendo a postura dos ministros da Corte.

Alçando esse modo de agir ao seu reflexo jurídico, o *ressentimento* reflete, e muito, a crise de falta de legitimação do Supremo Tribunal Federal, diante da insistência no prosseguimento da via do ativismo exacerbado, bem como na priorização de pautas contramajoritárias em desacordo com os valores vigentes na sociedade, e na invasão das atribuições de outros poderes da República.

Se é possível estabelecer um ápice para a caracterização desse *ressentimento*, o momento crucial bem pode ser definido como aquele que deu ensejo à deflagração do famigerado e insustentável Inquérito das *Fake News* (IP nº 4781). Conforme salienta Cleber Tavares Neto ao analisar o dito inquérito, "embora afirme que seja um processo, ele obviamente não é um processo, nos termos do nosso ordenamento jurídico. É um encadeamento de atos com a finalidade de satisfazer uma *vontade*, não um "direito" (*lato sensu*) legalmente previsto"[72]. Ao final, o autor deixa no ar a seguinte indagação: ademais, será possível falar em Estado de Direito quando o órgão máximo, que tem a última palavra sobre o Direito, retorna à barbárie?[73]

VI - NO MEIO DO TÚNEL, CAVANDO COM AS MÃOS, EM BUSCA DA LUZ

Diante dessa indisfarçável crise, e considerando que ela atinge o órgão máximo do Poder Judiciário brasileiro, que não está sujeito ao controle de quem quer que seja, a dúvida que aflige a sociedade recai numa única, porém complexa indagação: o que fazer?

Acaso fosse possível cogitar uma sincera reflexão pelos ministros do STF em torno de seus excessos de poder, a primeira das alternativas seria de caráter puramente moral. Mais uma

72 TAVARES NETO, Cleber. PIOVEZAN, Cláudia R. de Morais (org.). *Inquérito do Fim do Mundo, o apagar das luzes no Direito Brasileiro.* Londrina/PR: Editora E.D.A - Educação, Direito e Alta Cultura. 2020. p. 134.

73 TAVARES NETO, Cleber, in op. cit., p. 136.

vez nos valendo dos conselhos do grande pensador Max Scheler, a via mais curta, porém mais nobre, recai no *arrependimento*, assim entendido como uma forma de autocicatrização da alma, e único caminho para mostrar as forças perdidas[74].

Porém, deixemos de lado a ingenuidade. O cenário é de guerra. Trava-se atualmente uma verdadeira guerra cultural, em que por sua posição, poder e autoridade, o Supremo Tribunal Federal é um valioso instrumento de coerção para a imposição dessa nova ordem que se pretende firmar com mais vigor ainda em solo brasileiro.

Poucos ousam discordar de que o cenário é muito conflituoso.

Diante da notória insuficiência de mecanismos legítimos de sancionamento (como o impeachment), a batalha, mesmo que desigual quanto à dimensão das forças em conflito, necessariamente perpassa pela urgente retomada da *sabedoria coletiva* (*collective wisdom*) pelos membros da nossa sociedade, com a finalidade de contra-atacar essas decisões do Supremo Tribunal Federal que visam a propagar a insegurança, desordem e alienação social da coletividade, injustamente objetivando destruir nossas únicas armas, quais sejam, os nossos valores tradicionais.

Diego Pessi, citando Mário Ferreira dos Santos, enfatiza que "a humanidade é herdeira de si mesma e o patrimônio cultural da humanidade não é propriedade de ninguém, mas de todos". O autor ainda acrescenta que "a preservação desse patrimônio se dá pela transmissão do aprendizado passado às gerações do futuro, reconhecendo-se o durável dentro do instável"[75].

Não deveria ser um problema de tamanhas proporções admitir que os valores cultivados pelas tradições da sociedade devem ser reconhecidos pelo Estado. Não há finalidade em sustentar esse antagonismo entre a Suprema Corte e os jurisdicio-

74 SCHELER, Max. CASANOVA, Marco Antônio (trad.) ***Do eterno no homem***. Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2015. p. 42-43.

75 PESSI, Diego. *Violência, laxismo penal e corrupção do ciclo cultural*. Londrina/PR: Editora E.D.A - Educação, Direito e Alta Cultura. 2020. p. 71.

nados, a não ser uma proposital intenção em deflagrar o caos e o mais absoluto descrédito às pessoas e instituições.

Na falta de ferramentas dotadas de maior grau de resolutividade, propõe-se, tanto quanto o objetivo deste texto, a conscientização dos cidadãos no sentido de que, na independência da outorga de um poder para um ente estatal, por mais poderoso que seja, a sociedade carrega consigo uma sabedoria que é inerente ao seu percurso na história, e que precisa ser urgentemente resgatada, antes que seja tarde demais. Não se pode admitir que passivamente nos reste apenas acompanhar o desenrolar da tragédia. Precisamos ir tão longe quanto possível, sem ferir os preceitos democráticos. Enquanto persistir a liberdade de expressão e de manifestação, precisamos denunciar o que consideramos excessos injustificáveis, a partir das referências daqueles que, num passado não tão distante, construíram a história, e quiçá nas mesmas condições desfavoráveis em que estamos, foram capazes de resistir, e assim garantir nosso espaço, ainda que não ideal, de defesa dos verdadeiros valores da sociedade.

Promova seu protesto. Convença seu círculo de convívio a respeito dos desacertos da nossa Corte Suprema. Estude. Reencontre-se com os nossos verdadeiros valores, que um dia iluminaram nossos antepassados. Publique um artigo na esperança de que seja mantida acesa a chama da ordem e do alcance de uma realidade à altura da grandeza deste país que tanto amamos.

Afinal, conforme proclama Burke, *"o indivíduo é tolo, mas a espécie é sábia"*[76].

76 PESSI, Diego, in op. cit., p. 71.

CAPÍTULO 3

Função contramajoritária: a ditadura que nasce da democracia

Márcio Luis Chila Freyesleben[77]

I - INTRODUÇÃO

A Constituição determina que a República Federativa do Brasil tem como fundamento o pluralismo político (art. 1º, V) e que todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente (referendo e plebiscito), (p.u., art. 1º). O Estado Democrático consolida-se, neste modelo, primordialmente pela participação popular por meio de representantes eleitos, os quais espelham as diversas correntes de pensamento da sociedade (pluralismo), articulam a vontade da maioria e determinam a configuração do modelo de ordenamento jurídico nacional. A Constituição contempla, de modo semelhante, o princípio da harmonia e independência entre os três Poderes (art. 2º), em que o Legislativo confecciona as leis,

77 Formado na Universidade de Direito do sul de Minas. Coautor dos livros *Um Ministério Público para rir e chorar* e *Inquérito do Fim do Mundo, o apagar das luzes do Direito Brasileiro*; autor do livro *Globalismo, Ativismo Judicial - Ministério Público, agente de subversão social*, lançados em 2020, pela Editora E.D.A. - Educação, Direito, Alta Cultura.

o Executivo administra segundo o princípio da legalidade e o Judiciário compõe os litígios com base na lei.

Nada obstante, o cenário político-jurídico nacional tem sido surpreendido por uma linha de pensamento que passou a distorcer a regra constitucional para impor uma linha ideológica que subverte a ordem estabelecida e implanta um sistema de governo completamente dissociado do comando constitucional. Em inúmeras oportunidades, o Judiciário, mau exemplado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a disseminar a ideia de que, em um sistema democrático, cabe-lhe agir para coibir a prevalência do desejo da maioria. Em outras palavras, passou a entender que cabe ao Judiciário dar voz às aspirações daqueles que foram vencidos nas urnas. Para o Supremo, o Poder Legislativo seria uma espécie de colegiado da maioria dos eleitores, no qual as chamadas minorias não encontrariam eco. Por consequência, o que era preceito consagrado nos artigos 1º e 2º da Constituição passou a ser considerado ditadura da maioria.

Em nome de uma hermenêutica baseada na "função contramajoritária da jurisprudência", o Supremo passou não apenas a remodelar vetustos preceitos do ordenamento jurídico, senão também passou a imiscuir-se em todos os assuntos dos dois outros Poderes para dizer-lhes o que poderiam ou não fazer. Assistiu-se, a partir daí, ao nascimento do ativismo judicial no embalo do discurso das minorias. O estado avançado da ideologia que afetou o Supremo Tribunal Federal pode ser bem resumido na fala do ministro Alexandre de Moraes, que, no dia 10 do mês de agosto de 2020, declarou de público a seguinte enormidade:

> *"Toda tirania deve ser afastada, inclusive a tirania da maioria que elege o Executivo e o Congresso Nacional".*
>
> *"A maioria, mesmo representada no Executivo e no Congresso, não pode discriminar, perseguir ou ignorar os direitos e garantias fundamentais das minorias"*[78].

Está na base do pensamento do Supremo um movimento ideológico que, a pretexto de combater a ditadura da maioria,

78 https://www.blogdobg.com.br/toda-tirania-deve-ser-afastada-inclusive-a-tirania-da-maioria-que-elege-o-executivo-e-o-congresso-diz-alexandre-de-moraes/.

quer implantar a ditadura da minoria, agora, porém, com base na "função contramajoritária da jurisprudência".

II - A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA

A função contramajoritária da jurisprudência é uma teoria advinda do neoconstitucionalismo e da pós-modernidade. Seu marco referencial é a Segunda Guerra Mundial, que teria evidenciado as consequências do racionalismo e do cientificismo modernos. Teve como bandeira impedir o surgimento de Estados autoritários. A sociedade seria patrimonialista, autoritária e destinada a beneficiar as elites abastadas. O sistema vigente até então serviria para a manutenção do *status quo* das classes dominantes e para sonegar os direitos fundamentais das classes dominadas: as minorias.

Um dos principais teóricos da função contramajoritária é o jurista alemão Konrad Hesse (1919-2005). Hesse foi o precursor da idéia de que seria necessário dotar as Constituições de efetiva força normativa para que seus preceitos tivessem caráter vinculativo e obrigatório, à semelhança de todas as normas jurídicas, cuja inobservância põe em movimento mecanismos de coerção.

As cortes supremas deveriam ser dotadas de controle constitucional concentrado para assumir o lugar-tenente de responsáveis pela defesa dos princípios constitucionais e controle dos atos dos demais poderes. Juízes togados, agentes públicos não-eleitos, teriam por missão controlar os atos de agentes eleitos pelo voto, com o objetivo de conter a vontade da maioria e assegurar os interesses das minorias.

As cortes constitucionais estariam incumbidas de realizar obra de constante interpretação do texto constitucional, de modo a ajustá-lo à evolução histórica e, assim, permitir a extração de novos significados e a adequação de um texto do passado à realidade do presente. É o que se denominou "mutação constitucional" e "estética da recepção".

A influência do pensamento de Konrad Hesse no Brasil deveu-se ao trabalho de seu discípulo português José Joaquim Gomes Canotilho. Três obras de Hesse foram publicadas no Brasil: "A Força Normativa da Constituição" (tradução de Gilmar Ferreira Mendes); "Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha" (tradução de Luís Afonso Heck); e "Direito Constitucional e Direito Privado" (tradução de Otavio Luiz Rodrigues Junior).

Voga hoje no Supremo Tribunal Federal a compreensão de que o Poder Legislativo, influenciado por valores e sentimento prevalentes na sociedade, seria infenso à necessidade de adequação do ordenamento jurídico às práticas e costumes de grupos minoritários, como aborto, casamento homossexual, legalização das drogas, etc.

A propósito, afirma o STF, na ADI 4277-DF, que introduziu no ordenamento jurídico, a contragosto do Poder Legislativo, o casamento homossexual[79]:

> *"Tal situação culmina por gerar um quadro de submissão de grupos minoritários à vontade hegemônica da maioria, o que compromete, gravemente, por reduzi-lo, o próprio coeficiente de legitimidade democrática da instituição parlamentar, pois, ninguém o ignora, o regime democrático não tolera nem admite a opressão da minoria por grupos majoritários."*

E arremata:

> *"(...) não pode legitimar, na perspectiva de uma concepção material de democracia constitucional, a supressão, a frustração e a aniquilação de direitos fundamentais, como o livre exercício da igualdade e da liberdade, sob pena de descaracterização da própria essência que qualifica o Estado Democrático de Direito."*

Conclui:

> *"Cabe enfatizar, presentes tais razões, que o Supremo Tribunal Federal, no desempenho da jurisdição constitucional, tem*

79 A quebra do modelo judaico-cristão tornou legítima a discussão sobre a legitimidade da poligamia e do bestialismo.

proferido, muitas vezes, decisões de caráter nitidamente contra-majoritário, em clara demonstração de que os julgamentos desta Corte Suprema, quando assim proferidos, objetivam preservar, em gesto de fiel execução dos mandamentos constitucionais, a intangibilidade de direitos, interesses e valores que identificam os grupos minoritários expostos a situações de vulnerabilidade jurídica, social, econômica ou política e que, por efeito de tal condição, tornam-se objeto de intolerância, de perseguição, de discriminação e de injusta exclusão"

Embebido do mais puro ativismo, acrescenta:

> *"Na realidade, o tema da preservação e do reconhecimento dos direitos das minorias deve compor, por tratar-se de questão impregnada do mais alto relevo, a agenda desta Corte Suprema, incumbida, por efeito de sua destinação institucional, de velar pela supremacia da Constituição e de zelar pelo respeito aos direitos, inclusive de grupos minoritários, que encontram fundamento legitimador no próprio estatuto constitucional. Com efeito, a necessidade de assegurar-se, em nosso sistema jurídico, proteção às minorias e aos grupos vulneráveis qualifica-se, na verdade, como fundamento imprescindível à plena legitimação material do Estado Democrático de Direito, havendo merecido tutela efetiva, por parte desta Suprema Corte, quando grupos majoritários, por exemplo, atuando no âmbito do Congresso Nacional, ensaiaram medidas arbitrárias destinadas a frustrar o exercício, por organizações minoritárias, de direitos assegurados pela ordem constitucional."*

O coroamento da ruptura do sistema tripartite veio com a ADO 26 e o MI 4.733. O STF, a pretexto de que o Congresso Nacional se omitia, enquadrou a homofobia e a transfobia em crime de racismo (Lei 7.716/1989). Após uma artística prestidigitação de princípios curingas, o STF pôs por terra o princípio basilar do direito penal *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*, cujo fundamento histórico era garantir o homem contra a tirania do Estado.

Toda a argumentação em prol da função contramajoritária tem em sua base um discurso ideológico que nasceu no século XIX e permeou o século XX. É um esforço deliberado de subversão da cosmovisão ocidental e está, hoje, todo calcado no neomarxismo da Escola de Frankfurt, disfarçado de pós-modernidade e pós-positivismo.

É o que demonstrarei a seguir.

III - A PÓS-MODERNIDADE

A Segunda Guerra Mundial é o traço divisor entre a modernidade e a pós-modernidade. A Idade Moderna nasceu sob o signo da razão e da ciência. O Renascimento científico encontrou seu ápice no Iluminismo, o "Século das Luzes", que instaurou um processo de transformação da cosmovisão ocidental. Os fundamentos filosóficos da modernidade residem em Francis Bacon (1561-1626), René Descartes (1596-1650) e John Locke (1632-1704). Eles são modernos por sua absoluta confiança na razão, por seu naturalismo filosófico e por seu individualismo. Os pensadores modernos partem da natureza e enfatizam que a percepção e a razão são os meios de que o ser humano dispõe para conhecer a natureza. Desde que Voltaire conheceu a física newtoniana, na terceira década do século XVIII, os iluministas aspiravam à criação de uma ordem social baseada em princípios científicos que substituíssem a ordem social do medievo. A razão é uma faculdade individual e, portanto, o individualismo é o tema central da ética: direitos individuais, igualdade política, tolerância religiosa e limitação do poder do governante. "O individualismo e a Ciência são, portanto, fruto de uma epistemologia da Razão"[80].

O racionalismo e o cientificismo entraram em xeque na Segunda Grande Guerra. A razão e a ciência, que haviam prometido construir um mundo novo para um novo homem, demonstraram que seus piores resultados foram as guerras e as armas de destruição em massa. Por conseguinte, a visão de mundo pro-

80 Stephen R. C. Hicks, in "Explicando o Pós-modernismo", pág. 19, 1ª ed., 2011, Editora Callis.

posta pela pós-modernidade foi elaborada a partir do abandono da razão: "A razão é a derradeira linguagem da loucura", disse Foucault[81]. Os pós-modernos "descontroem a razão, a verdade e a realidade por acreditarem que, em nome da razão, da verdade e da realidade, a civilização ocidental espalhou a dominação, a opressão e a destruição"[82].

O pós-modernismo é antirrealista porque acredita que não seja possível falar sobre uma realidade com existência independente, ou seja, nega à razão a capacidade de adquirir conhecimento objetivo da realidade, porque não acredita na noção de realidade com existência em si. Em vez disso, o pós-modernismo propõe a descrição construcionista e sociolinguística da realidade. Na Pós-Modernidade, ao contrário da Modernidade, a ciência perde importância. A pós-modernidade substitui a realidade por constructos sociolinguísticos, enfatiza a subjetividade, a convencionalidade e a incomensurabilidade dos constructos.

A razão tornou-se sinônimo de poder. "Homens brancos e ricos têm nas mãos a chibata do poder e a aplicam cruelmente à custa das mulheres, das minorias raciais e dos pobres"[83]. "O pós-modernismo torna-se então uma estratégia ativista contra a coalizão da razão e do poder" [84]. Seu objetivo já não é encontrar a verdade, mas sim a mudança social. Ideologicamente, "Jacques Derrida identifica a filosofia do marxismo como a fonte filosófica e de inspiração do pós-modernismo"[85].

Se a modernidade foi eminentemente individualista, a pós-modernidade é radicalmente coletivista: "A identidade dos indivíduos é construída em grande parte pelos grupos sociolinguísticos de que fazem parte"[86]. A natureza humana, portanto, é uma noção coletivista. Como tal, é descrita dentro das relações de conflitos entre grupos, conflitos os quais são resolvidos pelo

81 Nuno José de Melim, in "A Linguagem em Foucault", tese de doutorado, Universidade de Lisboa, fonte: https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/559/1/16422_A_linguagem_em_Foucault.pdf.

82 Stephen R. C. Hicks, in op. cit., pág. 12.

83 Stephen R. C. Hicks, in op. cit., pág. 13.

84 Stephen R. C. Hicks, in op. cit., pág. 13.

85 Stephen R. C. Hicks, in op. cit., pág. 13.

86 Stephen R. C. Hicks, in op. cit., pág. 16.

uso da força, explícita ou dissimuladamente. O uso da força leva a relações de dominação, submissão e opressão. Por essa razão, os temas pós-modernos na ética e na política caracterizam-se pela identificação e simpatia com os grupos oprimidos e pela disposição de defendê-los.

A pós-modernidade, portanto, recepciona e promove o coletivismo que, por sua peculiar concepção de justiça social, é avesso ao liberalismo e ao capitalismo, como bem demonstraram os dois mais importantes movimentos coletivistas do século XX: o comunismo e o nazismo. Ambos foram movimentos coletivistas e "a única diferença significativa entre eles era que os comunistas acreditavam que o socialismo poderia ser realizado em escala internacional, ao passo que, para os nacional-socialistas, ele podia e devia ocorrer em âmbito nacional. As diferenças entre o nacional-socialismo e o comunismo se resumiam a uma escolha entre a ditadura do *Volk* e a ditadura do *proletariat*"[87].

O coletivismo da pós-modernidade do final do século XX mantém-se imerso no mesmo dilema, agora porém oscilando entre sistemas coletivistas mais bem elaborados, ambos internacionalistas: o globalismo metacapitalista, que empreende esforço para a implantação do Governo Mundial, e o globalismo neomarxista, que atua para concretização da Pátria Grande.

É dentro deste contexto que surgiu o neoconstitucionalismo.

IV - O NEOCONSTITUCIONALISMO

O neoconstituicionalismo nasceu com a pós-modernidade. Dizem que foi uma reação ao positivismo, porém essa afirmação precisa ser compreendida em seus devidos termos.

O neoconstitucionalismo surgiu como reação ao positivismo de Hans Kelsen, ou seja, como reação a uma Ciência Jurídi-

87 Stephen R. C. Hicks, in op. cit., págs. 156. O comunismo russo, "edificado por Lenin com base na combinação entre o marxismo ocidental e o populismo eslavo, converteu-se na primeira e mais completa experiência totalitária, bem como na matriz a partir da qual o fascismo italiano e o nacional-socialismo alemão se constituiriam ao mesmo tempo por oposição e por identidade" (José Antônio Giusti Tavares, in "Democracia Totalitária"; pág. 30, 2015, Porto Alegre, Ed. Evangraf).

ca pura. Antes de Kelsen, "a Ciência Jurídica era uma espécie de cidadela cercada por todos os lados, por psicólogos, economistas, políticos e sociólogos. Cada qual procurava transpor os muros da Jurisprudência, para torná-la sua, para incluí-la em seus domínios"[88]. Kelsen irá retomar "o fio do desenvolvimento clássico da Ciência Jurídica posta pela Escola da Exegese e pela Escola Analítica inglesa"[89]. "Empenhado na determinação das estruturas e categorias lógicas da Ciência Jurídica, Hans Kelsen superou, com reconhecida genialidade, certas concepções estreitas da Jurisprudência anterior, depurando-a de resíduos jusnaturalistas" [90].

O neoconstitucionalismo implicou um retorno a uma fase pré-kelseniana, ou seja, a uma fase em que vigoravam teorias sociológicas que, oriundas das concepções de Auguste Comte e de Émile Durkheim, compreendiam o Direito como um capítulo da Sociologia (sociologismo jurídico ou jurisprudência sociológica). O neoconstitucionalismo foi um retorno à Sociologia Jurídica e, portanto, seria mais bem definido como neopositivismo.

O neoconstitucionalismo é neopositivista, sim. Difere-se do sociologismo jurídico do séc. XIX porque, nele, a constituição passa para o centro do ordenamento jurídico para ocupar o lugar que, na modernidade, pertenceu aos códigos. E mais, a constituição ganhou força normativa, a jurisdição constitucional expandiu-se enormemente, criou-se uma nova dogmática interpretativa do direito (o principiologismo), em que a hierarquia entre normas não é apenas formal, mas também axiológica (valores), e inaugurou a fase da judicialização das questões sociais e políticas.

O neoconstitucionalismo é produto do positivismo de Auguste Comte porque compreende o Direito como capítulo da Sociologia. Ao lado da antropologia, da política, da criminologia, etc., o Direito pós-moderno é tão somente um capítulo das Ciências Sociais, a estabelecer permanente intercâmbio entre seus

88 Miguel Reale, in Filosofia do Direito, pág. 455, 2010, 20ª ed., 8ª tiragem, Saraiva.

89 Miguel Reale, in op. cit., pág. 456.

90 Miguel Reale, in op. cit., pág. 457.

mais diversos ramos. Agora, como antes de Kelsen, a Ciência Jurídica é uma espécie de *cidadela cercada por todos os lados, por psicólogos, economistas, políticos e sociólogos... Cada qual procurando transpor os muros da Jurisprudência, para torná-la sua, para incluí-la em seus domínios...*

Esse retorno trouxe consequências drásticas. A sociologia jurídica "é uma Ciência do *ser*, porquanto indaga das conexões *causais* que se operam entre os fatos ou comportamentos jurídicos. A Ciência Jurídica é uma ciência do *dever ser*, visto como se destina a descrever as normas que determinam o advento de uma conseqüência, toda vez que se verificar um fato genericamente previsto"[91]. A Sociologia perverte o Direito ao tratá-lo como ciência do *ser*, porque o reduz aos métodos das ciências naturais. Perverte-o porque vê "no problema da sociedade um problema da realidade e não um problema axiológico, não um problema de espírito, mas sim da natureza"[92]. Busca "a unidade da sociedade, não na esfera normativa, mas no reino da legalidade natural, como deserção ante a magnitude e a incomensurável tarefa que oferece a ideia de uma concepção universal dos valores, sendo certo que, dirigindo suas vistas para o *ser* em lugar do *dever ser*, convertem a sociedade em natureza e perdem seu próprio objeto específico"[93].

São drásticas as consequências porque "a sociologia, que tão relevantes serviços poderia prestar e tem prestado ao Direito, já não se limita a nos fornecer o método de investigação dos fatos sociais que interessam às ciências jurídicas puras ou aplicadas; mas, ela própria, após haver realizado essas investigações sob critérios mais afirmados do que demonstrados, transforma o que é no que deve ser, transmuda-se em ciência ética e normativa, invadindo o campo do Direito e o de todas as ciências sociais, delas pretendendo fazer meros e simples capítulos da sociologia geral. E assim vivem as ciências sociais, o Direito inclusive, sob a ameaça de um verdadeiro imperialismo, que, ao pretender ditar

91 Miguel Reale, in op. cit., pág. 459.

92 Miguel Reale, in op. cit., págs. 460 e 461.

93 Miguel Reale, in op. cit., pág. 461.

leis e regras sociais, todas as leis e todas as regras sociais, vangloria-se de considerar os fatos e atos humanos de um ponto de vista totalmente material e objetivo, com deliberado e declarado abandono das causas mentais, morais e espirituais que, na verdadeira realidade, conduzem os elementos humanos em suas ações e reações dentro dos grupos sociais"[94].

Como resultado, a dogmática cedeu lugar à práxis, e o Direito, no Brasil, passou a ser classificado como Ciência Social aplicada. Já não é Ciência autônoma, mas apenas um capítulo da Sociologia que trata da aplicação dos achados das Ciências Sociais.

O pós-positivismo, que na verdade é neopositivismo, despreza a lei formal e privilegia o "direito posto" a pretexto de estabelecer uma nova "leitura moral do Direito", em nome de uma nova teoria jurídica que atribui normatividade aos princípios.

Com efeito, no Direito tradicional, o intérprete deve valer-se da hermenêutica jurídica com base nos elementos da Ciência Jurídica, cujas raízes estão no direito romano-germânico. O neoconstitucionalismo despreza a dogmática jurídica (dedutiva), justamente por ser neopositivista e, portanto, fundamentalmente empírico (indutivo). O bom e velho direito romano-germânico é banido, e a Ciência Jurídica é reduzida a um capítulo da Sociologia. O "operador do direito", que deixou de ser jurista, deverá buscar subsídios no vasto campo das Ciências Sociais, as quais estão completamente contaminadas de desconstrucionismo.

A técnica de interpretação neoconstitucionalista é a dialética, que se desenvolve por meio do confronto entre a realidade social vigente e uma realidade idealizada e traduzida nos textos legais como "princípios", os quais, por sua vez, operam como símbolos de um mundo fictício: a quimera do paraíso terreno (a utopia marxista). É a dialética marxista que a Escola de Frankfurt aprimorou e batizou de Teoria Crítica. A análise crítica dos princípios afasta qualquer consideração sobre a realidade. Nela, opera-se um recuo da razão: "A perda de contato com a reali-

94 Vicente Ráo, in O Direito e a Vida do Direito, pág. 40, v. 1, 4ª ed., 1997, Ed. RT.

dade é invariavelmente suprida pela inserção do indivíduo em uma *segunda realidade*, marcada pela *recusa de perceber*. A complexidade do mundo é substituída por um sistema ideológico que reduz as possibilidades do real aos próprios limites e horizontes, numa amostra clara daquilo que Ortega y Gasset definiu como *barbarismo intelectual*"[95]. Edifica-se nas nuvens ou, como diria Joaquim Nabuco: "É uma pura arte de construção no vácuo. A base são teses, e não fatos; o material, idéias, e não homens; a situação, o mundo, e não o país; os habitantes, as gerações futuras, e não as atuais"[96]. Eis o que, no neoconstitucionalismo, denomina-se a "hermenêutica da ponderação dos princípios".

A bem da verdade, a pós-modernidade e o neoconstitucionalismo jamais se contrapuseram ao positivismo. Ambos são também positivistas desde as raízes. Contrapõem-se, em verdade, à cultura ocidental, da qual o Direito romano-germânico é um dos pilares.

O discurso das minorias é o aríete com o qual os portões da cultura ocidental serão rompidos.

É o que demonstrarei na sequência.

V - AS MINORIAS

Não é necessário grande esforço interpretativo para constatar que a função contramajoritária é uma derivação do conceito marxista de luta de classe, embasado no conceito de minoria desenvolvido pela Escola de Frankfurt. A Escola de Frankfurt foi precursora do pós-modernismo, e sua filosofia, a Teoria Crítica, penetrou no meio acadêmico norte-americano. Sua base ideológica é o marxismo.

Os membros da Escola saíram da Alemanha fugidos do nazismo. Todos foram recebidos nas universidades americanas. Ocorre que os EUA viviam época de franco desenvolvimento, e os operários americanos preferiam evolução à revolução. Foi quando os frankfurtianos descobriram os negros, sua nova fre-

95 Diego Pessi e Leonardo Giardini de Souza, *in* "Bandidolatria e Demonicídio", pág. 63, 2017, Ed. Armada e Resistência Cultural.

96 Citado por Raymundo Faoro, in "Os Donos do Poder, pág. 833, 5ª ed., 2000, Ed. Globo.

guesia. Mas não só os negros; havia os índios, as mulheres, os homossexuais, ou seja, havia minorias aptas a receber o discurso socialista, devidamente adaptado para aquele contexto: o operário oprimido daria lugar à minoria sofrida. A Escola de Frankfurt projetou o conceito de luta de classes para todas as interações sociais ao substituir a concepção de complementariedade e de interesse mútuo por uma noção de oposição de interesses que colocava todos os grupos em conflito. Com isso, o velho discurso de luta de classes entre operários e patrões, tão caro ao marxismo clássico, foi substituído por uma nova luta de classes em que o oprimido é a minoria e o opressor é a elite.

Nesse contexto, o homem branco tornou-se o alvo da ira revolucionária, porque representa o poder econômico e o poder político que historicamente oprimiram as minorias. A cultura ocidental (a filosofia greco-romana e a religião judaico-cristã) transformou-se em culpada de todos os males da humanidade: a colonização de outros povos, por exemplo. Era necessário substituir os valores da cultura ocidental e decretar a igualdade de todas as culturas: a religião cristã passou a ser vista como preconceituosa, ao passo que as crenças africanas e orientais tornaram-se portadoras da mais elevada espiritualidade. É o império do multiculturalismo. Os africanos já não precisam integrar-se aos usos e costumes do país para o qual imigram, pois têm direito de manter sua cultura de origem e não se integrar à cultura do povo que os recebe. O muçulmano, na França, tem direito de recusar a cultura local, mas o francês tem a obrigação de aceitar em seu país outras culturas.

Nada disso seria possível sem a cooperação da rainha da revolução cultural, Sua Majestade a Democracia, a meretriz da Corte.

VI - A DEMOCRACIA TOTALITÁRIA

A função contramajoritária da jurisprudência é, na concepção do Supremo, a mais efetiva expressão da democracia. E, de fato, o é, mas desde que entendida a afirmação em seus devidos

termos; desde que entendida a democracia na versão que lhe conferiu o Iluminismo.

Diz-se amiúde que a palavra democracia foi apropriada pelo desconstrucionismo de Derrida para significar o seu oposto. Acredita-se que a esquerda se assenhorou dela para, feito um cavalo de Troia, vencer as muralhas da cultura ocidental. Eu, particularmente, não creio nisso. Prefiro, antes, a lúcida visão de Bernanos que, com toda a razão, percebeu que a democracia não é o oposto da ditadura, mas a causa dela[97]. Bernanos tem razão porque a democracia moderna traz em sua gênese o princípio fundador do autoritarismo estatal.

A certidão de nascimento da democracia moderna é a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1789, que proclamou a vontade popular como fundamento de legitimidade da democracia. A vontade soberana do povo é a fonte das leis e da Constituição, porque "todo poder emana do povo".

Deveras, quando um poder retira o seu fundamento de legitimidade de uma fonte tão dúctil e fluida - a soberania popular -, será apenas uma questão de tempo para que a democracia se transforme em seu oposto, a ditadura. Tal se dá por duas razões.

A primeira é que a proclamada "soberania popular" nunca foi mais do que uma figura de linguagem alusiva a uma entidade abstrata, informe e, sobretudo, ficcional. A expressão "vontade do povo" nunca passou de artifício retórico para legitimar o poder em mãos de quem já o detinha ou de quem lutava por detê-lo. Em verdade, não se tratou de soberania popular, mas antes de soberania humana. A constituição foi a consagração da vontade humana como fonte primordial da ordem jurídica. A constituição é o ápice da pirâmide normativa a prevalecer sobre tudo, a não admitir nenhum preceito que não provenha de si mesma. É a entronização da vontade humana como nascente única de tudo quanto sirva para regrar a vida. É a consagração do homem e de seus apetites desordenados e o repositório de seus vícios. Nela, *liberté, égalité* e *fraternité* dizem a que vieram. A igualdade é a expressão da inveja humana moldada em um tipo

97 Cf. Olavo de Carvalho, De Bobbio a Bernanos, Jornal da Tarde, 7 de janeiro de 1999.

cidadania desnaturada que confere todos os direitos e nenhuma obrigação. A fraternidade, porque é incompatível com a *égalité* invejosa, não passa de uma caridade secular, artificial e interesseira. E a liberdade é o paradoxo do Leviatã, aquele que liberta para devorar; em seu nome, até o mais banal ato da vida pode ser regrado: do alimento ao pensamento, nada escapa à fúria "libertadora" da vigilância sanitária e do politicamente correto. É a democracia totalitária.

A segunda razão, que está na base de todo o problema, é que, até o advento da Revolução Francesa, a lei era a expressão de uma realidade superior ao homem: Deus. Mesmo antes do cristianismo, a lei era a expressão de uma razão superior à vontade humana, como quando Antígona advertiu Creonte sobre a existência de leis eternas. A existência de uma ordem regular e divina sempre foi reconhecida mesmo entre os pagãos, e estava na base da democracia ateniense[98] (a democracia clássica). A Revolução Francesa entronizou a vontade geral como fonte de legitimidade do poder estatal. Na expressão de Jean Madiran, foi um dia terrível na história do mundo, pois naquele momento os homens declinaram no plural o pecado original: "Sereis como deuses, conhecendo o bem e o mal" (Gn 3, 5). É a "revolta essencial pela qual o homem quer estabelecer para si mesmo a lei moral, pondo de lado a que recebeu de Deus. Em 1789, essa apostasia tornou-se coletiva. Ela se tornou o fundamento do direito político. A democracia moderna é a democracia clássica em estado de pecado mortal"[99].

Ao contrário do que imagina o homem vulgar, a sujeição à vontade geral, sem o respeito a uma ordem transcendente, conduz ao comunismo: "O totalitarismo comunista não é uma anomalia no universo democrático, mas a sua conclusão lógica; a

98 "Havia, [....], entre os gregos, a concepção de que existem leis que, preexistentes ao Estado, têm sobre ele e sobre as suas leis positivas precedência ontológica, lógica e axiológica, na ordem que se segue: leis universais, ditadas pela divindade e inscritas na natureza ou na razão humana; lei constitucional que, historicamente sedimentadas ou pactualmente estatuídas, produz a comunidade política e o Estado; e, enfim, leis não escritas mas consagradas pelo costume. Essas leis obrigam em comum e universalmente a todos os cidadãos, o governo e os legisladores. E a própria lei positiva deve observá-las para que tenha validade, legitimidade e efetividade." (José Antônio Giusti Tavares, in op. cit., pág. 42).

99 Jean Madiran, in "As Duas Democracias", Revista Permanência, nº 296

conclusão necessária; a conclusão inevitável..."[100] A democracia moderna traz consigo o germe do totalitarismo, porque "ela só se limita por uma declaração de direitos ditos 'imprescritíveis', mas proclamados por uma autoridade que pode perfeitamente mudá-los, decretar outros ou aboli-los. Ela já os mudou muitas vezes, bem como já decretou novos direitos 'imprescritíveis'. Ela já os suspendeu ou os aboliu. Não são mais direitos. Não existe, na democracia moderna, nenhum direito que possa ser democraticamente garantido e mantido contra a vontade geral"[101].

Convenhamos, "a democracia não é como um pão, que cresce sem perder a homogeneidade: à medida que ela se expande, sua natureza vai mudando até converter-se no seu contrário"[102].

A democracia moderna é devota das constituições, seu ídolo oco. As constituições, que nasceram para limitar o arbítrio do rei, agora submetem o homem ao poder ilimitado de uma fictícia e manipulável vontade geral, que pode alterá-las a seu bel-prazer. E "quando os homens decidem que não há mais nada de superior à soberania popular [....], eles fazem bem mais do que mudar a constituição política: eles fazem uma revolução moral e religiosa, e não uma revolução qualquer, mas 'a' revolução, a única, a da criatura que recusa, desde Adão, sua condição de dependência"[103].

A democracia moderna é religiosa. É a seita do homem que coletivamente toma o lugar de Deus. E por não reconhecer nenhum limite superior, ela se expande indefinidamente para regrar todos os aspectos da vida. Nada é infenso à intromissão do poder da mística vontade popular: "Da idéia de que a ordem política final e o processo que deverá realizá-la são omnicompreensivos decorre a politização de todas as esferas da existência humana, desde as mais amplas até as mais íntimas, e de que, portanto, nenhuma atividade humana pode ser considerada politicamente neutra ou indiferente"[104]. Por isso não deveria causar

100 Jean Madiran, op. cit.

101 Jean Madiran, op. cit.

102 Olavo de Carvalho, op. cit..

103 Jean Madiran, op. cit.

104 José Antônio Giusti Tavares, in op. cit., pág. 33.

espécie o fato de que ditaduras comunistas se autoproclamem democráticas.

A democracia clássica respeitava a autoridade das instituições naturais. A democracia iluminista é prepotente. "A autoridade do pai de família, do professor na sua classe, do patrão na sua firma, do bispo na sua diocese são heterogêneas à luz do princípio democrático moderno, e contrárias à Declaração dos Direitos de 1789. Essas autoridades, que são liberdades, não podem ser mantidas senão limitando-se a expansão do princípio democrático. O que faz a democracia liberal não é tanto limitar, mas meramente frear essa expansão, enquanto gaba-se de salvaguardar o que seria democraticamente normal destruir. Essas autoridades, essas liberdades, fundadas na ordem natural anterior à democracia, a democracia liberal as abala aos poucos, ela as dissolve lentamente, as diminui sem cessar. A diferença é de grau, não de natureza, com a democracia marxista, que as suprime ou as subjuga"[105].

Sim, as nações comunistas são democráticas. As democracias modernas podem nascer liberais, mas terminam comunistas, porque o Liberalismo e o Comunismo são filhos do mesmo Iluminismo materialista e anticristão: são as duas pontas da língua bifurcada da serpente.

A era pós-moderna é o auge da democracia iluminista, e o neoconstitucionalismo e o pós-positivismo representam o aperfeiçoamento da democracia que, conquanto tenha nascido liberal, evolui para amadurecer e transformar-se naquilo que é a sua vocação: a democracia totalitária.

VII - CONCLUSÃO

A propalada defesa das minorias é artifício retórico que, em nome de uma fictícia soberania popular, pretende impor a ideologia socialista que a Constituição representa e que a democracia moderna assimila avidamente.

105 Jean Madiran. Op. cit.

A função contramajoritária embarca no mito das minorias para reeditar uma ideologia já muito bem conhecida entre nós: o Sociologismo Jurídico, no Estado Novo, e a Justiça Alternativa e o Direito Achado nas Ruas, na Nova República. Conquanto o Supremo Tribunal Federal insista no discurso de que defende a "democracia", seu desiderato somente será bem compreendido na medida em que esta palavra seja interpretada no seu sentido real: neomarxismo. E os sinais são visíveis de que o Supremo empreendeu esforços para implantar o programa político-ideológico do regime que, por ser vermelho, foi rechaçado nas urnas. Estão por toda a parte os vestígios de que o Supremo encampou um discurso neomarxista travestido de uma "democracia" cujo real significado escapa à compreensão de letrados e iletrados. A função contramajoritária é apenas um engodo que atua como elemento desestabilizador das relações sociais e estatais. Ela acirra a crise e propicia a derrubada de um governo conservador e a implantação de uma nova cosmovisão coletivista que, em essência, nada mais é do que a eterna luta contra os valores da tradição ocidental.

Aqui fica muito clara a intenção contida nas palavras do ministro Alexandre de Moraes. Ao pregar o combate à "tirania da maioria", defende a "ditadura da minoria", que é a versão pós-moderna e neoconstitucional da "ditadura do proletariado", devidamente remasterizada.

CAPÍTULO 4

Urna virtual: a roupa nova do rei[106]

Felipe M. Gimenez [107]

A vaidade cortesã serviu atalho à trama ardilosa do astuto alfaiate que convenceu um soberbo monarca a vestir-se do manto tecido com supostos fios mágicos visíveis apenas para os mais sábios. Vaidosos, os conselheiros haviam aprovado a arte do falso tecelão porque admitir o contrário poderia arranhar suas reputações de virtude. O desfile do rei e os aplausos terminam quando a honestidade de uma criança na rua denuncia: *O rei está nu!*

O conto se repete no Brasil há um quarto de século. Autoridades que nada enxergam do fato do escrutínio louvam o artefato mágico afirmando o prodígio. Como uma onda, a Seita do Santo Byte segue fazendo prosélitos. Como poderia um juiz ou promotor eleitoral, nas singelas instâncias, se opor ao juízo da Corte Constitucional tão sábia e suprema? Afirmar que nada

106 Publicado no site Convergências, em 20 de agosto de 2020 - https://convergencias.org.br/urna-virtual-ditadura-real/ e no site Transparência eleitoral - https://transparenciaeleitoral.org/urna-virtual-a-roupa-nova-do-rei/ . Acesso em: 27 jan 2021.

107 Advogado, procurador do Estado/MS.

veem do escrutínio porque o fato ocorre em velocidade superior a mil kbps poderia arranhar suas reputações. Sem registro do pulso elétrico, naturalmente efêmero, contentam-se com o resultado posterior ao escrutínio. Seria arriscado para essas autoridades admitir que o voto gerado e extinto no ambiente digital já foi escrutinado sem que pudessem fiscalizar o evento. O momento crucial e fugaz passa despercebido, restando unicamente o consequente produzido pela inteligência artificial, fiel apenas ao seu criador. Sem registros concretos que permitam rastreio no mundo exterior, a vontade manifesta pelo cidadão jamais será conhecida. Entretanto, aquele que ousar declarar que nada vê será vaiado pela Seita do Santo Byte em coro: retrógrado! E o desfile segue impulsionado pela fé e aplauso dos prosélitos. A procissão conduz o enterro da República. Substantivos e adjetivos são embaralhados com o escopo de limitar a compreensão. Sufrágio, universal, voto, direto, secreto, escrutínio, democracia, república, soberania, popular. Nada importa além do credo. O manhoso tecelão segue em sua obra.

No entanto, um exame responsável aponta que sufrágio é *suffragium*, *sub* (debaixo) e *fragor* (ruído, gritaria), no caso, *aclamação*, pois relacionada a *frangere* (quebrar, separar). O sufrágio na origem etimológica aponta escrutínio (*scrutinium*), procura ou inquisição, de *scrutari* (examinar ou procurar). No universo de indivíduos se dá a procura e separação de uma fração (*fractio*) que é partida ou quebrada (*frangere*) na busca da vontade da maioria. *Universal* adjetiva o sufrágio e enfatiza seu sentido como processo de deliberação coletiva. Universal é adjetivo derivado de universo. Universo é *universum*, *unus* (um) mais *versus* (tornado), particípio passado de *vertere* (tornar). Portanto, universo é *tornado um*. Ora, somente é possível tornar um o que já não é individual ou singular. O universo é o conjunto de indivíduos formado por um nexo lógico. Na hipótese do sufrágio, o conjunto de indivíduos torna-se um no sufrágio pelo vínculo de cidadania. Assim, o sufrágio é etimológica e necessariamente universal. Nessa universalidade é estabelecida uma relação mútua de direito e obrigação entre o indivíduo e o universo

do sufrágio (cidadãos eleitores e candidatos participantes da deliberação coletiva). A relação de reciprocidade se impõe do universo sobre o indivíduo e deste para o universo. Todos ouvem-se mutuamente e submetem-se ao escrutínio na busca da vontade da maioria. Essa relação mútua estabelecida pelo falar e ouvir busca conhecer a vontade majoritária que caracteriza a essência universal do sufrágio. Não há fragor nem aclamação em monólogo; o sufrágio é ontologicamente universal.

Na Ágora grega, a vontade do povo era manifesta e o destino da *cidade-estado* traçado. Na pretensa ágora digital, o cidadão não vê nem ouve o outro. Não há fragor. Não há relação mútua. Não há reciprocidade. Não há universo. Não há sufrágio. As relações não são universais. O indivíduo trava um monólogo com a urna virtual de modo silencioso e submisso, como um súdito. Resta-lhe apenas a esperança de que será ouvido.

O sufrágio universal não é o voto, mas o processo de deliberação coletiva. Os artigos 14 da Constituição Federal e 82 do Código Eleitoral apontam que o voto é apenas um instrumento do sufrágio. Nem o voto, nem o seu exercício se confundem com o sufrágio. São componentes do processo de deliberação. Não há palavra inútil na lei (*verba cum effectu sunt accipienda*), e a garantia constitucional não é apenas do direito de votar, mas de compor o sufrágio. Participar do escrutínio e de sua fiscalização é inerente ao sufrágio. É direito de cidadania inalienável. Não pertence ao serviço eleitoral, mas ao cidadão. A urna virtual, por seu escrutínio secreto, impede o sufrágio universal, pois a relação do indivíduo com o universo do sufrágio é usurpada pelo serviço eleitoral, que se interpõe rompendo a relação entre os indivíduos e fulminando tal universo em seu sentido próprio. O serviço eleitoral, que deveria apenas ser servidor nessa relação entre cidadãos, usurpa uma posição que não lhe pertence. O pretexto da arbitrariedade para usurpar o direito de cidadania é a cláusula pétrea do voto secreto. Ora, o voto não é secreto, mas sim o seu exercício! Caso o voto fosse secreto, permaneceria oculto, sendo impossível seu processamento, que necessariamente implica ser conhecido. O espírito da lei, nes-

se ponto, consiste em garantir a privacidade do exercício desse direito, preservando a liberdade de escolha. A infelicidade da redação legislativa é de fácil superação pelo hermeneuta, pois é a vinculação do cidadão à declaração contida no voto que se buscou impedir.

Sob outro ângulo, observa-se que o voto direto o *é* em sua *substância* (matéria e forma metafísicas). Na ordem constitucional, a vontade do eleitor e sua manifestação se dão ao universo do sufrágio de modo *direto*. O artigo 82 do Código Eleitoral didaticamente esclarece que o sufrágio é universal e direto. Óbvio que isso decorre da essência do universo do sufrágio, porque o fragor da deliberação está em seu âmago. Direto é sem mediação. O agente de uma ação direta determina ele próprio o objeto dessa ação, sendo a causa eficiente dela. Determinar é *de* (para fora) e *terminare* (demarcar, limitar), de *terminus* (linha limite). Determinar, portanto, é definir as linhas limites do exterior existencial do ser. É a transformação da potência em ato. Estado de ser e não poder não ser. A urna virtual não permite o voto direto, pois impede que o cidadão determine o voto, dando-lhe concretude. O dado gerado na urna virtual é colhido pela inteligência artificial construída por terceiros e nesse *construto* é processado pelos comandos estabelecidos ganhando determinação existencial na conformidade do artifício completamente alheio. A atualização metafísica da potência manifesta pelo cidadão não tem neste a sua causa eficiente.

A representação meramente simbólica apresentada ao eleitor não é nada mais do que singelo e suposto símbolo. Suposto porque é puramente fruto da inteligência artificial. Não se trata necessariamente do dado que orientará o escrutínio digital, efêmero e secreto, mas apenas daquilo que a inteligência artificial decidiu apresentar ao eleitor. É perfeitamente possível que a informação dada pelo monitor seja diferente daquela que instrui o escrutínio digital, secreto e efêmero. Oportuno lembrar o *Teste de Turing* (Alan Mathison Turing), que consiste em que uma inteligência artificial convença um ser humano de estar em um diálogo com outro humano. A proposta é baseada em uma

brincadeira de salão denominada *jogo da* imitação, em que três participantes jogam sem contato direto e dois deles tentam pelo diálogo indireto convencer falsamente o terceiro, que é juiz, sobre sua identidade sexual vencendo quem cumprir sua missão respectiva.

O que se dá no obscuro ambiente eletrônico, no presente do escrutínio, é ignorado pelo eleitor e pelas autoridades eleitorais. Apenas a totalização resultante é conhecida posteriormente sem qualquer rastreabilidade. No ambiente eletrônico, não ocorre a concretude do ser atualizado metafisicamente. O virtual não tem permanência própria do *ato*. O voto assente como vontade manifesta é potência que não atualiza por ação do eleitor. O dado digital gerado pela intervenção do votante é simples impulso elétrico. Mera potência do voto a ser conhecido no escrutínio. A indivisibilidade ontológica e filosófica própria do átomo grego (*a* negação, *tomos* cortar) esclarece que a partição importa em corrupção. Partir é deixar de ser. A eletricidade é fluxo de elétrons, não de átomos. Fluxo, movimento e corrente repelem a ideia de permanência, atualização. Como o rio de Heráclito, a eletricidade só existe se houver movimento, mudança constante. Permanência se opõe a movimento. A corrente elétrica é constante movimento de elétrons (contínuo ou alternado no sentido). Não se encontra aí o ato metafísico do voto a ser escrutinado. Quem ousa afirmar que uma lâmpada está acesa o faz desprezando a frequência (hertz) em que a mesma é e deixa de ser. A corrente elétrica é, na essência, um ser e não ser constante. Nesse contexto, afirmar que o símbolo representativo do voto na urna virtual é o próprio *ser* voto, à míngua de qualquer rastro no plano concreto sensível ao humano, é substituir o simbolizado pelo símbolo. Ato de idolatria. A impermanência explica a volatilidade do dado digital, completamente sujeito ao construto do programador e alheio ao domínio do cidadão eleitor.

Não se nega a existência do virtual, mas cabe admiti-lo apenas como *potência* metafísica. A *potência* não observa o *princípio da não-contradição* (o ser é e não pode não ser; o não-ser não é e não pode ser de modo algum). O virtual não é *ato* metafísico.

O ato é congruente em *ser*, pois é e não pode não ser de modo algum. Assim, a vontade manifesta do eleitor entregue à urna virtual nada mais é que *potência* podendo *ser* ou *não ser*. Sem a permanência do corpo concreto delimitado, físico e sensível ao humano o símbolo digital supostamente representativo do voto sempre poderá *não ser* o voto. Nada pode ser movido e motor de si mesmo e, portanto, o *ato* resultante na urna virtual é efeito de causa eficiente extrínseca (ação do programador) e alheia ao domínio do eleitor. Essência (forma e matéria) e existência (*ato de ser*) são distintas das causas extrínsecas (final e eficiente) do *ato de ser*. O que se tem na urna virtual não é o *ser* voto (vontade manifesta do eleitor) enquanto não for atualizado metafisicamente.

Ciência é o conhecimento do objeto mediante suas causas. A *matéria* (vontade) sem a limitação da *forma* (manifestação) é imperfeita, porque a perfeição é a existência do *ser* determinado, o ato metafísico. O infinito não *é* porque *ser* implica determinação, limite, finitude existencial, concretude, corpo. O dado em potência não é determinado (*ato*) porque poderá sempre não ser. Daí decorre sua infinitude e imperfeição. Apenas o primeiro e único *Motor Imóvel* escapa a tal crivo. O signo (registro do voto) propriamente dito deve ser um rudimento de vínculo natural entre significante (vontade manifesta) e significado (escolha). O significante (vontade manifesta) deve encontrar coerência no significado (escolha) pelo nexo direto do indivíduo com o universo do sufrágio no qual se encontra o vínculo de cidadania. A essência da democracia torna imprescindível essa junção imediata. O voto somente *é* na relação do indivíduo com o universo do sufrágio.

O corpo físico (signo) *atualizado* pelo registro da intervenção do eleitor é precisamente simbólico na medida em que representa o vínculo natural do indivíduo com o universo do sufrágio, pois conserva a participação de ambos (universo e indivíduo). O dado no ambiente eletrônico não é uma representação (signo) de um vínculo natural do significante com o significado, porque o indivíduo e o universo do sufrágio não participam como *causa* na urna virtual. O corpo concreto (signo), oferecido pelo

universo do sufrágio ao indivíduo que o compõe, registra a vontade manifesta, diretamente caracterizando esse vínculo natural da relação. O símbolo necessariamente deve representar uma junção de vontades entre o indivíduo e o universo do sufrágio. Assim como o símbolo do negócio jurídico é o contrato, que une as manifestações de vontade das partes pela interveniência de ambas, o pacto no sufrágio entre o indivíduo e o universo de cidadãos não tem coerência lógica se a posição de alguma parte é usurpada pelo serviço eleitoral. O serviço eleitoral é terceiro estranho na relação e deve apenas servi-la como servidor que é.

O voto é necessariamente um pacto direto entre o indivíduo e o universo do sufrágio. Não deveria haver, nessa relação lógica, política e jurídica, qualquer invasão do serviço eleitoral. Apenas a ação de servir. Ocorre que no cenário atual o serviço eleitoral é protagonista e toma de assalto o papel do cidadão. O povo resta apenas figurante, porque aquele que deveria ser servidor tomou para si o protagonismo da eleição, fulminando o sufrágio no seu *ser*. Não há *sufrágio universal* sem escrutínio público!

O ente tem o *ato de ser* em potência, mas não o *é* senão pela intervenção de uma causa eficiente extrínseca. Forma (universal) e matéria são causas intrínsecas substanciais do ser, porém o *ato de ser* é dependente das causas extrínsecas final e eficiente. A doutrina de Aristóteles ensina que o movimento de atualização, consistente em transformar a potência em ato, exige etiologia apontando as causas final, eficiente, formal e material. O princípio da razão suficiente impõe que esta seja cabal, bastante. Se não o é, então há razão diversa que denota mudança substancial no *ser*. O princípio da causalidade proporcional determina que o contido no efeito deve decorrer de sua própria causa e não de outra, sob pena de *não ser*. O princípio da identidade dos indiscerníveis (*lei de Leibniz*) estabelece que ante indiscerníveis se tem o mesmo ser. Ora, o dado digital na urna virtual não guarda como causa eficiente a ação do eleitor, mas do criador da inteligência artificial, sendo, portanto, discernível. Se discernível então não é o *ser* voto propriamente dito.

Apesar da reprovação da maioria absoluta da população, o serviço eleitoral, operado pela presidência do TSE, insiste com sua aura de deidade cultivada no meio jurídico. O magistrado nessa função administrativa não faz jurisdição, mas ordinária e equivocadamente avoca para si arbítrio típico de julgador. Na República, o império é da norma, não da autoridade. Ocorre que o serviço eleitoral de coleta e processamento de votos não possui qualquer margem de jurisdição, arbítrio ou discricionariedade próprios de quem está investido de juízo. O serviço eleitoral é objetivamente vinculado à lei e puramente executivo. Essa suposta prerrogativa arbitral exercida amplamente é o primeiro obstáculo posto pelo serviço eleitoral ao exercício da cidadania.

A origem desse mal está na teratológica acumulação de poderes que sobrepõe normatizar, executar e julgar o serviço eleitoral. Em outros termos, julgar a si mesmo! Todas essas funções de natureza necessariamente distintas em uma República são acumuladas na mesma instituição pública (a denominada *"justiça eleitoral"*). O quadro se agrava porque a administração superior do serviço eleitoral é, por previsão constitucional, sempre exercida por um juiz da corte constitucional (CF art. 119, parágrafo único). Em Roma, o *ditador* era um juiz escolhido *entre a* população para ditar as regras necessárias para o enfrentamento de uma grave crise, e tinha amplo poder, mas mandato finito e breve. Nossos juízes constitucionais contrariam o povo, geram anomia e têm mandato quase vitalício, além de ignorarem a vontade majoritária do povo. Desprezam o artigo quinto da lei de introdução ao direito, que impõe a regra hermenêutica: *Na aplicação da lei, o juiz atenderá as exigências do bem comum.* Recentemente um ministro *supremo* afirmou que a vontade da maioria é ditatorial. A maioria somente se conhece em regimes democráticos porque há maioria quando a minoria importa em ser contada. Que regime repele a maioria?

O bem comum é o desejo manifesto pelo povo e positivado por seus representantes. Porém,não é de se esperar que o colegiado constitucional julgue ilícita eventual ação do serviço eleitoral realizada por seus pares no tribunal vizinho, em razão

do revezamento que fazem entre uma casa e outra, entre uma função e outra (administrar e julgar). Sobre a vontade popular se sobrepõe a do juiz. Vale notar que jurisdição não é ciência do direito mas apenas exercício de poder. Eventualmente coincidem. Outro ministro *supremo*, Luís Roberto Barroso, no livro *Curso de direito constitucional contemporâneo* (Editora Saraiva, 9ª edição, página 297, segundo parágrafo), alega em síntese: *"(...)a solução dos problemas jurídicos não se encontra integralmente na norma jurídica e é preciso procurá-la em outro lugar pois a justiça está além dela"*. Essa é a definição do *pós-positivismo* que orienta as decisões da atual composição do tribunal constitucional brasileiro. Portanto, não há uma constituição, mas onze - e cada uma será ao gosto da oportunidade do tema em conflito. Nesse cenário, o histórico lamentável de um quarto de século registra três tentativas do Poder Legislativo consistentes em, legitimamente, lançar luzes sobre o serviço eleitoral, especialmente impondo o escrutínio público de votos. Tais normas foram desejadas pelo povo para seu bem comum, mas solenemente fulminadas pelo administrador do serviço eleitoral como tal ou no expediente alternativo de juiz constitucional. As razões sempre causaram absoluta estranheza ao mundo jurídico e decepção na população.

Na suspensão lavrada na ADI 5889 e posterior julgamento de mérito, a impressão do voto foi impedida por força de acrobática interpretação. Verdadeiro presságio fez prever que a máquina impressora desvelaria o voto, quebrando a cláusula pétrea do sigilo. O fato concreto, ainda que futuro e incerto, serviu de argumento no exame constitucional que deveria ser abstrato. A lei em tese foi maculada de inconstitucional, ainda que apenas determinasse a impressão do voto, porque supostamente quebraria o sigilo ao ser executada. Da eventual execução negligente, colhida do futuro incerto por meio de presságio, concluiu-se a inconstitucionalidade da própria lei.

Estranhamente, a corte constitucional se recusa a ampliar o exame concreto do todo operacional da urna virtual. A evidente ineficácia do sistema em permitir o escrutínio público de votos não é objeto do método exegético adotado na ADI 5889 (exame

de fato concreto). Sabemos que o exame de fato concreto é inadequado na via do controle constitucional abstrato, mas serviu excepcionalmente para suspender e decepar a norma[108].

No campo das ditas *auditorias*, o auditado (o próprio serviço eleitoral) se audita. Cabe pontuar aqui que, em uma auditoria, embora se examine instrumentos e registros, o objeto final é a conduta humana. Então é fácil compreender que logicamente não se audita a urna virtual em si, mas finalisticamente a conduta de seu operador humano, qual seja, o agente do serviço eleitoral. Entretanto, o agente eleitoral põe-se julgador da máquina, como se ela mesma fosse objeto da suspeição pública. Sabe-se nessas ditas *auditorias* o que a urna virtual haveria de executar ou o que supostamente executou. Nunca é possível saber o que ocorre no momento presente do escrutínio digital efêmero e secreto. A cada voto confirmado, a urna virtual realiza o escrutínio secreto, identificando o teor do voto e destinando-o a algum beneficiário. Exigindo fé do cidadão, o serviço eleitoral rejeita a recontagem de votos entregando apenas o sagrado Boletim de Urna e seu respectivo RDV (registro digital do voto). Ambos resultantes do escrutínio já perdido no passado e irrecuperável, uma vez que não há o voto em *ato* concreto no sistema puramente virtual.

Crer não é conhecer. A lição é de Pontes de Miranda na obra *O problema fundamental do conhecimento* (Editora Bookseller, 2ª edição, pág. 27): "Conhecer é *cognoscere*, não é só *noscere*. O cão, diz-se, conhece, e o homem conhece; mas o *cum*, que se pôs antes de *gnoscere*, teve função conceptual que se apagou, razão por que se estendeu aos outros animais, em vez de ficar para o homem. Daí haver o conhecimento e a revelação, mesmo íntima, do ato de conhecer, o que implica manifestação. Quem conhece, no sentido de poder afirmar que existe, que é, o conhecido, está apto a manifestar. Crer não é conhecer: vem de *cord*, como coração."

108 Nota da organizadora: A decisão liminar que suspendeu o voto impresso foi confirmada no dia 14 de setembro de 2020, quando a maioria dos ministros do STF julgou procedente a ADI 5889 e declarou inconstitucional o dispositivo da Minirreforma Eleitoral que previa a obrigatoriedade da impressão do registro do voto. http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=451785&ori=1. Acesso em: 14 fev 2021.

Se não há manifestação direta sob domínio do eleitor, ele próprio não conhece seu voto! Sabe apenas da *potência* que está em sua vontade. Afinal o voto ganha existência na relação havida no universo do sufrágio. Se persiste apenas no íntimo do eleitor, não é voto, mas apenas vontade. Dar conhecimento ao universo do sufrágio por instrumento concreto sob domínio do eleitor é imprescindível para a *atualização* metafísica do voto.

O erro cartesiano de supor que o voto existe apenas porque pensamos que está lá no ambiente eletrônico é um dogma da Seita do Santo Byte (assim alcunhada pelo ilustre Professor Dr. Pedro Rezende, s UnB). Na mesma obra citada, Pontes de Miranda ensina (pág, 68) "O erro cartesiano pôs o pensador, o sujeito (como um pre*jeto*, e pois supra*jeto)*, antes do pensamento, e empurrou o espírito humano no declive idealista. O erro kantiano ocorre depois, durante a queda, e por isso já constitui tentativa de 'segurar-se' na realidade. Todavia, nele o objetivo vem depois, tirado do subjetivo. No problema dos universais, Descartes e Spinoza vão, em consequência de suas atitudes iniciais, procurar com eles descrever o real, o objeto, quando o verdadeiro caminho para os explicar seria partir do objeto, do particular, não para remergulhar no espírito (solipsismo, explicação pela generalização), mas para descrever como eles se formaram. A relação mais simples que se pode imaginar, a mais fina, portanto, que abrange as outras, é a relação de estar em relação, a que Moritz Schlick chamou de correspondência pura, *reine Zuordnung*. Mas ele a prende ao mundo psíquico, quando diz que o fato de ordenar e de pôr em correspondência (*das Ordnen und Zuordnem*) é precisamente o que se designa como pensar: pensar só significa, para ele, uma função - a função de pôr em correspondência. Dito assim, o idealismo ressalta. O pensar é bem isso, mas isso não é só o pensar. Se o pensar é isso, é porque entra no que denominamos relação e, como uma delas, como tal se define. Tudo que é relação, inclusive o pensar, cabe na relação mais vasta, que é a de estar em relação: se penso, ponho-me em relação, e estabeleço relação entre termos. O que se tira é que a

realidade do pensar cabe na realidade global das relações e é uma relação que 'estabelece' relações".

A urna virtual (onde o voto existe apenas em *potência*) estabelece qual relação entre o eleitor e o universo do sufrágio senão de fé? Se o estado (*lato sensu*) republicano é laico, como é possível exigir fé do cidadão? O voto somente *é* na relação entre indivíduo e universo do sufrágio.

Nelson Lehmann da Silva, na obra *A religião civil do estado moderno* (Vide Editorial, 2ª edição, pág. 84) remetendo ao *Leviatã* de Thomas Hobbes (*poder de um estado eclesiástico*) ensina: "No esforço de formular a difícil distinção entre a *Cidade de Deus* e a *Cidade dos homens*, Agostinho estabeleceu o modelo da posição política cristã que inspirou a ordem política medieval de separação e coexistência entre *Ecclesia* e *Imperium*. A então existente identificação entre religião e política é proclamada como contrária à liberdade cristã. Não obstante quão intrincadas e complementares possam ser as duas esferas, nenhuma delas poderá atuar para a consecução do que é garantido ou prometido pela outra e cada uma deverá ser entendida em seus próprios termos em acordo com o Evangelho: 'A César o que é de César, a Deus o que é de Deus'."

O serviço eleitoral brasileiro instituiu um *Estado Eclesiástico* que exige do cidadão fé embora seja vedado ao Estado estabelecer culto (artigo 19, I da CF). Não apenas fé, mas também submissão de súdito, na medida em que repele com fúria qualquer crítica. Não resta ao *súdito eleitor* outra opção senão confiar na urna virtual, visto que não lhe é permitida a fiscalização do escrutínio enquanto fato presente.

No modelo puramente virtual, o escrutínio de votos, ato administrativo em sua essência e sujeito ao *princípio constitucional da publicidade*, não oferece meios ao cidadão que lhe permitam fiscalizar a autenticidade e destinação fiel dos votos aos beneficiários. O princípio da publicidade que impõe o direito indisponível do cidadão de conhecer o escrutínio, enquanto fato jurídico presente, foi adotado como justa razão pela Corte Constitucio-

nal Alemã para recusar o modelo de urna puramente virtual. Aquela corte assentou, em síntese, que *o sufrágio é direito de todos e não pode ser condicionado a alguma habilitação técnica especial para permitir a compreensão e fiscalização de todo o processo.* Também pela imperiosa cidadania que exige conhecimento do escrutínio a Corte Constitucional da Índia rejeitou o modelo puramente virtual (a chamada urna eletrônica de primeira geração).

Não é o cidadão que deve se adequar ao serviço eleitoral, mas o inverso. A cidadania se impõe sobre o arbítrio, conveniência ou oportunidade do serviço eleitoral. Nesses termos, aquela corte constitucional alemã rejeitou o modelo de urna, idêntico ao brasileiro, puramente virtual e carente de registro físico que não permitia a fiscalização pública indiscriminada do escrutínio[109].

É crucial perceber que o dado digital representativo do voto não é ***adquirido*** pela urna virtual. Em sua quase totalidade, os dados referidos como exemplo de utilização dos acervos digitais são *adquiridos* e têm rastro no mundo exterior das coisas concretas sensíveis ao ser humano. Essa *rastreabilidade* é penhor de confiança. Na urna virtual, o voto é manifestação gerada e encerrada no obscuro ambiente eletrônico. Sem corpo físico, o que se dá a conhecer pela urna virtual é uma pretensa representação da vontade manifesta pelo cidadão. Tal representação não é legítima nem metafisicamente *atual*, apenas *potencial*.

De passagem anota-se que o princípio da anualidade (anterioridade), previsto no artigo 16 da CF, não se aplica aos instrumentos do serviço eleitoral, pois o bem jurídico que protege é a paridade de armas no pleito pelos cargos eletivos. A intrincada armadilha estabelecida pela urna virtual deve encontrar solução ainda que à véspera da eleição. A gravidade das violações à cidadania impõe o enfrentamento urgente da questão dada

109 Tribunal Constitucional Alemão □ Bundesverfassungsgericht, julgamento 03/03/2009 das demandas 2 BvC 3/07 e 2 BvC 4/07, trazidas à corte por Prof. Dr. Ulrich Karpen, advogados Dr. Till Jaeger, Dr. Martin Jaschinski, Sebastian Biere, Oliver Brexl e Prof. Dr. Wolfgang Löwer em face do resultado das eleições nacionais alemãs de 14 de dezembro de 2006 (WP 145/05, BTDrucks 16/3600 e WP 108/05, BTDrucks 16/3600, BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 15. Juni 2009 - 2BvC3/07, www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2009/06/cs20090615_2bvc000307.html).

a renitência do serviço eleitoral. Muitas notórias denúncias de encerramento abrupto de votação em 2018, por comportamento errático da urna virtual, indicam voto anulado para o cargo de presidente da República no primeiro turno.

Concentradas as ocorrências nos eleitores daquele que era prognosticado vencedor, como se confirmou, o fato aponta possível causa do segundo turno, em vista da quantidade extraordinária de votos anulados na escolha desse candidato vencedor ao final. A propósito, realizou-se então uma pretensa *auditoria*, em que o auditado era o próprio auditor (como de costume no imbróglio eleitoral) no TRE/SP, e o comportamento errático da urna foi constatado, filmado, testemunhado e transcrito em registro de ocorrência pelo Engenheiro Dr. Amílcar Brunazo Filho (experto em TI e criptografia). O agente do serviço eleitoral, diante da constatação do comportamento indisciplinado da mascote, substituiu a urna que comprovava a adulteração denunciada pelos milhares de cidadãos sob pretexto de se tratar de *problema de menor importância*. Na pseudo-*auditoria* se deu algo comparável à substituição do corpo de delito em cena de crime. A conduta em questão do agente do serviço eleitoral folga-se na teratológica razão de que, se serviço eleitoral é suspeito, então também é o investigador e juiz da denúncia.

O mesmo experto Dr. Amílcar Brunazzo Filho havia participado da auditoria conduzida pelo PSDB provocada pela eleição de 2014. O documento é recheado de críticas à urna virtual que se descreve em síntese abaixo:

> ***1) f. 16, primeiro parágrafo:*** *confirmou o alinhamento da gestão de TI às diretrizes do tribunal e a preocupação em não gerar prejuízo à imagem da instituição;*
>
> ***2) f. 17, primeiro parágrafo:*** *constatou que juízes abdicam de produção de prova e limitam-se a cumprir as instruções genéricas do TSE;*
>
> ***3) f. 17, penúltimo parágrafo:*** *não foi permitido acesso a dados de eleitores que votaram e justificaram simultaneamente;*

> ***4) f. 23, segundo parágrafo:*** *a urna pode identificar o estado de votação paralela e ocultar códigos fraudulentos (a votação paralela é uma auditoria);*
>
> ***5) f. 108, quarto parágrafo:*** *a ausência do código do BIOS e do MSD não permitiu verificar efetiva defesa contra o 'ataque de Princeton' ou existência de 'porta dos fundos';*
>
> ***6) f. 205, primeiro parágrafo:*** *a auditoria foi prejudicada porque negada a entrega de dados solicitados e sua coleta direta das mídias de memória das urnas.*

Dessa auditoria particular, frustrada pelas limitações arbitrárias impostas pelo serviço eleitoral, restou na imprensa a cansativa repetição de que *"não foram encontradas fraudes"*. =A falácia consiste em que *"não sendo encontrada fraude, então elas não existem"* (*non sequitur*). A conclusão não respeita a proposição original e dela não procede. O fato de não se encontrar algo significa apenas que não foi encontrado, podendo ainda assim existir (*ausência de evidência não é evidência de ausência*). O que se conclui daquela auditoria é que a urna virtual não é auditável. Não há auditoria se o auditado é quem audita! O absolutismo encontrou seu Santo Graal nessa prática do serviço eleitoral. Não se estranha que sempre conclua: *"Nunca houve fraude!"*. A propósito, o Ministro Gilmar Mendes, no julgamento da liminar requerida na ADI 5889, que suspendeu os efeitos do artigo 59-A da lei 9504/97, na folha 50 do acórdão respectivo, no quinto parágrafo, ao interromper o Ministro Alexandre de Moraes, pontuou em síntese que *"as vulnerabilidades do sistema são conhecidas da justiça eleitoral (...) por exemplo do mesário pianista (...) votando por alguém ausente (...) que se detectou no Maranhão (...) porque o eleitor que justificou ausência tinha votado"*.

Diante dessa declaração, como fica então a ladainha de que *"nunca houve fraude"*? Ocorrendo fraude em algum lugar e em algum momento porque não ocorreria em outros?

O *princípio do juiz natural*, que por natureza é um terceiro estranho ao interesse em litígio, foi jogado às traças. Será que os votos nulos de 2018 não encerrariam o pleito no primeiro turno?

O contingente extraordinário de nulos pode ser resultado da finalização arbitrária executada pela urna virtual antes da confirmação do eleitor na digitação. O serviço eleitoral, mostrando-se enfurecido, prontamente acusou os cidadãos denunciantes de mentira e falsa notícia (usam de preferência o neologismo da modinha midiática: *fake news*) em vez de se submeter à investigação competente e independente. Tal atribuição seria da polícia judiciária que assiste o juízo federal comum, tendo em vista que o imbróglio envolve serviço público federal completamente distinto da matéria eleitoral excepcional da jurisdição eleitoral. Rememorando, o direito eleitoral restringe-se ao pleito e seus efeitos (candidatos e sua disputa por vagas eletivas). A competência jurisdicional excepcional deve ser compreendida restritamente, como é próprio à exegese de regras que restringem. Acervos das referidas denúncias populares foram removidos imediata e arbitrariamente da rede eletrônica (*v.g* sítio *tranparenciaeleitoral.com.br*). O serviço eleitoral suspeito, no mínimo, de negligência, prontamente concluiu que não havia erro na própria atuação, alegando que cidadãos, tendo votado tranquilamente para Deputado Estadual, Governador, Deputado Federal e dois Senadores, depois de cinco votos operados sem dificuldade, tornavam-se incapacitados para realizar o último voto para Presidente da República. O mal súbito, quase uma pandemia, foi diagnosticado pelo serviço eleitoral como erro do eleitor. A narrativa não convenceu a população, mas prevaleceu o *argumento de autoridade* e a força bruta calando quem ousasse criticar o serviço eleitoral.

Na obra *Direito Processual Civil*, coordenada por Pedro Lenza, (Saraiva, segunda edição, páginas 68 e 256), consta a lição de que, conforme estabelecido no artigo 5º, LIII e XXXVII da CF, *ninguém será julgado senão pela autoridade competente e não haverá juízo de exceção*. A *mens legis* consiste em conter o arbítrio e assegurar a imparcialidade. (...). *A imparcialidade é garantia ao jurisdicionado e decorrência do princípio do juiz natural que impede que as partes possam escolher o juiz da causa.* (...). O problema é que o serviço eleitoral não se vê como parte quando há crítica à urna

virtual. A própria máquina ganha humanidade e é posta como indiciada. Seu operador então a julga e, paternal, acolhe a mascote com juízo benevolente.

O escrutínio deve ser expressão fiel do sufrágio (artigos 158-224 do Código Eleitoral). No processo eleitoral, a fase mais sensível é o escrutínio, porque nela se constata a buscada vontade da maioria. A primazia da vontade da maioria é o único método exequível para convivência entre seres livres aos quais a escolha não se pode tolher, mas apenas pacificar aritmeticamente. O artigo 174 do Código Eleitoral deixa evidente a necessidade imprescindível de *exame público e individual voto a voto* durante o escrutínio. O artigo 192 do Código Eleitoral também evidencia a necessidade imprescindível do *exame público individual cédula por cédula.*

A fiscalização de *todas as fases* do processo de votação é uma determinação legal e a urna, seja qual for sua matéria, deve garantir a mais ampla fiscalização conforme os artigos 61 e 66 da lei 9504/97. Qualquer restrição à fiscalização do escrutínio é fundamento de impugnação e anulação (artigos 165, VII, § 4º e 221, II do Código Eleitoral). Os artigos 315, 348 e 350 do CE tipificam como crime a alteração da correspondência entre o voto e seu destinatário seja pela alteração do voto, mapa ou boletim de urna e essa determinação ressalta a relevância da ampla fiscalização voto a voto. A urna virtual nem mesmo permite a investigação de tais hipóteses, visto que a eventual adulteração não permanece no ambiente virtual e volátil. Eventual comando malicioso obviamente será habilitado a apagar seus rastros seguro pela inexistência de rastreabilidade no mundo exterior.

Destaca-se ainda que o artigo 7º da lei 1079/50 tipifica como *crime de responsabilidade contra o livre exercício dos direitos políticos (3) violar o escrutínio de seção eleitoral pela subtração, desvio ou inutilização do respectivo material.* A norma impõe *preservar o fato presente do escrutínio e não meros resultados consequentes.* O serviço eleitoral deve garantir ampla fiscalização, conforme determinam os artigos 61 e 66 da lei 9504/97, ao invés de dificultá-la.

São irrelevantes e burlescas as ditas *auditorias*, porque anteriores ou posteriores ao fato do escrutínio. A incidência da norma se dá sobre o fenômeno jurídico, não sobre seus prognósticos ou consequências. Determina-se a reparação das consequências, mas em razão da ilicitude da conduta. Supor o que a urna virtual realizará ou realizou, tendo para isso apenas os resultados do escrutínio que se extinguiu no passado, é obviamente inútil. Ademais, a inteligência artificial, que tem registro de hora e data, pode facilmente condicionar suas respostas à conveniência de um momento que não retrata uma eleição oficial efetiva. Como no *jogo da imitação* ou no teste de Turing, a máquina pode dialogar com seu juiz convenientemente.

Os que veneram a urna virtual acusam retrocesso no retorno à prova física do voto esbravejando o *princípio do não retrocesso*. Típica falácia de *falsa analogia*! O valor importante na aplicação do referido princípio está na escala de aquisição de direito de cidadania. A evolução ou retrocesso tecnológico nos instrumentos do serviço público são completamente irrelevantes nessa ótica. Entretanto, fazem deliberadamente proposição consistente em que "*se a urna virtual é moderna em face do papel, este seria retrocesso à luz do referido princípio*". Verdadeiro retrocesso se deu sobre o direito de cidadania quando da adoção da urna virtual, porque voltamos aos tempos da Velha República, em que o voto era declarado à autoridade competente e o cidadão, alijado do escrutínio. À época consagrou-se expressão *fraude no bico da pena*, em referência à caneta que adulterava o voto ajustado aos interesses da *política do café com leite*. Na década de 30, surge a prova física do voto, garantindo o exercício secreto, mas também o escrutínio público. Na década de 90, retrocedemos ao escrutínio secreto, perdendo em cidadania, democracia e espírito republicano. Hoje esse retrocesso representa quase um século. A falácia que invoca o *princípio do não retrocesso* maliciosamente impede de fato a recuperação do direito lesado pelo escrutínio secreto embutido no *Cavalo de Troia* tupiniquim.

A autorização legal (art. 173, § único do CE) para uso do sistema eletrônico na apuração não permite a violação dos prin-

cípios jurídicos que se impõem sobre o serviço eleitoral e o ato administrativo do escrutínio. A ferramenta incapaz de garantir o exercício secreto do voto e respectivo escrutínio público não é tecnologicamente eficaz a despeito de quanto seja moderna. A urna puramente virtual é um mito como o *Cavalo de Troia.*

Equivocadamente, a Seita do Santo Byte insiste que deve ser reverenciada a tecnologia em vista de que, tal qual a milagrosa máquina o sistema financeiro mundial, opera em moldes digitais, agasalhando com segurança valores e direitos de grande escala. Porém, o sistema financeiro opera em absoluta e irrestrita privacidade, e se beneficia dessa condição, além de ter garantida a rastreabilidade externa de seus dados, o que não ocorre no sistema eleitoral. O processo eleitoral deve atender ao imperioso princípio da publicidade nas etapas que sucedem ao exercício sigiloso do voto. O sigilo do exercício do voto não se aplica ao escrutínio. No sistema financeiro, o sigilo garante a segurança; no processo eleitoral, está somente é garantida pela publicidade do escrutínio.

Vincular a cédula de papel às fraudes como fosse *causa* daquelas é sofisma de *falsa causa.* A urna puramente virtual não impede a fraude, mas impede a fiscalização. A cédula física permite a fiscalização. A *causa eficiente* da fraude é o ser humano. Entretanto, os prosélitos da seita, assim como atribuem humanidade à urna nas auditorias em que colocam a máquina no lugar do fiscalizado, também tratam a cédula fantasiando o instrumento como se sujeito fosse. A cédula física, prevista como salvaguarda no artigo 59 da lei 9504/97, a despeito de sua antiguidade, sempre deteve tecnologia bastante para cumprir as exigências jurídicas impostas ao serviço eleitoral (exercício secreto do voto e escrutínio público).

Em 2009, o Ministro Ayres Britto, registrou no Comunicado 010/2009/TSE que as urnas desde aquele ano eram capazes de gerar o voto impresso, bastando a anexação de módulo impressor, sendo absolutamente desnecessário o desenvolvimento de nova urna. À época havia sido provocado o ministro em razão da norma então vigente, que determinava o meio necessário ao

escrutínio público. Sob tal perspectiva, o Ministro Fux, na presidência do TSE (2018), licitou a compra dos módulos impressores até que houve a interposição da bisonha ADI 5889, obstando aquelas providências. A gestão precedente do Ministro Gilmar Mendes não tinha justificativa razoável para circular em torno da malfadada busca de um novo protótipo de urna. A questão estava resolvida por Ayres Britto desde 2009, tanto que foi adotada pelo Ministro Fux na sequência. No acórdão da liminar da ADI 5889, o Ministro Fux, na folha 127, declara que fez a referida licitação e escolheu vencedor, mas que, ante aquele julgamento, revogaria o certame. Curiosamente, nesse mesmo julgamento o Ministro Alexandre de Moraes, justificando o desprezo ao escrutínio público do voto e ignorando o depósito do voto impresso sem contato manual previsto expressamente no artigo impugnado, indaga: *"Quem levará o voto impresso até o eleitor para ele conferir e colocar na urna?"*. Com essa declaração, o ministro sugere não conhecer o artigo de lei que estava repelindo.

A força política da prova física do voto é relevante. Os mandatários do povo, representando a maciça vontade soberana da nação brasileira, derrubaram o veto presidencial e mantiveram o voto impresso na reforma eleitoral, com os votos de 71% dos membros do Poder Legislativo. O quórum de emenda constitucional é de 3/5 do Parlamento, sendo 49 votos do Senado e 308 da Câmara, que somam 357 votos. O voto impresso foi mantido pela força expressiva de 424 votos.

Ainda tratando de auditorias, a resolução 23.550/2017 do TSE (artigos 47-56) criou a dita *auditoria em condições normais de uso*, despicienda, no entanto, eis que ao submeter uma inteligência artificial à auditoria é imprescindível que não lhe seja permitido condicionar respostas. O Princípio da Independência do Software em Sistemas Eleitorais, cunhado em 2006 pelo Ph.D. do MIT Ronald Rivest e pelo pesquisador do NIST Jonh Wack para enfrentar a dificuldade de se validar e certificar o software usado em máquinas de votar (denominado *Software Independence Revisited*), consiste basicamente em que o objeto auditado não pode condicionar a auditoria!

A denominada *auditoria em condições normais de uso* deveria ser realizada concreta, objetiva e plenamente em condições normais de uso, de tal maneira que a inteligência artificial da urna virtual não detivesse meios de detectar que está sob fiscalização. Não há outra significação possível para o adjetivo *normal* constante na resolução 23.550/2017 do TSE senão a de que se pretendeu fiscalizar objetivamente o comportamento da inteligência artificial da urna em uma idêntica operação normal de uso durante o processo de votação. Qualquer dado diverso (data ou horário não previstos oficialmente para eleição; inserção de dados por via diversa da operação ordinária pelo eleitor em dia de eleição; simulação com dados fictícios; etc.) é capaz de inutilizar a pretendida auditoria, porque alerta a inteligência artificial de que está sob exame, permitindo que a reação da urna virtual seja ajustada (como no Teste de Turing). Todos os expedientes adotados para auditoria do software, sem exceção, são dependentes do objeto auditado, permitindo que o mesmo condicione suas respostas. A dita *auditoria em condições normais de uso* não é auditoria e não ocorre em condições normais de uso.

Outra falácia de falsa analogia é a *"zerésima"*. A cereja do bolo das *auditorias*, realizadas pelo próprio auditado, consiste em demonstrar que a *"a urna está vazia de votos"*. Procede-se a cerimônia litúrgica, indagando à urna virtual sobre seu conteúdo; ela então responde não conter nenhum voto. Os prosélitos louvam o ídolo, atestando o ritual. Ocorre que a urna virtual difere da urna física visto que suas causas eficiente e material são muito distintas. O *ato de ser* voto na urna física tem motor e causa material convenientes à referida demonstração, porque tal instrumento é incapaz de prover o próprio conteúdo. A urna virtual, com causa eficiente e material distintas, submetida à burlesca cerimônia, nada faz além de entreter os presentes. O *motor* do voto na urna puramente virtual pode lhe prover conteúdo em razão de sua automação.

É certo que nada é *causa* de si mesmo (à exceção do primeiro e único *Motor Imóvel*) porque teria que existir antes mesmo de ser. Dessa constatação, emerge que a urna física é incapaz de dar

causa ao voto, e valida a demonstração de seu vazio. Entretanto, a urna virtual, enquanto inteligência autônoma, é capaz de ser causa eficiente do voto que contém. Cabe aqui esclarecer a análise devida do que seja a urna virtual. *A urna não é o software, mas o depósito dos dados gerados por ele!* Urna é ontologicamente depósito. O software tem a urna, mas obviamente é mais que isso. A urna física apenas recebe passivamente em depósito os votos e cumpre sua função de estocar conteúdo. Na inteligência artificial, temos muito mais que o singelo depósito. Os construtos do software processam a matéria-prima, que deveria ser a vontade manifesta pelo eleitor, e criam o conteúdo que será armazenado. O armazenamento é propriamente a urna virtual representado pelo *RDV* (registro digital do voto). Essa compreensão faz evidente o fato de que a manifestação de vontade entregue ao software não resulta *diretamente* no ato metafísico do voto, o que viola a *cláusula pétrea do voto direto.* Ao criar o dado digital supostamente correspondente à matéria-prima recebida, a inteligência artificial faz mais, porque procede ao escrutínio já destinando imediatamente o voto a algum beneficiário, acumulando, somando e totalizando os votos que criou autonomamente. Todo esse proceder é completamente estranho aos domínios do eleitor votante e escapa às autoridades eleitorais em sua maioria. Em velocidade superior a mil kbps, a cada confirmação de voto é realizado um escrutínio secreto, fugaz e eventual. O escrutínio se extingue e jamais será conhecido (nem mesmo o voto escrutinado). Por consequência, é impossível a recontagem de votos no molde da urna puramente virtual. Óbvio que o escrutínio em si é inauditável, bem como o teor dos votos que orientaram o efetivo escrutínio.

Aqueles que já compreenderam a gravidade de uma eleição em que somos meros figurantes entendem a distância que estamos de um modelo verdadeiramente democrático e republicano. Democracia e República denotam senhorio do povo, mas de fato estamos debaixo do senhorio do serviço eleitoral tutelado pelos ministros da corte constitucional. A soberania nacional está em risco se não é o povo que decide o destino da nação. A

ordem política e o regime democrático representativo não subsistem sem soberania popular exercida pelo sufrágio universal, direto e orientado pelo escrutínio *público*. A cláusula do exercício secreto do voto não repele a também pétrea cláusula do voto direto, nem mesmo o escrutínio público imposto pelo princípio da publicidade. Ao invés de orgulhar-se da roupa nova prodigiosa, o povo brasileiro deveria envergonhar-se da nudez de sua cidadania, imposta pelo arbítrio do serviço eleitoral. Orgulhosas devem ser as nações que podem contar e recontar seus votos em escrutínio público. Não por acaso que, apesar de dominarem a tecnologia de ponta, fazem prova física do voto.

CAPÍTULO 5

A ATIVIDADE DE INTELIGÊNCIA E A "ARAPONGAGEM"

Fábio Costa Pereira[110]

I - SOBRE QUANDO AS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS, DENTRO DAS FRONTEIRAS NACIONAIS, EXPANDIRAM A SUA ATUAÇÃO

No início dos anos 90, a Rede Globo de televisão, em cadeia nacional, exibiu a novela *Araponga*. Ao longo do folhetim, Arsênio Catanduva, interpretado por Tarcísio Meira, um atrapalhado detetive que havia integrado os quadros do Serviço Nacional de Informações (SNI), sempre exagerando os casos em que atuava, buscava convencer os seus superiores acerca da necessidade de recriação do extinto serviço.

É importante recordar que, quando veiculada a telenovela, o Brasil começava a trilhar os caminhos da democracia plena, logo após a promulgação da Constituição de 1988 e o fim dos governos militares.

110 Presidente da ABEIC, Especialista e Inteligência Estratégica pela Escola Superior de Guerra e em Defesa Nacional pelo Instituto de Defesa Nacional de Portugal. Pai do Henrique e da Luísa.

Na altura, o SNI, por sua estreita vinculação com o regime anterior à democratização, passou por verdadeiro processo de demonização, e a atividade de informações a ser identificada como instrumento de cerceamento das liberdades civis, cuja existência era incompatível com o Estado Democrático de Direito que estávamos começando a construir (ledo engano).

A telenovela global apenas reforçou o estereótipo que se estabeleceu em relação à *intelligence* no Brasil, etiquetando-se os seus operadores com a nada graciosa alcunha de **arapongas**, infeliz e incorretamente ainda presente no imaginário popular nos dias de hoje.

Tão forte era a sensação de que a atividade de informações não poderia subsistir em tempos democráticos que, naquela altura, Fernando Collor de Mello, primeiro Presidente da República eleito pelo voto direto em quase três décadas, ao tomar posse no ano de 1990, como seu primeiro ato oficial, extinguiu o Serviço Nacional de Informações (SNI), que possuía estatuto de ministério, e criou, em seu lugar, outro órgão de menor envergadura e pouca eficácia dentro da burocracia estatal, a Secretaria de Assuntos Estratégicos (SAE).

No ano de 1992, através da Lei nº 8.490, também de autoria de Fernando Collor de Mello, o serviço de informações brasileiro perdeu ainda mais a sua relevância no contexto estatal, sendo empurrado para o terceiro ou quarto escalão da estrutura do governo, através da substituição da anterior secretaria, que pouco funcionava, pela Subsecretaria de Inteligência (SSI), ainda menos eficiente.

Em termos concretos, desde a extinção do SNI até a criação do Sistema Brasileiro de Inteligência em 1999, o Brasil, por longos nove anos, período temporal no qual a globalização se sedimentou e as organizações criminosas, dentro das fronteiras nacionais, expandiram a sua atuação e força, ficou alijado de um efetivo sistema de informações que desse conta de fornecer aos gestores da coisa pública os alertas e advertências necessários à neutralização dos perigos e ameaças que se acercavam do país.

Somente uma década após a extinção do SNI, através da Lei nº 9.883, de 7 de dezembro de 1999, de iniciativa do Presidente Fernando Henrique Cardoso, foi criado um sistema de informações para substituir, de forma efetiva, o vácuo deixado pelo SNI em termos de produção de conhecimentos úteis à proteção do Estado e da sociedade, o Sistema Brasileiro de Inteligência, mais conhecido como SISBIN.

Buscou o legislador, com a lei que deu vida ao SISBIN, a criação de um sistema de informações efetivo e desvinculado de seu passado representado pelo SNI, inclusive em termos semânticos, tanto que o termo informações, de emprego tradicional, foi substituído por inteligência, literal tradução do termo em inglês *intelligence*.

Na lei de criação do SISBIN, além de disciplinado que a atividade de Inteligência, para subsistir na emergente democracia, deveria observar, como fundamento e justificação, no cumprimento de sua missão, a preservação da soberania nacional, a defesa do Estado Democrático de Direito e a dignidade da pessoa humana, impôs, por igual, a todos os seus integrantes, o dever de preservar os direitos e as garantias individuais previstos nas leis, na Constituição Federal, em tratados e/ou convenções dos quais o país fosse signatário (Lei nº 9.883, parágrafo 1º, artigo 1º). Isso equivale a dizer que somente se pode falar em Inteligência, no Brasil, se esta for realizada dentro dos estritos termos da lei. Qualquer atuação dos agentes e dos serviços e Inteligência brasileiros que contrarie as diretrizes fundantes do sistema deve ser tratada como grave ilicitude, passível de punição cível, administrativa e criminal. A Inteligência que não observa os fundamentos que a ela dão base, portanto, pode ser considerada como qualquer coisa, menos Inteligência.

A preocupação do legislador foi de tal ordem com o funcionamento da *intelligence* no Brasil que, para evitar o seu desvio de finalidade, criou mecanismos internos e externos de controle e supervisão da atividade.

Pois bem, transcorridas duas décadas desde que o SISBIN foi criado para operar em um contexto de democracia plena, observando direitos e garantias individuais, com claras amarras ao seu desvirtuamento, ainda se observam os ecos e os preconceitos do passado a assombrar a *intelligence* e os seus operadores, como se o seu exercício fosse incompatível com o Estado Democrático de Direito, o que é uma inverdade. Não raras vezes, pode-se perceber, na fala de importantes atores da vida nacional, a reprodução das mesmas e incorretas concepções que se acercam da atividade de inteligência desde o fim do regime militar.

No dia 13 de agosto de 2020, o Supremo Tribunal Federal (STF), ao analisar o pedido de provimento cautelar postulado pelo Partido Rede de Sustentabilidade e pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB), no curso da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) que recebeu o número 6529, por eles proposta a fim de questionar a constitucionalidade do parágrafo único do artigo 4º da Lei 9.883/1999[111] concedeu, parcialmente, o requerimento para limitar o exercício da atividade de Inteligência no Brasil, justamente pelo temor do desvirtuamento da atividade, regulando coisas que a lei já regula.

No curso de seu voto, a relatora, a Ministra Carmem Lucia, ao justificar a sua decisão, ao reafirmar que a atividade de inteligência é essencial ao país, disse que o compartilhamento dados e informações fora dos limites legais é crime. Segundo a relatora: *"Arapongagem' não é direito, é crime, e, praticado pelo Estado, é ilícito gravíssimo"*[112].

A ação proposta e a decisão que se seguiu no provimento cautelar, ainda que não intencionalmente, deixaram transpare-

111 Art. 4º À ABIN, além do que lhe prescreve o artigo anterior, compete:I - planejar e executar ações, inclusive sigilosas, relativas à obtenção e análise de dados para a produção de conhecimentos destinados a assessorar o Presidente da República;II - planejar e executar a proteção de conhecimentos sensíveis, relativos aos interesses e à segurança do Estado e da sociedade; III - avaliar as ameaças, internas e externas, à ordem constitucional;IV - promover o desenvolvimento de recursos humanos e da doutrina de inteligência, e realizar estudos e pesquisas para o exercício e aprimoramento da atividade de inteligência. *Parágrafo único. Os órgãos componentes do Sistema Brasileiro de Inteligência fornecerão à ABIN, nos termos e condições a serem aprovados mediante ato presidencial, para fins de integração, dados e conhecimentos específicos relacionados com a defesa das instituições e dos interesses nacionais* – grifos nossos.

112 http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=449549&ori=1 Acesso em: 06 set 2020.

cer inúmeros equívocos que, ainda hoje, pululam o imaginário coletivo, alguns dos quais aqui referidos, quando se fala em serviços de informações, em especial de que ela é uma atividade que se presta a tolher direitos e garantias individuais.

II – O 11 DE SETEMBRO E O COMPARTILHAMENTO DE INFORMAÇÕES

Naquela manhã de terça-feira, no final do verão no hemisfério norte, centenas de milhões de pessoas, para não dizer bilhões, despertaram como se aquele dia fosse mais um dia normal de trabalho e de estudo, lançando-se às ruas para realizarem as suas atividades comezinhas.

No entanto, não se tratava aquele dia de um dia normal; era a sua sina, par e passo com o "Dia da Infâmia"[113], entrar para história da humanidade, de forma negativa e pejorativa, como o **dia que mudou o nosso mundo interconectado**[114].

Claro que todos já perceberam que eu estou falando do 11 de setembro de 2001, triste dia em que terroristas de vertente religiosa, diante de uma caótica tradução dos desejos divinos, imolaram as suas vidas, bem como a de milhares de inocentes, em nome daquilo que absurdamente consideravam como a expressão de sua fé.

A destruição das Torres Gêmeas do *World Trade Center*, em decorrência da ação dos terroristas, diante de enorme audiência televisiva e o testemunho de milhões e milhões de espectadores ao redor do globo, conferiu-nos a certeza de que uma nova era de medo e insegurança estava a começar.

---

113 No dia 07 de setembro de 1941, o Japão, valendo-se do elemento surpresa, enquanto ainda entabulava uma saída pacífica para evitar possível confronto bélico entre ele e os Estados Unidos, atacou a base naval de Pearl Harbor, no Havaí, provocando a morte de mais de 3500 pessoas e a perda de inúmeros navios de combate norte-americanos. No dia seguinte, perante o Congresso Nacional, o Presidente dos EUA, Franklin Delano Roosevelt chamou o dia do ataque como o **Dia da Infâmia**.

114 O maior clichê criado com o 11 de setembro é de que ele, para bem ou para o mal, mudou o nosso mundo. Segundo BRIAN FROST (Terrorism, Crime, and Public Policy. Primeira edição, p. 1. New York: 2009.), pesquisador da *American University*, clichê ou não, os ataques terroristas demonstraram a vulnerabilidade das sociedades abertas e democráticas, produzindo enormes mudanças no que ele chamou ser o nosso *mundo interconectado*.

Se os Estados Unidos, a nação mais poderosa do planeta, com todos os recursos humanos, econômicos e materiais que possuía para garantir a segurança e a defesa de seus cidadãos, foi o alvo de um atentado daquela envergadura, o que poderiam esperar os demais países mundo afora?

O medo provocado por aquele atentado e a franca possibilidade de sua replicação moldaram comportamentos, tanto das populações em geral quanto das autoridades estatais, fazendo com que as normas de segurança fossem recrudescidas, em especial as relativas aos transportes aeroviários. Viajar de um país para o outro se tornou difícil empreitada.

Após o atentado terrorista de 11 de setembro, nos Estados Unidos, ainda como sua consequência, inúmeras comissões oficiais foram instauradas para apurar o motivo de tão catastrófica falha nos mecanismos de segurança, defesa e inteligência que propiciaram que os terroristas que o cometeram, literal e abstratamente, voassem abaixo dos radares de detecção e neutralização estatal.

Como sempre ocorre em todo e qualquer "acidente", múltiplas foram as causas que deram vezo ao 11 de setembro, sendo uma delas, e a mais decisiva, diga-se, a falta do compartilhamento de informações sensíveis entre os órgãos de inteligência daquele país.

Partindo da premissa de que informação é poder e que não se pode confiar no "distintivo" ao lado, porquanto competidor no mesmo "mercado" de informações e influência, as agências de inteligência norte-americanas, naquela altura, muito embora tivessem todo o conhecimento necessário para evitar a tragédia, desde que agrupadas e devidamente alinhadas, optaram por manter o que possuíam consigo e não compartilhar com as demais agências coirmãs.

Como resultado, os pontos não foram conectados e o completo cenário de ameaças, que levaria ao desvelamento das intenções terroristas, com a necessária antecedência, deixou de ser construído.

Tal qual um *Black Swan* (Cisne Negro), de difícil previsão e com resultados devastadores, as explicações que se sucederam ao *September Eleven* mostraram os evidentes e inaceitáveis erros cometidos pela inteligência norte-americana.

O que o 11 de setembro trouxe, como lição a ser aprendida por todos os órgãos dedicados à atividade de inteligência e pelos tomadores de decisão, é que o não compartilhar informações, no mais das vezes, é muito mais perigoso e danoso para o país, para a democracia, para a sociedade e para a população, do que compartilhá-las. Um sistema cujas frações não dialogam entre si, trocando expertises, conhecimentos e informações em proveito do trabalho a realizar, no caso das inteligências para proteger e preservar a nação, as suas instituições e os direitos e garantias individuais, não é um sistema, é apenas um amontoado de agências e instituições sem quaisquer objetivos em comum. O compartilhar informações, no universo da *intelligence,* segue protocolos rígidos, dando-se apenas entre os integrantes do sistema, na exata medida da **necessidade de conhecer** do destinatário da informação a ser compartilhada e na justa extensão do que aquele necessita saber para cumprir a sua missão, nem uma informação a menos ou a mais.

E mais, o compartilhamento de informações entre órgãos e agentes de inteligência, interna e externamente à dada instituição, não é "gandaia" e, muito menos confunde-se com mera curiosidade sobre a vida alheia para fins espúrios.

A restrição do compartilhamento de informações, determinadas de fora para dentro, por quem não conhece e não sabe as nuances do funcionamento das *intelligences,* mais além do que as hipóteses já alinhavadas legalmente, importa na imposição de indevidas amarras à eficiência do sistema.

Por esse motivo, toda a vez que escuto que se deve restringir, ainda mais, as já restritas hipóteses de compartilhamento de informações de inteligência, cuja essência é a **necessidade de conhecer,** invade-me a certeza de que estamos adotando a fórmula

de fracasso para toda a inteligência nacional, em prejuízo do que e de quem ela visa proteger.

III - A INTELIGÊNCIA BRASILEIRA NÃO FAZ DOSSIÊS...

O Brasil realmente é um país muito interessante e nada monótono; não que isso seja propriamente uma virtude, é apenas uma constatação. Não importando o assunto ou a área do conhecimento, sempre aparece um "especialista" de plantão, com uma firme opinião a dar, ainda que daquele assunto não entenda absolutamente nada. Afinal de contas, o mais importante, nestes tempos em que o politicamente correto impera, é a "lacrada" que à discussão se seguirá, com ou sem fundamento.

O futebol, esporte bretão que, nestas terras, sentou praça e se tornou a paixão nacional, é o exemplo mais perceptível da verve brasileira em emitir acaloradas e categóricas assertivas. Cada brasileiro, ao debater as temáticas que envolvem o esporte é, ao mesmo tempo, um sagaz comentarista, um brilhante técnico e um árbitro competentíssimo.

No entanto, não se enganem. Não é apenas no futebol que a mania brasileira em dar "pitacos" se revela. Basta que um tormentoso assunto entre em pauta para que toda a gente (expressão lusa de que gosto muito) faça a sua apurada, na verdade nem tanto, análise.

Em 2020, um dos assuntos centrais da mídia e do próprio Supremo Tribunal Federal foi a atividade de inteligência nacional: o que ela pode ou não pode fazer e quais os limites que ela deve observar. Ao verificar que a maioria dos atuais "analistas" de *intelligence* tem pouca noção do que está falando, é importante tentar esclarecer inúmeras *misconceptions* que se têm visto sendo vertidas por aí. Daí a necessidade de tratar um pouco sobre o produto da atividade de inteligência, chamado, por muitos, de forma absolutamente equivocada, de **dossiê**.

No dicionário, o termo **dossiê**, empregado em larga escala pela mídia para se referir, pejorativamente, ao que a inteli-

gência produz, é um substantivo masculino e significa: "*Coleção de documentos relativos a um processo, a um indivíduo ou a qualquer assunto*"[115]. Trata-se, portanto, da mera compilação de documentos referentes a algo, alguma coisa ou a alguém. Essa forma de se perorar o produto da atividade de inteligência, traz, consigo, imensa carga negativa, causando confusão no destinatário da notícia, fazendo-o crer que o dossiê de inteligência é o resultado da indevida intromissão desta na vida privada de alguém, via atentado de direitos e de garantias individuais. No entanto, nada mais equivocado. A inteligência, enquanto atividade, é preciso que fique muito claro, não produz dossiês. Busca ela estabelecer o encadeamento lógico dos fatos que está analisando, desenvolvendo, com precisão, validade e credibilidade, hipóteses, estimativas e predições para auxiliar aquele que deve escolher o caminho a seguir no sempre difícil e tormentoso momento da tomada de decisão[116].

O produto da atividade de inteligência chama-se de *conhecimento* que é muito mais importante e complexo do que a simples compilação de documentos em forma de dossiê. O conhecimento, como ensinam Davenport e Prusak, é uma mescla de experiências, valores, informação e *know-how* que serve como marco da incorporação de novas experiências e informações, sendo útil para a tomada de decisão[117]. Ao amealhar os dados e as informações necessárias para a formatação do conhecimento, a inteligência observa, por força legal, os limites a ela impostos, sendo objeto de supervisão interna, por meio de seus órgãos correcionais, e externa, por meio do Poder Legislativo. Ainda, a inteligência está sujeita ao seu escrutínio, de modo indireto, pelo Ministério Público, pelo Poder Judiciário e pela própria sociedade civil organizada. Em tempos de "bigbrotherização" social, a inteligência, com certeza, é a "casa mais vigiada" do país.

Sempre que o agente de inteligência desborda de sua missão e age contrariamente às regras que norteiam o Estado De-

115 https://www.dicio.com.br/dossie/. Recuperado em 30 de agosto de 2020.

116 Clark, R. Intelligence Analysis. Third edition: 2010, p. 8 e 9.

117 Davenport, T. H. & Prusak, L. (1999). *Conhecimento Empresarial*. São Paulo: Editora Publifolha.

mocrático de Direito, fica sujeito a severas punições nos campos cível, administrativo e penal, pelo que a preocupação do emprego da atividade de forma espúria é infundado.

No mais das vezes, o conhecimento de inteligência é produzido pela utilização de dados e informações que estão em fontes abertas, aqueles que estão disponíveis a todos e sem nenhum grau de sigilo ou restrições a impedir o seu acesso e compartilhamento, tais como as informações que cada um de nós posta em suas redes sociais. O grande trabalho do agente de inteligência, nesse caso, é apenas conectar os pontos e analisar todo o cenário descortinado pelas informações obtidas através das fontes aberta.

A grande confusão ocorre, e celeumas infundadas são protagonizadas por este motivo, sempre que se confunde a atividade de inteligência com a de investigação policial ou com a de polícia política.

A inteligência, como hoje formatada no país, não é nem uma e nem outra, pois não busca produzir provas e, muito menos, dar suporte a um Estado de exceção, tendo sido criada, como já disse em anterior oportunidade, para operar em ambientes democráticos. O mínimo que se espera daquele que comenta atividade tão importante e sensível para o Estado e para a sociedade é que entenda, mesmo no nível conceitual, do que está falando. Emitir opiniões descompromissadas com a precisão técnica e científica, em uma mesa de bar, não tem maiores consequências; é mero divertimento para passar o tempo. Em assuntos sérios, de outro lado, opiniões descompromissadas são de todo indesejáveis, uma vez que mais atrapalham do que esclarecem a verdadeira dinâmica dos acontecimentos.

IV - MONITORAR OU NÃO MONITORAR SERVIDORES?

No dia 20 de agosto de 2020, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar, no curso da Arguição Direta de Descumprimento Fundamental (ADPF) nº 722, proposta pela Rede de Sustentabilidade, decidiu, cautelarmente:

> *"...em face de ato do Ministério da Justiça e Segurança Pública de promover investigação sigilosa sobre um grupo de 579 servidores federais e estaduais de segurança identificados como integrantes do 'movimento antifascismo' e professores universitários.."*[118]. *[concede-se] "medida cautelar para suspender todo e qualquer ato do Ministério da Justiça e Segurança Pública de produção ou compartilhamento de informações sobre a vida pessoal, as escolhas pessoais e políticas, as práticas cívicas de cidadãos, servidores públicos federais, estaduais e municipais identificados como integrantes de movimento político antifascista, professores universitários e quaisquer outros que, atuando nos limites da legalidade, exerçam seus direitos de livremente expressar-se, reunir-se e associar-se, nos termos do voto da Relatora, vencido o Ministro Marco Aurélio, que indeferia a cautelar"*[119].

Segundo notícia veiculada no portal do STF[120], a decisão cautelar concedida tem como objetivo proibir a elaboração de "dossiês" sobre antifascistas pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública, pois tais dossiês constituiriam indevida invasão no universo das legítimas escolhas dos servidores públicos integrantes de todas as esferas de poder, tendo eles o direito a expressarem as suas opiniões pessoais, cívicas e políticas sem serem admoestados por tal.

Considerando-se que dita decisão, se for tornada definitiva, produzirá profundos e negativos efeitos na atividade de inteligência desenvolvida no país, em especial em sua vertente de contrainteligência, merece ela ser analisada. A atividade de inteligência, como a sua irmã siamesa ou a outra face da mesma moeda, depende, de forma umbilical, para adequadamente operar, da contrainteligência.

Nos termos do que diz a Agência Brasileira de Inteligência (ABIN), órgão central do Sistema Brasileiro de Inteligência (SIS-

118 http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5967354. Acesso em: 07 set 2020.

119 http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5967354. Acesso em: 06 set 2020. http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5967354. Acesso em: 06 fev 2021.

120 http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=450007&ori=1. Acesso em: 06 set 2020.

BIN)[121], a contrainteligência *"desenvolve ações voltadas para a prevenção, detecção, obstrução e a neutralização de ameaças aos interesses nacionais"*[122].

Enquanto a inteligência busca, por exercício de metodologia própria e pessoal devidamente treinado para isto, produzir conhecimentos úteis e oportunos que auxiliem na tomada de decisão, a contrainteligência, em apertada síntese, visa a proteger os conhecimentos produzidos, pessoas, equipamentos e instalações.

Nem uma e nem outra, no exercício de sua missão institucional, produz investigação criminal ou prova utilizável em procedimentos cíveis, penais ou administrativos. Se isto eventualmente vier ocorrer, a prova produzida e o que a ela se seguir serão maculados por absoluta nulidade. Além disso, aquele que a produziu haverá que ser punido.

O produto do trabalho da inteligência e da contrainteligência se destina, tão somente, ao conhecimento do usuário que, com base neste, adotará planos e medidas de natureza estratégica, tática e operacional. Motivo pelo qual, em não se tratando de procedimento administrativo ou processual capaz de gerar efeitos nas esferas já referidas, a preocupação com a adoção do devido processo legal é despicienda, tendo em vista que não há réu, não há investigado e não há processado a se tutelar ou a se proteger.

A inteligência e a contrainteligência, que são integradas por agentes eufemisticamente chamados de *soldados do silêncio*, isto pela necessidade de manterem profunda discrição ao operarem, devem ser proativas, sob pena, em assim não agindo, de falharem rotundamente. Sempre que a inteligência e a contrainteligência, principalmente a última, reagem, é porque o pior já

121 É o que diz o artigo 3º, *caput*, da Lei nº 9.883/99: "Fica criada a Agência Brasileira de Inteligência - ABIN, órgão da Presidência da República, que, na posição de órgão central do Sistema Brasileiro de Inteligência, terá a seu cargo planejar, executar, coordenar, supervisionar e controlar as atividades de inteligência do País, obedecidas à política e às diretrizes superiormente traçadas nos termos desta Lei".

122 http://www.abin.gov.br/atividadeinteligencia/inteligenciaecontrainteligencia/contrainteligencia/. Acesso em: 06 set 2020.

aconteceu e elas, em maior ou menor grau, falharam em sua missão.

Os incontáveis sucessos que a inteligência e a contrainteligência acumulam ou acumularam ao longo dos anos são suficientes para justificar um singular erro. O 11 de Setembro, a que já me referi, está aí para demonstrar. Antes e depois da ocorrência do atentado às Torres Gêmeas, a inteligência e a contrainteligência norte-americana tiveram centenas de sucessos na proteção de seu país, a maioria dos quais sequer chegaram ao conhecimento do grande público. No entanto, nenhum dos sucessos da atividade de *intelligence* norte-americana teve ou terá o condão de aplacar o acre sabor da derrota que experimentaram naquele tão triste dia que, por toda a eternidade, repercutirá.

Pois bem: os atentados e crimes praticados contra as instituições, os Estados e às Nações nem sempre a elas são exógenos; no mais das vezes são ideados, planejados e executados internamente ou, no mínimo, com participação de alguém que a elas estejam vinculados. Por esse motivo, instituições públicas e privadas, para se protegerem, até mesmo por força da lei, são obrigadas a criar intrincadas normas internas de *compliance*, buscando não serem vítimas e, muito menos, meios facilitadores de ilícitos. Ditas instituições, vale ressaltar, podem ser responsabilizadas, em juízo e administrativamente, pelos ilícitos cometidos por seus funcionários, pelo que devem prevenir tais ocorrências.

Nesse contexto, o acompanhamento e a supervisão de funcionários e colaboradores por parte das instituições aos quais estes estão vinculados é imperativa. Esse acompanhamento, ao revés do que se possa pensar, não é feito com a violação de direitos e garantias individuais. No ambiente interno, são impostas regras e mecanismos de supervisão para se evitar a prática de ilícitos por parte de colaboradores e, externamente, de forma comezinha, há o acompanhamento das mídias sociais, via observação das informações fornecidas por seus próprios usuários ao público em geral. Essas informações, diga-se, não são acobertadas por grau de sigilo legal ou constitucional a impedir o seu livre acesso.

Dessa forma, se houver um descompasso entre o que o colaborador diz, faz funcionalmente e recebe mensalmente como remuneração, com o que ele realmente realiza e ostenta fora da instituição, há algo de errado que deve ser analisado. O alerta gerado via descompasso percebido, caso fruto do trabalho da inteligência, não servirá de base para punir ou demitir o funcionário, e sim para subsidiar o tomador de decisões a optar pela adoção, ou não, de medidas tendentes a proteger a instituição. Caso os limites do lícito sejam rompidos pelo funcionário, haverá que se seguir o devido processo legal para que ele seja punido, não havendo qualquer motivo para se temer os "dossiês" de inteligência, os quais, como já dito, não produzem prova e não podem ser usados em juízo.

O grande problema, em verdade, não está em se supervisionar a atuação de agentes e servidores que são prepostos do Estado e prestadores de fundamental serviço à sociedade, e sim no sentido contrário, permitindo-se que desvios sejam efetivados sem nenhum prévio controle ou atuação estatal, em prejuízo da sociedade.

V – PARTE FINAL

Imaginem a seguinte situação: um empresário aluga um ponto comercial para abrir um supermercado.

Naquele mesmo local, dez anos antes, funcionava outro mercado, com objeto social similar – a venda de bens de consumo –, mas sob diferente direção e filosofia de desenvolvimento do negócio diametralmente oposta à do novo empreendimento que, tanto tempo depois, sucedeu-lhe.

Apesar de não se tratar do mesmo empreendimento, nem da mesma gerência negocial, após o início de suas operações, o novo supermercado passa receber, todos os dias, contas e mais contas deixadas por seu antecessor de ponto comercial.

E o pior: o novo supermercado, taxado de inadimplente sem o ser, é chamado a assumir responsabilidades que não são

suas e obrigado a pagar os débitos que não fez, inviabilizando, quase por completo, o prosseguimento de sua atividade.

Grosso modo, é o que atualmente está acontecendo com a atividade de inteligência no Brasil.

O Sistema Brasileiro de Inteligência (SISBIN) tem sido cobrado e responsabilizado por erros em tese cometidos pelo Serviço Nacional de Informações (SNI), extinto uma década antes de sua criação, com dois outros serviços criados neste meio tempo.

Ao SISBIN estão sendo endereçadas indevidas cobranças, de coisas que não fez e de que não participou, para se evitar que ele volte a fazer o que jamais fez. Nessa toada de pagamento de indevidas contas, a inteligência está próxima de ser impedida de compartilhar informações e produzir conhecimentos sobre assuntos sensíveis de interesse da nação.

A complicar o cenário ainda mais, há um projeto de lei no Congresso Nacional, o PL nº 4510/2020, que criminaliza como abuso de autoridade a produção de conhecimentos de inteligência "sobre a vida pessoal, escolhas políticas, práticas cívicas ou opções ideológicas" (art. 38, B), temas que, em muitas hipóteses, como visto nos artigos anteriores, são de fundamental importância para a proteção da própria sociedade.

Por esses motivos, não há razão para se ter qualquer otimismo acerca do futuro da inteligência no Brasil. Não há como construir uma atividade de Estado proativa e efetiva, para ajudar o país a enfrentar o que virá, se continuarmos a criar amarras a sua efetividade baseadas em um passado que nem lhe pertence.

Muito embora o futuro seja sempre uma incógnita, em razão do que construímos no presente, podemos projetar os cenários de possível ocorrência. No caso da Inteligência, o cenário mais provável é de que, tornando-se definitivas as amarras a que me referi, ela deixará de existir de fato e passará a figurar, tão somente, como um algo abstrato previsto em lei.

Se o futuro a Deus pertence, os caminhos que até lá nos conduzirão são escolhas nossas, não havendo como se aportar em

venturoso destino se a rota inicial traçada tiver como ponto de chegada o fracasso. A roda da fortuna (no sentido da sorte) está girando, em breve saberemos para onde ela conduzirá os desígnios da inteligência brasileira.

E que Deus tenha piedade de nós.

CAPÍTULO 6

Súmula de algemas: a inversão da lógica

Cleber de Oliveira Tavares Neto[123]

I - PRÓLOGO – O SIMBOLISMO DAS ALGEMAS

Uma pessoa algemada é, sem dúvida, uma pessoa presa. As algemas, assim como aquele típico uniforme listrado de filme americano, representam a prisão de alguém. Presos muitas vezes cobrem as algemas ou pedem roupas diferentes das de presidiário para usar em juízo.

Para o indivíduo algemado, as algemas simbolizam a restrição óbvia da sua liberdade, mas também afetam a sua autoimagem e a imagem que ele espera que os outros tenham dele. Para os demais, que estão vendo o preso algemado, o simbolismo óbvio é que algemas significam *prisão por algum motivo*. A questão é quais os motivos simbolizados pelas algemas que vêm à cabeça das pessoas que o veem pela televisão no momento da sua captura ou, pessoalmente, no júri, para julgá-lo como jurados.

123 Formado pela Universidade Federal Fluminense; ex-Delegado de Polícia; Procurador da República; Associado ao MP Pró-Sociedade e coautor da obra *Inquérito do Fim do Mundo, o apagar das luzes do Direito Brasileiro*, publicado pela Editora E.D.A.

Devemos analisar, portanto, qual o *preconceito* que hoje se tem com relação às algemas e ver se esse preconceito corresponde à realidade dos fatos ou se, pelo contrário, é um preconceito artificialmente criado e que, portanto, pode ser revertido. Ou seja, verificar qual a causa desse preconceito e se a medida tomada pelo Supremo Tribunal Federal (a edição de uma súmula vinculante proibindo como regra o uso de algemas) é eficaz em desfazer esse preconceito (ou preconceitos).

A norma criada pelo tribunal supremo é a seguinte:

> *Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.*

Voltaremos ao conteúdo depois. Por ora, cabe questionar primeiramente o que é uma súmula, o que significa ela ser vinculante e, ainda: por que elas não são verdadeiramente "súmulas".

II - AS SÚMULAS

Súmula significa resumo. É o resumo editado do entendimento de um tribunal sobre um ponto jurídico controvertido. Funciona assim: as normas em abstrato, ou seja, a forma como elas vêm escritas na lei, na Constituição ou qualquer outro ato normativo, algumas vezes causam problemas de interpretação quando aplicadas a casos em concreto.

Isso porque não é possível ao legislador (nem recomendável) prever tudo o que pode acontecer (que demande uma solução jurídica) ou descer às minúcias de cada caso concreto (perderia desde logo a característica e exigência natural de as leis serem abstratas e genéricas).

É o juiz, portanto, que faz a "lei do caso concreto". Através de métodos de interpretação e aplicação[124], o magistrado define qual o dispositivo legal que é aplicável e qual a interpretação que deve ser dada a esse dispositivo relativamente ao fato que será julgado.

É essa interpretação, ou seja, a norma descoberta ou inventada pelo juiz, que pode ser mais ou menos difícil de se extrair de acordo com o nível de abstração do dispositivo legal. É fácil de interpretar para praticamente qualquer caso concreto uma regra constitucional que diz expressamente que "não há crime sem lei anterior que o defina nem pena sem prévia cominação legal". Caso o Estado queira punir alguém por uma conduta sua com base numa lei posterior, não pode. Ou punir por uma conduta prevista unicamente num decreto, sem previsão legal, também não pode, ou com uma pena estabelecida em qualquer ato que não seja lei, também não[125].

Porém, quanto mais genérico um dispositivo legal, quanto menos próximo de uma situação concreta, de uma situação ainda que plenamente hipotética, mais difícil será extrair a interpretação aplicável às situações cotidianas. E a Constituição, principal fonte das interpretações feitas pelo STF, é cheia de dispositivos assim.

Por exemplo, uma das garantias fundamentais é que "ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante" (artigo 5º, III, da Constituição). O que é um tratamento desumano ou degradante? Ser algemado ao ser preso é degradante?

124 Alguns consagrados pelo tempo e outros revolucionários, que permitem qualquer resultado, como o método tópico, que inverte os métodos clássicos. Estes, partindo das normas, tentavam descobrir a norma do caso concreto. Já a tópica faz o caminho inverso, partindo do problema em busca de uma solução construída. "Com a tópica, a norma e o sistema perdem o primado, tornam-se meros pontos de vista ou simples *topoi*, cedendo lugar à hegemonia do problema, eixo fundamental da operação interpretativa." (...) "A invasão da Constituição formal pelos *topoi* e a conversão dos princípios constitucionais e das próprias bases da Constituição em pontos de vista à livre disposição do intérprete, de certo modo enfraquece o caráter normativo dos sobreditos princípios, ou seja, a sua juridicidade. A Constituição, que já é parcialmente política, se torna por natureza politizada ao máximo com a metodologia dos problemas concretos, decorrentes da aplicação da hermenêutica tópica." *In Curso de Direito Constitucional*. Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2003 (p. 510 e 511)

125 Isso tudo é decorrência lógica do princípio da segurança jurídica, que é a própria razão de ser do Direito: dar estabilidade e previsibilidade para as relações humanas. Deixamos de viver em um Estado de Direito a partir do momento em que a corte máxima abre mão da segurança jurídica e começa a julgar de acordo com a própria vontade.

E o princípio da presunção de inocência, qual a relação dele com o uso de algemas? Nada disso está claro no texto constitucional. Então os juízes interpretam esses dispositivos para resolver casos concretos aparentemente conexos com o princípio escolhido. Daí surge a jurisprudência.

III - A JURISPRUDÊNCIA

Jurisprudência é "o costume que adotam os tribunais de julgar de certo modo as questões de direito que lhe são sujeitas". É equivocado, portanto, dizer que há jurisprudência para todos os gostos. Há, sim decisões para todos os lados, que porém não formam jurisprudência. A jurisprudência, "em sentido rigoroso, são decisões mais ou menos uniformes"[126]. Não fosse assim, onde estaria a prudência?

Editar uma súmula da jurisprudência seria, portanto, meramente o tribunal identificar em que sentido certos tipos de lide (conflito judicial) vêm sendo resolvidos, ou qual a correta interpretação de um dispositivo legal estabelecida após várias decisões esparsas, colocando de modo objetivo e resumido "no papel". Esses enunciados têm por finalidade dar aos operadores do direito (e ao povo) certa segurança jurídica, um indicativo de como seu processo seria eventualmente julgado por aquele tribunal. Não haveria, entretanto, qualquer efeito vinculativo para a Administração Pública[127].

Então veio a emenda constitucional 45/2004 e criou a súmula vinculante. Vendida como uma ideia maravilhosa, que iria trazer mais segurança jurídica, com mais previsibilidade das decisões e celeridade na solução de casos que já tivessem sido definidos pelo STF. Qualquer decisão judicial ou mesmo atos da Administração Pública poderiam ser atacados diretamente no Supremo por uma ação ainda mais célere do que o *habeas corpus*

126 MILHOMENS, Jônatas e ALVES, Geraldo Magela. *Vocabulário prático de direito: doutrina, legislação, jurisprudência, formulário.* Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2000.

127 Para o Judiciário, entretanto, as súmulas de tribunais superiores já começavam a ganhar força, como no caso da súmula impeditiva de recursos criada pela lei 11.276 de 2006.

(que tem que passar por todos os graus de juízo até chegar ao STF): a Reclamação.

O que impediria, porém, o STF, de editar leis travestidas de súmulas? A princípio, pelo texto constitucional, a súmula vinculante só pode ter "por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de *normas determinadas*, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica" (art. 103, §1º da Constituição). Seria para resolver controvérsias acerca de *normas determinadas* e, portanto, *existentes*. Mas o que se vê é a criação de normas pelo Supremo do nada, *ex nihilo*, em substituição ao Poder Legislativo.

IV - SÚMULA VINCULANTE: NOVA FONTE PRIMÁRIA DO DIREITO

É característico das leis serem gerais e abstratas. O que impediria o STF de pegar um caso que chegasse às suas mãos e dali deduzisse uma nova norma para o caso, até então inexistente? Nada. Nada impediu. Através das técnicas de interpretação e aplicação da Constituição trazida para o Brasil e desenvolvida pelos novos constitucionalistas, como o atual ministro do STF Luís Roberto Barroso, possibilitou-se a criação de qualquer norma pelos juízes, em qualquer sentido, mediante uso dos princípios constitucionais.

Princípios são normas de texto tão fluido, tão dúctil, que é possível extrair as mais diversas soluções para o caso concreto uma vez que se recorra a elas. Os autores falam de "moldura" constitucional, um espaço dentro do qual o intérprete poderia extrair diferentes interpretações, porém todas elas aceitáveis dentro dos parâmetros dos valores constitucionais.

O problema é que na prática não é assim que funciona. Interpretações diametralmente opostas (quando obviamente uma delas está errada, senão as duas) são "deduzidas" pelos experts, e está cada vez mais difícil de saber qual será a interpretação

acolhida pelos tribunais superiores, considerando que a cada dia "descobrem-se" princípios implícitos e criam-se métodos de interpretação, aumentando-se a insegurança jurídica.

Com tudo isso, há súmulas vinculantes que simplesmente inovam no ordenamento jurídico. São textos que, se lhe desconhecêssemos a origem, poderiam muito bem vir em dispositivo de lei, já que descrevem hipóteses e respectivas sanções (ou ao menos as deixam implícitas, como no caso de nulidade do ato que violar a súmula). Portanto, não seriam súmulas da jurisprudência, mas atos normativos primários, com a mesma natureza de uma lei, regulamentando diretamente um fato da vida sem intermediação legal ou, como se diz em "juridiquês", um ato normativo primário cuja suposta fonte seria a própria Constituição.

Quando as súmulas eram meras orientações, não fazia sentido os ministros do STF criarem uma súmula do nada (*ex nihilo*), tratando diretamente, independentemente de lei, de situações concretas. Ninguém seria obrigado a cumprir. Lei sem sanção não é lei. Já a súmula vinculante remete a sanções dos mais diversos tipos[128] e seu descumprimento submete o violador a ser julgado diretamente pelo Supremo sem necessidade de anos e anos de recursos, bastando impetrar a Reclamação.

V - AS RAZÕES DA SÚMULA DE ALGEMAS

O uso de algemas é uma prática policial que aparentemente nem deveria despertar muita atenção. É uma mera decorrência lógica de se estar preso, porém momentaneamente não confinado; por isso, aí reinaria o bom senso (ou não) dos agentes de segurança pública. Porém, uma vez que não havia regulamentação, algemar pessoas em situações em que as algemas não eram flagrantemente necessárias passou a ser motivo para tentar anular atos jurídicos diversos, pois há situações em que a

128 "Nós temos de explicitar que o descumprimento dessa súmula vinculante traz conseqüência, conseqüência não apenas no campo penal, com o crime de desobediência, como conseqüências gerais para o Estado no campo da indenização por dano moral." Ministro Menezes Direito na discussão de votação da súmula.

imposição das algemas pode influenciar o processo, a exemplo do julgamento perante um júri de pessoas comuns, que condenam ou absolvem sem necessidade de justificação (por íntima convicção). Os jurados vão decidir seus votos com base não só na prova dos autos, mas em qualquer outro elemento influenciador: a apresentação dos fatos pela mídia e, claro, a forma como o custodiado foi apresentado no momento da audiência.

É óbvio, portanto, que uma pessoa algemada, durante o julgamento ou perante a mídia, terá um poder influenciador sobre os espectadores; a questão é entender suas causas para saber se a "lei das algemas" as afastaria ou, pelo contrário, reforçaria. Vejamos as duas causas alegadas pelo STF.

a) As razões de imagem e dignidade dos presos

O primeiro dos motivos seria a (auto)imagem do preso e sua dignidade. Um preso ser algemado "sem motivo" configuraria "tratamento desumano e degradante", ou até "tortura" nas falas dos ministros do Supremo, pois estaríamos tratando os presos como "feras"[129].

Não há dúvidas de que o preso sente a sua imagem afetada ao ser algemado e saber que está sendo visto algemado, apresentado "como um troféu" (salvo as exceções dos psicopatas que gostam de toda sorte de exibicionismo, o que não nos interessa aqui). Mas quanto a ser uma espécie de tratamento que mereça a pecha de violar direito fundamental, não me parece adequado. Aliás, é bastante inadequado.

A pessoa já está *presa*. As algemas, a princípio, deveriam apenas simbolizar isso, a prisão e, indiretamente, a *culpa* pelo

129 Na discussão acerca da votação da súmula, o ministro Carlos Ayres Britto mencionou o dispositivo que veda a tortura, como seu houvesse relação entre o mero uso das algemas e o gravíssimo crime de tortura. "(...) art. 5º: 'III - ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante;' Esse tratamento degradante significa infamante, humilhante, como se dá quando o ser humano, ainda que preso em flagrante de delito, é exibido ao público como se fosse um troféu, uma caça, numa atmosfera de exibicionismo policial. STF – DJe n 214/2008.
O mesmo já tinha ocorrido na votação do HC 91952-9/SP , em que o ministro Cézar Peluso afirmou "Portanto, Senhor Presidente, não há dúvida nenhuma de que, perante o ordenamento jurídico brasileiro, no plano constitucional e infraconstitucional, *o uso desnecessário das algemas constitui ato ilícito que pode configurar, no mínimo, abuso de autoridade e, no máximo, crime de tortura.* Os autores - não vou citá-los - referem-se à possibilidade de que, diante das circunstâncias, o uso das algemas seja tal, que se equipare ao crime de tortura." (Sem grifos no original)

motivo pelo qual foi *presa*. Relacionar diretamente o uso de algemas a eventual culpa pelo fato criminoso que seria o motivo remoto da prisão é o mesmo que dizer que a prisão em si *também é tratamento desumano e degradante*. Óbvio que já há muitos que dizem precisamente isso. Atacar a simbologia das algemas é apenas um meio de atacar indiretamente a própria legitimidade de se prender alguém.

Mas há ainda um outro efeito colateral em se relativizar o que significa tortura e "tratamento desumano e degradante": perderemos a medida de quais condutas são verdadeiramente desumanas, degradantes ou formas de tortura. Se qualquer fato pode ser assim considerado, então no fim caberá apenas aos juízes (e ao próprio STF, em última instância) dizer o que é e o que não é cruel, desumano e degradante, sem qualquer compromisso com a realidade.

A questão é que, como não existia nenhuma lei que regulamentasse amplamente o uso de algemas (com exceção do Código de Processo Penal Militar), os ministros supremos decidiram por si próprios fazer o ato normativo primário (lei) que trataria do assunto, na forma da súmula vinculante. Porém, se ainda se alega que na verdade estão interpretando princípios constitucionais para decidir um caso concreto (é assim que nascem as súmulas), é necessário seguir algumas regras de interpretação, ainda que muitas delas trazidas pelos neoconstitucionalistas (que defendem um poder sem barreiras às constituições para, indiretamente, dar todo esse poder às cortes constitucionais).

Primeiro os ministros precisam identificar quais os direitos em colisão. Policiais, agentes penitenciários e outros agentes estatais querem ou precisam impor as algemas por algum motivo, real ou não, mas que reflete um direito (ou dever) deles ou do Estado.

De modo implícito, a súmula reconheceu a existência desses direitos. Ao afirmar que caberia o uso de algemas no caso de receio de fuga, reconhece não só o direito estatal de punir, mas o

de prender quem tentar fugir da aplicação da lei penal, mesmo que ainda não haja processo algum.

Ao afirmar que no caso de resistência ou de perigo à integridade física própria (do preso) ou alheia (dos policiais e quaisquer outros), os ministros reconheceram o direito à vida e à integridade física dos policiais, de terceiros e do próprio preso[130].

Haveria ainda um outro item a se considerar: o transtorno para os agentes de segurança pública sempre que um preso foge ou causa qualquer tipo de dano. Todos os fatos ocorridos com o preso, ainda que causados por ele, são responsabilidade do agente que estava o custodiando.

Eu, por exemplo, já respondi criminal e administrativamente pela fuga de um preso durante o plantão quando era delegado da Polícia Civil no Rio de Janeiro. E ele estava algemado... Não bastassem todos os riscos a que um policial está submetido, há ainda mais este de responder pela fuga ou, ainda mais grave, pelo que o preso fizer a terceiros.

E aí me pergunto se na *ponderação* de todas essas posições jurídicas realmente vale mais a *autoimagem* do preso pelo fator adicional das algemas. Se esse tratamento é realmente desumano e degradante, considerando-se todas as possibilidades existentes do outro lado da balança. Enfim, se é *proporcional* limitar a atuação (e os direitos) dos agentes de segurança pública a tal ponto como *regra*.

Vamos aplicar então os critérios do princípio da proporcionalidade para ver se é mesmo proporcional, juridicamente falando, o uso de algemas como regra para a proteção dos demais direitos que não a imagem e dignidade do preso.

Primeiro, é obviamente *adequado* o uso de algemas a fim de garantir a integridade física e resguardo jurídico de todos os envolvidos. Também se poderia colocar o preso dentro de uma

130 Nas palavras do ministro Cezar Peluso: "Só é lícito o uso de algemas em caso de fundado receio de fuga. (...) Não basta o mero receio, pois qualquer um pode tê-lo; é preciso que haja algum fundamento para tanto, como, por exemplo, na detenção de um velho que não consegue andar, pode haver até o receio de fuga, mas ele não é fundado" discussão da votação publicada no DJe. Antes tivessem usado fundado *risco*, pois então seria algo menos subjetivo. O exemplo, entretanto, demonstra que a redação deveria ser oposta, pois apenas no caso de um idoso incapaz de andar que inexiste o risco de fuga.

jaula durante o julgamento ou aumentar o número de policiais, mas ambos dariam a mesma impressão do uso de algemas para o público, de que se trata de pessoa perigosa, além de ser um gasto maior para a administração. O uso de algemas é, portanto, o meio *mais suave, necessário* para proteção dos demais interesses.

A propósito, considerando as condições gerais das nossas prisões (em "estado de inconstitucionalidade") e outras condutas juridicamente consideradas degradantes, como o trabalho assemelhado ao escravo, não é razoável dizer que ser algemado feriria o núcleo da dignidade humana.

Tratar da necessidade de se banir as algemas como necessária para meramente preservar a imagem de pessoas presas é um acinte, pois olvida todos os demais direitos que pesam do outro lado dessa balança. Aí entra a verificação da *proporcionalidade estrita*. O que mais está em jogo? Vamos relembrar:

> *a) A vida e integridade física do preso, que pode se machucar (ou ser machucado) numa tentativa de fuga;*
>
> *b) A vida e integridade física dos agentes de segurança pública que, por mais que tenham o dever de enfrentar o perigo, não devem enfrentar o perigo desnecessariamente ou por capricho de legisladores ilegítimos e inconsequentes;*
>
> *c) A vida e integridade física de qualquer pessoa que esteja na hora errada no lugar errado e venha a ser vitimado por conta de uma ação do criminoso ou dos agentes, no dever de manter sua prisão*[131]*;*
>
> *d) O interesse legítimo dos agentes de segurança pública de não serem responsabilizados civil, administrativa e penalmente por fatos a que não deram causa, mas que foram facilitados por uma regra arbitrária de proibição de algemas.*

Tudo isso do lado contrário ao direito de imagem do preso. Isso porque já suplantamos a ideia de que algemar alguém seria desumano. A ideia de o preconceito gerado pelas algemas poder

131 Mesmo algemado, o criminoso pode aproveitar o momento da retirada das algemas para reagir, como neste caso: https://noticias.r7.com/rio-de-janeiro/rio-preso-rouba-arma-de-pm-e-mata-pedestre-em-frente-a-delegacia-22122018, último acesso em 17 de janeiro de 2021.

influenciar o julgamento das pessoas, principalmente no caso de Tribunal do Júri (de onde surgiu a discussão da súmula) será tratada num tópico específico.

Mas haverá quem diga que todos os elementos enumerados contra o preso já estão resguardados pela previsão de uso de algemas fundamentadamente no caso de risco de fuga ou risco à integridade física de todos.

Ocorre que, na prática, há vários elementos óbvios da realidade que escapam completamente à visão burocratizada dos ministros da casa excelsa e outros legisladores.

O primeiro é a imprevisibilidade humana. Como saber se uma pessoa que se "acabou de conhecer", prendendo-a em flagrante, ou conduzindo-a para o presídio ou audiência, irá ou não tentar fuga? O óbvio, como aconteceu com a minha equipe, é que quem deseja fugir irá esperar o melhor momento, fingindo tranquilidade para não levantar suspeitas nem ser algemado preventivamente. O mesmo se dá no cumprimento da maioria das prisões: nada se sabe de quem se está indo prender. Tudo que se tem é o comportamento do capturado naquele instante ou, quando muito, um breve histórico de crimes conhecidos, mas não da sua personalidade.

O ministro Marco Aurélio, no julgamento do habeas corpus já mencionado, após listar as autoridades cujo uso de algemas é vedado no Código de Processo Penal Militar, conclui:

> *"Pois bem, se fica excluída a utilização da algema seja qual for o quadro, quanto a essas pessoas, o que se dirá no tocante àquele que, vindo sob a custódia do Estado há algum tempo, já se encontra fragilizado e comparece ao tribunal para ser julgado?"*

Fragilizado? Com base em quê o eminente ministro supremo entende que um preso, ao chegar em audiência, está *fragilizado*? Seria nos vários casos de presos que agem no momento em que têm suas algemas retiradas[132] ou no caso em que réus presos

132 https://www.hlucas.com.br/blog/2019/11/24/preso-tenta-tirar-a-arma-do-policial-em-pleno-julgamento/; http://g1.globo.com/ma/maranhao/noticia/2014/07/tiroteio-dentro-do-forum-de-sao-luis-deixa-dois-feridos.html ou

ofendem e ameaçam as autoridades presentes, até mesmo qualificando a audiência como uma "palhaçada"?[133]

O segundo problema é que, na prática, a aceitação da justificativa dependerá do magistrado que for julgar se as algemas eram ou não "necessárias", já que até para autores de crimes violentos é necessária a justificativa "de risco atual e concreto". Ao se apresentar um homicida no Tribunal do Júri, o juiz ainda precisa justificar se o réu, preso, deverá permanecer algemado ou não durante a audiência. E tem que ser uma justificativa referente ao próprio réu em momento posterior ao homicídio: a eventual barbaridade do crime em si não serve de justificativa e a deficiência no número de policiais que garantam a segurança no local também não serve. O réu tem que ter feito algo "a mais" (do que o próprio homicídio ou outro crime violento pelo qual esteja respondendo) que indique sua periculosidade ou intenção de fuga "em concreto".

Exigência que inclusive poderia gerar situações cômicas, em que não há a menor possibilidade de se aferir a veracidade: digamos que o preso ficasse olhando disfarçadamente, mas várias vezes, para as janelas, como que procurando uma rota de fuga. Colocado isso no papel, será aceito pelo julgador ou este considerará que é uma justificativa abstrata demais, que o preso estava apenas aproveitando os últimos instantes de sua liberdade?

Enfim, a discussão parece ridícula porque coloca os policiais e todos aqueles que estão em contato direto com um criminoso que parece perigoso "mas que ainda não fez nada" na estranha situação de ter que inventar uma justificativa que ministros de tribunais superiores aceitarão como suficiente.

---

https://olivre.com.br/video-mostra-momento-em-que-juiz-sai-baleado-de-audiencia-e-a-reacao-de-policial-veja são alguns casos recentes encontrados em uma breve pesquisa na internet, último acesso em 17 de janeiro de 2021.

133https://www.oabrj.org.br/noticias/preso-ameaca-morte-juiza-juri-promotora-durante-audiencia (Durante a oitiva na sala da 2ª Vara Criminal, o réu disse: "Vocês me tiraram de lá, de Presidente Venceslau, para fazer 12h de viagem para escutar esta palhaçada? Vocês não me intimidam, não. Aqui é Primeiro Comando da Capital, inimigo número um de vocês"), último acesso em 17 de janeiro de 2021.
https://www.conjur.com.br/2009-dez-16/reu-pcc-ameaca-vitima-jurados-promotor-juiz-audiencia

Levando-se tudo isso em consideração, uma norma que afirma que o uso de algemas deve ser excepcional, sob ameaça de responsabilização do agente público, é desproporcional. Ela está ponderando de modo inadequado todos os outros direitos apontados e deixa agentes de segurança pública e o próprio povo em uma situação de proteção deficiente, expostos a um risco desnecessário e desproporcional.

Há ainda um mal maior: a possibilidade de o uso de algemas nulificar atos judiciais, gerando não só custos para repeti-los como aumentando a possibilidade de o crime ser atingido pela prescrição, haja vista a lentidão do nosso sistema de persecução penal (todas as fases necessárias até a condenação definitiva) e a presteza dos prazos prescricionais.

b) A grande falácia do preconceito do júri: preconceito alimentado pela própria súmula

A discussão da súmula surgiu dentro de um processo[134] em que se discutia se era juridicamente válido um julgamento pelo Tribunal do Júri em que o réu havia permanecido algemado, perante os jurados, durante todo o período de julgamento. Supostamente não havia necessidade ou, mais precisamente, a fundamentação da determinação de se manter o réu algemado não foi suficiente para convencer os ministros supremos. Como se sabe, não ocorre julgamento por júri nos tribunais superiores e os réus dos crimes mais violentos não vão a sessões de julgamento de seus recursos ou *habeas corpus*. Assim, a presença de criminosos perigosos (em termos de atos violentos) não é uma preocupação que se veja diariamente no Supremo[135].

Primeiro, vamos compreender por quais motivos alguém pode chegar algemado a uma audiência no Tribunal do Júri.

A primeira e mais simples razão é o réu já ter sido condenado por algum outro crime grave (tráfico de drogas, extorsão, posse ou porte de arma de uso restrito, roubo, estupro, homi-

134 Habeas Corpus 91.952-9 de São Paulo, julgado em 07/08/2008, relator Min. Marco Aurélio Mello.

135 Acredito que a ultima vez que ouviu-se falar de alguém "perigoso" dentro do STF foi quando um ex-Procurador-Geral da República declarou que uma vez havia pensado em matar um dos ministros,

cídio – a lista de crimes que levam a uma condenação em regime fechado é bem pequena) e já estar cumprindo a pena. Neste caso, parece que não há dúvidas de que se trata de uma pessoa perigosa. Mesmo assim, é necessário esclarecer como, naquele momento, ficou demonstrado o risco de fuga.

Reparem: o réu que está ali sentado respondendo a um novo processo já está preso, com a liberdade cerceada e deveria estar dentro de uma cela cumprindo a sua pena. Porém, por escolha do "legislador supremo", ele deve ficar na frente dos jurados, da vítima (se sobrevivente), testemunhas e todos que assistem ao tribunal de modo "livre" para que não pensem preconceituosamente que ele, um preso condenado, é também culpado desse novo crime pelo qual está sendo julgado.

O segundo motivo pelo qual alguém chega algemado à audiência torna esse mandamento de retirada das algemas ainda mais contrário à razão. O Tribunal do Júri é juízo competente apenas para julgamento dos crimes dolosos contra a vida: homicídio; induzimento, instigação e auxílio ao suicídio; infanticídio e aborto, todos apenas nas formas dolosas (com a intenção de provocar a morte). Portanto, se o réu ainda não foi condenado, ele está preso por uma razão preventiva, seja naquele processo, seja em outro processo de crime com pena máxima superior a quatro anos[136].

Eis as principais razões pelas quais em regra se mantém alguém preso preventivamente: porque ele é um risco para a ordem pública, porque ele é um risco para o desenvolvimento do processo ou porque há indicativos de fuga. Ou seja, há o que se chama em direito de *periculum libertatis*. Já está documentado, naquele caso, que o réu, solto, representa um risco. Por isso ele

---

o que já foi suficiente para que, anos depois, decretassem a apreensão da sua arma e perda do porte funcional, além de proibirem-no de entrar no tribunal.

136 Ou demais hipóteses do artigo 313 do Código de Processo Penal, menos frequentes:
II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, último acesso em 17 de janeiro de 2021;
III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;
§ 1º Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

foi preso e por isso *continua* preso - quando cessada a *necessidade* da prisão, a liberdade deve ser restituída.

Por um lado, fica óbvio que, *em regra*, se alguém está preso preventivamente, deveria permanecer algemado durante todos os atos que ocorressem fora de uma cela. *Retirar* as algemas de um preso é que deveria ser justificado: "Veja bem, excelência, o meu cliente está preso, mas foi apenas porque continuou insultando ministros do Supremo na internet - ele, na verdade, não representa perigo real a ninguém", diria um advogado. Por outro lado, se um juiz decide que um réu realmente perigoso não precisa ficar algemado, por qual motivo mantê-lo preso?

Ou seja, os motivos da prisão se transportam para os motivos do uso de algemas: estar preso é estar algemado. A retirada das algemas é que, logicamente, deveria ser justificada pelo juiz, não o contrário. É tratar o júri e demais cidadãos como idiotas: "Vejam, este cidadão está preso porque sua liberdade é um risco, mas vamos encher a audiência de policiais para assim podermos tirar as algemas e vocês não pensarem mal dele"[137].

As premissas constitucionais seriam duas para embasar a proibição de algemas nesse caso. A primeira é, como antes, a dignidade do réu, o direito de não ser tratado de modo degradante. Novamente, uma redundância, afinal a algema, mais do que um símbolo, é uma forma de prisão em si. Não havendo cela para conter o preso durante a audiência, ou durante o transporte, permanece ele algemado por motivos de segurança dele e dos demais. A segunda é a presunção de inocência, que seria violada simbolicamente quando os jurados vissem o réu algemado e, por isso, já deduzissem a sua culpa.

O caso que deu origem à discussão sobre a necessidade da súmula é bastante exemplar no que se refere à flagrante necessidade do uso de algemas. O réu estava respondendo no Tribunal do Júri por um homicídio triplamente qualificado e permaneceu

137 Os ministros não aceitaram como justificativa para não se retirar as algemas a ausência de policiais em número suficiente para garantir a segurança dos presentes. Ou seja, ainda que o réu represente perigo, deve-se buscar outros meios para dissuadi-lo de atacar os presentes ou fugir. Essa alegação deixa aparente que a questão não é sobre a periculosidade do réu, mas buscar por todos os meios a nulidade (pois o motivo persistiria) ou o caos em audiência.

preso durante o processo porque sua liberdade colocava em risco a ordem pública, a instrução criminal e a certeza da aplicação da pena. Suas algemas não foram retiradas, pois, conforme explicação da juíza-presidente do tribunal do júri, havia apenas dois policiais civis na segurança do tribunal. Ou seja, tratava-se de sujeito que estava preso por ser perigoso no convívio com a sociedade e apresentava risco de fuga, o que foi percebido pela juíza – justamente todos os itens constantes da súmula posteriormente editada pelo STF.

É irônico afirmarem que a ausência de policiais suficientes não é motivo para a retirada das algemas, pois o excesso de policiais e armamento foi posteriormente considerado criminoso pelo nosso Legislativo – assim como o uso de algemas "desnecessárias" – na nova lei de abuso de autoridade. Ambos os tipos penais acabaram vetados pelo Presidente da República, mas demonstram a "esquizofrenia" dos nossos legisladores. O que mais assusta é a falta de imaginação dos ministros do Supremo, pois sempre será possível aumentar a segurança do tribunal com o aumento do número de policiais e equipamento utilizado. Portanto, não haveria hipótese alguma em que as algemas fossem realmente justificáveis: bastaria encher a sala de audiências de policiais ostensiva e pesadamente armados – mas não isso não causaria o mesmo efeito do uso algemas, gerando a ideia de que o preso é demasiadamente perigoso?

Qualquer mudança que se faça no ordinário chamará a atenção dos jurados para qual o motivo. Se um preso, para andar desalgemado, precisar de um séquito de "seguranças" igual ao de um chefe de Estado, o povo certamente concluirá que se trata de um chefe do tráfico ou algum criminoso de periculosidade semelhante. A ausência de preconceito está justamente na manutenção da *ordinariedade* do tratamento.

Se o ordinário, portanto, é a realização de audiências sem algemas com dois policiais cuidando da segurança do tribunal, é *a colocação das algemas ou incremento da segurança* que despertará

nos jurados a correta conclusão de que *aquele preso é tão perigoso que precisaram alterar a rotina do julgamento*[138].

Portanto, uma vez que, a partir das decisões do Supremo, só se pode algemar quem for *realmente* perigoso ou apresentar risco *real* de fuga, os jurados passam a ter *quase que como certo* que todos que são algemados *realmente representam um risco.* Não se trata nem mais de um "pré-conceito". O Supremo elevou as ideias preconcebidas sobre periculosidade e culpa dos presos algemados a um grau de quase certeza.

Ainda que o STF tenha estabelecido essa ideia de preconceito sem qualquer embasamento em algum estudo que relacionasse estatisticamente o uso de algemas e a probabilidade de condenação[139], é sintomático ver que eles próprios são "imunes" a esse preconceito - o sentimento que têm com relação a presos algemados é nitidamente de pena (independentemente da hediondez do crime ou do motivo da prisão). E parece que é, na verdade, esse sentimento de "pena", usado discretamente como "argumento" ao levantarem os princípios da dignidade da pessoa humana e vedação de tratamento "degradante ou desumano", o verdadeiro motivo da súmula.

Assim, com base num sentimento de "pena"[140] (ou outro sentimento inconfessável, já que, dentre pessoas presas por cri-

138 "Quanto ao fato de apenas dois policiais civis fazerem a segurança no momento, a deficiência da estrutura do Estado não autorizava o desrespeito à dignidade do envolvido. Incumbia sim, inexistente o necessário aparato de segurança, o adiamento da sessão, preservando-se o valor maior, porque inerente ao cidadão." Ministro Marco de Aurélio (Relator) no HC 91952-9. No que foi repetido em sua observação pela ministra Carmen Lucia. - Ora, suspender a audiência por falta de *segurança suficiente* é justamente indicar aos réus que o preso é perigoso.

139 A preocupação já não era mais com a questão do preconceito no tribunal do júri. Como ficou bem claro, a preocupação era a exposição de presos por crimes não violentos (especialmente crimes de colarinho branco) no momento da execução de mandados de prisão. O Procurador-Geral da República à época, Antônio Fernando, ressaltou que já havia entrado em vigor a lei 11689/2008, que vedava o uso de algemas no tribunal do júri como regra, e que portanto sua maior preocupação era o efeito da súmula com relação aos mandados de prisão e flagrantes: "A preocupação do Ministério Público é no sentido de que essa ponderação se faça com o mesmo rigor da aplicação desse enunciado, porque, se há hipótese de descumprimento, de violação - não do comando constitucional, na verdade, mas do enunciado da súmula -, ela também não pode gerar uma situação de desestabilização do trabalho do Estado quando age nessa função importante de manter a segurança e de dar apoio à atuação jurisdicional de persecução penal. A preocupação do Ministério Público é esta: vamos agir, devemos agir, mas todo o Judiciário deve estar consciente de que, como pode haver o desvio de um lado, pode também o agente colaborar nesse sentido.

140 A ministra Carmen Lucia, no julgamento do Habeas Corpus, ainda se contradiz quanto à imagem gerada, afirmando que viu no júri uma pessoa "fragilizada" e "muitíssimo perigosa": "Eu me lembro, Ministro, da única vez em que vi uma pessoa completamente fragilizada, com algemas, no júri - aí, não era como estudante, mas como menina que era levada pelo pai para fazer o sorteio dos jurados.

mes do colarinho branco e expostas algemadas havia altas autoridades[141]) é que se inverteu a lógica que deveria reger o uso das algemas.

VI - A REGRA DE ALGEMAS COMO DEVERIA SER

A esta altura, já ficou claro que a regra de uso de algemas, se obedecesse a realidade dos fatos, deveria ser o exato oposto daquela inscrita pelos ministros supremos e depois copiada em diversas leis (desta vez do próprio Legislativo) e divulgada amplamente (de modo que qualquer um do povo *sempre soubesse* que algemas são apenas para pessoas *perigosas*).

Caso se desejasse que o público em geral e os jurados em específico não fizessem qualquer pré-julgamento por conta das algemas, deveriam estabelecer e divulgar como *regra geral* a aposição de algemas em *todas as pessoas presas*. Assim, todos saberiam que, se alguém é preso, deve ser sempre algemado *por esse motivo* e não por outro – a tal periculosidade "concreta".

Da mesma maneira, sempre que se visse alguém sem algemas, *também não se estranharia*, pois apareceria como óbvio que, naquele caso, a algema é desnecessária. Como dito por um dos ministros na discussão da súmula, não seria necessário colocar algemas em um idoso incapaz de fugir (embora recentemente tenham colocado algemas em um *jornalista paralítico deitado em uma maca*, tudo com conhecimento dos atuais ministros do STF)[142].

Eu sou capaz de descrever até hoje a cena, tal o impacto que aquela imagem me causou, porque é como se eu estivesse diante de uma pessoa muitíssimo perigosa. Aquilo me marcou anos a fio." As duas imagens (frágil e perigoso), ao mesmo tempo, são incompatíveis, de modo que a descrição da ministra é impossível, demonstrando apenas sua própria confusão.

141 "SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Foi o impacto que tive, quando Presidente da Corte, ao ver descer de um avião, algemado, um ex-governador e ex-senador da República. E a minha expressão foi de carioca: 'isso é uma presepada'." HC 91952.

142 https://terrabrasilnoticias.com/2020/12/revoltante-mesmo-a-sumula-11-do-stf-proibindo-oswaldo-eustaquio-sem-movimento-nas-pernas-e-algemado-a-maca-e-arrastado-pelo-hospital-veja-as-imagens/ , último acesso em 17 de janeiro de 2021.

VII - CONCLUSÃO

A norma criada pelo Supremo Tribunal Federal, seguida pela legislação ordinária que também coloca o uso de algemas como excepcional, é, portanto, de uma incongruência insanável. Baseada em princípios constitucionais dos quais se extrai não o Direito, mas a vontade dos ministros, acaba por inventar uma regra que gera o oposto do que alegam.

Ao impedir o uso de algemas em geral, confirma o motivo do preconceito nos casos em que são colocadas - misturando presunção de inocência com presunção de periculosidade daquele que já está preso, exige a certeza da periculosidade e, por conseguinte, gera o preconceito da culpa naqueles que veem o preso excepcionalmente algemado ou ostensivamente vigiado.

Trata-se de mais um fruto da inversão da função do Direito Penal e do seu acessório, o Direito Processual Penal. Simplisticamente, a função do Direito Penal é proteger a sociedade das pessoas que cometem atos que dificultam e impedem a vida em sociedade. O Direito Processual esclarece qual será o "processo" (legal e vulgarmente falando) para se chegar à culpa das pessoas acusadas de tais atos (a "verdade jurídica" sobre o que aconteceu). É óbvio que o direito público (aos quais pertencem esses ramos do direito, por disciplinarem a relação entre o Estado e o indivíduo) é uma via de mão dupla. Se de um lado mostra o poder do Estado sobre o indivíduo, é ao mesmo tempo limite a esse poder, pois o poder público só poderá agir de acordo com aquelas formas pré-estabelecidas.

CAPÍTULO 7

A Lei Antidrogas pelo STF: mutilações (in)constitucionais

Marcelo Schirmer Albuquerque [143]

I - INTRODUÇÃO: O QUE SE DIZ E O QUE PRECISA SER DITO

"A guerra às drogas foi perdida!" Já não parece possível identificar de forma segura o primeiro "intelectual" a cravar tal assertiva - sem pesquisa séria, estatística relevante ou fundamentação idônea (o que, por sinal, é método dominante no Brasil) - como verdade incontestável. A partir de então, a afirmativa categórica vem sendo repetida e repetida como mantra, até que, em alguma medida, tornou-se realidade, ao menos neste país de faz-de-conta.

Mas, se fomos mesmo subjugados pelo narcotráfico, o mínimo que os cidadãos merecem saber é que tal derrota se deve muito ao fato de a cúpula do Poder Judiciário (contrariando decisões e manifestações de vários de seus membros das instâncias

143 Promotor de Justiça em Betim/MG. Especialista em Ciências Penais pelo CAD/UGF; Mestre em Direito e Processo Penal pela UFMG; Autor do Livro "A Garantia de Não Auto-Incriminação: Extensão e Limites." Artigo publicado na Revista Jurídica do Combate à Impunidade, número I. de julho de 2019. pág. 128.

inferiores) ter entregue nossas armas e assinado nossa rendição, muito embora não lhe coubesse fazê-lo, já que, para isso, o competente seria o Congresso Nacional[144].

Isso porque, como vamos detalhar adiante, todas as iniciativas legislativas de recrudescer o tratamento penal e processual penal dado ao comércio de entorpecentes, mesmo contando com o importante apoio da sociedade e da comunidade internacional, foram sucessivamente minadas por interpretações enviesadas, forjadas ou reforçadas no seio do Supremo Tribunal Federal[145].

Jamais se pôde, portanto, comprovar a propalada ineficácia do combate penal à mercancia espúria, porque sempre houve quem se apressasse em sabotá-lo.

De uns tempos para cá (basta ver as recentes mudanças em entendimentos outrora dominantes) esse fenômeno se intensificou, e pululam as interpretações que contrariam ou mutilam o texto expresso da Lei 11.343/06 (atual Lei Antidrogas), destruindo, a reboque, outros textos legais voltados a endurecer a resposta a crimes graves (classificados como hediondos, por exemplo). E, isso, mesmo que tais textos estejam em absoluta e inquestionável harmonia com a Constituição da República e diversos tratados internacionais, e ainda que por meio das mais bizarras ginásticas hermenêuticas que vão de encontro não só ao básico da ciência jurídica, mas até à lógica e à língua portuguesa.

É, no mínimo, sintomático que tais decisões se multipliquem num momento em que muitos formadores de opinião se

144 Embora em tom mais ameno que o que utilizaremos em nossa exposição, o Ministro Marco Aurélio, em voto vencido no julgamento *Habeas Corpus* 111.840/ES (sobre o qual trataremos com mais vagar) fez alerta semelhante, sendo relevante transcrever sua conclusão (sem embargo da recomendação da leitura do inteiro teor do açordão em questão). Arrematou sua Excelência: "*a Lei de Tóxicos está sendo esvaziada, no que se vem afastando tratamento mais rigoroso no tocante àqueles que a transgridem, e que, portanto, cometem o tráfico de entorpecentes.*" No mesmo julgamento, o também vencido Ministro Joaquim Barbosa foi mais incisivo, dizendo: "*que há no Brasil um processo de banalização do tráfico de substância entorpecente, e, lamentavelmente, com o auxílio do Poder Judiciário*". Corretos os ministros que fizeram, na oportunidade, o leitura que ora propomos.

145 "*Estão no Judiciário, porém, reconheça-se, a maior parte dos intérpretes mais liberais, em especial nas mais altas cortes de justiça do País; estes, via exegese repleta de romantismo e com inoportuna inspiração espiritualista, vêm acarretando modificações estruturais naquilo que era intenção do legislador em recrudescer a resposta estatal ao famigerado tráfico de drogas, a ponto de fazerem esses intérpretes letra morta dos dispositivos penais verdadeiramente rigorosos*" (SARABANDO, José Fernando Marreiros. *Breves Anotações sobre a Atuação do Judiciário e do Ministério Público na Repressão ao Tráfico de Drogas. In* De Jure - Revista Jurídica do Ministério Público de Minas Gerais. Vol. 11 jul-dez/2008. p. 193).

levantam a favor da liberação das drogas[146], usando, inclusive, o argumento da guerra perdida, que retroalimenta o discurso. Por outro lado, parece difícil não vincular essa aceleração à ideologia que externa convicção (igualmente não provada) na ineficácia preventiva da pena de prisão e na necessidade de desencarceramento. E, aí, às favas com a Lei! Pouca importa a vontade da maioria da população ou os valores dominantes na sociedade[147]. A liberação vai sendo imposta, a fórceps, pelo entendimento de uma minoria que, contrariando tudo que se aprende sobre hermenêutica jurídica, decidiu que interpretar é dizer qualquer coisa sobre qualquer assunto[148].

II - DO REGIME INTEGRALMENTE FECHADO À PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS COMUNITÁRIOS – OU: DA PRETENSÃO CONSTITUCIONAL À ESQUIZOFRENIA HERMENÊUTICA

O problema que se pretende desvelar neste trabalho não teve início na interpretação de legislações voltadas exclusivamente ao comércio de entorpecentes, mas aos denominados crimes hediondos e assemelhados (entre estes, o tráfico), até porque, foi na Lei 8.072/90 que se começou a estabelecer um tratamento penal

146 A título exemplificativo, leia-se notícia sobre carta do ex-presidente Fernando Henrique Cardoso dirigida aos ministros do STF: <http://www.otempo.com.br/capa/brasil/carta-de-fhc-pede-liberação-de-drogas-1.1115150>

147 Atente-se, na nota supra, para o fato de que a missiva do ex-presidente foi dirigida ao STF e não ao Congresso Nacional. O cenário, portanto, é de institucionalização de um ativismo judiciário que atalha todo o processo legislativo (incluindo debate público e a participação popular) para revogar ou alterar leis, com o toque de midas da inconstitucionalidade. Montesquieu teria uma síncope se chamado a avaliar a separação de poderes no Brasil.

148 Um parágrafo do voto do Ministro Luís Roberto Barroso no *Habeas Corpus* 118.533/MS sintetiza todas as críticas antecipadas nesta introdução, do ativismo do STF em julgar contra a lei por critérios puramente subjetivos, passando pela fundamentação com base no discurso do fracasso da guerra às drogas e pela subserviência à política de desencarceramento. Veja-se: "*Eu já, por esse elenco, não teria simpatia por enquadrar réus nessa situação à condição de réus responsáveis por crimes hediondos. De parte isso, eu verifico que toda a tendência do Tribunal, ao longo dos anos, tem sido a de atenuar um pouco este rigor, que resultou da equiparação do crime envolvendo drogas a crimes hediondos. Portanto, o Tribunal, ao longo do tempo, considerou ilegítima a exigência de regime inicial necessariamente fechado; depois, o Tribunal considerou inconstitucional a proibição de aplicação de pena restritiva de direito; e, depois, considerou inconstitucional o impedimento à liberdade condicional nestes casos. E acho que isso vem associado a duas questões igualmente complexas e que discutiremos aqui um pouco mais à frente: o fracasso da guerra às drogas, mediante exacerbação do Direito Penal, que hoje é uma constatação mundial, e a situação do hiperencarceramento, que aflige a todos nós que vivemos no Brasil - se houver tempo, ainda hoje discutiremos a questão da insignificância que está na pauta. Portanto, esse crime de tráfico privilegiado comporta uma pena bem menos do que quatro anos. A pena aqui, se aplicada a minorante máxima, cai para um ano e oito meses. E, evidentemente, se o ordenamento jurídico apena esta conduta com um ano e oito meses, o ordenamento jurídico não está tratando essa conduta como de reprovabilidade tal que possa merecer as consequências de um crime hediondo.*"

diferenciado (mais severo) a determinados tipos penais, sendo certo que, à época, a Lei Anti-Drogas era a 6.368/76, que além de anterior à Constituição vigente, não abordava questões afetas, por exemplo, ao regime de cumprimento de pena ou à vedação de benefícios carcerários. Assim, inicialmente, os processados e condenados por tráfico foram beneficiados por interpretações de normas mais generalistas, em casos que nem sempre tinham como objeto o comércio de entorpecentes. Atualmente, porém, ocorre com mais frequência que casos de tráfico levados ao Supremo Tribunal Federal resultem em entendimentos lenientes sobre leis gerais[149] (como a própria Lei dos Crimes Hediondos), que terminam, via de consequência, por beneficiar autores de outros crimes. Isso além de interpretações específicas do texto da Lei 11.343/06 que abrandam ainda mais a situação dos responsáveis pelo narcotráfico (sendo o caso mais evidente a declaração de inconstitucionalidade da proibição da substituição da pena, no *Habeas Corpus* 97.256/RS).

Vejamos como a situação evoluiu ao atual estado de coisas.

Em julho de 1990, menos de dois anos após a promulgação da Constituição de 1988, entrou em vigor a denominada Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/90). Seu artigo 2º, §1º, determinava que as penas pelos crimes ali previstos - um rol de delitos pinçados do Código Penal, a que se somam terrorismo, tortura e tráfico de drogas, estes três eleitos pela própria Constituição - seriam cumpridas em regime *integralmente fechado*, ou seja, sem a esdrúxula progressão de regime (para o semiaberto e o aberto), benefício que a tantos indigna, porque transforma em completamente mentirosas as penas estabelecidas em condenação (das quais apenas uma fração é efetivamente cumprida - quando é).

Após intenso debate da comunidade jurídica - em Doutrina e Jurisprudência -, prevaleceu o entendimento de que tal previ-

149 Observe-se, por exemplo, que os paradigmáticos *Habeas Corpus* 105.779/SP, 119.167/MT e, especialmente, 111.840/ES dizem respeito, todos eles, a condenações por tráfico de drogas, muito embora a Lei afastada nos três casos seja a dos Crimes Hediondos. Em trecho do voto do relator deste último julgamento citado, consta, inclusive que □*não se poderia, em hipótese de tráfico de entorpecentes, sustentar a cogência absoluta de que o cumprimento da reprimenda carcerária decorrente da prática do crime de tráfico se dê em regime inicialmente fechado*□ (os destaques são originais e sugerem interpretação voltada especificamente para o crime de tráfico, mas que hoje já se estendeu a todos os demais hediondos e assemelhados).

são era inconstitucional, porque "*conflita com a garantia da individualização da pena - art. 5°, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado*"[150].

À época, consignamos nosso entendimento a favor da constitucionalidade da norma em artigo publicado no Boletim do Instituto de Ciências Penais[151], mas, como tantos outros, fomos vencidos.

O polêmico dispositivo legal já se encontra revogado e, por isso, não voltaremos à carga em sua defesa. Contudo, o interessante, para os propósitos deste texto, é consignar que desde a entrada em vigor da lei questionada até a declaração definitiva e vinculante de sua inconstitucionalidade passaram-se quase 16 anos, período no qual a norma foi amplamente aplicada em diversas instâncias e em que o debate jurídico sobre a questão (regime integralmente fechado e princípio constitucional da individualização da pena) amadureceu até sua conclusão. De lá para cá, como se verá, cada vez menos tempo de reflexão é concedido em favor das normas penais com viés punitivista, açodando-se os tribunais superiores em declará-las inconstitucionais em velocidade galopante e com argumentos cada vez mais rasos, parecendo que disfarçar a ideologia com sólida fundamentação dogmática não se apresenta mais como uma preocupação.

Extirpando-se (via declaração de inconstitucionalidade - e, portanto, por ação determinante do STF) do ordenamento jurídico brasileiro o cumprimento da pena em regime integralmen-

150 Trecho da ementa do julgamento do *Habeas Corpus* 82.959/SP, que pôs fim ao debate e, por apertada maioria (seis votos a cinco), declarou a inconstitucionalidade do art. 2°, §1°, Lei 8.072/90 (redação vigente à época), com efeitos vinculantes (inclusive determinando comunicação ao Senado para suspender a vigência da norma). O julgamento teve início em julho de 2003 e terminou apenas em 23 de fevereiro de 2006. A relatoria foi do Ministro Marco Aurélio, cujo entendimento sagrou-se vencedor. Duas curiosidades sobre o julgamento: uma, o entendimento em sentido contrário era dominante no STJ e no STF, com vários acórdãos decidindo, até então, pela constitucionalidade, mas a insistência do Ministro Marco Aurélio e a modificação da composição do pleno, terminou por derrubar, por maioria simples, o valor dos precedentes anteriores; duas, a Lei de Tortura (9.455/97), que previa o regime inicial fechado obrigatório, foi expressamente citada como referencial a ser seguido sobre o tema e teve sua constitucionalidade, na questão, implicitamente afirmada, quando se disse, por exemplo, que ela "*também fixou disposições no espaço que lhe foi constitucionalmente conferido, fazendo-o de forma mais amena, na preservação de filosofia compatível com a progressão criminal*" (trecho do voto do Ministro Marco Aurélio).

151 ALBUQUERQUE, Marcelo Schirmer. *Novamente sobre a (In)constitucionalidade do art. 2°, §1°, da Lei 8.072/90. In* Boletim do Instituto de Ciências Penais. Ano IV. n. 57. Mai/2005.

te fechado, a lacuna normativa gerada fez com que os crimes tidos como mais graves (hediondos e assemelhados) submetessem-se à mesma regra dos demais, ou seja, definição de regime inicial de cumprimento conforme a quantidade da pena imposta e progressão após cumprimento de irrisório um sexto da condenação. Na falta de qualquer outro benefício legal que tornasse sua situação ainda mais vantajosa, um condenado a doze anos de reclusão (por homicídio qualificado, por exemplo), cumpriria apenas dois antes de ser colocado em regime semiaberto (com direito a saídas temporárias e trabalho externo, para dizer o mínimo) e mais cerca um ano e meio até estar, definitivamente, em liberdade (ao menos durante o dia, quando na Comarca houvesse estabelecimento que permitisse o recolhimento noturno, característica do regime aberto - e que hoje, na grande maioria das comarcas, já se converteu despudoradamente em prisão domiciliar, sem qualquer fiscalização). Para o tráfico de drogas, em que a pena mínima é de cinco anos, a situação apresentava-se ainda mais favorável, com perspectiva de início de cumprimento de pena em regime semiaberto e menos de um ano nele até o regresso ao sossego do lar.

O legislador, porém, reagiu. E o fez editando a Lei 11.464 em março de 2007, modificando dispositivos da Lei dos Crimes Hediondos.

Se se pode argumentar que o regime integralmente fechado era, na prática, medida extrema e, dentro do sistema, dissonante da Lei de Execuções Penais, o mesmo não se pode dizer da redação alterada do art. 2° da Lei dos Crimes Hediondos. Pela nova regra, as penas por crimes hediondos e assemelhados (entre eles, o tráfico de drogas) seriam cumpridas, inicialmente (e não mais integralmente) em regime fechado (nova redação do art. 2°, §1°), submetendo-se normalmente ao instituto da progressão, embora com frações diferenciadas (dois quintos de pena para réus primários, três quintos para reincidentes, na forma do art. 2°, §2°). Aparentemente, estabeleceu-se uma sintonia fina entre a necessidade (e exigência constitucional) de se dispensar tratamento mais rigoroso aos crimes mais graves e o discurso

humanitário de se conferir às penas privativas de liberdade uma lógica ressocializante. Não tardou, porém, para que a referida norma também fosse mutilada, de modo que o regime inicial fechado já agoniza (e até a publicação do presente estudo, possivelmente estará morto e sepultado) e o entendimento que definiu sua inconstitucionalidade, primeiramente aplicado a casos de narcotráfico (especialmente nos *Habeas Corpus* 105.779/SP e 111.840/ES), acabou aliviando, também, a situação de estupradores, latrocidas, torturadores, etc.

O argumento para a declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 2°, §1° da Lei 8.072/90[152], já com a redação dada pela Lei 11.464/07, foi, novamente, como consta textualmente da ementa do acórdão, o de "*ofensa à garantia constitucional da individualização da pena*" (embora se tenha citado também o princípio da proporcionalidade, mas sem maior densidade argumentativa). Disse o relator, Ministro Dias Toffoli, que "*os critérios para fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado*" para concluir que, assim como não poderia fixar o regime integralmente fechado, o legislador não poderia sequer estipular o regime inicial fechado para crimes hediondos e assemelhados.

Foi desse modo que o regime inicialmente fechado obrigatório para crimes hediondos e assemelhados, outrora tido como solução para o impasse (inclusive quando da edição da Lei de Tortura, cujo texto foi usado como argumento para afastar o regime integralmente fechado então vigente[153]), também foi ferido de morte, sem embargo da resiliência de alguns julgadores que ainda o aplicam.

152 Gestada nos *Habeas Corpus* 103.547/SP e 105.779/SP, ambos de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, e operada em 14 de junho de 2012 pelo Pleno do STF no *Habeas Corpus* 111.840/ES, de relatoria do Ministro Dias Toffoli. Novamente, a declaração de inconstitucionalidade foi promovida por maioria simples (e sem que fossem colhidos os votos de todos os membros). Acompanharam o relator os Ministros Rosa Weber, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Cezar Peluso e Gilmar Mendes, sendo vencidos os Ministros Luiz Fux, que inaugurou a divergência, seguido pelos ministros Marco Aurélio (em interpretação bastante coerente com aquilo que dissera quando defendeu a inconstitucionalidade do regime integralmente fechado) e Joaquim Barbosa.

153 Vide nota 8.

Pois bem.

Já se viu que a interpretação viola frontalmente o texto legal, que não poderia ser mais claro: "*A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado*". Melhor que isso, só se o legislador usasse um ponto de exclamação.

A interpretação contraria, também, o sistema como um todo, como alertaram os ministros Luiz Fux, Marco Aurélio e Joaquim Barbosa nos votos vencidos. Foram tantas as obviedades ditas (e que aqui somos, em alguma medida, obrigados a repetir) que chega mesmo a espantar que não tenham conseguido convencer os colegas do escândalo hermenêutico que promoviam. Parece que a maioria estava tão obstinada a viabilizar os regimes semiaberto e aberto em casos de tráfico (à época em que a substituição de regime já era permitida) que cerrou seus ouvidos para a divergência.

Com efeito, apesar de constar do precedente, grosso modo, que o legislador não poderia fixar o regime inicial fechado com base na gravidade, em abstrato, do delito, a leitura do art. 33, §2°, *a*, do Código Penal, comprova exatamente o contrário, ao dispor que: "*o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado*". Se tal quantidade de pena, em muitos crimes, só pode ser alcançada mediante individualização, em outros (homicídio qualificado, latrocínio, estupro de vulnerável, extorsão mediante sequestro e falsificação de medicamentos, por exemplo) ela é consequência inafastável da pena mínima determinada pelo legislador. Gravidade em abstrato, portanto, mas verificada de forma indireta. A questão é de técnica legislativa. Como regra geral, a quantidade de pena (ainda que definida abstratamente) induz o regime, mas não há nada, absolutamente nada, dentro do sistema, que impeça que se determine o regime a partir do tipo de crime. E, obviamente, sendo o art. 33 do Código Penal uma norma geral de caráter infraconstitucional, as leis especiais não precisam submeter-se ao seu regramento.

Ainda mais quando a lei especial estiver em conformidade com exigência (sim, exigência) constitucional. Em outras palavras, estabelecer que o condenado por tráfico de drogas (no mínimo) inicie o cumprimento da sua pena em regime fechado é muito mais que uma opção do Legislativo, é um dever que lhe foi imposto pela Constituição, Carta Magna que a Suprema Corte tem por obrigação proteger por inteiro, mas de cujo texto parece extrair só as partes que servem para despenalizar, desencarcerar e, enfim, "despunir". Podemos demonstrar.

O direito à segurança - individual e coletiva (ou seja, segurança pública) - está textualmente consagrado no *caput* do art. 5º da Constituição, ao lado (e, portanto, no mesmo plano) dos direitos (igualmente fundamentais, por óbvio) à vida, à liberdade, à igualdade e à propriedade. Por certo, não poderia haver lugar mais adequado para que se lhe reconheça como *cláusula pétrea* e se afaste qualquer dúvida quanto à obrigação do Estado de garanti-lo. Segundo o renomado constitucionalista português Jorge Miranda, "*o Estado só é Estado Constitucional (...) desde que os indivíduos usufruam de liberdade, segurança, propriedade e desde que o poder esteja distribuído por diversos órgãos*"[154].

Ora, se a segurança é direito fundamental, cabe ao Poder Público (no que se incluem, obviamente, os órgãos e instituições incumbidos da persecução pública, bem como o Poder Judiciário) não apenas garanti-la como promovê-la. Entre os instrumentos de que dispõe, para tanto, está, em indiscutível posição de destaque, o Direito Penal. Mais que isso, basta uma análise comprometida e cuidadosa do art. 5º, LIX, da CR/88, em conjunto, obviamente, com o restante da Carta Magna, como faz Eugênio Pacelli de Oliveira na sua obra *Processo e Hermenêutica*[155], para concluir que a tutela *penal* dos direitos fundamentais (e, por conseguinte, da segurança) é, ela própria, uma garantia fundamental de titularidade difusa entre os membros do corpo social aos quais assiste o direito de exigir do Estado que recorra

154 MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional. Tomo II.* 4ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 17.

155 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de: *Processo e Hermenêutica na Tutela Penal dos Direitos Fundamentais.* Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

ao Direito Penal sancionador para combater as formas mais graves de violação.

Obviamente, se há um direito social à tutela penal, não é desarrazoado dizer que essa tutela deve ser eficaz. Isso porque *"o legislador penal pode vulnerar os direitos fundamentais quando a severidade de suas previsões não chega a oferecer uma proteção suficientemente satisfatória e efetiva"*[156]. E, claro, também o aplicador da lei pode fazê-lo, sobretudo quando afasta dispositivos jurídica e constitucionalmente legitimados que impõem a dita severidade.

Por sua vez, o tráfico de drogas é, se não a maior, uma das maiores ameaças à segurança (pública e individual) da sociedade moderna. Quase sempre levado a efeito por organizações criminosas, constitui um poder paralelo que corrompe pessoas, desestabiliza comunidades inteiras e ao qual direta ou indiretamente se vinculam a maioria dos crimes na atualidade, enfim, *"é um dos maiores flagelos da humanidade, a cada ano vencendo mais batalhas e ceifando mais vidas"*[157].

Em uma conclusão: a sociedade brasileira, com respaldo em sua Constituição, porque a segurança é um direito fundamental (de cada indivíduo e da coletividade) e porque a tutela penal dos direitos fundamentais também o é, pode exigir que os poderes constituídos (Executivo, Legislativo e Judiciário, sem falar, é claro, no Ministério Público) utilizem o Direito Penal como um dos recursos de enfrentamento ao tráfico de drogas, incidindo estes (os poderes públicos) em descumprimento dos preceitos constitucionais sempre que tal utilização esteja se revelando ineficiente e desproporcional à ofensa.

Desse modo, o simples conflito entre o direito fundamental à segurança e a realidade caótica e sangrenta imposta pelo tráfico já seria suficiente, a nosso ver, para exigir dos aplicadores da lei uma postura rigorosa no combate ao narcotráfico. E isso, enfatizamos, para atender ao que foi determinado pela Constituição. A não ser que se queira ler nela só os dispositivos que

156 PULIDO, Carlos Bernal *apud* STRECK, Maria Luiza Schäfer. *Direito Penal e Constituição: A Face Oculta da Proteção dos Direitos Fundamentais.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 46.

157 SARABANDO, José Fernando Marreiros. *Op. Cit.*. p. 194.

interessam a uma determinada ideologia, ignorando, nada mais, nada menos, que o art. 5°. E não só seu já citado *caput*.

É que há mais, no famoso artigo, além da instituição da segurança como direito fundamental. Por certo, essa previsão seria suficiente para legitimar amplamente o regime inicial fechado, mas exigiria algum esforço intelectual e alguma pesquisa empírica (sobre o impacto do tráfico na segurança pública). Um de seus incisos, porém, deixou a situação dos juristas muito mais cômoda. Ou muito mais difícil, conforme se queira ou não sustentar punições sérias para os traficantes.

Com efeito, também consta do texto original do art. 5°, no rol dos direitos e garantias fundamentais (cláusula pétrea, insuscetível de interpretação restritiva, como é de conhecimento de qualquer estudante do primeiro período de Direito), o inciso XLIII, redigido nos seguintes termos: "*a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos (...)*". Embora a redação do inciso disponha sobres restrições de benefícios específicos (fiança, graça e anistia), o objetivo é de uma clareza de doer nos olhos (salvo dos deliberadamente cegos): estabelecer um tratamento penal diferenciado (de maior rigor, evidentemente) para tais delitos por meio de um comando expresso de (severa) criminalização[158], porque eles, "*de acordo com a aferição do legislador constituinte, representavam lesões graves a bens jurídicos de inquestionável dignidade penal e que estavam necessitados da tutela penal. Mas, além disso, era detectável nas condutas incriminadas uma flagrante equivalência sob o ângulo da danosidade social*"[159].

Destarte, no mais decantado artigo da nossa Constituição, no pedestal reservado aos direitos e garantias fundamentais (dos quais, portanto, fazem parte, repita-se à exaustão), "*a despei-*

158 "*Esse tipo de normas constitucionais têm sido chamadas de cláusulas de criminalização, sendo algumas expressas e inequívocas, e outras facilmente deduzíveis do contexto das normativas constitucionais. Esse aspecto criminalizador das Constituições mais recentes é visto por F. Mantovani como uma função propulsora da interferência criminal, objetivando o cumprimento dos deveres individuais de solidariedade econômica e social, e, também, de remoção dos obstáculos econômicos e sociais que se opõe a homogenização e predispõe a criminalidade*" (LUISI, Luiz. Princípios Constitucionais Penais. Porto Alegre: Fabris, 1991. p. 42)

159 FRANCO, Alberto Silva. *Crimes Hediondos*. 5ª Ed. São Paulo: RT, 2005. p. 81.

to de serem verificados princípios constitucionais, relativos ao direito penal, tendentes a limitar a intervenção da atividade estatal-penal (...), é inegável a existência de uma série de preceitos destinados a alargar a incidência do direito criminal"[160]. E isso sem retirar da Constituição seu caráter democrático, mas, ao contrário, reforçando-o, pois, como anota Francesco Palazzo *"as vertentes orientadas no sentido da criminalização traduzem a expressão de uma visão bem diversa do papel da Constituição no sistema penal: as obrigações de tutela penal no confronto de determinados bens jurídicos, não infreqüentemente característicos do novo quadro de valores constitucionais e, seja como for, sempre de relevância constitucional, contribuem para oferecer a imagem de um Estado empenhado e ativo (inclusive penalmente) na persecução de maior número de metas propiciadoras de transformação social e da tutela de interesse de dimensões ultraindividual e coletivas, exaltando, continuamente, o papel instrumental do direito penal com respeito à política criminal, ainda quando sob os auspícios – por assim dizer – da Constituição"*[161].

Finalmente, com escora na doutrina de Luiz Luisi e reforçando o que já foi dito sobre a (necessária e constitucionalmente garantida) tutela *penal* dos direitos fundamentais, é pertinente ressaltar que tal norma (a exemplo de outros comandos de criminalização) constitui inegável fator de legitimação do Direito Penal que, por meio de normas constitucionais, está vocacionado a ser *"um instrumento de proteção de direitos coletivos, cuja tutela se impõe para que haja uma justiça mais autêntica, ou seja, para que se atendam as exigências de Justiça material. Expressam esses tipos de formas constitucionais, as instâncias do Sozialstaats, e fazem com que o Estado exerça uma função ativa, ampliando a área de atuação do Direito Penal"*[162].

A par da exigência explícita de um tratamento penal rigoroso aos crimes de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes, a mesma conclusão pode ser extraída a partir da compreensão da dupla face do princípio da proporcionalidade.

160 SBARDELOTTO, Fábio Roque. *Direito Penal no Estado Democrático de Direito. Perspectivas (Re) legitimadoras.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 83/84.

161 *Apud* SBARDELOTTO, Fábio Roque. *Op. Cit.* p. 86

162 LUISI, Luiz. *Op. Cit.* p. 41.

Segundo a doutrina que defende esse duplo viés - de um lado a proibição de excesso (*übermassverbot*) e, de outro a proibição de proteção deficiente (*untermassverbot*) -, partindo da premissa (acima acolhida) de que a Constituição, porque compromissária, dirigente e voltada à realização de um Estado Democrático de Direito, objetivando "*construir uma sociedade livre justa e solidária*"[163] e "*promover o bem de todos*"[164], "*não deve ser vista de modo unilateral, preocupada unicamente com a defesa do indivíduo, mas também com a defesa dos direitos fundamentais de toda uma sociedade*"[165], o princípio constitucional da proporcionalidade, em relação ao Direito Penal, "*assim como teria legitimidade para conter o poder incriminador, autorizando-o apenas à tutela de objetos legítimos, teria também legitimidade para lhe impor um âmbito mínimo irrenunciável de tutela*"[166]. "*Assim, o espaço de atuação do legislador* [e também do julgador] *estaria entre dois limites: a proibição de proteção contra os excessos praticados contra o indivíduo (nesse caso, a proteção é em favor do indivíduo) e a proibição de proteção deficiente em prol do indivíduo a ser tutelado (nesse caso, a proteção é do restante da sociedade ou de indivíduos isoladamente)*"[167].

Rememorando que "*o princípio da proporcionalidade surgiu para dar garantia à liberdade individual em face dos interesses estatais*"[168], mas traçando sua evolução, que "*coincide com um novo paradigma, o de eficácia dos princípios constitucionais*"[169], em que o princípio em questão torna-se "*responsável por determinar os limites - máximos e mínimos - de intervenções estatais nas esferas individuais e coletivas, sempre tendo em vista as funções e os fins buscados pelo Estado Democrático de Direito*"[170], Maria Luiza Schäfer Streck conclui que "*o Estado também poderá deixar de proteger direitos fundamentais, atuando de modo deficiente/insuficiente, ou seja, deixando*

163 Art. 3º, I, CR/88.

164 Art. 3º, IV, CR/88.

165 STRECK, Maria Luiza Schäfer. *Op. Cit.* p. 73.

166 CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da *apud* STRECK, Maria Luiza Schäfer.

167 STRECK, Maria Luiza Schäfer. *Op. Cit.* p. 105.

168 STRECK, Maria Luiza Schäfer. *Op. Cit.* p.62.

169 STRECK, Maria Luiza Schäfer. *Op. Cit.* p. 64/65.

170 STRECK, Maria Luiza Schäfer. *Op. Cit.* p. 65.

de atuar e proteger direitos mínimos assegurados pela Constituição". Nesse contexto, *"a infraproteção passaria a ser também objeto de inconstitucionalidade"*[171]. Segundo Mijail Mondoz Escalante, *"los poderes públicos, en general, tienen um deber de protección de los derechos fundamentales de la persona. (...) si un órgano jurisdiccional o administrativo omite el cumplimiento de la actuación positiva destinada a la protección de derechos fundamentales de la persona frente a actos del próprio Estado o de particulares, él habrá incurrido en la omisión de su deber de protección de derechos fundamentales y, en consecuencia, los habrá afectado"*[172].

Há paradigmática decisão do Tribunal Constitucional Federal Alemão no sentido de que *"para que a proibição de proteção insuficiente não seja violada, a conformação da proteção pelo ordenamento jurídico deve corresponder a exigências mínimas"*[173]. Enfim, *"a proibição de proteção deficiente pode definir-se como um critério estrutural para a determinação dos direitos fundamentais, com cuja aplicação pode determinar-se se um ato estatal – por autonomásia, uma omissão – viola um direito fundamental de proteção"*[174].

Considerando a magnitude da ofensa promovida pelo narcotráfico, de solar clareza que (tentar) reprimi-lo com normas excessivamente brandas, a ponto de igualá-lo, na prática, por exemplo, a um crime de furto[175], constitui violação ao princípio da proibição de proteção deficiente, só resguardado se preservadas as normas severas relativas à aplicação da pena.

Direito fundamental à segurança pública, direito fundamental à tutela penal, mandado expresso de criminalização e princípio da proporcionalidade (proibição da proteção deficiente): quatro cânones constitucionais ignorados de forma retumbante pelo entendimento que rechaçou o regime inicial fechado.

---

171 STRECK, Maria Luiza Schäfer. *Op. Cit.* p. 96.

172 *Apud* STRECK, Maria Luiza Schäfer. *Op. Cit.* p. 102.

173 STRECK, Maria Luiza Schäfer. *Op. Cit.* p. 100.

174 PULIDO, Carlos Bernal *apud* STRECK, Maria Luiza Schäfer. *Op. Cit.* p. 73.

175 Incidindo a causa de diminuição do §4º sobre o preceito secundário do *caput* do art. 33 da Lei 11.343/06 chega-se à pena mínima de 1 (um) ano e 8 (oito) meses (pouco menor, portanto, que a pena mínima abstratamente cominada ao crime de furto qualificado).

Assim, portanto, contra normas expressas e princípios implícitos, o Supremo Tribunal Federal acabou com o regime integralmente fechado e investiu contra o regime inicial fechado, viabilizando que condenados por tráfico (e, repita-se, por outros crimes graves) iniciem o cumprimento da pena no regime semiaberto e até no aberto que, na prática, quase sempre equivale a pena nenhuma.

Mas, em um movimento de fazer inveja aos publicitários dos canais de televendas que invadem as madrugadas: - *Não foi apenas isso!*

Enquanto avançava contra a obrigatoriedade do início de cumprimento de pena em regime fechado no tráfico de drogas, a Suprema Corte, mais uma vez sem qualquer primor técnico, decidiu contra outro texto expresso de lei e criou a aberrante hipótese de penas alternativas para condenados por tráfico. Para tanto, no julgamento do *Habeas Corpus* 97.256/RS[176], em 1° de setembro de 2010 (ou seja, menos de quatro anos após a entrada em vigor da Lei Antidrogas), abraçou a tese de que o princípio da individualização da pena (sempre ele) impede a vedação, em abstrato, da substituição da pena. Consta do acórdão que: "*no momento sentencial da dosimetria da pena, o juiz sentenciante se movimenta com ineliminável discricionariedade entre aplicar a pena de privação ou de restrição da liberdade do condenado e uma outra que já não tenha por objeto esse bem jurídico maior da liberdade física do sentenciado. Pelo que é vedado subtrair da instância julgadora a possibilidade de se movimentar com certa discricionariedade nos quadrantes da alternatividade sancionatória*". E, assim, em um golpe dilacerante, mutilou o §4° do art. 33 da Lei 11.343/06, segundo o qual (em sua redação original): "*nos delitos definidos no caput e no §1° deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços,* ***vedada a conversão em penas restritivas de direitos****, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa*", bem como o art. 44, que dispõe que: "*os crimes previstos nos arts. 33, caput e §1°,*

176 Relatoria do Ministro Ayres Brito, que votou pela inconstitucionalidade, seguido pelos ministros Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Cézar Peluso e Celso de Mello. Vencidos Joaquim Barbosa, Cármen Lúcia, Ellen Gracie e Marco Aurélio.

e art. 34 desta Lei são inafiançáveis, e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, ***vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos***". Claro que a parte que trata da possibilidade de redução de pena permaneceu incólume, passando ao largo do ataque.

A leitura da ementa leva, invariavelmente (e já estamos suficientemente "escaldados" para aguardar esse próximo passo), à conclusão de que, para o Supremo, é possível, em tese, a aplicação de penas alternativas, para além dos casos de tráfico de drogas, também para casos de tortura, homicídio qualificado, latrocínio, estupro de vulneráveis, entre outros, como se o próprio art. 44 do Código Penal, ao estabelecer os limites para a substituição da pena (proibindo-a, por exemplo, para crimes violentos), fosse inconstitucional, porque contrasta com a "*inelimitável discricionariedade*". Nada mais absurdo!

Neste ponto, alguém que não tenha afinidade com a matéria pode ter concluído que o tal princípio da individualização da pena, invocado pelo STF para derrubar o regime fechado e a obrigatoriedade da pena de prisão em casos de tráfico ilícito de entorpecentes, foi exaurido pelo constituinte e pode se surpreender ao descobrir que a Carta Magna não o enunciou senão como um comando ao legislador infraconstitucional, estabelecendo simplesmente que "*a* ***lei regulará*** *a individualização da pena*" (art. 5°, XLVI). A lei regulará! a lei, não a jurisprudência.

Entretanto, todas as leis que regulariam, ou tentaram regular, foram impedidas de cumprir o que a própria Constituição determinou, ao argumento de que a Constituição lhes proibiria de fazer aquilo que, na verdade, lhes delegava. Esse é o nível da loucura hermenêutica imposta pelo nosso Tribunal Constitucional.

A individualização, nos moldes legais e conforme ensina a Doutrina[177], compreende três etapas, sendo a primeira delas a

177 "*A individualização da pena concretiza-se em três fases distintas, a saber: a) na primeira, a de sua cominação em abstrato, função do legislador, com o etiquetamento da conduta e a definição da espécie de pena e dos limites extremos, supostamente atento às conveniências sociais e políticas; b) depois, num plano imediato, a fase de sua aplicação, quando, na sentença, o magistrado, apreciando o caso concreto e a culpabilidade do autor, determina a espécie de pena dentre as legalmente previstas e, dentro dos limites correspondentes, fixa a quantidade necessária e suficiente à repressão e prevenção; c) por último, quando da execução, no contexto*

cominação (em que se estabelece não apenas a quantidade de pena, mas também o tipo de pena - reclusão, detenção, prisão simples, multa). Nesse contexto, o Código Penal está permeado de normas que impõem o regime fechado e vedam a substituição com base na gravidade, em abstrato, da conduta. Basta ver, por todos, o próprio art. 44, I, do Código Penal, no ponto em que veda a substituição em caso de crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa (por conta de sua considerável gravidade, obviamente). Se o legislador pode (e deve, sob pena de incorrer em lesão ao já citado princípio da proibição da proteção deficiente) vedar a substituição, por exemplo, para os delitos de lesão corporal, ameaça, constrangimento ilegal, seqüestro ou cárcere privado e roubo, independentemente do *quantum* de pena aplicada concretamente[178], não há razão para que não possa adotar postura idêntica em casos de tráfico de drogas, nos termos do art. 44 e do art. 33, §4º, ambos da Lei 11.343/06.

Para além do texto constitucional, há, ainda, normas internacionais que orientam que se recorra à pena de prisão para o enfrentamento do comércio de entorpecentes, as quais foram solenemente ignoradas pelo Supremo, a despeito de ratificadas pelo Estado brasileiro.

Diante da constatação de que o narcotráfico há muito tem se revelado uma das maiores mazelas da sociedade contemporânea, a maioria dos países tem se alinhado em seu combate, convergindo esforços no sentido de erradicá-lo. Nesse sentido, inúmeros documentos internacionais foram elaborados[179], cabendo destacar, entre outros, a Convenção Única de Nova York sobre Entorpecentes, a Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas de Viena e a Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas (também em Viena).

---

da nova relação, que inaugura com o trânsito em julgado da sentença, entre o Estado e o condenado e na qual intervêm, além do juiz e do MP, outros órgãos da administração pública." (BOSCHI, José Antônio Paganella. *Das Penas e seus Critérios de Aplicação*. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 65/66).

178 Observe-se que em todos os tipos citados é perfeitamente possível que a pena concreta mantenha-se abaixo do limite "igualmente legal e legítimo" de 4 (quatro) anos, que autoriza a substituição.

179 Encontra-se uma análise cuidadosa dessa evolução e de cada uma dessas normas internacionais em GRECO FILHO, Vicente. *Tóxicos: Prevenção e Repressão*. 14ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 73-83.

Entre tantos outros dispositivos dos quais se extrai nítido propósito de fazer incidir o Direito Penal em seu viés punitivo mais rigoroso aos casos de tráfico de drogas, destacam-se alguns que tratam especificamente das penas e dos quais se vê de forma mais cristalina a severidade pretendida pelos países signatários. Nesse sentido, cite-se, por exemplo, o art. 22, §1, *a*, da primeira convenção de Viena, que dispõe que "*ressalvadas suas limitações constitucionais, cada parte tratará como delito punível qualquer ato contrário a uma lei ou regulamento adotado em cumprimento às obrigações oriundas da presente Convenção, quando cometido intencionalmente, e cuidará que delitos graves sejam passíveis de sanção adequada, particularmente de prisão ou outra penalidade privativa de liberdade*" (grifos não originais). O art. 3, §4, *a* da Convenção de Viena de 1971, é igualmente categórico ao dispor que "*cada uma das Partes disporá que, pela prática dos delitos estabelecidos no parágrafo I deste Artigo, se apliquem sanções proporcionais à gravidade dos delitos, tais como a pena de prisão, ou outras formas de privação de liberdade, sanções pecuniárias e o confisco*"[180].

Deste modo, verifica-se ser também exigência de Direito Internacional, cujo descumprimento enseja as mais diversas sanções nesta seara, a austeridade e o rigor no tratamento penal do comércio ilegal de entorpecentes, situação manifestamente incompatível com o pagamento de uma prestação pecuniária de um salário-mínimo ou a prestação de algumas horas de serviço comunitário.

III - SOBRE O TRÁFICO "PRIVILEGIADO", OS EUFEMISMOS INCONSTITUCIONAIS E SUAS CONSEQUÊNCIAS

Não satisfeito em desobrigar o traficante de iniciar o cumprimento da pena em regime fechado e em facultar-lhe, em

180 É bem verdade que a alínea *c* do mesmo artigo dispõe que "*nos casos apropriados de infrações de caráter menor, as Partes poderão substituir a condenação ou a sanção penal pela aplicação de outras medidas*". Entretanto, nos parece que, entre nós, as infrações de caráter menor devem ser aquelas que se amoldam ao conceito de infração de menor potencial ofensivo, a exemplo do art. 33, §3º, Lei 11.343/06 ou até mesmo do art. 33, §2º, Lei 11.343/06 (já que, em relação a este, embora não se trate de infração de menor potencial ofensivo, cabe suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89, Lei 9.099/95), tudo dentro da perspectiva, a ser explorada no tópico seguinte, de que o §4º, ao contrário dos dois que lhe precedem, não estabelece tipo penal autônomo em relação ao *caput*.

muitos casos, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos[181], o STF resolveu, por último, dizer - em colisão frontal com o texto constitucional e com a estrutura sistematizada da Lei Anti-Drogas - que há hipóteses de tráfico que não são equiparadas a crimes hediondos e que, portanto, além de todos os benefícios já assegurados, estariam submetidas às regras de execução penal dos crimes comuns. Isso na remotíssima hipótese de serem seus autores presos.

Isso foi feito, praticamente em caráter definitivo, no julgamento do *Habeas Corpus* 118.533/MS[182], em 23 de junho de 2016, que decidiu que "*o tráfico de entorpecentes privilegiado (art. 33, §4°, da Lei n. 11.313/2006) não se harmoniza com a hediondez do tráfico de entorpecentes definido no caput e § 1° do art. 33 da Lei de Tóxicos*".

Aqui, especificamente, a questão envolve um pouco mais de dogmática penal, mas nem por isso reveste-se de grande complexidade e, pela pertinência temática, não pode deixar de ser tratada neste ensaio.

A Lei 11.343/06 entrou em vigência com alguns propósitos claramente definidos. Um deles (progressiva e sistematicamente enfraquecido pelas decisões aqui criticadas), recrudescer o tratamento penal ao tráfico de drogas. Outro, diferenciar os tipos de traficantes, reservando para alguns punição mais leve. Para tanto, incluiu o §4° no art. 33 da citada lei.

181 Aqui, cabe a seguinte ressalva: Em princípio, como o art. 44, I, do Código Penal não foi atacado no *Habeas Corpus* 97.256/RS, o teto de quatro anos de pena continua vigente como limite para a aplicação das penas alternativas. Enquanto está assim, a substituição de penas privativas de liberdade por penas restritivas de direitos tem ocorrido apenas nos casos menos graves (em que se reconhece o crime privilegiado ou a presença de causas de diminuição de pena, já que nas demais hipóteses a pena mínima para o tráfico de drogas é de cinco anos). A fundamentação contida no acórdão, porém, não faz vinculação necessária entre a possibilidade de substituição e o tráfico minorado. Assim, por enquanto, a prisão em casos de tráfico de drogas sobrevive graças às normas gerais do Código Penal, ainda tidas como válidas. Não devemos nos assustar, portanto, se em breve os chefes do tráfico também forem agraciados com serviços comunitários ao invés de anos de cadeia.

182 Relatoria e voto condutor da Ministra Cármen Lúcia, acompanhada pelos ministros Luís Roberto Barroso, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Edson Fachin, Teori Zavascki e Rosa Weber, vencidos os ministros Luiz Fux, Dias Toffoli e Marco Aurélio. A leitura do inteiro teor do acórdão é indispensável para quem quer aprofundar-se no tema. Dela depreende-se, claramente, que os ministros seguem um caminho de desenvolver política criminal e não analisar a questão sob o prisma jurídico, a despeito dos pertinentes alertas feitos, especialmente, nos votos dos ministros Luiz Fux e Marco Aurélio. Um fato interessante desse julgamento é que os ministros Edson Fachin, Teori Zavascki e Rosa Weber, inicialmente, votaram contra a relatora, inclusive recorrendo à jurisprudência então dominante no próprio supremo, mas reajustaram seus votos no sentido de acompanhar a Ministra Cármem Lúcia, fazendo-o, claramente, por razões de ordem prática (leia-se, política de desencarceramento).

A despeito da diferenciação, a Lei, em momento algum, deixou de reconhecer a conduta do pequeno ou eventual traficante como tráfico de drogas. A jurisprudência, ainda que de forma inconfessa, o fez.

Com seu espírito analítico, a teoria do delito (com naturais divergências entre seus estudiosos) promove algumas classificações entre os tipos penais. Na classificação quanto à estrutura fala-se em tipo básico e tipos derivados; estes, a seu turno, subdividem-se em tipos qualificados e tipos privilegiados. Nos primeiros, "*após descrever uma conduta fundamental, o legislador acrescenta determinadas circunstâncias que modificam, para mais, os limites mínimo e máximo de pena, cominada à figura típica fundamental*"[183]. Nos segundos, se acresce "*uma circunstância que tem o poder de diminuir a pena*"[184].

Quase sempre, embora em breves linhas, se ocupam os penalistas em esclarecer a distinção entre qualificadoras e causas de aumento, assim como entre privilégio e causa de diminuição. É praticamente consenso que "*a causa de aumento sempre descreve um parâmetro de discricionariedade para a majoração, a que o juiz deve obedecer para aumentar a pena provisória. A qualificadora, por sua vez, descreve uma nova figura típica, com elementares que são acrescidos ao tipo considerado como fundamental, possuindo uma cominação própria. Da mesma forma, o privilégio. Derivado da figura fundamental (tipo simples), o tipo privilegiado não se confunde com a causa de diminuição. O tipo privilegiado é figura típica autônoma, que possui cominação própria de pena (mínimo e máximo). A causa de diminuição opera efeitos modificativos na pena provisória*"[185].

Sem adentrar em questões de técnica legislativa, até porque o nosso legislador não parece apreciá-las, a distinção está bem posta: o tipo derivado constitui *plus* em relação ao tipo básico, novas elementares de tamanha relevância que alteram o desvalor da ação ou do resultado em abstrato, é dizer, independentemente do apurado no caso concreto, o tipo qualificado é mais

183 VARGAS, José Cirilo de. *Do Tipo Penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. p. 122.

184 VARGAS, José Cirilo de. *Op. Cit.* p. 122.

185 ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. *Direito Penal - Parte Geral*. Niterói: Impetus, 2004. p. 613.

grave que o tipo simples, enquanto o tipo privilegiado é menos. As majorantes/minorantes, por outro lado, se constituem em circunstâncias a serem apuradas no caso concreto[186] que, sem modificar a essência da norma penal incriminadora (sua inclusão ou exclusão não alteram o crime cometido), impõem o aumento ou a diminuição da pena.

À vista de tais distinções, soa evidente que há, sim, dois tipos privilegiados de tráfico de drogas, mas eles estão previstos nos §§2º e 3º do art. 33, da Lei 11.343/06[187]. O §4º, por sua vez, constitui apenas uma causa de diminuição de pena - expressamente vinculada aos crimes tipificados no *caput* e no §1º, ou seja, aos tipos básicos de tráfico de drogas - destinada a abrandar (em quantidade de pena) a punição dirigida ao "*traficante de primeira viagem*"[188]. E isso porque um dos objetivos da nova Lei de Drogas foi enquadrar de forma diferenciada os diversos agentes da cadeia produtiva que compõe o pernicioso comércio: daquele que o financia, gerenciando atividade criminosa de vulto, ao distribuidor eventual, que não raro ingressa na traficância para sustentar o próprio vício.

Em que pese a salutar distinção entre o gerente do tráfico e o traficante eventual e *de primeira viagem*, o que não se pode negar é que ambos (e todos os demais que se situam entre um e outro extremo) praticam o tráfico de drogas, é dizer, o delito do art. 33, *caput* ou §1º (já que o §4º, como esclarecido, não previu nenhuma figura típica, derivada ou autônoma), de modo que sua (do delito) gravidade abstrata (até porque esse é um dado objetivo) não é alterada conforme o sujeito que o pratica. Onto-

186 A restituição voluntária da coisa (art. 16, CP), a semi-imputabilidade do agente (art. 26, parágrafo único, CP), a inobservância de regra técnica (art. 121, §4º, CP), o concurso de pessoas (art. 146, §1º, CP), o pequeno valor da *res furtiva* (art. 155, §1º, CP), para ficar apenas em alguns exemplos simples.

187 "*§2º Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga: Pena e detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa de 100 (cem) a 300 (trezentos) dias multa; §3º Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem: Pena e detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e pagamento de 700 (setecentos) a 1500 (mil e quinhentos) dias-multa, sem prejuízo das penas previstas no art. 28.* Ambos os casos diferenciam-se do tipo básico de tráfico de drogas de tal maneira que mereceram penas (em abstrato) distintas. Em ambos os casos (no primeiro, porque o agente não é fornecedor da droga, mas mero partícipe da autolesão alheia e, no segundo, pela ausência de relação comercial e pela eventualidade) não se identifica a nota do dano coletivo, o aspecto social negativo do tráfico de drogas.

188 A expressão é de Guilherme de Souza Nucci, cunhada em *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. São Paulo: RT, 2006. p. 782.

logicamente - e também do ponto de vista da danosidade social - não há diferença entre a distribuição de drogas a cargo de um indivíduo primário e de bons antecedentes e a mesma tarefa, agora atribuída a criminoso contumaz. Como bem pontua César Dário Mariano da Silva, *"não é porque foi aplicada a redução da pena que o crime perderá sua natureza"*[189], ou, conforme irretocável acórdão do Superior Tribunal de Justiça, *"embora o legislador tenha previsto a possibilidade de reduzir as sanções do agente primário, de bons antecedentes, que não se dedica a atividade criminosas e nem integre organização criminosa (art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/2006), as razões que o levaram a qualificar o tráfico ilícito de entorpecentes como equiparado a hediondo subsistem em sua integralidade, vez que os critérios que permitem a diminuição da pena não têm o condão de mitigar o juízo de reprovação incidente sobre a conduta delituosa em si mesma, que continua sendo a de tráfico ilícito de drogas"*[190].

É esta gravidade abstrata do crime - à vista da cláusula de criminalização do art. 5º. XLIII da CR/88[191] e do princípio da proibição de proteção deficiente - a razão de ser da imposição legal, aos condenados por tráfico de drogas, do regime fechado para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade e da vedação (igualmente legal) da substituição dessa pena por penas alternativas, bem como da concessão de *sursis*, graça, indulto, anistia[192], além da proibição de liberdade provisória, com ou sem fiança.

Com efeito, repita-se, o determinante para o recrudescimento do tratamento penal na espécie é natureza do delito (tráfico ilícito de substâncias entorpecentes e drogas afins, para usar a expressão constitucional) e não as características de seu autor, enquanto que o que autoriza a redução de pena são exatamente circunstâncias de natureza pessoal (que, portanto, não alteram o tipo básico em que o sujeito está incurso), quais sejam a prima-

189 *Lei de Drogas Comentada*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 74.

190 STJ - HC 143361/SP - Rel. Min. Jorge Mussi - j. 23-02-10.

191 Que, repita-se, traz comando de criminalização e imposição de tratamento rigoroso ao tráfico ilícito de entorpecentes, enquanto fenômeno social e não a um tipo penal específico.

192 Art. 44, Lei 11.343/06: *"Os crimes previstos nos arts. 33, caput e §1º, e 34 e 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos"*

riedade, os bons antecedentes e a não dedicação à criminalidade (organizada ou não).

Em suma, extrai-se do alinhamento constitucional e da *mens legis* que é potencializada a danosidade social do delito de tráfico de drogas, independentemente de quem seja seu autor, justificando, até para que a pena cumpra suas funções preventivas (já que a política criminal, em sintonia com as normas internacionais, coloca o tráfico como um dos primeiros alvos do combate à criminalidade), o tratamento mais rigoroso dispensado a todos que o praticam.

Mais. Não sendo o tráfico de drogas uma espécie do gênero crime hediondo, mas um delito que exige (e tem) tratamento autônomo (tamanha sua gravidade que, ao lado da tortura e do terrorismo, a própria Constituição o destaca, enquanto lega ao legislador ordinário o poder de definir quais serão os crimes hediondos), não há espaço para enquadrar suas modalidades (simples ou privilegiado) como crime hediondo ou não. Toda e qualquer espécie de tráfico de drogas é crime equiparado a hediondo[193].

Portanto, afastar o tratamento diferenciado, especialmente em sede de execução penal/cumprimento de pena, ao argumento de que o crime de tráfico deixa de ser equiparado a hediondo (aspecto objetivo do delito) em razão das características de quem o pratica (aspecto subjetivo do delito), é subverter a natureza das coisas e contrariar, frontalmente, a ordem constitucional.

---

193 Isso vale, inclusive, para as hipóteses de verdadeiros crimes de tráfico-privilegiado (art. 33, §§2º e 3º da Lei 11.343/06), já que o tráfico de drogas, repita-se, tem tratamento autônomo em relação aos crimes hediondos (não sendo o caso, portanto, de enquadrá-lo como crime hediondo ou não) e o art. 2º, §1º, da Lei 8.072/90, por não referir-se a um tipo específico (mas apenas ao tráfico ilícito de substâncias entorpecentes), não faz distinção em relação às espécies (simples e privilegiado) de tráfico. Situação diversa, porém, ocorre no tratamento da substituição da pena, esta vedada especificamente pelo art. 44 da Lei 11.343/06 e não pela Lei dos Crimes Hediondos. É que o referido artigo (44), ao proibir a aplicação de penas alternativas, não faz referência aos §§2º e 3º. Assim, considerando que a hipótese é de lei especial que trata da matéria e que os parágrafos citados, ao contrário do §4º, estabelecem verdadeiros tipos derivados de menor gravidade (situação até antevista nos tratados internacionais citados, não incidindo, por isso, o princípio da proibição de proteção deficiente), a substituição torna-se cabível. O problema que persiste é em relação às demais vedações estabelecidas pelo art. 44 (liberdade provisória □ com ou sem fiança □ anistia, graça e indulto) também não estendidas às hipóteses de tráfico-privilegiado, uma vez que alguns desses benefícios (fiança, anistia e graça) são expressamente vedados pelo art. 5º, XLIII, CR/88, que é norma constitucional originária. Nesse caso, nos parece, deve prevalecer o comando constitucional,

Por tudo isso, aliás, que a jurisprudência já se consolidara em sentido contrário à tese abraçada pelo Supremo no julgamento ora criticado, inclusive sumulando o entendimento no enunciado 512 do Superior Tribunal de Justiça (posteriormente cancelado por força da decisão do STF). Em outras palavras: tudo o que aqui foi dito era reconhecido como juridicamente adequado e constitucionalmente conformado pelas altas cortes do país. A guinada, portanto, foi claramente política, porquanto não havia razões jurídicas para a alteração que, inclusive, violou o sistema de precedentes que se tenta consagrar no Brasil, afrontando a segurança jurídica.

De mais a mais,

> *"postar-se indiferente à interpretação literal e teleológica da Lei dos Crimes Hediondos, a Lei Federal nº 8.072/90, buscando minúcias e filigranas nada razoáveis, é no mínimo concorrer para a inviabilização do combate ao narcotráfico, frustrando a intenção evidente que norteou o processo legislativo de 1976 e 1990, assim como aos outros delitos especialmente graves ali elencados. Não se há mesmo de premiar os réus, registre-se, com benefícios fora dos limites do razoável, valendo como bússola certa a especial gravidade de sua conduta delituosa, como ocorre, principalmente, com o tráfico de drogas"*[194].

IV - SE JÁ NÃO VAMOS PUNIR, QUE TAL PERDOAR? O INDULTO PARA TRAFICANTES

Com o entendimento de que o impropriamente denominado tráfico-privilegiado não é crime equiparado a hediondo, se chegou ao ápice da subversão constitucional: para além da possibilidade de cumprimento da pena em pé de igualdade com os crimes mais leves do ordenamento (com progressão de regime com um sexto de pena, por exemplo), viabilizou-se a alguns casos de tráfico de drogas, por meio do Decreto 8.940/16, o indulto natalino.

reconhecendo-se a inconstitucionalidade do art. 44, no ponto em que permite a concessão de fiança, anistia e graça às hipóteses de tráfico privilegiado.

194 SARABANDO, José Fernando Marreiros. *Op. Cit.* p. 192.

A Constituição e a Lei Antidrogas, como já se viu inúmeras vezes, o proíbem em vários dispositivos, mas decisões efetivadas a partir do entendimento acerca do afastamento da hediondez pela incidência do §4° passaram a admiti-lo. Com o aval do Judiciário, o Executivo, também imbuído de suas próprias pretensões de desencarceramento em massa, resolveu consagrá-lo no último decreto, já referido.

Além de tudo o que já foi dito, o art. 5°, XLIII da Constituição da República, que determina o tratamento mais rigoroso ao tráfico de drogas, se refere unicamente ao "*tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins*" para estabelecer os benefícios proibidos. No contexto, a referência é muito mais ao tráfico como fenômeno social que como um tipo penal específico e sem sequer cogitar de qualquer diferenciação entre espécies de tráfico.

Para a Constituição, todos os tipos de tráfico eventualmente descritos pelo legislador devem submeter-se ao mesmo regramento, sendo legítimo esperar que isso fosse obedecido, no mínimo (quando tudo o mais já fora perdido), quanto às vedações constitucionais expressas (à fiança, à graça e à anistia), sendo absolutamente irrelevante, pelo menos nesse particular, qualquer análise valorativa sobre ser o tráfico "privilegiado" equiparado a hediondo, na medida em que se impõe o tratamento rigoroso tanto a uns (crimes hediondos) quando ao outro (tráfico de drogas). E neste caso, apenas e tão somente por ser tráfico.

Para afastar a incidência do regramento diferenciado que veda o indulto, destarte, não é (ou não deveria ser) suficiente afirmar que o tráfico "privilegiado" não se equipara a hediondo, mas, sim, que sequer de tráfico ilícito de drogas se cuida. E, isso, ninguém fez. Ainda.

É bem verdade que a Constituição fala em graça (e não em indulto), mas qualquer leitor de sinopse jurídica sabe que o graça, naquele dispositivo, foi termo usado de modo a abranger qualquer espécie de perdão[195]. Aqui, por todos, cite-se a consa-

195 Um parêntesis: assim como é de conhecimento geral (ao menos para quem cursou o primeiro período de Direito) que a palavra *graça* no art. 5°, XLIII inclui o indulto, é também informação acessível a qualquer estudante que quando a Constituição definiu que o tráfico era inafiançável, pretendia que

grada doutrina de Júlio Fabbrini Mirabete, que explica que "*a palavra graça, no dispositivo citado, tem que ser entendida como indulto, pois somente este e a anistia são formas constitucionais de indulgentia principis pelo Executivo e pelo Legislativo, e a Lei n. 8.072 somente se refere a indulto e graça para coincidir com o art. 5º, XLIII, e, ao mesmo tempo, não dar margens a dúvidas quanto à sua abrangência. Ademais, não haveria sentido em proibir-se a anistia, que só pode ser concedida por lei, e permitir o indulto individual ou coletivo, dependente de decreto*"[196].

V - CONCLUSÃO: PARA QUE LADO PENDE A BALANÇA (DA JUSTIÇA OU DE PRECISÃO)

Com amplo respaldo de juristas, filósofos, psicólogos forenses, criminólogos e até economistas, Diego Pessi e Leonardo Giardin de Souza, em *Bandidolatria e Democídio*, obra que tem rompido de forma magistral a espiral do silêncio e quebrado a hegemonia do paradigma garantista, reafirmam que o crime é, em regra, uma escolha racional[197]. Em crimes cuja meta é o lucro e o enriquecimento, isso é uma conclusão quase intuitiva. Autores desse tipo de infração, descontada a ausência de bússola moral, agem como qualquer empresário, avaliando benefícios, vantagens, custos e riscos da ação criminosa antes de tomarem uma decisão. Nesse contexto, parece evidente que o abranda-

não pudessem seus autores ser beneficiados com liberdade provisória. A Jurisprudência, também aqui, ignorou tal fato.

196 Execução Penal, 11ª. edição. São Paulo: Atlas, 2004, p. 785.

197 Apenas a título ilustrativo, já que a obra merece, na verdade exige, integral leitura, cite-se: "tomemos como exemplo a pregação recorrente de certos ideólogos sobre a ineficácia e consequente desnecessidade da pena de prisão: Gary S. Becker - agraciado com o Prêmio Nobel em Ciências Econômicas por haver estendido suas análises a uma vasta gama de aspectos do comportamento humano - sustenta que os freios éticos e morais são suficientes para que muitas pessoas (ou dizer, a maioria) se abstenham de praticar crimes, mesmo que isso lhes seja vantajoso e não haja risco de punição. Contudo, acrescenta, polícia e cadeia seria desnecessárias se essa atitude prevalecesse invariavelmente. Segundo o economistas, a opção pelo crime é racional: implica comparação de recompensa nele obtida (financeira ou não) com aquela oferecida numa ocupação lícita, bem como o cálculo da probabilidade de prisão, condenação e, finalmente, severidade da pena. A quantidade de crimes praticados é determinada não apenas pela escolha racional dos potenciais criminosos (ponderação dos fatores risco/recompensa), mas também pelo ambiente engendrado por políticas públicas, que inclui investimentos em policiamento, punição para diferentes crimes e oportunidades de emprego e educação. A alta probabilidade de condenação é o fato preponderante para inibir a prática de crimes" (Bandidolatria e Democídio: Ensaios sobre Garantismo Penal e a Criminalidade no Brasil. Editora Armada: Santo André, 2017. p. 63/64). A quase inocorrência de crimes patrimoniais em territórios dominados pelo tráfico é, aliás, prova disso.

mento do rigor da Lei dos Crimes Hediondos e o esvaziamento do conteúdo punitivo da Lei Antidrogas facilitam o processo de escolha, contribuindo de forma relevante para a proliferação do tráfico de drogas.

Nublada pela ideologia e pressionada pelas políticas de desencarceramento de um Executivo que não dispensa um centavo para a construção de unidades prisionais, é inegável o favor que a Jurisprudência tem feito aos empreendedores do narcotráfico, reduzindo drasticamente seus riscos e custos, a estimular ainda mais um dos melhores e mais lucrativos negócios de que se tem notícia. Se está todo mundo do mesmo lado, não tem guerra perdida, pois o quadro não é nem de guerra. É de armistício.

CAPÍTULO 8

HOMESCHOOLING: "SALVEM AS CRIANÇAS"

Simone Sponholz[198]

"A verdadeira educação deve desenvolver o indivíduo humano, a pessoa, antes de servir o Estado.

O ensino não foi organizado pelo moderno Estado-Nação.

O ensino formal começou, de fato, como tentativa de tornar o conhecimento religioso – o senso transcendente e as verdades morais – familiar à geração nascente.

Seu propósito não era doutrinar os jovens em civismo, mas sim ensinar o que é ser um homem genuíno, que vive dentro de uma ordem moral."

(*Russel Kirk,* A Política da Prudência)

I - INTRODUÇÃO: CONTEXTO DE DOMINAÇÃO DA NOVA ORDEM MUNDIAL

Temos acompanhado nos últimos anos as discussões cada vez mais frequentes sobre a necessidade de resgatarmos nossas crianças e jovens de um sistema que os massifica e que busca destruir as ligações entre as gerações.

198 Professora Universitária com Mestrado em Direito Processual e Cidadania.

A imposição de ideologias surge com a justificativa de preparar nossos filhos para que dominem as tecnologias do futuro. Porém, o pacote de supostos benefícios ofertados esconde a finalidade de direcionamento, para que se perca tudo que há de valor no contexto familiar, desprezando inclusive o conhecimento real. Por isso que geralmente os atrativos não estão no contexto das famílias, mas são exteriores a ela. Mais grave, nem mesmo o ambiente doméstico escapa do alcance deste propósito, porque as almas de nossos jovens são sobretudo atingidas pelos meios virtuais, que atualmente estão ao alcance de suas mãos, nos celulares.

Esse movimento é coordenado estrategicamente por uma intelectualidade orgânica (nos moldes de Antônio Gramsci), por segmentos destinados ao estabelecimento de um governo mundial[199]. Não por outro motivo, o que hoje discutimos enquanto Nova Ordem Mundial, de maneira simplificada, é um plano multifacetado para criar uma nova civilização, com o poder centralizado nas mãos de poucos e acima das instituições e dos sistemas políticos tradicionais.

Com o intuito de atingir esta nova modelagem de mundo, os propagadores da Nova Ordem Mundial ampliaram e direcionaram a ofensiva ao longo dos anos para os aspectos culturais da sociedade - afinal, não é possível modificar um ser humano sem mudar primeiro os seus valores[200]. Esta transformação, porém, não poderia ocorrer sem antes destruir a base de princípios sobre os quais nossa civilização se apoia. É neste contexto que percebemos o segmento educacional cada vez mais conduzido e alicerçado pelas chamadas pautas progressistas.

Destruindo a base moral, a família e a espiritualidade.

Incitando o ódio de classes.

Usando o idiota útil na linha de frente.

Obrigando-nos a comer as migalhas que caírem de suas mesas.

199 COSTA, Alexandre. *O Brasil e a Nova Ordem Mundial*. Campinas: Vide Editorial, 2018. p.11.

200 COSTA, Alexandre. Op.cit., p.24.

Enfim, utilizando-se dos valores da Esquerda (e também da Direita, quando lhes convém) este plano, amplo e complexo, sob rótulos ideológicos, age para dividir a população e fazer com que todos direcionem suas insatisfações para o *lado errado*. E qual seria este lado sempre errado na narrativa?

A família!

E aqui bem diria Alexandre Costa: - Bem-vindo ao hospício!

É isto mesmo. O caos e a ignorância do indivíduo sempre favoreceram a Nova Ordem Mundial, e vivemos hoje as consequências terríveis desta situação implementada durante décadas, agora perceptíveis dentro de nossos lares. O Estado roubou os nossos filhos e a identidade dos indivíduos foi furtada por maquiavélicos processos de desconstrução, que passam por Herbert Marcuse, Michel Foucault e Judith Butler.

Alexandre Costa nos alerta há anos a respeito da invisibilidade destas estratégias e o quanto elas foram e são sorrateiras, nos enganaram e enganam, fora ainda o fato de que nos deram e dão uma falsa aparência da realidade. Por isso, segundo o autor, a necessidade urgente de buscarmos conhecimento e luz[201], sobretudo em um cenário no qual o pensamento massificado reinante é justamente o oposto.

Até agora todos os avanços conquistados pela Nova Ordem Mundial foram beneficiados pela ignorância, pela complexidade, pelas aparentes contradições e, principalmente no Brasil (devido ao nosso habitual desprezo pelo conhecimento), por subestimarmos sempre a capacidade dessas pessoas e minimizar o alcance de suas ideias.

No meio desta baderna estamos nós, as famílias, que almejamos "salvar nossas crianças" e instruir nossos filhos longe da doutrinação promovida, muitas vezes inconscientemente, pelas escolas. Como seremos capazes de cumprir tal missão enquanto simples pessoas que constroem lares, para quem o que realmente importa são os fins, não os meios, da nossa existência?[202]

---

201 COSTA, Alexandre. Op.cit., p.12.

202 SCRUTON, Roger. Como ser um conservador. Rio de Janeiro: Editora Record, 2020. p. 182.

É neste entorno que se situa nossa contribuição para este livro: demonstrar primeiramente que a educação domiciliar (homeschooling) é uma das estratégias para lutarmos contra este sistema de destruição do homem que pretende nos transformar em servos do globalismo. Além disso, demonstrar que a educação domiciliar encontra guarida no sistema normativo brasileiro, mas que o Supremo Tribunal Federal, por intermédio de postura ativista, na mesma linha de direção das pretensões progressistas coletivizantes, recusa-se a reconhecer a eficácia plena da norma constitucional que autoriza o homeschooling.

Sigamos!

II - O VERDADEIRO CONHECIMENTO VEM DE DENTRO

Segundo Aristóteles, é natural no ser humano o desejo de conhecer. Fazendo uma releitura desse raciocínio, o professor Olavo de Carvalho complementa: "É natural no ser humano o desejo de conhecer, menos aos brasileiros!"

É isto mesmo o que você leu!

Para ele, nossos compatriotas possuem um desprezo soberano pelo conhecimento, acompanhado por um neurótico temor reverencial aos seus símbolos exteriores: diplomas, cargos e espaços na mídia[203]. Pouquíssima coisa para quem realmente deveria estar em busca de algo mais elevado em sua trajetória intelectual, mas o suficiente para conferir ao mais despreparado dos intelectuais o poder de moldar a opinião pública sobre qualquer tema. No final das contas, os grandes influenciadores acadêmicos do Brasil contemporâneo estão limitados à única coisa que podem fazer: "Ostentar um punhado de títulos universitários sem precisar, para isso, ter estudado ou aprendido absolutamente nada exceto a arte sublime do alpinismo social[204]".

Há um grave problema nessa atitude. Acompanhando o pensamento do professor Olavo, percebemos que se os títulos

203 CARVALHO, Olavo. O mínimo que você precisa saber para não ser um idiota. Rio de Janeiro: Record, 2018. p. 37.

204 CARVALHO, Olavo. Op.cit., p. 253.

acadêmicos não são capazes de comprovar nenhum conhecimento - ou mesmo esforço - genuíno por parte de quem o emoldura na parede, mas apenas é possível o desenvolvimento de um "mérito acadêmico" por parte de quem tenha algum papel que o confira o título de "estudioso", isso se deve, principalmente, ao profundo sentimento democrático do povo brasileiro[205].

Por que isso aconteceria? Ele mesmo responde:

> *"A inteligência e o talento são dons inatos, que a natureza ou a providência distribuem desigualmente aos seres humanos, criando entre eles uma diferenciação hierárquica que, do ponto de vista dos mal dotados, é uma humilhação permanente, uma ofensa intolerável e um mecanismo de exclusão verdadeiramente fascista. Os títulos acadêmicos foram inventados para aplanar essa diferença, dando aos incapazes e medíocres uma oportunidade de se sentir, ao menos em público e oficialmente, igualados aos maiores gênios criadores das artes, das letras, das ciências e da filosofia, se não mesmo aos santos da Igreja, aos anjos do céu e até à segunda pessoa da Santíssima Trindade" [...]*[206].

Em última análise, podemos concluir que os títulos acadêmicos de nada valem quando o que se busca é uma verdadeira prova de estudo e intelectualidade. Aliás, eles existem justamente para assegurar que aqueles que não estudam e não são intelectuais sejam elevados ao mesmo patamar de alguém que o faça - estes muito mais raros do que aqueles.

O problema é que nenhum país pode viver por muito tempo sem alguma vida intelectual na qual se enxergue e se reconheça como unidade histórica, cultural e espiritual. Isso é precisamente o que falta totalmente por aqui nos dias de hoje[207].

O Brasil está invisível para si mesmo e, nas trevas, crescem monstros! Não há nada, nada mais urgente neste país do que criar uma geração de estudantes à altura das responsabilidades da inteligência.

Não é possível improvisar uma vida intelectual!

---

205 CARVALHO, Olavo. Op.cit., p. 252.

206 CARVALHO, Olavo. Op.cit., p. 252-253.

207 CARVALHO, Olavo. Op.cit., p. 604-610.

Ainda nos idos de 2006, Olavo de Carvalho já nos alertava sobre isto quando dizia que a vida intelectual somente resulta da confluência feliz de inumeráveis trajetos existenciais pessoais numa nova linguagem comum, laboriosamente construída com materiais absorvidos, a duras penas, de tradições milenares.

Certamente você deve estar se perguntando neste momento: O que podemos fazer?

E contra o desespero em tais circunstâncias, quem nos responde é Goethe:

– *É urgente ter paciência!*

III - A EDUCAÇÃO DOMICILIAR E O CONSERVADORISMO

Existe um liame indiscutível entre a ideia de homeschooling e os valores conservadores.

Segundo Roger Scruton[208], o conservadorismo significa uma constante consciência da sua herança e da história da sua nação. Esse é o desejo do conservador. Afinal, tudo no mundo está sob ameaça. Tudo pode mudar! Mas todos sabemos quais as coisas boas que queremos manter e as coisas ruins que queremos mudar.

Em suma, você não precisa conhecer ideologia alguma para entender que o aborto é um assassinato e que a liberdade individual é um valor a ser resguardado numa civilização ordeira. Independentemente de suas escolhas políticas individuais, tais inferências são verdadeiras e factuais por si mesmas.

É isso o que defende um conservador: princípios e valores universais que antecedem cartilhas e preferências partidárias[209].

---

208 Principal intelectual do pensamento conservador britânico, Roger Scruton consolidou-se como uma referência mundial do movimento há anos. Aos 75 anos, é autor de mais de 30 livros que transitam sobre estética, filosofia e política. Traduzidas para o português, mais de uma dezena de suas obras estão publicadas no Brasil – entre elas, *Como Ser um Conservador* e *As Vantagens do Pessimismo*. Nas suas publicações, coloca-se como a antítese do progressismo e um crítico do pensamento da Esquerda. Para ele, as pautas identitárias são assuntos minoritários que pouco interessam à maioria. Essa, sim, está preocupada com o que realmente importa: o país e a ordem.

209 ALVES, Pedro Henrique. Ser conservador não é para moleque. Especial para Burke Instituto. Disponível em https://www.burkeinstituto.com/blog/conservadorismo/ser-conservador-nao-e-para-moleques/ Acesso em 08 fev 2021.

Segundo Pedro Henrique Alves, moleques não podem ser conservadores! É preciso brio, sabedoria e coragem para conservar valores onde todos querem destruí-los e trocá-los por suas próprias bugigangas filosóficas e mundinhos perfeitos.

O conservador acredita na ênfase às coisas boas e trabalha duro para conservá-las. Recebemos de nossos antepassados muitas instituições sociais que nos foram legadas e precisamos protegê-las tanto quanto for possível para as futuras gerações.

O respeito pela herança social e pelas coisas que recebemos de nossos ancestrais é um dos elementos principais que identificam a pessoa conservadora. Ao lado dessa questão, é preciso respeitar a lei, a propriedade e a religião. São as maneiras básicas de nos conectarmos ao mundo. Também é preciso estar aberto à oposição. É preciso ter o desejo de resolver as questões através de discussões, negociações até chegar a um acordo.

Um verdadeiro conservador jamais impõe uma solução!

Para os conservadores a vida não é um sistema de soluções. Trata-se de um complexo ato de lidar com os problemas conforme surgem e fazer isso com respeito ao próximo. Quando no poder, para controlar a natureza de Leviatã do Estado, todo conservador precisa compreender que influenciar é mais importante que controlar para que as questões se dirijam para onde se quer. Se o povo não quiser, não há como obrigá-lo a fazer.

A capacidade de influência de um conservador, assim, deve orientar as pessoas a buscarem por um senso de ordem próprio, apto a reequilibrar suas vidas e permitir um convívio saudável entre os membros de sua comunidade, principalmente no atual panorama social. Nossas sociedades são enormes e chegaram ao limite da expansão. Podemos ver isto porque as populações estão começando a diminuir. Para que haja equilíbrio, exige-se organização.

Nesse momento, exige-se o exercício do verdadeiro papel intelectual pelo conservador!

Existem organizações que respeitam as pessoas e existem aquelas que tentam controlá-las. Enquanto cidadãos democrá-

ticos, que genuinamente respeitam o pensamento alheio, nós precisamos do primeiro conceito. Exemplo claro do segundo foram os cenários catastróficos do último século: a política só quis controlar (comunismo, nazismo, fascismo). Todos queriam controlar tudo e tomar as rédeas do futuro para moldá-lo do jeito que idealizaram.

Foi um desastre!

Após assistirmos à destruição da Europa por três vezes, espera-se que tenhamos aprendido a lição de que política não é apenas controle, mas sim administrar as crises que acontecem para tentar reconciliar os conflitos.

Para Scruton, é preciso reencontrar a linguagem relevante na situação na qual nos encontramos. Desta maneira, o conservadorismo precisa mudar e evoluir junto com a sociedade, sendo sempre necessário ir atrás dos princípios básicos e expressá-los (de verdade) através da linguagem. Se não fizermos isto, parecerá uma filosofia antiga.

Segundo o autor, o ser humano tem muitas fases de desenvolvimento. Toda criança, por exemplo, nasce naturalmente conservadora. Elas dependem dos pais, elas amam os pais e os pais as amam. Elas reconhecem que nasceram numa ordem que vai além delas. Elas se prendem a isso porque se sentem seguras. Já na adolescência ele se torna liberal, e até radical, porque quer afirmar a própria identidade. Depois, ao estar mais maduro, ele volta a ter aquela noção de lar através de uma espécie de passagem, e começa tudo de novo.

A posição conservadora na cultura europeia (e em todas as culturas) tem a sua base em afirmar a família contra o Estado. A família é este elemento-chave na vida do indivíduo que se descobre conservador. É a fonte dos sentimentos morais e sociais de toda e qualquer pessoa, sentimentos estes que não são produzidos pelo maquinismo do governo. Não por outra razão, a família se tornou o principal alvo de um grande processo político nos dias de hoje. Após décadas de um intensivo trabalho do Estado, a família agora está mais fraca, à beira de entrar em

colapso. Em uma época em que as pessoas não se casam e têm filhos fora do casamento, se divorciam e até abandonam os filhos, é difícil para as pessoas se ligarem à ideia de família e, por via de consequência, a todos os bons sentimentos que são desenvolvidos em seu meio.

É aí que entram as escolas.

No caso das escolas, o conservadorismo acredita que as crianças precisam de educação, mas não acreditam que as escolas devam ser controladas pelo Estado. Em um pensamento resistente a essa lógica, o movimento conservador acredita justamente que o meio escolar deve ser um espaço de fortalecimento dos valores que são repassados à criança pela família, sem que o estabelecimento de ensino venha a questioná-los, criticá-los e, ao final, afastá-los da criança, já que "não estariam exatamente dentro do que o Estado entende como adequado para a formação de um cidadão". É neste contexto que inserimos o importante papel do *homeschooling*.

Na década de 80, o movimento norte-americano em prol do ensino em casa pendeu para aquela que havia sido uma de suas primeiras origens: o argumento divino de os pais educarem. Hoje podemos dizer aos pais, dentro do viés conservador, que as crianças devem ser educadas, mas que isto depende deles.

As crianças podem estudar numa escola e o Estado pode até subsidiar isto. Mas quem precisa cumprir o papel de transmissão de valores e de respeito ao passado e o compromisso de levar adiante o conhecimento para as gerações futuras é a família.

Quando falamos de *homeschooling*, a questão principal não está relacionada à educação, mas na liberdade que deve ser conferida a cada pai e a cada mãe que têm o dever de educar os seus filhos, porém o fazem dentro dos seus valores, fugindo da massificação que vem sendo sistematicamente infligida às nossas crianças e jovens nas últimas décadas. Ao se conferir aos pais o direito de educarem seus próprios filhos, confere-se também a eles o direito de formarem os seus filhos dentro da sua própria história.

Segundo Chesterton,

> *"A falácia da moda é crer que com a educação podemos dar às pessoas algo que não recebemos. Pelo que dizem, poder-se-ia pensar numa espécie de química mágica que, numa trabalhada miscelânea de refeições higiênicas, banhos, exercícios respiratórios, ar fresco e desenho à mão livre, nos permitiria produzir algo esplêndido por mero acaso; poderíamos criar o que não somos capazes de imaginar"*[210].

Para o autor, surgiu desta lógica o chamado *"Save the children"* ("Salvem as crianças"). Isto decorre da morbidez moderna que insiste em tratar o Estado como uma espécie de recurso desesperado em tempos de pânico.

Por meio de uma análise simples, concluímos também que este oportunismo aterrador é também a origem do socialismo e de outros sistemas. Desta maneira, assim como recolheriam e partilhariam toda a comida, como fazem os homens em tempos de fome, também separariam as crianças dos pais, como fazem os homens num naufrágio. Chesterton afirma ainda que esse brado de "salvem as crianças" tem em si a odiosa implicação de que é impossível salvar os pais; em outras palavras, de que muitos milhões de europeus adultos, sãos, responsáveis e autossuficientes devem ser tratados como lixos ou como restos e varridos de toda e qualquer discussão.

IV - O ARGUMENTO CONSTITUCIONAL DE QUE O ESTADO NÃO DETÉM O MONOPÓLIO DA EDUCAÇÃO

Nas últimas décadas criou-se o mito de que o justo é apenas aquilo que está escrito na Constituição Federal, porque ela, a seu turno, estaria protegida por uma "norma fundamental", pressuposta no âmbito jurídico, porém não propriamente jurídica, e existente apenas num plano teórico e hipotético. Eis a proposta de Hans Kelsen, por intermédio sua Teoria Pura do Direito, para

210 CHESTERTON, G.K. *O que há de errado com o mundo.* Campinas: Ecclesiae, 2013, p.154-155.

justificar o que para ele estaria de acordo com a Ciência do Direito[211].

Ocorre que mesmo você, que porventura não tenha formação em Direito, facilmente perceberá que essa proposta apresenta sérios problemas para se fazer justificar: afinal, como uma "norma fundamental", tão importante para a estrutura jurídica de um país, não tem o seu fundamento na realidade, mas sim num plano hipotético? Mais ainda, uma norma cujo conteúdo se limita a: "Obedeça à Constituição"?

Daí a razão pela qual, até o presente momento, toda a abordagem da educação e do papel da família neste tema não precisou buscar qualquer sustentáculo de validade (hipotética) na Constituição Federal. No campo da vida dos indivíduos, da realidade tal qual ela é, há todo um conjunto de valores, amadurecido no curso do tempo, que consagra a educação como um dos pilares do desenvolvimento humano e a família como instituição capaz de proporcionar essa evolução ao indivíduo, independentemente do Estado. Basta, por exemplo, considerar a presunção de que todo pai e mãe desejam o melhor para seu filho.

No entanto, quando se analisa o regramento constitucional conferido à educação, observa-se sim que a Carta Magna reserva suficiente espaço de interpretação para permitir que a família tenha a prerrogativa de executar as ações de educação de seus filhos, sem a obrigatoriedade de institucionalizá-los ao Estado. Porém, ou essa previsão levou em conta a tradição secular, transcrevendo-a intencionalmente na Constituição Federal, ou apenas há uma coincidência entre esses valores e a previsão constitucional que permite à família a oportunidade de prover a educação de seus filhos (quase como se "fosse sem querer").

Estabelecidas essas premissas, verifica-se que a Constituição Federal estabelece as principais diretrizes sobre a educação no seu Título VIII, Capítulo III, Seção I. Destaca-se de plano o preceito que insere a família a par do Estado, em colaboração

211 Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 224 e seguintes.

com a sociedade, enquanto devedores da obrigação de oferta da educação:

> *"Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho".*

Afastado desde logo o romantismo da Constituição Federal em torno da obrigação da sociedade em prover a educação de nossos filhos, por absoluta indeterminação do obrigado[212], é inequívoco que o legislador constituinte não estabeleceu uma hierarquia em relação aos entes responsáveis pela educação: a educação é dever do Estado **e** da família!

Contudo, outro indicativo importante em torno da autorização legal para que as famílias assumam a obrigação de provimento da educação de seus filhos repousa na menção de que um dos princípios do ensino consubstancia-se na valorização dos profissionais da *educação escolar* (art. 206, inc. VII, CF). Ora, se há menção expressa a uma modalidade de educação, intitulada *educação escolar*, e se a família também é destinatária do dever de oferta da educação, pressupõe-se sem dificuldade a previsão de uma *educação não escolar*, qual seja aquela, por exclusão, atribuída a ninguém menos do que o ente familiar!

Portanto, conclui-se que a Constituição Federal caminhou na mesma trilha do senso comum, ao não criar obstáculos (voluntariamente ou involuntariamente) à possibilidade de que esse importante valor, qual seja a educação, seja adequadamente provido pela família. Aliás, racionalmente analisando-se a questão, não poderia ser diferente.

Porém, a abordagem da previsão não se encerra apenas neste ponto. Nesta altura da abordagem deste fundamental tema para a nossa vida em sociedade, solicita-se ao atento destinatário destas linhas mais uma leitura atenta do artigo 205 da Constituição Federal.

Pois bem!

212 Afinal, quem é a sociedade? Qual é o seu CNPJ? Em caso de descumprimento do dever, qual será a sanção à sociedade?

Cumprida a tarefa, pergunta-se: essa regra que prevê a educação como dever do Estado e da família, depende de regulamentação por intermédio de outra lei federal a ser criada pelo Congresso Nacional? No âmbito do seu legítimo interesse, as famílias não podem prover a educação de seus filhos sem a interferência do Estado?

Atualmente no Brasil muitas crianças já não frequentam uma classe escolar. Por uma opção de suas famílias, estão sendo instruídas e educadas por seus pais dentro das próprias residências e longe da doutrinação das escolas mediante a imposição de currículos oriundos de um órgão regulador.

Justamente neste momento crucial da discussão que se trava na sociedade é que o Supremo Tribunal Federal, nitidamente com o propósito de barrar as iniciativas de homeschooling que começam a se multiplicar pelo país, "tira da cartola" o argumento de que o indivíduo somente terá direito subjetivo à educação domiciliar na dependência de criação de lei formal, editada pelo Congresso Nacional.

V - O EXACERBADO ATIVISMO DO STF: POR QUE FACILITAR SE O OBJETIVO É COMPLICAR?

Se antigamente havia uma expectativa de que os temas mais relevantes do país fossem levados ao conhecimento dos juízes do principal Tribunal, que mais por tradição do que pela letra fria da lei era composto por aqueles com notável saber jurídico e reputação ilibada, nos últimos tempos as demandas que chegam à Corte são motivos para temores e aflições. Afinal, o que se observa nos últimos tempos é um Supremo Tribunal Federal de perfil ativista e nitidamente contrário ao reconhecimento de pautas majoritárias exteriorizadas pela população, que chega ao ponto de ultrapassar suas funções para abarcar prerrogativas de outros poderes da República, desde que alcançados seus objetivos finais.

Em relação ao homeschooling, não poderia ter sido diferente.

O debate em torno do tema chegou ao Supremo Tribunal Federal por intermédio do Recurso Extraordinário nº 888.815/RS, e recebeu a seguinte ementa[213]:

> *CONSTITUCIONAL. EDUCAÇÃO. DIREITO FUNDAMENTAL RELACIONADO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E À EFETIVIDADE DA CIDADANIA. DEVER SOLIDÁRIO DO ESTADO E DA FAMÍLIA NA PRESTAÇÃO DO ENSINO FUNDAMENTAL. NECESSIDADE DE LEI FORMAL, EDITADA PELO CONGRESSO NACIONAL, PARA REGULAMENTAR O ENSINO DOMICILIAR. RECURSO DESPROVIDO.*
>
> *1. A educação é um direito fundamental relacionado à dignidade da pessoa humana e à própria cidadania, pois exerce dupla função: de um lado, qualifica a comunidade como um todo, tornando-a esclarecida, politizada, desenvolvida (CIDADANIA); de outro, dignifica o indivíduo, verdadeiro titular desse direito subjetivo fundamental (DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA). No caso da educação básica obrigatória (CF, art. 208, I), os titulares desse direito indisponível à educação são as crianças e adolescentes em idade escolar.*
>
> *2. É dever da família, sociedade e Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, a educação. A Constituição Federal consagrou o dever de solidariedade entre a família e o Estado como núcleo principal à formação educacional das crianças, jovens e adolescentes com dupla finalidade de defesa integral dos direitos das crianças e dos adolescentes e sua formação em cidadania, para que o Brasil possa vencer o grande desafio de uma educação melhor para as novas gerações, imprescindível para os países que se querem ver desenvolvidos.*
>
> *3. A Constituição Federal não veda de forma absoluta o ensino domiciliar, mas proíbe qualquer de suas espécies que não respeite o dever de solidariedade entre a família e o Estado como núcleo principal à formação educacional das crianças, jovens e adolescentes. São inconstitucionais, portanto, as espécies de*

213 http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4774632, acessado em 14 de fevereiro de 2021, às 18h:08min.

unschooling radical (desescolarização radical), unschooling moderado (desescolarização moderada) e homeschooling puro, em qualquer de suas variações.

4. O ensino domiciliar não é um direito público subjetivo do aluno ou de sua família, porém não é vedada constitucionalmente sua criação por meio de lei federal, editada pelo Congresso Nacional, na modalidade "utilitarista" ou "por conveniência circunstancial", desde que se cumpra a obrigatoriedade, de 4 a 17 anos, e se respeite o dever solidário Família/Estado, o núcleo básico das matérias acadêmicas, a supervisão, avaliação e fiscalização pelo Poder Público; bem como as demais previsões impostas diretamente pelo texto constitucional, inclusive no tocante às finalidades e objetivos do ensino; em especial, evitar a evasão escolar e garantir a socialização do indivíduo, por meio de ampla convivência familiar e comunitária (CF, art. 227).

5. Recurso extraordinário desprovido, com a fixação da seguinte tese (TEMA 822): "Não existe direito público subjetivo do aluno ou de sua família ao ensino domiciliar, inexistente na legislação brasileira". (RE 888815, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Relator(a) p/ Acórdão: ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 12/09/2018, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-055 DIVULG 20-03-2019 PUBLIC 21-03-2019)

Conforme é possível perceber, por intermédio da referida decisão, em que foi vencido o Ministro Roberto Barroso (Relator) e em parte o Ministro Edson Fachin, o Supremo Tribunal Federal negou provimento ao recurso extraordinário interposto, afirmando que *"não existe direito público subjetivo do aluno ou de sua família ao ensino domiciliar, inexistente na legislação brasileira."*

Não, leitor, você não promoveu leitura equivocada da decisão! A Corte decidiu assim mesmo, no sentido de que, apesar de a Constituição Federal autorizar, inexiste lei federal que autorize a educação domiciliar, e portanto nenhuma família até o presente momento pode assumir educação de seus filhos longe das garras e da doutrinação do Estado.

Observe-se que esta conclusão promovida pelos ministros da Corte está envolta num raciocínio muito mais pernicioso em relação à liberdade da família em buscar prover o ensino aos seus filhos, do que simplesmente a afirmação de ausência de lei infraconstitucional sobre a matéria.

Logo num primeiro momento, os supremos togados manifestaram enxergar uma *solidariedade* na disposição constitucional que afirma ser a educação dever do Estado **e** da família. Segundo os ministros, a educação consubstancia uma atribuição inseparável do Estado e da família, de tal forma que seria inviável na ausência de qualquer desses entes. Ocorre que o discurso esconde uma falácia. Apesar de os ministros do Supremo Tribunal Federal promoverem toda uma argumentação retórica de que *"a educação é um direito fundamental relacionado à dignidade da pessoa humana e à própria cidadania, qualificando a comunidade como um todo e dignificando o indivíduo"*, justamente no cerne da questão, qual seja o momento em que toda essa "dignidade" tão propagada demandaria somente o seu reconhecimento pela Corte brasileira, os Ministros, como que erguendo o dedo em riste proclamaram:

– *Você, criança ou adolescente, saiba que a sua educação é solidária entre o Estado e sua família. Nós queremos muito o seu bem. Porém, você não poderá optar pela educação domiciliar, pois ele, o Estado, não criou lei para essa finalidade!*

Afinal, onde está o verdadeiro significado desta *solidariedade* explicitada pela Corte na primeira parte do julgado?

Ora, considerando que se trata de um órgão com função judicante, é de se presumir que os conceitos utilizados pelos julgadores são aqueles extraídos do ordenamento jurídico como um todo. Assim, se na esfera dos direitos obrigacionais, a solidariedade é definida pela *"multiplicidade de credores e/ou devedores, tendo cada credor direito à totalidade da prestação, como se fosse credor único, ou* ***estando cada devedor obrigado pela dívida toda, como se fosse único devedor***"[214], como se compreende esta solidarieda-

214 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*: teoria das obrigações, 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 129

de afirmada pelo Supremo Tribunal Federal, que nega ao indivíduo o direito de escolha pelo homeschooling, sob argumento de que o outro devedor solidário, qual seja o Estado, não permite?

O que se percebe com nitidez é que justamente nesses momentos a ausência de racionalidade jurídica revela a corrupção da linguagem, como forma de imposição de determinadas pautas.

Na prática, toda a argumentação da Corte levou em conta que, para o alcance de uma preparação do indivíduo à vida em sociedade, é fundamental a batuta do Estado, não somente por intermédio de criação da educação domiciliar por lei, mas que, segundo os Ministros, essa norma estabeleça uma série de critérios, como obrigatoriedade do ensino de 4 a 17 anos, assim como o respeito ao núcleo básico estatal das matérias acadêmicas, além da supervisão, avaliação e fiscalização pelo Poder Público (item 4), conforme um critério "utilitarista", repetindo a expressão do voto cunhada pelo Ministro Alexandre de Moraes e alçada à redação da ementa do acórdão.

Em resumo, o STF entende que é possível a educação domiciliar, desde que a moradia se transforme numa escola pública!

Observem que pensar desta maneira significa claramente subjugar a família ao poder do Estado. Mais grave ainda, por intermédio de uma decisão como esta, o Supremo Tribunal Federal revela, sob a estampa de valorização da família, um verdadeiro viés de supremacia do Estado controlador, e de inquestionável aniquilação do natural poder dos pais em face de seus filhos. Trata-se de uma visão coletivista, massificante e centralizadora, fórmula esta bem experimentada pelos regimes totalitários. Pior ainda, esse pensamento vigora num país que está situado entre os piores do mundo em termos de qualidade de educação. Nessa esfera de realidade, é como se a criança ou adolescente em fase de crescimento estivessem condenados à ignorância, sob o desespero de seus pais, impotentes diante de um sistema que visa à destruição das famílias.

VI - A IMPLANTAÇÃO DO HOMESCHOOLING E A ENGENHARIA SOCIAL NOS BASTIDORES DA RESISTÊNCIA DOS SUPREMOS TOGADOS

O Supremo Tribunal Federal, atualmente alçado à condição de órgão responsável pela implantação de determinadas políticas públicas não obtidas no Parlamento ou no Executivo, além de protagonista das pautas progressistas e contramajoritárias, em um fenômeno denominado "juristocracia", apenas transmitiu em seu julgado aquilo que o mecanismo revolucionário da Nova Ordem Mundial deseja, qual seja a manutenção da escola como ambiente de difusão da engenharia social.

O STF, ao literalmente negar o direito à educação domiciliar, sob o mero pretexto de ausência de lei federal, no fundo manifestou-se exatamente nestes termos ora enfatizados: busca-se substituir o *ensino*, que deveria ser um fim em si mesmo, pela *igualdade*. Dessa forma, realidades individuais, sobretudo se forem consideradas mais vantajosas em relação a um indivíduo do que a outro, devem ser sacrificadas a qualquer custo. O resultado disso é que toda a sociedade, à exceção de poucos dentre seus membros, passa a ser, infelizmente, homogênea pela ignorância coletiva, fruto da busca dessa igualdade limitadora do potencial de cada um.

A primeira opinião que externalizou esse objetivo veio da Procuradoria-Geral da República, quando afirmou que "os estudantes não matriculados em escolas são privados dos elementos básicos de socialização e dos processos pedagógicos próprios do ambiente escolar, local apropriado para o desenvolvimento da tolerância, da solidariedade e da ética". Em uma linguagem mais simples, seria como dizer que qualquer criança que não frequente a escola automaticamente se colocará em uma situação de baixo desenvolvimento moral, tornando-se uma pessoa desrespeitosa com as diferenças e intolerante com a opinião contrária, agindo de modo muito diferente dos demais cidadãos "escolarizados".

O Ministro Alexandre de Moraes, aproveitando este ensejo, afirmou em seu voto que haveria uma distinção entre o Estado garantir a frequência da criança no espaço físico da escola e assegurar a frequência comunitária, enquanto elemento de desenvolvimento do pluralismo, da tolerância e da ética comum. Para o Ministro,

> *"O controle de frequência tem dois papéis principais, sob pena de descumprimento dos princípios estabelecidos na Constituição para a educação. O estabelecimento dessa frequência será feito não só para a avaliação – e qual o melhor tipo de avaliação no ensino domiciliar deve ser discutido e estabelecido pela legislação –, porém, mais do que isso, a Constituição exige que a educação pela família e pelo Estado, em solidariedade, vise à convivência comunitária. A frequência, que deverá ser analisada por especialistas, mesmo que seja diversa da tradicional, não irá apenas avaliar pedagogicamente o aluno, mas também será necessário que permita a plena avaliação de sua convivência comunitária e da concretização de sua socialização, a partir da pluralidade de ideais".*

Esse pensamento foi complementado momentos depois em seu voto:

> *"A educação não é primazia exclusiva do Estado, como também não o é da família; é um dever solidário entre eles e da própria sociedade e busca uma ampla finalidade constitucional, inclusive a garantia de uma socialização na convivência comunitária e plural. Ao estabelecer um senso necessário para que o Poder Público saiba aqueles que estão matriculados e ao prever controle de frequência, a norma constitucional pretende tanto evitar a evasão escolar, quanto garantir a socialização do indivíduo, por meio de ampla convivência com a pluralidade e diversidade de ideias. Isso também é possível ao ensino domiciliar utilitário, desde que, por meio de legislação, se estabeleça um cadastro de frequência diferenciada, que permita atingir os objetivos constitucionais.*

Há de se perguntar: por que essa preocupação tão grande com o convívio com a pluralidade e a diversidade de ideias quando a escola, por essência, tem por objetivo a formação de

conhecimento? Obviamente, há um brilho peculiar no convívio de crianças em um ambiente escolar saudável, onde fazem amigos, aprendem brincadeiras e fortalecem seus laços com outros membros de sua comunidade, sempre com apoio nos valores que lhes foram ensinados em casa. Agora, seria esse o papel principal da escola? Aprofundando o questionamento, teria sido o objetivo primordial do movimento progressista, desde o princípio, converter a escola em um simples espaço de "combate à intolerância"?

Roger Scruton identificou esse acontecimento a partir dos anos de 1960, quando começou a perceber-se uma espécie de invasão de determinadas instituições e associações que formam o núcleo da sociedade civil, *"para impor-lhes um direcionamento e uma finalidade que não pode ter nenhuma relação com sua natureza intrínseca"*[215].

Ainda seguindo esse raciocínio, Scruton observou essa nuance principalmente nas instituições de ensino da Grã-Bretanha e nos Estados Unidos, que segundo ele se tornaram alvo dos *igualitaristas*[216]. Assim, as escolas, que antes eram destinadas à transmissão de conhecimentos, passaram a ser como instrumentos de engenharia social. Currículos, provas, admissão e disciplinas foram todos revisados à luz de sua contribuição que era a *"eliminação das distinções e vantagens injustas, de forma que todas as crianças ingressassem na sociedade com uma oportunidade igual para uma vida que valesse a pena"*[217].

Alguém enxergou alguma semelhança com o comunismo?

Para complicar ainda mais essa situação, resta a pergunta: "o que seria uma convivência com a pluralidade e a diversidade de ideais? Com ainda mais certeza, respondemos: uma educação mais próxima dos ideais progressistas do que dos ideais conservadores.

---

215 SCRUTON, Roger. *Como ser um conservador*. 12 ed. Rio de Janeiro: Record, 2020. p. 50

216 SCRUTON, Roger. Op.cit., p. 50-51

217 SCRUTON, Roger. Op.cit., p. 51

Como já explicamos, o conservador aceita a ideia contrária em um contexto de diálogo, mas é firme na defesa dos valores que lhe foram conferidos por seus antepassados como sendo de sua responsabilidade. Esses valores serão defendidos até o fim pelo conservador, que os protegerá contra todos os males que lhes forem apresentados ao longo de sua vivência em comunidade.

E se o Estado compreender que essa herança social for nociva ao "bom cidadão"? Simples!

A criança volta para a escola formal, sendo imediatamente afastada dos ensinamentos que lhes eram apresentados por sua família, para que possa ter sua formação alinhada com os ideais maiores dos detentores do poder.

Existem fartos exemplos desta realidade no próprio cenário escolar que presenciamos em nosso dia a dia: críticas ao cristianismo, deturpação de épocas simbólicas - como o Natal -, abandono de figuras heroicas que desempenharam importantes papéis ao longo da história, perda do sentimento de patriotismo e aversão à história brasileira, fomentando o esquecimento de datas extremamente importantes, como a do descobrimento do Brasil.

Contra seu principal alvo - a família -, observamos, por exemplo, discussões sobre educação sexual para crianças, educação de gênero, ensino de "linguagem neutra" - a novilíngua orweliana - e as próprias reanálises do papel da família, pasme-se, perante a própria criança.

Os únicos beneficiários dessa calamidade são aqueles que pretendem manipular esses indivíduos, que restam frágeis diante de suas pretensões de dominação social e econômica, já que desprovidos dos meios e conhecimentos necessários para se proteger de qualquer ensinamento ardiloso que porventura lhes venha a ser impostos.

VII - A NECESSÁRIA PERSEVERANÇA NA BUSCA DA CONSOLIDAÇÃO DA EDUCAÇÃO DOMICILIAR COMO ALTERNATIVA À DOMINAÇÃO DO ESTADO - SUPREMO É O POVO!

O Brasil ultimamente parece ter tomado gosto pelos percalços.

Dificilmente as conquistas são decorrentes de uma trajetória suave e harmoniosa. Muito pelo contrário, mesmo as pequenas mudanças são fruto de uma batalha feroz, pois não faltam defensores do *status quo*, sobretudo porque alguns encontram ilusória satisfação na desgraça geral.

O *homeschooling* segue essa trajetória, pelas tantas razões aqui já exploradas. Infelizmente não faltam indivíduos que preferem a performance pífia do Estado na condução da educação, do que a concessão de oportunidade para que muitos de nossos filhos tenham condições de receber os ensinamentos de uma verdadeira vida intelectual.

O conhecimento também apresenta seus perigos, porque permite ao sábio enxergar mais longe, ampliando seus horizontes, permitindo-lhe outrossim vislumbrar outras possibilidades de uma vida verdadeiramente melhor.

Justamente com a finalidade de buscar a mudança deste cenário é que nós precisamos lutar para que a educação se livre das amarras do Estado, e encontre seu ancoradouro seguro nas famílias. Esse empenho é sobretudo salutar porque também permitirá finalmente estabelecer o comparativo qualitativo do conhecimento, atualmente nivelado em seu índice mais baixo por intermédio de currículos medíocres e cartilhas do politicamente correto, em detrimento do verdadeiro conhecimento libertador.

Por isso, consoante detalhado nestas linhas, não basta apenas que seja alterado o *locus* da oferta do ensino, para transformar os lares em meras escolas públicas, nas quais o poder estatal tudo controla e tudo vê.

A reforma na educação brasileira, sob o viés da educação domiciliar, exige também a busca pela independência curri-

cular, a fim de que os pais detenham o verdadeiro direito de escolha acerca dos conhecimentos que pretendem ofertar aos seus filhos, como forma de lhes proporcionar o conhecimento da beleza, da bondade, da verdade e o respeito aos valores em sociedade.

Finalmente, há necessidade de superar a falsa alegação de que a educação domiciliar não permite a socialização de nossas crianças e adolescentes. Na verdade, essa é no mínimo uma ironia, mais uma vez considerando o consenso de que no mais das vezes o ambiente escolar institucionalizado é marcado pela hostilidade, disseminação de desvalores e destruidor de individualidades.

De outro lado, mais uma vez ressalvando com coerência as exceções, o ambiente familiar é sinônimo de afeto, proteção e respeito ao indivíduo.

Quando as raízes são profundas, não há razão para temer o vento.

CAPÍTULO 9

A CORRUPÇÃO DA LINGUAGEM E A INCONSTITUCIONALIDADE DA CONSTITUIÇÃO

Cláudia R. de Morais Piovezan[218]

I - INTRODUÇÃO

"É mal dos tempos, louco guiar cego."
(Shakespeare, Rei Lear, *Ato IV, cena 1)*

Circulou pelas redes sociais um meme, no qual sobre a foto dos ministros do STF andando em fila indiana, vestidos com suas "supremas togas", constava a seguinte frase: "Urgente! STF decide que a Constituição Federal é inconstitucional".

Os memes têm a capacidade de retratar um universo de verdades, senso comum e até bom senso, ao mesmo tempo em que expõem o ridículo, o absurdo, com uma singela imagem e

218 Formada em Direito pela Universidade Estadual de Londrina. LL.M. in Comparative Law and Certificate in Environmental Law and Land Use, pela Universidade da Flórida - E.U.A.. Organizadora do livro *Inquérito do Fim do Mundo, o apagar das luzes do Direito Brasileiro,* publicado pela Editora E.D.A. - Educação, Direito e Alta Cultura. Coautora do livro *As Várias Faces da Nova Ordem Mundial,* publicado pela Vide Editorial. Professora Colaboradora de Prática de Processo Penal da Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná (FEMPAR).

algumas frases. Eles nos fazem rir do nosso infortúnio. Os memes são, grosso modo, como o coro da tragédia grega ou bobo da corte da Idade Média.

Na tragédia grega, as peças costumavam ter um coro e uma de suas funções principais era ser a voz da razão e do senso comum: ele dizia o que as personagens não podiam dizer. Segundo o professor Antonio Medina Rodrigues, o principal tema do coro era o esfacelamento das cidades, que era o grande terror do povo grego. O coro falava de temas elevados e, quando havia a necessidade de uma linguagem baixa, uma personagem (Corifeu) saia do coro para fazê-lo. Aristóteles considerou a importância da catarse, por meio da qual a peça deveria causar o horror e a piedade para que os sentimentos do público fossem purificados. Eis a importância do coro[219]. Assim funciona o meme nesses tempos de pós-modernidade, de pós-verdade e de pós-justiça.

No curso do tempo, agora na Idade Média, surgiu a figura do bobo da corte, que era um sujeito contratado pelos reis para entretê-los, assim como ao seu séquito. O prestígio do bobo era de tamanha ordem que ele podia até participar da mesa da corte, com o fim de divertir a nobreza. Ironicamente, o bizarro personagem era o único que podia criticar os fidalgos e dizer aquilo que outras pessoas não podiam dizer.

O bobo é uma figura comum nas peças de Shakespeare. Ele sempre aparece quando o caos se instala para falar coisas aparentemente sem sentido, com ironia e língua afiada, e até de forma insultuosa. Mas o que o bobo também representava era o senso comum, a voz popular e, geralmente, a voz da razão.

Em *Rei Lear*, o bobo da corte entra em cena quando o Rei e a trama encontram-se em estado caótico, como uma espécie de alterego, e sai de cena quando a ordem e a realidade começam a se restabelecer e o Rei volta à sanidade.

No Brasil, o meme, que é nossa catarse e voz da razão, está sendo criminalizado. Essa constatação se verifica, ao que parece,

219 http://literandoavida.blogspot.com/2009/09/funcao-do-coro-na-tragedia-grega.html. Acesso em: 07 dez. 2020).

pelo Inquérito 4.781, do Supremo Tribunal Federal; pela CPMI das *Fake News;* pelo projeto de lei da censura nas redes sociais, e pelo Tribunal Superior Eleitoral[220], por meio de suas campanhas supostamente contra *fake news* em período eleitoral, com auxílio da empresa chinesa TIK TOK[221], dentre outras situações. Enfim, por uma série de ações concatenadas pelo estamento burocrático, o senso comum e a razão saem de cena e a catarse popular está se tornando proibida. Como inevitável consequência aumentando a pressão numa panela que está prestes a explodir.

O que meme apresentado nas primeiras linhas deste texto denuncia é aquilo que ficou evidente no julgamento da ADO 26 e do MI 4733, concluído no Supremo Tribunal Federal em junho de 2019, quando a Corte declarou, por sua maioria e por vias transversas, com eufemismos e malabarismos linguísticos, a inconstitucionalidade do princípio constitucional da legalidade penal ao criar tipo penal por uma espécie de analogia - apelidada de "interpretação conforme" e "mutação constitucional". Nos referidos julgados, o STF enquadrou homofobia e transfobia como crimes de racismo, sob o pretexto de reconhecimento de omissão legislativa. Assim agindo, a Corte rompeu com uma longa tradição jurídica, retrocedendo em séculos a defesa de liberdades e direitos fundamentais. Paradoxalmente, a mesma Corte que impediu voto impresso sob o argumento de que seria um retrocesso (sacando do bolso um tal princípio do não-retrocesso) fez retroceder em séculos o direito penal e a defesa do indivíduo contra a tirania estatal, que tem (ou deveria ter) na reserva legal uma garantia contra o arbítrio, ao se arvorar a criar crime sem lei estrita, em evidente e indefensável contrariedade a princípio constitucional expresso[222].

---

220 Tema abordado na obra Inquérito do Fim do Mundo, o apagar das luzes do Direito Brasileiro. Londrina: Editora E.D.A. - Educação Direito e Alta Cultura, 2020.

221 https://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2020-10/tse-anuncia-parcerias-com-twitter-e-tiktok-para-combater-desinformacao. Acesso em: 07 dez. 2020.

222 https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344606459&ext=.pdf . Acesso em: 07 dez. 2020.
https://masterjuris.com.br/criminalizacao-da-homofobia-no-stf-veja-como-votou-cada-ministro/ . Acesso em: 07 dez. 2020.

Com seu voluntarismo inconsequente, os ministros do STF geram instabilidade social, insegurança jurídica e, sobretudo, impõem ao país uma nova ordem política, para não dizer uma nova forma de totalitarismo - a juristocracia -, por meio da qual onze seres "iluminados", como que cegamente atraídos pelas mentiras da serpente no paraíso, acreditam que podem ser como deuses a moldar o mundo conforme seus desejos, formatando a Constituição para além da Constituição, ou apesar da Constituição, com seus conhecimentos divinos.

Este artigo não pretende abordar o mérito da criminalização da homofobia ou transfobia, pois tal questão cabe ao povo brasileiro, por meio de seus representantes eleitos, com o devido e necessário debate público, na ágora que são as eleições e o plenário das casas legislativas. Como diria o juiz Antonin Scalia, para tanto, precisamos *apenas de uma urna eleitoral e de uma legislatura*[223]. O objetivo deste texto é demonstrar, por meio da análise do julgamento da ADO 26 e do MI 4733, como os ministros da Corte têm desobedecido reiteradamente a Constituição brasileira para impor suas próprias vontades, usurpando poderes, com a imposição de teses pouco ou nada jurídicas, muito menos democráticas, recheadas de política e de ideologia, com o subterfúgio de um chamado novo constitucionalismo e suas diversas vertentes e nomes, em desacordo com o texto expresso na própria Constituição, ignorando séculos de estudos, de debates e de evolução de princípios de Direito Penal que foram construídos para defesa do cidadão contra o arbítrio do estado e de seus agentes[224].

223 Scalia. Antonin. *Scalia Fala. Reflexões sob Direito, Fé e uma vida bem vivida.* Discurso Das Falsas Verdades Jurídicas. Obra no prelo pela Editora E.D.A, tradução de Amauri Feres Saad: *"Bem, não é meu objetivo aqui discutir a exatidão substantiva de tal raciocínio. Parece-me que uma constituição cujo significado mude conforme nossas noções do que deveria significar não vale muito. Para manter o governo atualizado com as noções modernas do que o bom governo deve ser, não precisamos de uma constituição, mas apenas de uma urna eleitoral e de uma legislatura."*

224 Votos dos ministros:
http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoMAM.pdf . Acesso em: 06 dez. 2020.
http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoRL.pdf Acesso em: 06 dez. 2020.https://www.conjur.com.br/dl/leia-voto-ministro-fachin1.pdf Acesso em: 06 dez. 2020. http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoMCM.pdf Acesso em: 06 dez. 2020.https://www.youtube.com/watch?v=zZBpYwxcmcE&feature=youtu.be&t=2705 Acesso em: 06 dez. 2020.https://www.youtube.com/watch?v=UFUa1EJeDMo Acesso em: 06 dez. 2020. https://www.facebook.com/watch/live/?v=2205885706408193&ref=watch_permalink Acesso

II - O NOVO CONSTITUCIONALISMO E SEUS INSTRUMENTOS DE AÇÃO

Nas últimas décadas, a sociedade brasileira assistiu a uma transformação da atuação do Supremo Tribunal Federal. Outrora composto por ministros discretos, cujas decisões eram baseadas no texto da lei e na Constituição, com o passar de uma revolução constitucional pós-Constituição de 88 alcançamos, no estágio atual, uma Corte formada por ministros falantes e políticos, que antecipam votos ou entendimentos, e que muitas das vezes desprezam textos legais e sobretudo textos constitucionais, alegando defesa da ordem democrática e das minorias. Não bastasse, os atuais guardiães da Constituição empunham uma espécie de ideologia que chamam de *função contramajoritária* da Corte.

Seus meios de ação para alargar ou ignorar a Constituição são uma suposta defesa dos direitos fundamentais – mas não todos – e o controle de constitucionalidade, exercido por meio de um leque de ações constitucionais com um grande número de sujeitos ativos, que estenderam ao infinito os poderes da Corte. E foram estes os instrumentos utilizados para buscar criminalização de conduta sem lei: a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26 e o Mandado de Injunção (MI) 4733.

Ambas as ações constitucionais integram o pacote de novas normas produzidas pelas elites política, jurídica e econômica, a partir da 2ª Guerra Mundial, mundo afora e, no Brasil, a partir do fim do regime militar e da chegada da Nova República. Esse novo formato legal e constitucional visa ao deslocamento de poder, do Legislativo e do Executivo para o Judiciário. A estratégia, combinada com a constitucionalização dos direitos, tal como se deu na Constituição de 1988, passou a ser utilizada por diversos agentes políticos e militantes, a fim de que o Poder Judiciário tenha autorização para literalmente invadir a esfera de competências dos demais poderes. A conjugação desses fato-

em: 06 dez. 2020.https://www.youtube.com/watch?v=qZUGC_l_0GY&feature=youtu.be&t=2454 Acesso em: 06 dez. 2020.https://www.conjur.com.br/dl/legislativo-tipificar-crime-defende.pdf Acesso em: 06 dez. 2020.

res viria a constituir o novo constitucionalismo, como explica o professor Ran Hirschl em sua obra *Rumo à Juristocracia, origens e consequências do novo constitucionalismo*:

> *Esta ampla convergência mundial na direção do constitucionalismo, muitos teóricos sustentam, decorre do compromisso das modernas democracias no período pós-Segunda Guerra Mundial com a noção de que a democracia envolve muito mais do que a mera adesão ao princípio da regra da maioria. Não menos importante, somos frequentemente lembrados, isto reflete o genuíno compromisso político com a profunda, autovinculante proteção de direitos básicos e liberdades civis numa tentativa de proteger grupos vulneráveis e indivíduos da potencial tirania das maiorias políticas. Consequentemente, as características aparentemente antidemocráticas das constituições e da revisão judicial são com frequência retratadas como conciliáveis com a regra da maioria ou simplesmente como limites necessários à democracia. Em resumo, o fortalecimento do judiciário por meio da constitucionalização de direitos e do estabelecimento da revisão judicial parece, nos dias atuais, ser algo largamente aceito como uma manifestação do senso comum do pensamento constitucional contemporâneo*[225].

Numa análise empírica do fenômeno e de seus resultados em alguns países em que foi implantada a tal revolução constitucional, o professor Hirschl concluiu, em outras palavras, que nem tudo que brilha é ouro e que por trás do belo discurso de defesa das minorias, da igualdade, da justiça social e da democracia encontra-se uma explicação menos humanitária e menos democrática para o fortalecimento do Judiciário, qual seja, o propósito de sustentação do poder por elites políticas, econômicas e jurídicas.

> *Na montagem deste quebra-cabeças, desenvolvo uma nova explicação para o fortalecimento do Judiciário mediante a constitucionalização como uma forma de autointeressada preservação hegemônica. Minhas conjeturas subjacentes ao desenvolvimento desta explicação para a constitucionalização e o fortaleci-*

225 Hirschl. Ran. *Rumo à Juristocracia, origens e consequências do novo constitucionalismo*. Tradução Amauri Feres Saad. 1ª edição. Editora E.D.A. - Educação, Direito e Alta Cultura: Londrina, 2020, p. 31.

mento do Judiciário são: (1) a expansão do poder do Judiciário é parte, e também uma importante manifestação, de lutas sociais, políticas e econômicas que dão forma a um dado sistema político e não pode ser compreendida isolada de tais lutas; (2) as origens políticas da reforma constitucional não podem ser estudadas de forma isolada das origens políticas dos impasses e da estagnação causados por certos arranjos constitucionais; (3) outras variáveis sendo iguais, relevantes atores políticos, econômicos e judiciais provavelmente favorecerão o estabelecimento de estruturas que os beneficiarão ao máximo; e (4) as constituições e a revisão judicial não possuem controle orçamentário e não possuem nenhum poder independente para garantir a obediência da ordem jurídica que instituem, mas todavia funcionam como limites à flexibilidade institucional dos agentes políticos. Assim, a voluntária autolimitação por meio da transferência de autoridade para elaboração de políticas públicas, dos órgãos majoritários para os tribunais, parece, a uma primeira vista, contrariar os interesses dos detentores de poder no Legislativo e no Executivo. ***A explicação mais plausível para a voluntária autoimposição de um Judiciário fortalecido é aquela que sustenta que os detentores do poder político, econômico e jurídico que ou iniciaram ou se furtaram de bloquear tais reformas constitucionais consideraram que os limites impostos pelo Judiciário na esfera política na verdade beneficiam os seus interesses. Em outras palavras, aqueles que estão dispostos a pagar o preço do fortalecimento do Judiciário só podem considerar que a sua posição (absoluta ou relativa) seria melhorada sob uma juristocracia.***

Sugiro, especificamente, que o fortalecimento do Judiciário através da constitucionalização é mais bem compreendido como o produto de uma interação estratégica entre três grupos principais: elites políticas ameaçadas, que procuram preservar ou aumentar sua hegemonia política mediante o insulamento da elaboração de políticas públicas em geral, e suas preferências políticas em particular, das vicissitudes do jogo democrático, ao mesmo tempo em que professam o seu apoio à democracia; elites econômicas, que enxergam a constitucionalização de direitos, especialmente os de propriedade, mobilidade e profissão,

como um meio de estabelecer limites à ação governamental e promover uma agenda de livre mercado, amigável aos negócios; e elites judiciais e cortes supremas nacionais, os quais procuram aumentar a sua influência política e reputação internacional. ***Dito de outro modo, defendo que inovadores jurídicos estratégicos — elites políticas em consórcio com elites econômicas e judiciais com interesses compatíveis — determinam o cronograma, a extensão e a natureza das reformas constitucionais.***

Enquanto os benefícios da constitucionalização para libertários econômicos e para as elites judiciais parecem óbvios, seu apelo para forças sociopolíticas hegemônicas e seus representantes políticos pode a uma primeira análise parecer questionável. Entretanto, quando suas preferências políticas tenham sido, ou possam vir a ser, crescentemente desafiadas nas arenas de tomada de decisão majoritárias, tais elites, que possuem acesso desproporcional ou influência sobre a arena jurídica, podem iniciar um movimento de alocação constitucional de direitos, acompanhada da consequente revisão judicial, com o objetivo de transferir poder para cortes supremas. Baseando-se na reputação relativamente boa dos tribunais quanto ao profissionalismo e à imparcialidade política, seu histórico judicante, e quanto às preferências ideológicas dos seus juízes, aquelas elites podem com segurança assumir que suas preferências políticas serão contestadas com menos efetividade sob o novo arranjo. O fortalecimento dos órgãos judicantes mediante a constitucionalização pode fornecer uma solução institucional eficiente para grupos influentes que buscam preservar sua hegemonia e que, dada a erosão em seu apoio popular, podem encontrar desvantagens estratégicas ao aderir a processos majoritários de formulação política. Processos políticos mais "demograficamente representativos" são, em outras palavras, um catalisador, não o resultado, da constitucionalização. A constitucionalização de direitos, deste modo, com frequência não pode ser tomada como o reflexo de um genuíno processo político revolucionário; é, antes de tudo, a evidência de que a retórica de direitos e revisão judicial foi apropriada por elites ameaçadas para reforçar sua própria posição na sociedade. Ao manter os mecanismos popu-

> *lares de tomada de decisão na vanguarda do processo político democrático formal, ao mesmo tempo em que transferem o poder de formular e promulgar certas políticas a órgãos decisórios semiautônomos, aqueles que possuem acesso desproporcional a tais órgãos, e os influenciam decisivamente, passam a ter condições de minimizar a ameaça potencial à sua hegemonia*[226]*. (negritei)*

Dito isto pelo Professor Hirschl, vislumbra-se o acerto de sua tese pelo que acontece no Brasil, onde há uma percepção pública de que os partidos políticos e respectivas ideologias, que atuaram fortemente na elaboração da Constituição de 88 e que têm sofrido derrotas consecutivas nas eleições, usam de ações constitucionais para, por meio de decisões de ministros que foram indicados por eles, obter o avanço de suas pautas e atuar fortemente na oposição ao governo vencedor nas urnas e ao povo que o elegeu exatamente por suas pautas supostamente distintas das dos governos anteriores. E o fazem à revelia da vontade popular e do debate democrático[227].

Daí que não há nada de novo no discurso do Ministro Alexandre de Moraes ao afirmar que *"toda tirania deve ser afastada, inclusive a tirania da maioria que elege o Executivo e o Congresso"*[228] ou do Ministro Dias Toffoli, que proclamou o STF como editor de toda a nação: *"nós, enquanto Suprema Corte, somos editores de um país inteiro, de uma nação inteira, de um povo inteiro"*[229].

Assim, com base nessa nova doutrina, não há limites para o crescimento do poder e para a atuação do Supremo Tribunal Federal, o que ficou evidenciado no julgamento do MI 4733 e da ADO 26, e em tantos outros julgamentos estarrecedores, alguns dos quais abordados ao longo desta obra. A propósito, e mais grave, aquele meme que reproduzimos nas primeiras linhas vai aos poucos adquirindo materialidade, à medida que a

---

226 Hirschl. Ran. Op. cit, p. 44.

227 https://www.puggina.org/artigo/recados-ameacadores-do-stf_17361. Acesso em: 14 fev 2021.

228 https://opiniao.estadao.com.br/noticias/espaco-aberto,o-supremo-tribunal-federal-e-o-consequencialismo-juridico,70003366585 Acesso em: 07 dez. 2020.

229 https://www.focus.jor.br/toffoli-afirma-que-stf-atua-como-editor-do-pais/; https://www.conjur.com.br/2020-jul-28/dias-toffoli-stf-nao-abandonar-combate-fake-news Acessos em: 07 dez. 2020.

Corte, na ânsia de desconfigurar a Constituição Federal, vai aos poucos sufocando os preceitos que não lhe agradam em face de outros direitos "mais atraentes", ironicamente sob a pecha de que aqueles padecem de "inconstitucionalidade".

III - MI 4733 E ADO 26: JULGAMENTOS ESTARRECEDORES

Antes de explorar o objeto destas duas ações constitucionais especificamente, faz-se necessária uma breve e superficial explicação sobre o que seriam esses dois instrumentos e para que eles serviriam, até mesmo para analisar se seriam adequados aos fins a que se prestaram nesses dois processos que tramitam no Supremo Tribunal Federal.

O Mandado de Injunção está previsto no artigo 5º, inciso LXXI, da Constituição Federal de 1988, por meio do qual ingressou no sistema legal brasileiro pela primeira vez:

> *LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;*

Segundo Alexandre de Moraes, "o doutrinador", o mandado de injunção "é uma ação constitucional de caráter civil e de procedimento especial, que visa a suprir uma omissão do Poder Público, no intuito de viabilizar o exercício de um direito, uma liberdade ou uma prerrogativa prevista na Constituição Federal. Juntamente com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, visa ao combate à síndrome de inefetividade das normas constitucionais"[230].

Os requisitos para o Mandado de Injunção seriam a falta de norma reguladora de uma previsão constitucional (omissão do poder público) e a inviabilização do exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Logo, deve haver um nexo causal entre um e outro requisito.

230 Moraes, Alexandre de. *Direito Constitucional* - 5ª edição revista e ampliada. São Paulo: Atlas, 1999, pág. 163.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, por sua vez, está disciplinada no artigo 103, § 2°, da Constituição Federal, no capítulo que trata do Poder Judiciário, mais precisamente no artigo que se refere ao controle da constitucionalidade:

> *§ 2º - Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.*

Assim, é cabível a ação direta de inconstitucionalidade por omissão quando um mandamento constitucional não se torna efetivo por omissão do poder público. Logo, tem de haver necessariamente uma ordem constitucional expressa que não está sendo atendida pelo poder público, o que a ação visa a corrigir. Neste sentido define o jurista Marcelo Novelino:

> *"A violação das normas constitucionais pode ocorrer quando o Poder Público pratica condutas comissivas (inconstitucionalidade por ação), mas também em hipóteses nas quais deixa de agir conforme determina a Constituição (inconstitucionalidade por omissão). Para assegurar a supremacia constitucional nestas hipóteses, foram consagrados dois instrumentos: o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Esses mecanismos de controle das omissões constitucionais, apesar de aparentemente semelhantes, possuem características bastante diversificadas, a ponto de não se admitir o pedido de conversão de uma ação na outra*[231].

Traçadas essas breves definições, vamos aos fatos.

Em 2012, a Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros (ABGLT) propôs o Mandado de Injunção - MI 4733 - contra o Congresso Nacional, por meio do qual buscava obter a criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente) das ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade

231 Novelino, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional.* 15ª edição ver. ampl. e atual. - Salvador:, Jus Podivm, 2020, p. 263.

de gênero, real ou suposta, da vítima, alegando ser isto (a criminalização específica) um pressuposto inerente à cidadania da população LGBT na atualidade.

Por meio dessa ação, a associação postulava, essencialmente: i) o reconhecimento de que a homofobia e a transfobia se enquadram no conceito ontológico-constitucional de racismo ou, subsidiariamente, que sejam entendidas como discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais; ii) a declaração, com fundamento nos incisos XLI e XLII do artigo 5º da Constituição Federal, de mora inconstitucional do Congresso Nacional no alegado dever de editar legislação criminal que puna, de forma específica, a homofobia e a transfobia, especialmente (mas não exclusivamente) a violência física, os discursos de ódio, os homicídios, a conduta de 'praticar, induzir e/ou incitar o preconceito e/ou a discriminação' por conta da orientação sexual ou da identidade de gênero, real ou suposta, da pessoa[232].

Inicialmente, o Ministro Lewandowski não conheceu (rejeitou) o MI 4733 após ouvir o Procurador-Geral da República, Roberto Monteiro Gurgel Santos, a Advocacia-Geral da União e ambas as Casas do Congresso Nacional, sob o fundamento de que não caberia o MI por não haver nenhum direito do autor da ação que estaria sendo vedado pela falta de norma regulamentadora, ou seja, a omissão não estaria tornando inviável "o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania", para suprir a suposta falta legislativa a mandamento constitucional. Além disso, afirmou o Ministro que caso o Supremo Tribunal Federal admitisse esse mandado de injunção e proferisse uma decisão aditiva, como pretendia a impetrante, **haveria grave lesão à Constituição Federal, tendo em vista que a edição de normas penais está sujeita ao princípio da reserva legal, e lei, em sentido estrito, é somente a norma produzida pelo Congresso Nacional, sendo competência privativa da União legislar sobre Direito Penal** (art. 22, inciso I, da Constituição Federal)[233].

232 http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4239576 . Acesso em: 07 dez. 2020.

233 https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24353944/mandado-de-injuncao-mi-4733-df-stf. http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=180741204&ext=.pdf Acessos em: 07 dez. 2020.

Apesar de a ação não ter sido conhecida de início, o autor entrou com Agravo Regimental e em novo parecer, em 2014, o Ministério Público Federal, então pelo PGR Rodrigo Janot, mudou o entendimento, contrariando o entendimento anterior e a jurisprudência do próprio STF[234]. Com o provimento do Agravo, a ação voltou a tramitar.

Em 2013, o Partido Popular Socialista entrou com a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão - ADO 26 - para o fim de obter a criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente) das ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima, por ser isto (a criminalização específica) decorrência da ordem constitucional de legislar relativa ao racismo (art. 5º, XLII) ou, subsidiariamente, às discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI) ou, ainda subsidiariamente, ao princípio da proporcionalidade na acepção de proibição de proteção deficiente (art. 5º, LIV, da CF/88)[235].

As duas ações passaram a tramitar conjuntamente, e em junho de 2019 foi concluído o julgamento. Enquanto a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26 teve a relatoria do Ministro Celso de Mello, o Mandado de Injunção (MI) 4733 foi relatado pelo Ministro Edson Fachin. A maioria dos Ministros do Supremo Tribunal conheceu ambas as ações e a ADO 26 foi conhecida parcialmente, em decisão cujo teor foi no seguinte sentido:

> *Decisão: O Tribunal, por unanimidade, conheceu parcialmente da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Por maioria e nessa extensão, julgou-a procedente, com eficácia geral e efeito vinculante, para: a) reconhecer o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional na implementação da*

234 https://www.conjur.com.br/dl/parecer-pgr-criminalizacao-homofobia.pdf (último acesso em 07 de dezembro de 2020).
https://www.conjur.com.br/2014-ago-20/pgr-muda-opiniao-cabe-supremo-criminalizar-homofobia (último acesso em 07 de dezembro de 2020).

235 http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053 (último acesso em 07 de dezembro de 2020).

prestação legislativa destinada a cumprir o mandado de incriminação a que se referem os incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição, para efeito de proteção penal aos integrantes do grupo LGBT; b) declarar, em consequência, a existência de omissão normativa inconstitucional do Poder Legislativo da União; c) cientificar o Congresso Nacional, para os fins e efeitos a que se refere o art. 103, § 2º, da Constituição c/c o art. 12-H, caput, da Lei nº 9.868/99; d) dar interpretação conforme à Constituição, em face dos mandados constitucionais de incriminação inscritos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Carta Política, ***para enquadrar a homofobia e a transfobia, qualquer que seja a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89,*** *até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional, seja por considerar-se, nos termos deste voto,* ***que as práticas homotransfóbicas qualificam-se como espécies do gênero racismo, na dimensão de racismo social*** *consagrada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento plenário do HC 82.424/RS (caso Ellwanger), na medida em que tais condutas importam em atos de segregação que inferiorizam membros integrantes do grupo LGBT, em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero, seja, ainda, porque tais comportamentos de homotransfobia ajustam-se ao conceito de atos de discriminação e de ofensa a direitos e liberdades fundamentais daqueles que compõem o grupo vulnerável em questão; e e) declarar que os efeitos da interpretação conforme a que se refere a alínea "d" somente se aplicarão a partir da data em que se concluir o presente julgamento, nos termos do voto do Relator,* ***vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli (Presidente), que julgavam parcialmente procedente a ação, e o Ministro Marco Aurélio, que a julgava improcedente.*** *Em seguida, por maioria, fixou-se a seguinte tese: 1. Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão*

odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por ***traduzirem expressões de racismo****, compreendido este em sua dimensão social,* ***ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe*** *(Código Penal, art. 121, § 2º, I, "in fine"); 2. A repressão penal à prática da homotransfobia não alcança nem restringe ou limita o exercício da liberdade religiosa, qualquer que seja a denominação confessional professada, a cujos fiéis e ministros (sacerdotes, pastores, rabinos, mulás ou clérigos muçulmanos e líderes ou celebrantes das religiões afro-brasileiras, entre outros) é assegurado o direito de pregar e de divulgar, livremente, pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, o seu pensamento e de externar suas convicções de acordo com o que se contiver em seus livros e códigos sagrados, bem assim o de ensinar segundo sua orientação doutrinária e/ou teológica, podendo buscar e conquistar prosélitos e praticar os atos de culto e respectiva liturgia, independentemente do espaço, público ou privado, de sua atuação individual ou coletiva,* ***desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações que incitem a discriminação, a hostilidade ou a violência contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero****; 3.* ***O conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social,*** *projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem grupo vulnerável (LGBTI+) e por não pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados estranhos e diferentes, degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico,*

> *expostos, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito, vencido o Ministro Marco Aurélio, que não subscreveu a tese proposta. Não participaram, justificadamente, da fixação da tese, os Ministros Roberto Barroso e Alexandre de Moraes. Plenário, 13.06.2019*[236]*. (negritei)*

A decisão da maioria dos membros da Corte, tal como o parecer de Rodrigo Janot, praticamente ignorou o direito fundamental e a cláusula pétrea do princípio da legalidade penal estrita. Juntos, o guardião da Constituição e o fiscal da lei - defensores do Estado de Direito e do regime democrático - solaparam a Constituição Federal e o princípio de direito penal mais básico e elementar para a defesa do cidadão. Os referidos protagonistas desprezaram texto expresso da Carta Magna. Sobretudo, esse resultado foi alcançado por intermédio de malabarismos retóricos e linguísticos. Fundamentos sociológicos e antropológicos foram fervorosamente invocados, à exceção (como por ironia) dos fundamentos jurídico-penais. Enfim, esforços foram concentrados para tentar achar uma justificativa supostamente tácita na Constituição para alcançarem os objetivos almejados por uma militância organizada, levando a efeito o ensinamento maquiavélico de que os fins justificam os meios.

Rodrigo Janot, à época chefe do Ministério Público Federal, Presidente do Conselho Nacional do Ministério Público, portanto a figura mais importante dentro do Ministério Público Nacional, relativizou o princípio da reserva legal abordando-o breve e tangencialmente e de modo algum sob o aspecto jurídico[237]:

> *"O importante argumento da reserva absoluta de lei (princípio da legalidade estrita) em matéria penal precisa ser interpretado à luz da supremacia da Constituição, das determinações específicas de legislar para proteger a dignidade, do controle de constitucionalidade, da previsão de mecanismos processuais ta-*

236 https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/tesesADO26.pdf. Acesso em: 07 dez. 2020.http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414010. Acesso em: 07 dez. 2020..

237 https://www.conjur.com.br/dl/parecer-pgr-criminalizacao-homofobia.pdf. Acesso em: 07 dez. 2020.

lhados para o enfrentamento da omissão inconstitucional (tais como o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão) e do papel do Supremo Tribunal Federal na concretização constitucional, que geram reconfiguração desse princípio. Importa, antes de tudo, a efetiva regulamentação do valor constitucional desprotegido, ainda que de modo provisório e por intermédio da jurisdição constitucional. Será então regulamentação autorizada pela Constituição, com o que restará atendido o princípio da legalidade. Será regulamentação excepcional e supletiva, com o que se respeitará o princípio da divisão funcional do poder e a primazia da conformação pelo Poder Legislativo. A ausência de resposta jurídica eficaz ao comando constitucional de combate à discriminação e ao preconceito contra lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais é intolerável num quadro social estarrecedor em que centenas de pessoas LGBT são mortas a cada ano primariamente por causa de sua orientação sexual!"

Sem dificuldade, a leitura do pronunciamento do então Procurador-Geral da República nos permite concluir, com indisfarçável assombro, que para o Chefe do Ministério Público o princípio da legalidade estrita, que está expressamente insculpido no corpo da Constituição Federal, pode ser afastado pela própria estrutura constitucional no qual reside (como que expulso do seu habitat normativo), bastando para tanto a existência de outros interesses "desprotegidos" e da vontade de um órgão (Supremo Tribunal Federal) disposto a desconsiderar o seu preceito fundamental, qual seja a exigência de lei para a estipulação de crimes e as subsequentes sanções.

Enfim, esse triste capítulo da história brasileira transcorreu como a tragédia grega: enquanto o coro dos juristas externava o canto de terror diante do prenúncio da catástrofe, o Corifeu salta do grupo e sacrifica o princípio da legalidade diante dos olhos arregalados de todos os presentes.

IV - AUSÊNCIA DE REQUISITOS PARA O MANDADO DE INJUNÇÃO E PARA A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

Como se pode observar do próprio objeto do Mandado de Injunção, este instrumento não seria adequado para o objetivo almejado, tendo em vista que não preenche os requisitos previstos na própria Constituição.

Primeiro, a norma reguladora a que se visa não tem previsão constitucional. Diferentemente do que ocorreu com o racismo, cuja exigência de tipificação penal constava expressamente na Constituição Federal, com relação à homofobia e transfobia, tal exigência não existe.

A estratégia usada para tentar forçar a equiparação com o comando constitucional relativo ao racismo foi alegar que o inciso XLI da CF determinou a punição para qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais, como se isso fosse o mesmo que constou no inciso seguinte da CF, o qual determinou expressamente a necessidade de se criar o crime de racismo. Perceba a diferença de redação:

> *XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;*
>
> *XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;*

Ora, se o constituinte pretendesse igual tratamento, o teria feito expressamente. Punir não significa necessariamente criminalizar, pois, a depender da situação, a punição pode ser multa, proibição ou suspensão de realizar algum ato ou atividade, por exemplo, ou até mesmo reparação de natureza cível. O que fica evidente é que quando o constituinte pretendeu ver criminalizada alguma conduta ou recrudescido o combate a determinados crimes, fez constar expressamente essa intenção, tal como ao tratar dos crimes hediondos, de terrorismo e tortura.

O que se tornou regra no Supremo Tribunal Federal é ignorar situações que foram expressas pelo constituinte e enxergar

comandos constitucionais onde eles não existem, a depender dos interessados e do voluntarismo e ideologia dos julgadores.

Assim, houve indevida analogia entre o tratamento dado a discriminação de qualquer natureza, na qual se enquadraria "homofobia e transfobia", com crime de racismo expressamente previsto na Constituição, pois para a discriminação em geral a Carta Magna fala de punição e não de criminalização como o fez expressamente com o racismo.

Outro requisito faltante é a ausência de norma que torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Ora, a ausência de lei penal específica, como deseja a militância, não impede e nem torna inviável o exercício de direitos e liberdades e prerrogativas. A legislação penal já prevê crimes dolosos contra a vida, inclusive qualificados por motivo fútil ou torpe; crimes dolosos e culposos contra a integridade física e crimes contra a honra, com possibilidade de serem também agravados pelo motivo fútil ou torpe. Desta forma, nenhuma pessoa está desprotegida criminalmente por tais condutas, já que a lei é geral e abstrata, de modo a alcançar a defesa de qualquer indivíduo.

Exatamente neste sentido foi a decisão já citada do Ministro Ricardo Lewandowski ao rejeitar liminarmente o MI 4733, seguindo o mesmo entendimento do PGR, à época, e da Advocacia-Geral[238]:

> *"Com efeito, é firme a jurisprudência desta Corte com relação à necessidade de se detectar, para o cabimento do writ injuncional, a existência inequívoca de um direito subjetivo, concreta e especificamente consagrado na Constituição Federal, que não esteja sendo usufruído por seus destinatários pela ausência de norma regulamentadora exigida por essa mesma Carta.*
>
> *Aponto, nesse sentido, o acórdão prolatado no julgamento plenário do MI 624/MA, assim ementado: "Mandado de injunção. Falta de norma tipificando crime de responsabilidade*

238 http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=180741204&ext=.pdf. Acesso em: 07 dez 2020.

dos Magistrados. Inadequação da via eleita. 1. O mandado de injunção exige para sua impetração a falta de norma regulamentadora que torne inviável o exercício de direito subjetivo do impetrante. 2. Mandado de injunção não conhecido".

Colho daquele julgado o seguinte trecho do voto condutor proferido pelo Relator, Ministro Menezes Direito, que bem demonstra o descabimento da pretensão deduzida neste mandamus:

"Entendo que, de fato, não há falar em mandado de injunção diante da impetração feita. O impetrante não sustenta nenhum direito seu que estaria sendo vedado pela falta de norma regulamentadora, ou seja, a omissão não está tornando inviável 'o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania', como estipulado no art. 5º, LXXI, da Constituição Federal. Ainda que se pudesse conceber que o enquadramento dos Magistrados estaduais em crimes de responsabilidade estaria incluído entre os direitos do cidadão, isto é, seria prerrogativa inerente à cidadania, não me parece admissível o mandado de injunção quando a falta de norma regulamentadora esteja fora do alcance do direito subjetivo do impetrante. Não há nenhuma demonstração efetiva de que a falta da norma apontada na inicial esteja impedindo o impetrante de exercer direito subjetivo seu. Na realidade, com a impetração o que o impetrante quer, concretamente, é corrigir pela via do mandado de injunção a inconstitucionalidade por omissão, em tese, que, por via reflexa, poderia alcançar esse direito de cidadania pretendido com o feito sob julgamento".

Segue o Ministro:

"Essa conclusão, no sentido de que não há em jogo direito subjetivo especificamente consagrado na Carta Magna cuja fruição esteja sendo obstada pela ausência de regulamentação legal, mas sim um legítimo e bem articulado movimento em prol de uma legislação criminal ainda mais rigorosa no tocante à punição de condutas homofóbicas, foi explicitada pela Procuradoria Geral da República, nos seguintes termos:

> *"Porém, a pendência de aprovação do Projeto de Lei da Câmara nº 122/2006 no Senado Federal não deixa impunes os crimes praticados em razão da orientação sexual da vítima, pois há no ordenamento jurídico normas penais que tipificamos delitos de homicídio, lesões corporais e contra a honra, não havendo prejuízo concreto que justifique o cabimento do presente mandamus e a necessidade do Supremo Tribunal Federal regulamentar provisoriamente o tema, enquanto a citada proposta legislativa não é aprovada".*

Alexandre de Moraes, *o jurista*, neste mesmo viés, afirma que as normas constitucionais que permitem ajuizamento do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade se assemelham e não decorrem de todas as espécies de omissões do Poder Público, mas tão só em relação às normas constitucionais de eficácia limitada de princípio institutivo e de caráter impositivo e das normas programáticas vinculadas ao princípio da legalidade, por dependerem de atuação normativa ulterior para garantir a sua aplicabilidade. Conclui ele que não caberia, portanto, para pretender a alteração de lei ou ato normativo já existente, supostamente incompatível com a Constituição, ou para exigir-se uma interpretação à aplicação da legislação infraconstitucional, ou ainda para pleitear uma aplicação "mais justa" da lei existente.

No entanto, Alexandre de Moraes, *o togado*, sem alterar as palavras, mudou de ideia[239].

Com relação à ADO, pelos mesmos motivos se afirma que não há omissão do poder competente. Primeiramente, como já dito, há no ordenamento jurídico instrumentos de proteção para todos os indivíduos e exigir lei própria para proteção de determinados grupos, sem sequer previsão constitucional expressa e sem obedecer ao processo legislativo exigido, nada mais é do que criar privilégios e mecanismos de separação dentro da sociedade, acirrar disputas e fomentar caos e ódio que tanto dizem combater. Segundo, como mencionado no parecer do PGR, tramita no Congresso projeto de lei que se até hoje não foi votado,

239 Moraes, Alexandre. Op. Cit. p. 164.

rejeitado ou aprovado é porque os representantes do povo entenderam que assim deveria ser. No regime constitucional por nós adotado, as eleições e o Congresso Nacional são os palcos em que são travadas as disputas e aparadas as diferenças, e o Congresso Nacional é o local em que as leis penais necessariamente são criadas.

Ainda que se defenda o cabimento da ADO diante de possível omissão do legislador, em hipótese alguma eventual omissão por ausência de lei penal incriminadora poderia ser suprida por decisão judicial que fere de morte o princípio constitucional da legalidade estrita atingindo a função garantidora do direito penal.

O penalista português Jorge Figueiredo Dias, ao tratar do relacionamento material entre direito penal e direito constitucional, afirma ter uma relação entre a ordem axiológica constitucional e a ordem legal dos bens jurídicos, devendo

> *"existir entre as duas ordens uma relação de implicação, no sentido de que todo o bem jurídico penalmente relevante tem de encontrar uma referência expressa ou implícita, na ordem constitucional dos direitos e deveres fundamentais. Mas justamente em nome do critério da necessidade e da consequente subsidiariedade da tutela jurídico-penal, a inversa não é verdadeira: no preciso sentido de que não existem imposições jurídico-constitucionais implícitas de criminalização. Naturalmente: onde o legislador constitucional aponte expressamente a necessidade de intervenção penal para tutela de bens jurídicos determinados, tem o legislador ordinário de seguir esta injunção e criminalizar os comportamentos respectivos, sob pena de inconstitucionalidade por omissão (embora, ainda aqui, fique uma larga e incontornável margem de liberdade à legislação ordinária no que toca ao exacto âmbito e à concreta forma de criminalização, bem como, em princípio, às sanções com que os comportamentos devem ser ameaçados e à sua medida). Onde, porém, inexistam tais injunções constitucionais expressas, da existência de um valor jurídico-constitucionalmente reconhecido como integrante de um direito ou de um dever fundamentais não é legítimo deduzir sem mais a exigência de criminalização*

de comportamentos que o violam. Precisamente porque não pode ser ultrapassado o inevitável entreposto constituído pelo critério da necessidade ou da carência de pena. Critério que, em princípio, caberá ao legislador ordinário utilizar e que só em casos gritantes poderá ser jurídico-constitucionalmente sindicado, nomeadamente, por violação eventual do princípio da proporcionalidade em sentido estrito (v.g., quando o legislador ordinário entendesse sancionar o homicídio doloso apenas com sanções jurídico-civis; ou quando decidisse subverter por completo a ordenação axiológica constitucional, descriminalizando totalmente a lesão de valores pessoais e criminalizando de forma maciça a lesão de valores patrimoniais)"[240].

Essa relação se fazia presente no caso do crime de racismo, expressamente previsto na Constituição brasileira, conforme já exposto acima, haja vista que havia expressa previsão constitucional de criminalização, o que, reitera-se, não pode se estender a "outras formas de discriminação", por meio de mera decisão judicial, pois é vedado pelo princípio constitucional da reserva legal.

V - PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL OU DA LEGALIDADE PENAL ESTRITA - *NULLUM CRIMEN, NULLA POENA SINE LEGE*

A Constituição de 1988 trouxe em seu artigo 5º, que trata dos direitos e garantias fundamentais - cláusulas pétreas -, o princípio da legalidade penal, recepcionando assim o artigo 1º, do Código Penal, que possuía redação quase idêntica à adotada pela Carta Magna:

> *Art. 5º, XXXIX, da CF - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;*
>
> *Art. 1º, do CP – Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.*

O princípio da reserva legal tem a sua origem conhecida mais longínqua na Carta Magna do século XIII. Segundo Mi-

240 Dias. Jorge Figueiredo. *Direito Penal. Parte Geral, Tomo I. Questões fundamentais – A doutrina geral do crime.* 2ª edição, 2ª reimpressão. Coimbra. Coimbra Editora. 2012, pág. 129 e 130.

rabete, sua origem remota seria na Magna Carta, de João Sem Terra, em seu artigo 39, que estabelecia que nenhum homem livre podia ser punido senão pela lei da terra. Anteriormente, no direito romano o princípio prevaleceu quanto aos *crimina publica*, mas não na *cognitio extraordinaria*[241].

A fórmula latina *nullum crimen, nulla poena sine lege* foi cunhada por Feuerbach, no início do século XIX, significando que a elaboração de normas incriminadoras e das respectivas sanções constitui matéria reservada ou função exclusiva da lei.

Ensina João Mestieri que o princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, na enunciação de Feuerbach, é resultante da reação ao abuso desmedido de alguns soberanos. Diz ele:

> *Nessa reação é que devemos procurar os germes do princípio. Reconhecer, porém, sua tranquila aplicação nos tempos antigos é inaceitável sob todos os pontos de vista. Vamos encontrar uma genuína reação ao episódio que deu origem à Magna Charta, em 1215. João Sem Terra foi um soberano de uma perversidade proverbial, não respeitando as liberdades inglesas. Isso fez com que os condes e barões, por ocasião da pretensa peregrinação a S. Edmund´s Bury acordassem ser indispensável conseguir do rei, mesmo pela força, carta de liberdades. O soberano se viu então obrigado a assinar no campo de Runnymead o ato a que se chamaria Magna Charta, considerada a pedra inicial do novo estado de coisas, para a Inglaterra, para as nações-filhas e para o Homem. Essa carta, tecnicamente um autêntico pacto, dizia em seu § 59:*
>
> *"Nenhum homem será detido, preso ou despojado, ou proscrito, ou morto de qualquer forma; nem no condenaremos ou no reconheceremos a prisão, a não ser pelo julgamento dos seus iguais, ou pelas leis do seu país"*[242].

Anteriormente a Feuerbach, o princípio já constava no Bill of Rights das colônias inglesas na América do Norte[243] e na De-

241 Mirabete. Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal. Parte Geral.* 23ª edição. São Paulo. Atlas. 2006, p. 37.

242 Mestieri. João. *Teoria elementar do direito criminal: parte geral.* 1ª edição completa. Rio de Janeiro. J. di Giorgio & Cia Ltda. 1990, pág. 88 e 89.

243 Mirabete. Julio Fabbrini. Idem. P. 37.

claração dos Direitos do Homem e do cidadão[244], da Revolução Francesa, de onde se difundiu para muitos outros países:

> *Artigo 8º- A Lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias, e ninguém pode ser punido senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada.*

No Brasil, o princípio da legalidade penal foi inserido em todas as constituições, desde 1824. Logo, desde a independência do Brasil não é possível que se puna alguém penalmente sem que exista prévia lei que tipifique determinada conduta como crime. Quando nos referimos à lei estamos tratando de lei em sentido estrito, aquela que exige toda a formalidade do processo legislativo perante o Poder Legislativo, concluído com a sanção do Presidente da República.

Nelson Hungria discorreu sobre o princípio da legalidade em não menos do que 92 páginas, em uma de suas obras[245]. Inicia ele:

> *Princípio da legalidade. A fonte única do direito penal é a norma legal. Não há direito penal vagando fora da lei escrita. Não há distinguir, em matéria penal, entre lei e direito. Sub specie juris, não existe crime "sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal". Nullum crimen, nulla poena sine previae lege poenali.* ***A lei penal é, assim, um sistema fechado: ainda que se apresente omissa ou lacunosa, não pode ser suprida pelo arbítrio judicial, ou pela analogia, ou pelos "princípios gerais do direito", ou pelo costume.*** *Do ponto de vista de sua aplicação pelo juiz, pode mesmo dizer-se que a lei penal não tem lacunas. Se estas existem sob o prisma da política criminal (ciência pré-jurídica), só uma lei penal (sem efeito retroativo) pode preenchê-las. Pouco importa que alguém haja cometido um fato anti-social, excitante da reprovação pública, francamente lesivo do minimum de moral prática que o direito penal tem por função assegurar, com suas*

244 http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf . Acesso em: 07 dez. 2020.

245 Hungria, Nélson, 1891-1969. *Comentários do Código Penal, volume I, tomo I: art. 1º a 10/* por Nélson Hungria e Heleno Cláudio Fragoso. 5ª edição. Rio de Janeiro, Forense, 1976, p. 22 e 23.

> *reforçadas sanções, no interesse da ordem, da paz, da disciplina social: se esse fato escapou à previsão do legislador, isto é, se não corresponde, precisamente, a parte objecti e a parte subjecti, a uma das figuras delituosas anteriormente recortadas in abstracto pela lei, o agente não deve contas à justiça repressiva, por isso mesmo que não ultrapassou a esfera da licitude jurídico-penal. Os Códigos Penais modernos, segundo um conceito aparentemente paradoxal de Von Liszt, são a "Carta Magna libertatum" dos delinquentes. O princípio central de quase todos eles é o da legalidade rígida: o que em seus textos não se proíbe é penalmente lícito ou indiferente.* **Permittitur quod non prohibetur**.

A exigência de lei anterior se consubstancia na função de garantia da lei penal e se funda na ideia de que há direitos que são inerentes à pessoa, de modo que nem precisam ser outorgados pelo Estado. Segundo Francisco de Assis Toledo, ex-ministro do STJ, como não se pode negar ao Estado o poder de estabelecer certas limitações ou proibições, o que não estiver proibido está permitido (*permittitur quod non prohibetur*). Daí a necessidade de editarem-se proibições casuísticas, na esfera penal, o que, segundo o princípio em exame, compete exclusivamente à lei[246].

Não obstante alguns ministros do STF estufem o peito ao se afirmarem iluministas - o que não é necessariamente bom -, na prática o que se vê é que até os princípios iluministas mais básicos que visam a defesa do indivíduo vêm sendo dizimados pela jurisprudência da Corte. O princípio da reserva legal, segundo Heleno Fragoso, em sua natureza de garantia de direito substantivo, é fruto mesmo do direito natural e da filosofia política da época do Iluminismo, orientada no sentido de proscrever a insegurança do direito, o arbítrio e a prepotência dos julgadores na administração da justiça criminal. Segue o penalista:

> *Montesquieu, com a teoria da separação dos poderes, afirma que o juiz não pode, sem usurpação dos poderes que competem ao legislativo, estabelecer crimes e sanções. Afirma-se, por outro lado, o princípio da obediência do juiz à letra da lei, com a*

246 Toledo, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5ª edição, São Paulo. Saraiva, 1994, p. 22.

> *proibição de interpretá-la. As grandes linhas do direito natural, que remontavam ao século anterior, já haviam firmado as bases políticas do princípio, ao estabelecer as relações entre a liberdade e o vínculo de dever imposto ao cidadão pela sociedade civil: deram os cidadãos ao Estado o direito de fixar os seus deveres através da lei. Enquanto a lei não é editada subsiste a liberdade natural*[247].

O princípio da legalidade estrita ou da reserva legal, como já apontado, é princípio explícito da Constituição, bem como o princípio da anterioridade, da retroatividade da lei penal mais benéfica ou da irretroatividade da lei penal, da personalidade ou da responsabilidade pessoal, da individualização da pena e da humanidade.

Decorrem do princípio da legalidade estrita a proibição da edição de leis retroativas que fundamentem ou agravem a punibilidade (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*); a proibição de fundamentação ou agravamento da punibilidade pelo direito consuetudinário (*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*); proibição de fundamentação ou agravamento da punibilidade pela analogia (*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*); e proibição de leis indeterminadas (*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*). Ou seja, decorrem do princípio da legalidade penal o princípio da anterioridade e da irretroatividade da lei penal, da taxatividade, da culpabilidade e a proibição de analogia *in malan partem*.

VI - PROIBIÇÃO DE ANALOGIA *IN MALAN PARTEM* E O PRINCÍPIO DA TAXATIVIDADE

A maioria dos membros do STF, ao criar crime sem lei e por meio de uma elástica e canhestra analogia, cometeu mais uma heresia jurídico-penal, já que analogia que prejudique o acusado é proibida, outra obviedade do sistema penal. No entanto, alguns dos ministros afirmaram em seus votos que não se tratava de analogia ou interpretação analógica ou extensiva, já que o

247 Fragoso. Cláudio Heleno. *Lições de Direito Penal. Parte Geral.* 1ª edição. São Paulo. José Bushatsky. 1976, pág. 100 e 101.

significado de racismo havia sido alterado, vejam só, pela própria Corte, logo tratava-se meramente de "interpretação conforme". Mas não foi o que disse o Ministro Marco Aurélio em seu breve voto:

> *"Eventual opção pela criminalização de condutas motivadas pela "orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima" há de se dar na esfera própria, em outra parte da Praça dos Três Poderes que não o Plenário do Supremo, não podendo, possível omissão, ser* ***suplantada por exegese extensiva da legislação em vigor****. Ausente imposição, no âmbito criminal, de ordem ao legislador, reconhecer eventual omissão do Congresso Nacional não merece apoteose." (negritei)*

A proibição de analogia *in malan partem* para criar tipos penais é um corolário do princípio da legalidade, pois os limites do tipo penal são a própria lei e sua expansão lógica é terminantemente proibida.

Segundo Siches, consiste a analogia em empregar a um caso não previsto de modo direto ou específico por norma jurídica, uma norma prevista para uma hipótese distinta, mas semelhante ao caso não contemplado, fundando-se na identidade do motivo da norma e não da identidade do fato[248].

A proibição do emprego de analogia decorre da primazia absoluta do Poder Legislativo em definir crimes e penas, e contém a necessidade de proteção do indivíduo frente à arbitrariedade e neste aspecto se relaciona com a ideia de taxatividade das disposições penais, outro princípio que decorre da reserva legal.

Maurício Antônio Lopes Ribeiro, em *Princípio da legalidade penal*, explica que:

> *"A função da proibição da analogia não se esgota na tarefa de estabelecer limites a um possível arbítrio judicial diante do ideal de liberdade do homem. Destaca-se ainda uma outra, talvez a que seja contemporaneamente a mais rica de todas as implicações: a que tange ao caráter fragmentário do Direito Penal.*

248 Citado por Maurício Antônio Lopes Ribeiro, in *Princípio da legalidade penal – projeções contemporâneas. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 1994 (série Princípios Fundamentais do Direito Penal Moderno)*, p. 119.

> *(...) É dizer, o ordenamento jurídico penal decide valorativamente sobre qualquer consequência que o mundo dos deslavres penais se esgote na realidade legislativa vigente – o que dá o seu caráter fragmentário.*
>
> *Desse ponto de vista se pode facilmente compreender que a lei penal deve traçar fronteiras abstratadas entre o punível e o não punível. A analogia que fundamenta ou agrava a responsabilidade criminal de uma conduta humana não pode ter guarida no ordenamento jurídico penal diante do caráter fragmentário que na prática o define"*[249].

A maioria dos ministros do STF, contudo, seguindo de modo inconteste a vontade dos peticionários da ADO 26 e do MI 4733, encontraram semelhança onde ela não existe, onde não há falha na redação da lei, seja na lei do racismo, em seu artigo 1º, seja nos incisos XLI e XLII, do art. 5º, Constituição, que são bem claros:

> *Art. 1º. CP. Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.*
>
> *Art. 5º. CF.*
>
> *XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;*
>
> *XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei; (CF. 88).*

Ora, se todo o sistema jurídico-penal proíbe expressamente, inclusive por meio de dispositivo constitucional, a criação de crimes sem lei, como é que o Supremo Tribunal Federal cria crime, usando de analogia de um tipo penal que não é nem vago e nem impreciso, do qual não é possível, nem na mais remota hipótese, aplicar interpretação analógica, ainda que usando o eufemismo "interpretação conforme" para justificá-la?

249 Ribeiro. Maurício Antônio Lopes. *Princípio da legalidade penal – projeções contemporâneas.* São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 1994 (série Princípios Fundamentais do Direito Penal Moderno), p. 122.

A resposta é que o STF não pode! No entanto, os ministros foram além. Eles não só o fizeram, como ainda, em suas soberbas, criaram um "tipo penal" vago, impreciso, arbitrário, na pior e mais execrável técnica "legislativa", na medida em que ao tentar excepcionar a incidência do "novo" crime aos pregadores, numa suposta preservação da liberdade religiosa, dentro da exceção empregaram termos vagos, imprecisos e sujeitos a entendimentos contrastantes, a conferir, do extrato do julgamento já colado acima na íntegra:

> *"A repressão penal à prática da homotransfobia não alcança nem restringe ou limita o exercício da liberdade religiosa, qualquer que seja a denominação confessional professada, a cujos fiéis e ministros (sacerdotes, pastores, rabinos, mulás ou clérigos muçulmanos e líderes ou celebrantes das religiões afro-brasileiras, entre outros) é assegurado o direito de pregar e de divulgar, livremente, pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, o seu pensamento e de externar suas convicções de acordo com o que se contiver em seus livros e códigos sagrados, bem assim o de ensinar segundo sua orientação doutrinária e/ou teológica, podendo buscar e conquistar prosélitos e praticar os atos de culto e respectiva liturgia, independentemente do espaço, público ou privado, de sua atuação individual ou coletiva,* ***desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações que incitem a discriminação, a hostilidade ou a violência contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero****; (negritei)*

Ocorre que o princípio da legalidade abrange o princípio da taxatividade (*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*), de modo que a lei penal que comina tipos penais e sanções deve ser certa, clara e bem elaborada, de modo a não deixar dúvida para seu destinatário acerca do seu significado e alcance.

Ao abordar o princípio da taxatividade, Ribeiro Lopes esclarece que:

> *"As exorbitações do Direito Penal preventivo, as ideias totalitárias, a chamada defesa social, os elementos valorativos do tipo, as cláusulas gerais, os tipos penais abertos ou flexíveis,*

as leis penais indeterminadas ou em branco, a incriminação de puros desígnios subjetivos, o uso e abuso de elementos subjetivos do tipo são inimigos naturais do princípio da legalidade, mediante utilização de refinada técnica jurídica pelo Estado moderno em seu desiderato de exigir cada vez mais poder em detrimento das garantias jurídicas formais e substanciais dos direitos individuais da pessoa humana.

Entre nós a matéria começa a ser percebida além dos estritos limites do Direito Penal e ingressa nos domínios do Direito Constitucional, tendo Celso Bastos já dito que não basta que a lei acene com descrições abstratas ou esfumadas do fato delituoso. É preciso que o comportamento seja descrito em todas as suas minúcias, dando lugar a uma suficiente especificação do tipo de crime.

O princípio da legalidade, para ser realmente eficaz, deve ser conexionado com o princípio da taxatividade. (...) Indica o dever imposto ao legislador de proceder, quando elabora a norma, de maneira precisa na determinação de tipos legais de ilicitude, a fim de se saber, de modo taxativo, o que é penalmente ilícito ou proibido[250].

Para ilustrar a que se prestam esses tipos abertos, vale lembrar como era o regime sanguinário bolchevique e sua legislação penal para perseguir os dissidentes do regime, nas palavras de Alexander Soljenítsin em *Arquipélago Gulag*:

"Na verdade, nada existe debaixo da cúpula celeste, conduta, desígnio, ação ou inação que não possa ser punida pela mão pesada do artigo 58.

O artigo 58 constava de 14 parágrafos.

Mas nenhum parágrafo do artigo 58 era interpretado de maneira tão ampla e com tão ardente consciência revolucionária como o Décimo. Visava: <<a propaganda ou agitação que contenham um apelo ao derrubamento ou enfraquecimento do Poder Soviético...e também a difusão, preparação ou conservação de literatura com esse mesmo conteúdo.>>"

250 Ribeiro. Maurício Antônio Lopes. Op. cit. pág 130.

VII - A CORRUPÇÃO DA LINGUAGEM E SEUS EFEITOS NEFASTOS

> ***"- Quando eu uso uma palavra - Humpty Dumpty falou, mais uma vez num tom desdenhoso -, ela significa o que eu quero que ela signifique... nem mais nem menos.***
>
> ***- A questão é - Alice falou - se o senhor pode fazer as palavras significarem coisas tão diferentes.***
>
> ***- A questão é - disse Humpty Dumpty - quem é que manda... e isso é tudo."***
>
> *(Lewis Carroll,* Alice através do espelho*)*

É preciso fazer um parêntese sobre algo grave que sucedeu nesse julgamento do STF e que é sintoma de uma doença também muito grave e que causa muitos males: a tentativa de alteração da realidade por meio da corrupção da linguagem - doença já diagnosticada em países que caíram em regimes totalitários sangrentos ao empregar esses mesmos artifícios na disputa de poder e na imposição de ideologias.

Conforme já mencionado ao tratar do MI 4733, a Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros (ABGLT) requereu o enquadramento de homofobia e a transfobia no conceito ontológico-constitucional de racismo. Logo, o pedido era de verdadeira alteração do significado do signo RACISMO para se alcançar um fim não abrangido pela sua definição/significado consagrado e assim mudar a realidade, de modo a garantir que todos passem a viver numa segunda realidade, de acordo com os desejos dos ideólogos e militantes da causa, que necessitam de companheiros de viagem.

A segunda realidade, para Voegelin, nada mais é do que uma parvoíce, termo utilizado por ele ao explicar a segunda realidade com um estudo da obra de Cervantes, Dom Quixote, onde descreve os critérios para caracterizar o que é a segunda realidade.

> *"Aqui temos uma série de critérios introduzidos para caracterizar o que é a segunda realidade. Primeiro, se a parvoíce se torna geral, tornar-se-á então socialmente dominante; e é particularmente vista como socialmente dominante e correta se for adornada pela autoridade. Assim, temos a condição de um regime totalitário - onde determinadas ideologias são prescritas e propagadas àqueles submetidos ao Estado e devem, portanto, ser corretas. Estamos de novo aproximando-nos, de um ângulo diferente, daquilo que tratei nas primeiras preleções sob a dominação de Síndrome de Buttermelcher. Então, se as pessoas que são autoridades dizem algo, certamente não pode ser falso. Ou somos todos estúpidos, ou somos inteligentes comparados com os outros, que são estúpidos; e se tivéssemos acreditado neles, teríamos sido estúpidos, e assim por diante. Vedes aqui como esses fenômenos, que descrevi empiricamente, já são antecipados em Dom Quixote na análise da tensão entre a primeira e a segunda realidade*[251].

Funcionou. A Corte mudou o significado do vocábulo racismo, como já fizera anteriormente, para lhe dar uma interpretação extensiva ou analógica, chamando a manobra eufemisticamente de "mutação constitucional" - Ministro Luís Roberto Barroso - ou "interpretação conforme" - Ministros Alexandre de Moraes e Luiz Fux. Observe-se:

> *"Essa evolução da percepção social a respeito da discriminação pela orientação sexual e identidade de gênero revela que o conceito de racismo, previsto no art. 5º, XLII, CF, sofreu mutação constitucional. A mutação constitucional é um mecanismo de modificação informal da Constituição, que permite a transformação do sentido e do alcance das suas normas, sem que se opere, no entanto, qualquer alteração do seu texto. Ela pode decorrer de uma nova percepção do Direito, quando se modificarem os valores de determinada sociedade. Afinal, a ideia do bem e do justo varia com o tempo". (trecho do voto de Luís Roberto Barroso).*

Para o Ministro Luiz Fux, "a plasticidade da norma, que permitiu a ressignificação de racismo, reconhecida no caso

251 Voegelin, Eric. *Hitler e os alemães*. São Paulo. É Realizações, 2007, 2ª impressão, p. 318.

Ellwanger, estende a aplicação de tipos penais que já existem na Lei 7.716/89. Naquele caso, assim como na presente ação, a extensão conceitual da prática de racismo não instituiu crime sem prévia cominação legal".

Com um mero jogo de palavras, como num passe de mágica, criou crime sem lei, por meio de analogia, mas tudo justificado dentro dessa hermenêutica pós-moderna, à moda Humpty Dumpty.

Como já dizia Nelson Rodrigues, *"Eu voz digo que o melhor time é o Fluminense. E podem me dizer que os fatos provam o contrário, que eu vos respondo: pior para os fatos"*. Vimos acontecer no Brasil o que Karl Kraus e Eric Voegelin já denunciavam sobre a Alemanha hitlerista.

> *"Nos documentos do nacional-socialismo e em fontes correlatas, estamos ainda mais distantes que no caso de Hegel e Marx do nível em que o debate racional é possível. Para lidar com esse tipo de retórica, é preciso antes desenvolver uma filosofia da linguagem e abordar problemas como o da simbolização, que está na base da experiência que o filósofo tem da humanidade, e o da perversão desses símbolos, no nível vulgar, por pessoas totalmente incapazes de ler uma obra filosófica. Uma pessoa desse nível – que caracterizo como nível vulgar e, quando se torna socialmente relevante, como nível oclocrático – não é admissível como interlocutor em um debate; pode apenas ser objeto de pesquisa científica. Não podemos encarar com leveza esses problemas relativos à vulgaridade e à oclocracia. Não podemos simplesmente fingir que não existem. São problemas seriíssimos, de vida ou morte, pois os vulgares constroem e dominam uma atmosfera intelectual em que a ascensão ao poder de figuras como Hitler se torna possível. Então eu diria que, no caso alemão, os destruidores da língua alemã nos níveis literário e jornalístico, caracterizados e analisados por Karl Kraus durante mais de trinta anos nos volumes de* Die Fackel, *foram os verdadeiros culpados pelas atrocidades do nacional-socialismo. Estas, por sua vez, só se tornaram possíveis quando o ambiente social já estava em tão grande medida destruído que um*

digno representante desse nível vulgar podia, agora, ascender ao poder"[252].

Assim como o conceito de raça pode ter o alcance que um juiz ou um promotor desejar a partir do tal caso Ellwanger, no qual o STF alterou pela primeira vez o conceito de raça, também discurso de ódio, discriminação, hostilidade, violência podem ter, como o julgamento do MI 4733 demonstrou, alcance amplo e até ilimitado, de modo que o crime pode alcançar quem o agente público desejar prejudicar ou pode ser usado para beneficiar qualquer nova bandeira ideológica que se apresente no interesse de membros do Ministério Público, do Judiciário, de partidos políticos, ONGs, etc., tal como já aconteceu nos inquéritos das *Fake News* e dos Atos Antidemocráticos.

Neste aspecto, é importante conhecer trecho do voto do Ministro Marco Aurélio Mello que, num lampejo de lucidez e bom senso, votou pela improcedência da ação:

> *"Descabe, para o fim de tipificar determinada conduta, o enquadramento da homofobia e da transfobia "no conceito ontológico-constitucional de racismo". O reconhecimento da taxatividade dos preceitos – os quais não podem ser tomados como meramente exemplificativos e desprovidos de significado preciso – rechaça a ampliação do conteúdo proibitivo dos tipos versados na Lei nº 7.716/1989 a partir de eventual identidade considerados os pressupostos justificadores da criminalização, sob pena de ter-se o esvaziamento dos núcleos existentes nos preceitos incriminadores (raça, cor, etnia, religião e procedência nacional) – os quais, repita-se, apenas comportam operação exegética estrita, vinculada aos limites do texto. (ROXIN, Claus. Politica Criminal y Sistema del Derecho Penal, 2002. p. 58).*
>
> *Do contrário, ter-se-á usurpada a competência do Congresso Nacional para legislar sobre Direito Penal – artigo 22, inciso I, da Constituição Federal – cujo caráter privativo afasta até mesmo a edição, pelo Presidente da República, de medida provisória a dispor sobre a matéria – artigo 62, 1º, da Lei Maior.*

252 Voegelin. Eric. *Reflexões autobiográficas*. Introdução e edição de texto de Elliz Sandoz. Tradução Maria Inez Carvalho. São Paulo. É realizações, 2007 (Coleção Filosofia Atual) p. 85 e 86.

> *Há mais: operada a transmutação dos delitos previstos na legislação de regência em crimes com descrições típicas indeterminadas mediante interpretação judicial, a delimitação do alcance do tipo penal não mais estará vinculada à lei em sentido estrito, mas, antes, ao subjetivismo dos magistrados no exercício das funções ínsitas ao Estado-Juiz – em prejuízo da tão almejada segurança jurídica, ausente prévia delimitação das condutas alcançadas pelo texto legal".*

No mesmo sentido, o voto do Ministro Ricardo Lewandowski: *"A extensão do tipo penal para abarcar situações não especificamente tipificadas pela norma penal incriminadora parece-me atentar contra o princípio da reserva legal, que constitui uma fundamental garantia dos cidadãos, que promove a segurança jurídica de todos."*

Aliás, o Ministro Lewandowski, após uma tentativa do Ministro Celso de Mello de convencer que não se tratava de aplicação analógica *in malan partem* para criar crime, respondeu: ***"Eu apenas digo que não me animei a atravessar esse Rubicon jurisdicional"***[253].

Victor Klemperer, judeu alemão e filólogo perseguido pelos nazistas relata em sua obra *LTI: Linguagem do Terceiro Reich* que os nacional-socialistas também alteraram o sentido e a aversão aos judeus, alteraram o sentido mesmo de racismo. Se em outros tempos a aversão aos judeus se dava por motivos econômicos e religiosos, a partir do Terceiro Reich e de sua nova língua criada pelos partidários de Hitler, essa aversão passou a se situar na raça, tornando a condição de judeu uma questão de sangue, portanto, irremediável.

> *"Ora, desde tempos imemoriais esse ódio era dirigido a pessoas que estavam fora do âmbito da fé e da sociedade cristãs. A conversão e a aceitação dos costumes locais tinham um efeito compensatório e, pelo menos para as gerações seguintes, apagavam as diferenças. Ao situar no sangue a distinção entre judeus e não judeus, a ideia de raça torna-se impossível de qualquer*

253 http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344606459&ext=.pdf - p.516.

mediação; a separação é eterna, agora legitimada pela vontade divina"[254].

Assim, vê-se o perigo que se apresenta quando autoridades, formadores de opinião, e outros tantos indivíduos que se consideram iluminados se arvoram a reformadores da sociedade, da realidade e da linguagem e, no contexto político atual e no contexto do julgamento do STF, um dos perigos que se avistam está no emprego que se fará dessa decisão e no emprego da palavra *fundamentalista*, por exemplo, usada por alguns dos ministros, com destaque para o agora ex-ministro Celso de Mello, para se referir a qualquer um que não concorde com os pedidos que constavam da ADO 26 e do MI 4733 e, via de consequência, com a sua decisão verborrágica de cerca de 150 páginas.

Como relata Victor Klemperer em sua obra já citada, uma das palavras que foi escandalosamente alterada pela linguagem do Terceiro Reich foi *fanático*, à qual o autor dedicou um capítulo inteiro para registrar como essa palavra tão pouco empregada na língua alemã, em apenas três anos, passou a ser muito utilizada e com significado diverso - de termo pejorativo passou a ser usada para identificar algo virtuoso e heroico[255]- , corroborando empiricamente a afirmação de Eric Voegelin de que *a perda da realidade se expressa pela perda de contato com as palavras. As palavras adquirem sua própria existência, a linguagem torna-se uma realidade independente em si mesma*[256]. Portanto, parafraseando Rodrigo Gurgel em sua palestra *Ideologia e linguagem*: *"a gente precisa obrigar as palavras a dizerem a verdade!"*[257]

Diante do perigo para as liberdades de expressão e religiosa, a Advocacia-Geral da União interpôs embargos de declaração na ADO 26 pedindo ao STF que garanta o exercício da liberdade de expressão na decisão, afirmando: "Assim como a reflexão relativa a hábitos da sexualidade predominante deve

254 Klemperer, Victor. *LTI: a linguagem do Terceiro Reich*; tradução, apresentação e notas Miriam Bettina Paulina Oelsner. - Rio de Janeiro: Contraponto, 2009, p. 218.

255 Klemperer, Victor. Op.cit., p. 111.

256 Voegelin, Eric. *Hitler e os alemães*. São Paulo. É Realizações, 2007, 2ª impressão, p. 327.

257 Frase proferida pelo escritor e crítico literário Rodrigo Gurgel, na palestra Ideologia e Linguagem, no 2ª Fórum E.D.A., em junho de 2019 : https://www.youtube.com/watch?v=w_Jdz6DbjW0 . Acesso em : 18 jan. 2021.

ser garantida, também é necessário assegurar liberdade para a consideração de morais sexuais alternativas, sem receio de que tais manifestações sejam entendidas como incitação à discriminação"[258].

VIII - CONSEQUENCIALISMO JURÍDICO

"No momento em que o sexo deixa de ser escravo, torna-se tirano."

(São Francisco de Assis, *G. K. Chesterton)*

Em um artigo publicado no jornal Estado de São Paulo[259], o professor e jurista Ives Gandra Martins tratou do tema central de um livro por ele organizado, *Consequencialismo no Poder Judiciário*[260], os limites da atuação da Suprema Corte no Estado Democrático de Direito Brasileiro, e abordou o conceito de consequencialismo jurídico, uma das correntes doutrinárias a que os ministros do STF se filiaram, e que é, segundo o autor, a adaptação das decisões às suas consequências na realidade para as quais são destinadas, com flexibilização do entendimento teleológico das normas, na busca de uma justiça transcendente. O neoconstitucionalismo, segundo ele, trilha linha semelhante, ao admitir uma relativização do texto a ser examinado pelo Judiciário com considerável margem para a busca da justiça dentro desse quadro alargado da hermenêutica. Segundo ele:

> *"Há uma semelhança considerável em expressões utilizadas para justificar um ativismo judicial além das previsões constitucionais, com invasão de competências em áreas vedadas para que a harmonia e a independência dos poderes seja o alicerce do Estado Democrático de Direito.*

258 https://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/agu-pede-que-stf-garanta-liberdade-de-expressao-homossexuais/. Acesso em: 14 fev. 2021.

259 https://opiniao.estadao.com.br/noticias/espaco-aberto,o-supremo-tribunal-federal-e-o-consequencialismo-juridico,70003366585 .
https://www.youtube.com/watch?v=GDbT2jt8wm8 Acessos em: 07 dez. 2020.

260 Martins. Ives Gandra da Silva. *Consequencialismo no Poder Judiciário*. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2019.

Assim é que o "consequencialismo jurídico", o "neoconstitucionalismo", a "judicialização da política" ou a "politização da justiça" não poucas vezes se confundem, todas estas expressões sendo aplicáveis, em maior ou menor intensidade, ao ativismo judicial além das permissões da Lei Suprema. É de se lembrar que as limitações montesquianas aos três poderes foram enunciadas para que o poder controlasse o poder, em face da inconfiabilidade do homem no poder.

Por consequencialismo entende-se a adaptação das decisões às suas consequências na realidade para as quais são destinadas com flexibilização do entendimento teleológico das normas, na busca de uma justiça transcendente"[261].

Conclui ele em seu artigo na obra citada:

"Uma democracia só é plena, se cada Poder, no âmbito de suas atribuições, cumpria sua missão, com pleno respeito às competências alheias, colaborando com a sociedade na construção de uma nação poderosa e estável institucionalmente.

E, na minha opinião, o consequencialismo jurídico não foi albergado pela nossa Lei Suprema"[262].

Com base nessas correntes doutrinárias, que agora constam em praticamente todos os manuais de Direito Constitucional, a Corte alcançou superpoderes. Assim, ao pretender alcançar algum objetivo, desviando-se do debate público e democrático que deve ter como palco a urna eleitoral e o Poder Legislativo, segmentos políticos e diversos movimentos militantes e grupos de pressão com bandeiras ideológicas alinhadas aos interesses políticos e ideológicos dos atuais integrantes da Corte têm se utilizado de ações constitucionais para provocar o Poder Judiciário, tornando-o um órgão meramente político, cujas decisões, como se vê, baseiam-se nessas correntes fluidas de hermenêutica.

Nos casos da ADO 26 e do MI 4733, a Corte estendeu seus tentáculos e avançou da Constituição viva para o Código Penal

261 Martins. Ives Gandra da Silva. *Op. Cit.* p.17.

262 Martins. Ives Gandra da Silva. *Op. Cit.* p. 27.

Tabajara[263], de modo que o cidadão pode ser processado criminalmente e preso por algo que legalmente não é crime, mas que por mera vontade de alguém passou a ser, tal como já se verificou no tal Inquérito 4.781, em que supostamente se criminalizou *fake news*, sem que se saiba qual é a sua definição e alcance, nem as condutas dos investigados que tenham dado ensejo à investigação e às medidas cautelares restritivas de direitos e de liberdades que já lhes foram impostas.

No rastro do comportamento legiferante penal da mais alta Corte, no piso inferior da justiça, promotor de justiça já começou a criar seus crimes e a oferecer denúncia, como sucedeu no interior do Estado do Paraná, onde tramita ação penal para apurar crime de injúria racial homofóbica, em extensão analógica ao crime criado pelo STF[264], sem qualquer apreço pelo sistema penal, sem qualquer preocupação com os direitos fundamentais, ou com questões sobre o alcance da própria decisão do STF, haja vista que a Corte não estendeu o "novo conceito" para outros crimes, nem com o início da vigência da decisão judicial[265].

Como o exemplo arrasta e como alertado no capítulo anterior, agora vemos o princípio da irretroatividade da lei penal se despedindo do Brasil, pois na esteira do "combate" ao *fundamentalismo* exortado pelo ex-Ministro Celso de Mello, membro do Ministério Público Federal requisitou a instauração de inquérito policial em face de uma cantora gospel por algo que ela disse em 2016[266]. Eis o seu crime:

> *"Isso (a homossexualidade) não é normal", afirmou. "Deus criou o homem e a mulher e é assim que nós cremos".*
>
> *"A Bíblia chama de qualquer opção contrária ao que Deus determinou de pecado", continuou. "E o pecado tem uma conse-*

263 https://www.youtube.com/watch?v=jn-L6Jmlqis .Acesso em: 18 jan. 2021.

264 https://catve.com/noticia/9/301877/justica-acata-denuncia-contra-homem-que-cometeu-injuria-homofobica-contra-irma . Acesso em: 07 dez 2020.

265 https://jus.com.br/artigos/74804/marco-inicial-da-eficacia-vinculante-da-decisao-na-ado-26-e-ampliacao-do-conceito-de-racismo-somente-no-ambito-da-lei-7-716-89 . Acesso em: 07 dez 2020.

266 https://cultura.uol.com.br/noticias/14459_cantora-gospel-ana-paula-valadao-sera-investigada-por-homofobia.html . Acesso em: 12 dez 2020
https://amazonasatual.com.br/cantora-gospel-ana-paula-valadao-sera-investigada-por-homofobia/. Acesso em: 07 dez 2020. Outro caso também recente de imputação criminal a pastor: https://noticias.gospelmais.com.br/?p=140884. Acesso em: 14 fev. 2021.

quência que é a morte. Taí a Aids para mostrar que a união sexual entre dois homens causa uma enfermidade que leva à morte e contamina as mulheres, enfim... Não é o ideal de Deus".

Enfim, nesta toada de desrespeito aos preceitos fundamentais de um Estado que se intitula "Democrático de Direito", por intermédio de um Supremo Tribunal que corrompe a linguagem para alcançar seus almejados objetivos de condicionar os comportamentos da população ao seu bel-prazer, os brasileiros vão aos poucos chegando a um tamanho quadro de insegurança jurídica que passam a vivenciar uma situação pior do que aquele personagem que inspirou o início da jornada deste texto: como "bobos da Corte", porém sem o direito às ironias, às críticas, enfim, sem a oportunidade de externar por via transversa a voz da razão.

IX - CONCLUSÃO

O consequencialismo jurídico, o neoconstitucionalismo, o novo constitucionalismo e todas essas teses e doutrinas que sustentam o poder ilimitado do Supremo Tribunal Federal e do Judiciário como um todo, colocando a nação sob o jugo de uma juristocracia, sem sistema de freios e contrapesos operante, mostram-se uma inconsequência, uma imprudência judicial. O guardião da Constituição jogou o país no caos quando seu papel era o de manter a ordem, a segurança jurídica e a integridade do tecido social.

O precedente aberto pela decisão da ADO 26 tem reflexos nefastos na defesa dos direitos fundamentais que se prestam à proteção do indivíduo, por meio de princípios basilares de direito penal, contra a tirania do Estado e de agentes públicos. Estes reflexos já são percebidos nos inquéritos policialescos 4.781 e 4.828 que, se não forem barrados, tal como a Hidra de Lerna, ganharão novas cabeças para alcançar cada vez mais pessoas e situações do desagrado de certos setores da justiça, da mídia e da política, como nos casos já citados.

A Justiça brasileira, representada pelo Supremo Tribunal Federal, por meio de sua atual composição, filiou-se à justiça de Polemarco, baseada em Simônides, de dar a cada um o que é seu de acordo com o que lhe é devido, de modo a fazer bem aos amigos e mal aos inimigos, e à de Trasímaco, para quem o justo não é nem mais nem menos a vantagem do mais forte, ambas vertentes contestadas por Sócrates, na *República* de Platão.

O que nos sobrou dessa justiça penal é a de que tratou Tolstói em um diálogo entre a personagem Nekhludov e seu advogado Fainitzin, em *Ressurreição*[267]:

> *"– Mas, enfim, existem leis. Eles não têm o direito de deportar um homem simplesmente porque leu o Evangelho com seus amigos.*
>
> *– Eles têm direito não só de deportá-lo, mas também enviá-lo aos trabalhos forçados. Basta ocorrer-lhes a fantasia de declarar que esse homem, ao comentar o Evangelho, afastou-se da explicação devida e, assim, ofendeu publicamente a Igreja. Ultraje à fé ortodoxa: trabalhos forçados!*
>
> *– Será possível?*
>
> *– É o que lhe digo. Sempre afirmo aos juízes – prosseguiu o advogado – que não os posso ver sem sentir o coração agradecido a eles visto que, se não estou na cadeia, e o senhor também e todo o mundo, é por pura manifestação da bondade da parte deles."*

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CAROLL. Lewis. *Alice através do espelho.* Tradução Márcia Soares Guimarães. 1ª ed., 2ª reimp. Belo Horizonte. Autêntica Editora, 2019.

CHESTERTON. G.K. (Gilbert Keith). *São Francisco de Assis.* Tradução anônima. Campinas. Ecclesiae, 2014.

267 Tolstói. Leon. *Ressurreição*; Tradução Ilza das Neves, Heloísa Penteado. Prefácio de Candido Jucá (Filho). Rio de Janeiro. Nova Fronteira, 2017, p. 261.

DIAS. Jorge Figueiredo. *Direito Penal. Parte Geral, Tomo I. Questões fundamentais - A doutrina geral do crime.* 2ª edição, 2ª reimpressão. Coimbra. Coimbra Editora. 2012.

FRAGOSO. Cláudio Heleno. *Lições de Direito Penal. Parte Geral.* 1ª edição. São Paulo. José Bushatsky. 1976.

HIRSCHL. Ran. *Rumo à Juristocracia, origens e consequências do novo constitucionalismo.* Tradução Amaury Feres Saad. Prefácio Ludmila Lins Grilo. 1ª edição. Londrina. Editora E.D.A. - Educação, Direito e Alta Cultura, 2020.

HUNGRIA. Nélson, 1891-1969. *Comentários do Código Penal, volume I, tomo I: art. 1º a 10/* por Nélson Hungria e Heleno Cláudio Fragoso. 5ª edição. Rio de Janeiro. Forense, 1976.

KLEMPERER. Victor. *LTI: Linguagem do Terceiro Reich;* tradução, apresentação e notas Miriam Bettina Paulina Oelsner. - Rio de Janeiro. Contraponto, 2009.

LENZA. Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado.* 14ª edição rev. atual. e ampl. São Paulo. Editora Saraiva. 2010.

MARTINS. Ives Gandra da Silva. *Consequencialismo no Poder Judiciário.* Indaiatuba. Editora Foco, 2019.

MASSON. Cleber. *Direito Penal Esquematizado. Parte Geral - Vol 1.* 7ª edição rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro. Editora Método, 2013.

MESTIERI. João. *Teoria elementar do direito criminal: parte geral.* 1ª edição completa. Rio de Janeiro. J. di Giorgio & Cia Ltda. 1990.

MIRABETE. Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal. Parte Geral.* 23ª edição. São Paulo. Atlas. 2006.

MORAES. Alexandre de. *Direito Constitucional.* 5ª edição revista e ampliada. São Paulo. Atlas, 1999.

NOVELINO. Marcelo. *Curso de Direito Constitucional.* 15ª edição ver. ampl. e atual. - Salvador. Jus Podivm, 2020.

NUCCI. Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado.* 9ª edição, rev. atual. ampl. 2 tiragem - São Paulo. Revista dos Tribunais. 2009.

PIOVEZAN. Cláudia Rodrigues de Morais (organizadora). *Inquérito do Fim do Mundo, o apagar das luzes do Direito Brasileiro.* 1ª edição. Londrina. Editora E.D.A. - Educação Direito e Alta Cultura. 2020.

RIBEIRO. Maurício Antônio Lopes. *Princípio da legalidade penal – projeções contemporâneas*. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 1994 (série Princípios Fundamentais do Direito Penal Moderno).

SCALIA. Antonin. *Scalia Fala. Reflexões sobre Direito, Fé e Vida bem vivida*. 1ª Edição. Londrina. Editora E.D.A. - Educação, Direito e Alta Cultura. 2021.

SHAKESPEARE. Willian. *Rei Lear*. Teatro Completo – Vol 1. – Tragédias e Comédias Sombrias. Tradução Bárbara Heliodora. São Paulo. Editora Nova Aguilar. 2016.

SILVA. José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16ª edição. Editora Malheiros. São Paulo. 1999.

SOLJENÍTSIN, Aleksandr. *Arquipélago Gulag*. Porto: Porto Editora (Editora Sextante). 2019.

TOLEDO. Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5ª edição, São Paulo. Saraiva, 1994.

TOLSTÓI. Leon. *Ressurreição*; Tradução Ilza das Neves, Heloísa Penteado. Prefácio de Candido Jucá (Filho). Rio de Janeiro. Nova Fronteira. 2017.

VOEGELIN. Eric. *Reflexões autobiográficas*. Introdução e edição de texto de Elliz Sandoz. Tradução Maria Inez Carvalho. São Paulo. É realizações, 2007 (Coleção Filosofia Atual).

_____ *Hitler e os alemães*. São Paulo. É Realizações, 2007, 2ª impressão.

CAPÍTULO 10

O STF E A "CIÊNCIA" DO LOCKDOWN NO CASO COVID-19

Vitor Hugo Nicastro Honesko[268]

"A semiciência é um déspota como jamais houve até hoje. É um déspota que tem os seus sacerdotes e escravos, um déspota diante do qual tudo se prosternou com amor e uma superstição até hoje impensável, diante do qual até a própria ciência treme e é vergonhosamente tolerante."

(Chátov, personagem de Os Demônios, *de Dostoiévski)*[269]

I - INTRODUÇÃO

Vivemos num mundo em que grande parte das pessoas apenas representa papéis sociais assumidos dentre as mais variadas ideologias, e em que, por isso, a discussão pública não

268 Aluno do Seminário de Filosofia desde 2018, mestre em Filosofia do Direito e do Estado pela PUC-SP e promotor de justiça no Estado do Paraná. Importante ressaltar, entretanto, que este artigo consiste em manifestação pessoal do autor, não correspondendo necessariamente ao posicionamento oficial de instituições às quais esteja vinculado.

269 DOSTOIÉVSKI, Fiódor. *Os demônios*. Tradução, posfácio e notas de Paulo Bezerra. 6ª Edição. São Paulo: Editora 34, 2018. p. 251.

passa de repetições de ideias veiculadas pela grande mídia e seus formadores de opinião.

Diante desse quadro, não posso deixar de me lembrar da observação que sempre faz o professor Olavo de Carvalho em suas aulas[270]: ao perguntarmos para alguém a origem de suas ideias, geralmente recebemos como resposta um argumento em favor destas.

Essa situação claramente evidencia que estamos em uma época em que os discursos não possuem certificado de origem, pois as pessoas não rastreiam a gênese das suas ideias, mas as verbalizam como se fossem efetivamente criações racionais advindas de uma observação acurada do mundo real, quando, na verdade, não passam muitas vezes de estereótipos fantasiosos surgidos de ideologias que se fundamentam numa total inversão da realidade.

Quando tratamos do debate público em torno da crise causada pela Covid-19[271], é imperioso verificarmos que os discursos veiculados nos grandes meios de comunicação assumiram uma feição notadamente psicótica, pois os signos e significados aduzidos pelos formadores de opinião se mostram absolutamente descolados dos respectivos referentes.

Percebemos esse fenômeno de maneira flagrante nas acaloradas defesas incondicionais de uma "ciência" do lockdown, eleita pelos seus patrocinadores como fundamento legítimo e indiscutível para a adoção de medidas drásticas de limitação das liberdades públicas fundamentais, pois seriam estas medidas as únicas soluções efetivas para suprimir a propagação da Covid-19 e possibilitar uma sobrevida aos sistemas de saúde com o denominado "achatamento da curva" epidemiológica.

---

270 As citações das aulas do Seminário de Filosofia do professor Olavo de Carvalho seguirão o modelo adotado por RONALD ROBSON em seu livro "*Conhecimento por presença: em torno da filosofia de Olavo de Carvalho*" (Campinas, SP: VIDE Editorial, 2020). Por exemplo: "COF 74 (11.09.2010)" refere-se à aula de número 74 do "Curso on-line de filosofia", ministrada no dia 11 de setembro de 2010. Ainda é imprescindível destacar que as citações são de minha responsabilidade, uma vez que as transcrições de aulas do COF não foram revisadas e corrigidas pelo professor Olavo de Carvalho.

271 O termo SARS-CoV-2 é considerado o nome técnico do vírus, porém utilizaremos COVID-19 por ser este o termo mais utilizado nas discussões públicas sobre o tema, designando a doença causada pelo novo coronavírus.

Entretanto, o significado do termo "ciência" utilizado por esses defensores está longe de alcançar o verdadeiro método científico, que nada mais é do que a investigação dialética elucidada por Aristóteles, em que "já não se limita a sugerir ou impor uma crença, mas submete as crenças à prova, mediante ensaios e tentativas de traspassá-las por objeções"[272].

Essa constatação se mostra clara ao observarmos as tentativas de imposição de uma *hegemonia discursiva* por parte de grupos de interesses que detêm o controle da grande imprensa e das mídias sociais, tachando de "negacionistas", "fascistas" e até mesmo de "genocidas" quaisquer outros discursos que se contrapõem ao aclamado "consenso científico", construído arbitrariamente para justificar cientificamente a paralisação indiscriminada das atividades do dia a dia com a finalidade de conter a propagação do novo coronavírus.

Ocorre que não se trata apenas de uma questão de linguagem, mas de um caso em que uma visão invertida da realidade atinge diretamente milhares de pessoas em seus direitos mais básicos, causando muito mais malefícios do que benefícios à saúde e à vida, razão pela qual a mais alta Corte de um Estado que se denomina democrático deveria se posicionar como efetiva defensora de uma verdadeira ciência, que apenas pode ser vislumbrada por intermédio de um método experimental dialético por natureza.

Mas não foi isso o que aconteceu no Brasil.

Ante o caso Covid-19, decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) eivadas de ativismo judicial nada mais fizeram do que endossar o discurso hegemônico veiculado pela grande mídia, o que proporcionou, na prática, proteção judicial para aquelas autoridades políticas que editaram e continuam a editar normas restritivas das liberdades públicas dos cidadãos sem qualquer evidência científica para tanto, pois, afinal de contas, essa atitude ditatorial se justificaria se o discurso alega que tudo foi feito para a prevenção de um mal maior, mesmo que a eficácia destes

272 CARVALHO, Olavo de. *Aristóteles em nova perspectiva: Introdução à Teoria dos Quatro Discursos.* Campinas,SP: VIDE Editorial, 2013. p. 30.

meios de prevenção seja apenas linguística, sem qualquer raiz no mundo real.

II - O CASO COVID-19 E O LOCKDOWN

Como até então sabemos, os primeiros casos de infecção pelo novo coronavírus ocorreram na província de Hubei, na China, onde se localiza a cidade Wuhan. Primeiramente se cogitou que os casos teriam surgido no mercado de frutos do mar desta cidade. Segundo o jornal *South China Morning Post*[273], ainda não se tem conhecimento certo acerca do "paciente zero" de Covid-19, mas dados não publicados pelo governo chinês obtidos pelo jornal indicariam que o primeiro caso teria se dado em 17 de novembro de 2019. Porém, nada ainda se revelou acerca da origem do novo vírus, até porque cada vez mais surgem provas de que o regime comunista chinês, desde o início da crise sanitária, vem ocultando informações essenciais para o seu enfrentamento.

Tudo isto se mostra claro ao fazermos uma breve retrospectiva dos eventos que desencadearam a onda global de totalitarismo sanitário. Segundo a linha do tempo disponibilizada no portal eletrônico da Organização Mundial da Saúde (OMS)[274], somente no dia 31 de dezembro de 2019 o seu escritório sediado na China teria obtido informações de uma publicação da Comissão Municipal de Saúde de Wuhan que indicava a ocorrência de casos de pneumonia viral na região. No mesmo dia, o setor de inteligência epidemiológica da OMS coletara informação em um relatório da *International Society for Infectious Diseases*[275] de que em Wuhan teria surgido um grupo de casos de pneumonia de causa desconhecida.

Desse modo, sem parecer ter havido uma notificação oficial por parte das autoridades chinesas, o site da OMS afirma que o

273 https://www.scmp.com/news/china/society/article/3074991/coronavirus-chinas-first-confirmed-covid-19-case-traced-back, acesso em 23/11/2020.

274 https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/interactive-timeline, acesso em 23/11/2020.

275 https://promedmail.org/promed-post/?id=6864153%20#COVID19, acesso em 23/11/2020.

órgão internacional solicitou informações por parte da China no dia 1º de janeiro de 2020, recebendo resposta dois dias depois.

Em 13 de janeiro de 2020, o ministro da saúde da Tailândia informou a ocorrência do primeiro caso de Covid-19 fora da China[276]. Todavia, mesmo assim, no dia 14 a OMS compartilhou, em sua conta do Twitter[277], informação de que as autoridades chinesas não teriam encontrado evidências, em investigações preliminares, de que haveria transmissão do novo coronavírus de humano para humano. Porém, no mesmo dia, numa espécie de estimulação contraditória de estilo pavloviano[278], a OMS assentou em coletiva de imprensa que haveria grande possibilidade de transmissão *limitada* entre humanos[279].

Em seguida, foi convocado pelo diretor-geral da OMS, Tedros Adhanom, o Comitê de Emergência do Regulamento Sanitário Internacional (RSI) para a Covid-19, cuja reunião ocorreu nos dias 22 e 23 de janeiro. Após essa reunião, o diretor-geral fez um comunicado ao público[280] com alto grau de falta de clareza e objetividade, especialmente quando analisadas as inconsistências lógicas da declaração, inconcebíveis ao partirem do representante de uma entidade internacional criada para representar idealmente a ciência.

Em primeiro lugar, o senhor Tedros enfatizou que não estava declarando Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional (ESPII)[281], mesmo diante do fato de que casos do novo coronavírus já haviam sido reportados no Japão, Coreia do Sul, Singapura, Tailândia, Estados Unidos e Vietnã. Ainda

---

276 https://www.who.int/news/item/13-01-2020-who-statement-on-novel-coronavirus-in-thailand, acesso em 23/11/2020.

277 https://twitter.com/WHO/status/1217043229427761152?s=20, acesso em 23/11/2020.

278 Vide: CARVALHO, Olavo de. *O Jardim das Aflições: De Epicuro à ressurreição de César: ensaio sobre o materialismo e a religião civil*. 4ª edição. Campinas, SP: VIDE Editorial, 2019. pp. 101-114.

279 https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/interactive-timeline#!, acesso em 29/12/2020.

280 https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-statement-on-the-advice-of-the-ihr-emergency-committee-on-novel-coronavirus, acesso em 24/11/2020.

281 Segundo o artigo 1 do Regulamento Sanitário Internacional, "'emergência de saúde pública de importância internacional' significa um evento extraordinário que, nos termos do presente Regulamento, é determinado como: (i) constituindo um risco para a saúde pública para outros Estados, devido à propagação internacional de doença e (ii) potencialmente exigindo uma resposta internacional coordenada".

afirmou que havia evidências de transmissão entre humanos na China, mas tranquilizou a opinião pública dizendo que parecia que as transmissões estariam limitadas aos familiares dos doentes e aos agentes de saúde que cuidavam dos infectados. Ao mesmo tempo, disse que, naquela época, não havia evidências de transmissão entre humanos fora da China, mas que isto não significava que a transmissão não poderia ocorrer. Enfim, confessou o diretor-geral que ainda existiam muitas coisas que a OMS não sabia sobre a Covid-19, tais como a origem do vírus, como ele se espalharia e como seriam efetivamente os quadros clínicos e a severidade da doença.

Embora tenha declarado um grande desconhecimento acerca da nova doença, o senhor Tedros quis deixar claro que a OMS não recomendava, naquele momento, quaisquer restrições mais amplas de viagens e comércio em relação à China. Todavia, concomitante e contraditoriamente, informou que naquele dia 23 de janeiro as autoridades chinesas teriam tomado medidas que elas acreditavam apropriadas para conter a propagação do novo coronavírus em Wuhan e em outras cidades, medidas que o diretor-geral esperava que fossem efetivas e curtas em sua duração. Tratava-se da implantação do lockdown chinês.

Por esta descrição sumária do primeiro mês da crise da Covid-19, surgem perguntas fundamentais que impõem sérias dúvidas quanto às (des)informações prestadas pela OMS em favor do regime comunista chinês: mesmo afirmando desconhecer muitos aspectos do novo coronavírus, foi prudente divulgar informação das autoridades chinesas de que possivelmente não haveria transmissão de humano para humano? Como defender a manutenção das viagens internacionais para a China se não se conhecia muitos detalhes sobre o novo vírus? Como minimizar o alcance da transmissão do vírus na China, indicando que apenas os familiares dos doentes e os profissionais de saúde responsáveis pelo cuidado destes estavam sendo infectados, se as próprias autoridades chinesas haviam acabado de iniciar um regime de lockdown extremamente rígido para a população inteira das cidades inicialmente afetadas pela Covid-19?

No decorrer da crise surgiram ainda muitos outros fatos e questionamentos que minaram a credibilidade da OMS, mas que ultrapassam os limites da presente investigação. E foi em razão dessas condutas duvidosas da OMS que o governo dos Estados Unidos, em decisão histórica[282], rompeu o financiamento para a organização internacional após elencar inúmeros motivos que indicariam a grande subserviência da OMS ao governo chinês, o qual, desde os primeiros casos de Covid-19, teria atuado sem qualquer transparência quanto aos dados da nova doença.

Cumpre ressaltar que a grande mídia e até organizações não governamentais de proteção de direitos humanos que defendem pautas da esquerda mundial denunciaram, no início da crise da Covid-19, os desmandos totalitários da China.

Em comunicação do dia 30 de janeiro de 2020[283], a *Human Rights Watch* afirmou que "a resposta do governo chinês ao surto de coronavírus foi inicialmente adiada pela sonegação de informações ao público, pela subnotificação de casos de infecção, minimizando a gravidade da infecção, e por descartar a probabilidade de transmissão entre humanos".

Por sua vez, a Anistia Internacional, em 5 de fevereiro de 2020, destacou em seu *site*[284] que "o governo chinês tem se empenhado em amplos esforços para suprimir informações sobre o coronavírus e os perigos que ele representa para a saúde pública. No final de dezembro de 2019, médicos em Wuhan compartilharam com colegas seus temores sobre pacientes com sintomas semelhantes ao surto de síndrome respiratória aguda grave (SARS) que começou no sul da China em 2002. Eles foram imediatamente silenciados e punidos pelas autoridades locais por 'espalharem rumores'".

Na mesma nota, a Anistia Internacional ainda sustentou que "os esforços para minimizar a gravidade do surto foram

282 https://www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2020/05/Tedros-Letter.pdf, acesso em 23/11/2020.

283 https://www.hrw.org/news/2020/01/30/china-respect-rights-coronavirus-response, acesso em 25/11/2020.

284 https://www.amnesty.org/en/latest/news/2020/02/explainer-seven-ways-the-coronavirus-affects-human-rights/, acesso em 25/11/2020.

compartilhados ao mais alto nível do governo chinês, como evidenciado pelo lobby agressivo da China junto à Organização Mundial da Saúde para não declarar o surto uma emergência de saúde global", o que somente ocorreu no dia 30 de janeiro (com a confirmação da nova doença em 18 países além da China), uma semana após a citada primeira reunião do Comitê de Emergência para a Covid-19.

Nada há de se espantar no que se refere ao processo de ocultação de informações promovido pelo regime comunista chinês, que publicamente promove a censura da internet e de órgãos de imprensa, além de perseguir dissidentes do regime, como ocorre sempre nos Estados totalitários. Mas, no caso em tela, a falta de dados confiáveis por parte da China[285] foi um dos fatores cruciais para a formação da crise global da Covid-19, em especial quando grande parte dos Estados nacionais tomaram como modelo de contenção da propagação do novo coronavírus a rígida quarentena forçada adotada pelas autoridades chinesas.

O lockdown chinês, iniciado no dia 23 de janeiro de 2020, num primeiro momento foi descrito pela grande imprensa como uma medida draconiana, pois houve supressão radical dos mais básicos direitos dos cidadãos atingidos pelo bloqueio estatal, além de ser questionada sua eficácia como medida de saúde pública.

A essa altura, o jornal *The New York Times* denominou as medidas implementadas pelo governo chinês para combater o surto de coronavírus de "controle social no estilo Mao"[286], afirmando que, apesar de já manter uma vigilância constante de seus cidadãos através de equipamentos de tecnologia avançada, a China "inundou cidades e vilas com batalhões de bisbilhoteiros de bairro, voluntários uniformizados e representantes do Partido Comunista para realizar uma das maiores campanhas de controle social da história", tudo com o objetivo de "manter

285 Como publicado pela grande mídia: https://www.nytimes.com/2020/02/18/opinion/coronavirus-china-numbers.html, acesso em 10/12/2020; https://oglobo.globo.com/sociedade/como-omissao-do-governo-chines-pode-ter-contribuido-para-disseminacao-do-coronavirus-24225574, acesso em 10/12/2020.

286 https://www.nytimes.com/2020/02/15/business/china-coronavirus-lockdown.html, acesso em 26/11/2020.

centenas de milhões de pessoas longe de todos, exceto de seus parentes mais próximos".

Na mesma matéria, o jornal novaiorquino cita declaração de uma especialista em direito sanitário da Universidade de Georgetown, Alexandra L. Phelan, que enfaticamente afirmou que "essas quarentenas aplicadas a toda uma comunidade e sua natureza arbitrária na qual estão sendo impostas, com vinculação à polícia e a outros oficiais, está essencialmente transformando-as em ações punitivas - uma ação coercitiva em vez de uma ação de saúde pública".

Segundo a revista *Time*[287], "os bloqueios se estenderam além dos espaços públicos e impuseram controles sociais sobre o movimento privado dos residentes. Eles variavam em graus de rigidez - desde postos de controle nas entradas dos prédios até limites rígidos para sair. Em alguns complexos de apartamentos, os guardas de segurança impediram as pessoas de entrar e sair. Em Wuhan, exércitos de policiais foram enviados para garantir que os cidadãos cumprissem o bloqueio, e voluntários foram de porta em porta verificando a temperatura dos residentes. Aqueles com febre foram enviados para centros de quarentena".

Essa atitude de colocar em quarentena todos aqueles com suspeita de estarem infectados, retirando-os de suas residências de forma obrigatória, é um dos exemplos mais graves do autoritarismo das medidas chinesas de tentativa de controle da propagação do novo coronavírus, podendo ser citado o caso de um adolescente com paralisia cerebral que foi deixado sozinho em casa após seu pai e seu irmão terem sido levados para um centro de quarentena. Após uma semana, o garoto foi encontrado morto, pois seu genitor era o único responsável por ele, conforme noticiou a BBC[288].

Não foram diferentes as primeiras abordagens do lockdown chinês pela imprensa brasileira, de teor igualmente crítico.

No final do mês de janeiro, o jornal *O Globo* publicou reportagem com o título "Eficiência de quarentenas na China para o

287 https://time.com/5796425/china-coronavirus-lockdown/, acesso em 26/11/2020.

288 https://www.bbc.com/news/world-asia-china-51362772, acesso em 26/11/2020.

coronavírus é questionada por especialistas"[289], dando ênfase a uma declaração de Tom Inglesby, diretor do Centro de Segurança em Saúde da Escola de Saúde Pública de Johns Hopkins: "Se cada vez mais pessoas forem colocadas em um número ainda maior de lugares, em quarentena na China, você romperá interações sociais cotidianas, movimentação de produtos e pessoas e suprimentos médicos, bem como comida e remédios. Em um nível macro, me parece que é mais provável um resultado danoso do que eficiente em termos de controle da epidemia".

Mas, em um giro de 180º, o discurso da grande imprensa não manteve o tom crítico às graves violações de direitos que advêm da imposição de um lockdown pelo Estado, em especial após o diretor-geral da OMS explicitamente assumir a posição de defesa desse tipo draconiano de enfrentamento da propagação do novo coronavírus ao elogiar o governo italiano, que havia acabado de implantar um regime de lockdown em várias províncias do centro e norte do país[290]. Em sua conta do *Twitter*[291], no dia 8 de março, Tedros Adhanom afirmou: "O governo e a população da Itália estão tomando medidas audaciosas e corajosas para conter a propagação do coronavírus e proteger seu país e o mundo. Fazem verdadeiros sacrifícios. A OMS se solidariza com a Itália e está aqui para continuar a apoiá-la".

No dia 11 de março, quando 114 países já registravam casos de coronavírus, o diretor-geral declarou a Covid-19 como pandemia[292], enfatizando que os estados deveriam tomar medidas urgentes e agressivas. O senhor Tedros novamente citou como exemplo a Itália, que em 9 de março tinha ampliado o lockdown para todo o país, com o fim de refrear as mortes que estavam aumentando vertiginosamente em seu território, em especial na região da Lombardia.

---

289 https://oglobo.globo.com/sociedade/saude/eficiencia-de-quarentenas-na-china-para-coronavirus-questionada-por-especialistas-24214222, acesso em 26/11/2020.

290 https://agenciabrasil.ebc.com.br/internacional/noticia/2020-03/covid-19-italia-coloca-16-milhoes-de-pessoas-de-quarentena-no-norte, acesso em 30/11/2020.

291 https://twitter.com/DrTedros/status/1236605595282812928, acesso em 30/11/2020.

292 https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020, acesso em 26/11/2020.

E foram as notícias da Itália que correram o mundo, gerando um pânico generalizado pelas fotos de urnas funerárias e pelas palavras apocalípticas da grande mídia, que anunciavam a chegada de uma peste extremamente mortífera, tais como a chamada desta matéria do dia 11 de março do jornal *Folha de São Paulo*: "Itália tem excesso de corpos após coronavírus, e cadáveres chegam a ficar 24h em casa. Número maior de mortos e preocupação com infecção congestionam serviços funerários[293]".

Portanto, a declaração de pandemia pela OMS, com elogio das medidas de lockdown chinês e italiano pelo seu diretor-geral, e o medo instaurado pelas notícias das mortes que se multiplicavam no país europeu impulsionaram a adoção das mesmas medidas restritivas pela grande maioria dos países, inclusive o Brasil.

Só faltava um ingrediente para a institucionalização e justificação das medidas draconianas por um Estado tecnocrático: um fundamento científico.

E aqui entra em cena o *modelo matemático* lançado no dia 16 de março ao público pelo Imperial College de Londres[294], sob a supervisão do físico teórico Neil Ferguson, que previa o número de mortes pela Covid-19 a depender das medidas adotadas pelos governos do Reino Unido e dos Estados Unidos[295].

Nesse modelo, são elencados dois tipos de estratégias que poderiam ser assumidas pelos governos: a) supressão (lockdown): visa a reduzir ao máximo a taxa de transmissão do vírus e, portanto, reduzir o número de casos a níveis baixos ou eliminar a transmissão de pessoa para pessoa; b) mitigação: o objetivo não é interromper completamente a transmissão do vírus, mas reduzir o impacto de uma epidemia para o sistema de saúde.

---

293 https://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2020/03/italia-tem-excesso-de-corpos-apos-coronavirus-e-cadaveres-chegam-ficar-24h-em-casa.shtml, acesso em 30/11/2020.

294 Consta que esse modelo matemático fora previamente apresentado às autoridades britânicas no dia 27/02/2020: https://www.theguardian.com/world/2020/may/29/sage-minutes-reveal-how-uk-advisers-reacted-to-coronavirus-crisis, acesso em 01/12/2020.

295 Imperial College COVID-19 Response Team. *Report 9: Impact of non-pharmaceutical interventions (NPIs) toreduce COVID-19 mortality and healthcare demand.* (https://www.imperial.ac.uk/media/imperial-college/medicine/sph/ide/gida-fellowships/Imperial-College-COVID19-NPI-modelling-16-03-2020.pdf, acesso em 30/11/2020)

No caso, os autores previram que, se não fosse adotada nenhuma das estratégias de controle da transmissão do vírus, poderiam ocorrer 510 mil mortes por Covid-19 no Reino Unido e 2,2 milhões nos Estados Unidos. Por outro lado, caso fossem adotadas todas as medidas para a mitigação das transmissões, mesmo assim 250 mil pessoas morreriam no Reino Unido e entre 1,1 e 1,2 milhões nos Estados Unidos.

Com base nesses números e no medo generalizado da nova doença, medidas de *lockdown* passaram a ser implementadas no Reino Unido e nos Estados Unidos.

O Imperial College, em relatório do dia 26 de março[296], também forneceu instrumentos que tinham a pretensão de justificar cientificamente os regimes restritivos de direitos nos demais países, prevendo números de mortes para as diversas estratégias adotadas pelos governos ao redor do mundo[297]. O relatório também projetou os números de internações e de doentes críticos (aqueles que necessitam de UTI e de suporte respiratório) em cada modelo de estratégia estatal.

No caso, para os autores do relatório, a mitigação visaria proteger os idosos (reduzindo em 60% os contatos sociais) e diminuir, mas não interromper a transmissão do vírus (com redução de 40% dos contatos sociais da população restante). Seria o denominado isolamento vertical.

Os números preditos para as mortes por Covid-19 no Brasil foram assustadores: 1.152.283 de mortos, caso não fossem tomadas quaisquer medidas de controle; 529.779 pessoas morreriam com a implantação do isolamento vertical; e 44.212 mortes ocorreriam na implantação do lockdown.

Diante desse estudo, a grande imprensa passou a editar matérias com tons decididamente proféticos, como esta da *CNN Brasil*: "Brasil poderá poupar até 485 mil vidas se optar por qua-

296 Imperial College COVID-19 Response Team. *The Global Impact of COVID-19 and Strategies for Mitigation and Suppression.* (https://www.imperial.ac.uk/media/imperial-college/medicine/sph/ide/gida-fellowships/Imperial-College-COVID19-Global-Impact-26-03-2020.pdf, acesso em 30/11/2020)

297 https://www.imperial.ac.uk/media/imperial-college/medicine/sph/ide/gida-fellowships/Imperial-College-COVID19-Global-unmitigated-mitigated-suppression-scenarios.xlsx, acesso em 30/11/2020.

rentena total"[298]. Ou esta da *Folha de São Paulo*: "Isolamento radical contra coronavírus pode salvar 1 milhão de vidas no Brasil, aponta estudo. Cálculo é da mesma equipe britânica que fez o primeiro-ministro Boris Johnson abandonar abordagem mais leve"[299].

Mas o que todas essas matérias deixaram de comentar é que a grande maioria dos dados utilizados pelos autores do Imperial College para preencher as hipóteses do *modelo matemático* provieram da China. A mesma China que, desde o início da crise da Covid-19, segundo a mesma grande imprensa e organizações de direitos humanos, escondia os dados sobre a nova doença.

A única conclusão possível é a de que o relatório britânico de científico não tem nada, pois, além de tomar como realidade um mero padrão matemático, utilizou dados chineses nada confiáveis (como a taxa de mortalidade da doença) para encontrar números de mortes de padrões apocalípticos.

Logo, de nada adianta a mídia global defender irracionalmente um estudo profético de bases obscuras para justificar as mais odiosas violações de direitos dos cidadãos, pois, como escreveu o grande romancista alemão Jakob Wassermann, "as trevas não se tornam luz porque se mobilizou contra elas um exército de argumentos"[300].

Imprescindível destacar que essas trevas nunca foram mostradas pela grande mídia como sendo um dos principais pilares dos relatórios britânicos[301], até porque o que se tornou manchete foi somente o grande número de mortes previsto pela equipe de Neil Ferguson. Assim, mesmo que desde o início da crise os grandes órgãos de comunicação tenham relatado a ausência de

298 https://www.cnnbrasil.com.br/saude/2020/03/29/brasil-podera-poupar-ate-485-mil-vidas-se-optar-por-quarentena-total, acesso em 01/12/2020.

299 https://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2020/03/sem-restricao-de-contagio-mortes-por-coronavirus-podem-chegar-a-115-milhao-no-brasil.shtml, acesso em 01/12/2020.

300 *O processo Maurizius*. Tradução de Octavio de Faria e Adonias Filho. São Paulo: Abril Cultural, 1975. p. 30.

301 Tanto que, recentemente, a rede CNN noticiou que obteve documentos que comprovariam que a China escondeu dados sobre a COVID-19, sem obviamente fazer qualquer menção que o estudo do *Imperial College* se fundamentou em dados chineses para prever milhões de mortes pelo mundo: https://www.cnnbrasil.com.br/internacional/2020/11/30/arquivos-vazados-revelam-conducao-incorreta-da-china-em-fases-iniciais-da-covid, acesso em 10/12/2020.

confiança nos dados chineses, não foi realizada a necessária e imprescindível relação entre o estudo do Imperial College e a falta de transparência dos dados que o sustentaram, uma vez que essa revelação de pronto mostraria que os relatórios apocalípticos nunca deveriam ter sido levados a sério como científicos.

No entanto, o imaginário popular foi preenchido pela "profecia científica" que anunciou o seu "redentor" chamado lockdown, motivo pelo qual até os dias atuais é considerado, sem qualquer base científica para tanto, a medida mais eficaz para o controle da Covid-19, tanto que governantes continuam a editar atos normativos restritivos de direitos mesmo após a realidade ter comprovado a completa falácia dos relatórios matemáticos advindos de Londres.

III - A "CIÊNCIA" DO LOCKDOWN E O STF

No Brasil, logo após a declaração da OMS de pandemia pelo novo coronavírus, em meados do mês de março de 2020, houve a implantação do regime de lockdown em todo o território brasileiro por meio de atos normativos editados por governadores dos Estados e prefeitos, paralisando praticamente todas as atividades do país, com a ressalva daquelas consideradas essenciais.

No entanto, poucos dias depois, em pronunciamento em cadeia de rádio e televisão no dia 24 de março, o presidente da República, Jair Bolsonaro, questionou as medidas restritivas impostas aos brasileiros[302]:

> *O vírus chegou, está sendo enfrentado por nós e brevemente passará. Nossa vida tem que continuar. Os empregos devem ser mantidos. O sustento das famílias deve ser preservado. Devemos, sim, voltar à normalidade.*
>
> *Algumas poucas autoridades estaduais e municipais devem abandonar o conceito de terra arrasada, a proibição de transportes, o fechamento de comércio e o confinamento em massa.*

302 *https://www.gov.br/planalto/pt-br/acompanhe-o-planalto/pronunciamentos/pronunciam entos-do-presidente-da-republica/pronunciamento-em-cadeia-de-radio-e-televisao-do-senhor-presidente-da-republica-jair-bolsonaro, acesso em 02/12/2020.*

O que se passa no mundo tem mostrado que o grupo de risco é o das pessoas acima dos 60 anos. Então por que fechar escolas? Raros são os casos fatais de pessoas sãs com menos de 40 anos de idade. 90% de nós não teremos qualquer manifestação, caso se contamine. Devemos sim, é ter extrema preocupação em não transmitir o vírus para os outros, em especial aos nossos queridos pais e avós, respeitando as orientações do Ministério da Saúde.

Nos dias seguintes ao pronunciamento presidencial, a Secretaria de Comunicação (Secom) divulgou uma *hashtag* com os dizeres *#OBrasilNãoPodeParar*, que de imediato foi questionada pelo Ministério Público Federal perante a Justiça Federal do Rio de Janeiro. Na ação civil pública proposta[303], os procuradores se fundamentaram nos *princípios da prevenção e da precaução* para requerer tutela provisória de urgência que determinasse à União de abster-se de promover, por quaisquer meios de comunicação, a campanha "O Brasil Não Pode Parar" ou qualquer outra "que sugira à população brasileira comportamentos que não estejam estritamente embasados em diretrizes técnicas, emitidas pelo Ministério da Saúde, com fundamento em documentos públicos, de entidades científicas de notório reconhecimento no campo da epidemiologia e da saúde pública". O pedido de tutela foi deferido pelo juízo federal no dia 28 de março[304].

Concomitantemente, no dia 27 de março, o partido político Rede Sustentabilidade ingressou no Supremo Tribunal Federal com a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) nº 669, na qual foi apensada à ADPF nº 668, proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos. As ações também questionavam a propaganda "O Brasil Não Pode Parar".

A relatoria ficou a cargo do ministro Luís Roberto Barroso, que, no dia 31 de março, deferiu imediatamente o pedido cau-

303 http://www.mpf.mp.br/rj/sala-de-imprensa/docs/pr-rj/ACP%20Propaganda%20Covid%2019.pdf.pdf, acesso em 11/12/2020.

304 http://www.mpf.mp.br/rj/sala-de-imprensa/docs/pr-rj/Propaganda%20-%20COVID19%20-%20Decisao%20liminar.pdf, acesso em 11/12/2020.

telar[305] de "suspensão imediata da veiculação e/ou contratação de qualquer propaganda que expresse que 'O Brasil Não Pode Parar' ou que seja sugestiva de que as pessoas devem romper como distanciamento social, cujo propósito é restringir o contágio".

Na mesma direção dos argumentos empreendidos na citada ação civil pública proposta pelo MPF/RJ, os *princípios da precaução e da prevenção* também foram invocados pelo ministro na decisão cautelar, que ainda elencou um rol exemplificativo de autoridades consideradas científicas cujas opiniões deveriam ser consideradas na implantação das políticas públicas governamentais para a proteção da saúde:

> *DIREITO CONSTITUCIONAL E SANITÁRIO. ARGUIÇÕES DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. SAÚDE PÚBLICA E COVID-19. CAMPANHA PUBLICITÁRIA APTA A GERAR GRAVE RISCO À VIDA E À SAÚDE DOS CIDADÃOS.* ***PRINCÍPIOS DA PRECAUÇÃO E DA PREVENÇÃO****. CAUTELAR DEFERIDA.*
>
> *1. Arguições de descumprimento de preceito fundamental contra a contratação e veiculação de campanha publicitária, pela União, afirmando que "O Brasil Não Pode Parar", conclamando a população a retomar as suas atividades e, por conseguinte, transmitindo-lhe a impressão de que a pandemia mundial (COVID-19) não representa grave ameaça à vida e à saúde de todos os brasileiros.*
>
> *2.* ***As orientações da Organização Mundial de Saúde, do Ministério da Saúde, do Conselho Federal de Medicina, da Sociedade Brasileira de Infectologia, entre outros, assim como a experiência dos demais países que estão enfrentando o vírus, apontam para a imprescindibilidade***

305 Importante destacar que a não rejeição liminar das ações pelo ministro Barroso ensejou desrespeito ao princípio da subsidiariedade (previsto no artigo 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/1999). Como ressaltou a Advocacia-Geral da União (AGU) em parecer juntado na ADPF nº 669, houve inobservância ao referido princípio porque o controle judicial do ato impugnado poderia ser adequadamente exercido através da via difusa, como, na realidade, estava ocorrendo pela ação civil pública referida acima, cuja decisão liminar era de conhecimento público e fora proferida três dias antes da decisão monocrática do ministro Barroso. Todavia, o ministro escolheu mais uma vez enfatizar a proeminência do STF mediante o seu ativismo judicial. Também é de se notar que o caso não chegou a ser apreciado pelo Plenário do STF, pois, após manifestação da AGU de que não havia oficialmente qualquer campanha "O Brasil Não Pode Parar", o ministro Barroso extinguiu as ações por perda do objeto.

***de medidas de distanciamento social* voltadas a reduzir a velocidade de contágio e a permitir que o sistema de saúde seja capaz de progressivamente absorver o quantitativo de pessoas infectadas.**

3. Plausibilidade do direito alegado. Proteção do direito à vida, à saúde e à informação da população (art. 5º, caput, XIV e XXXIII, art. 6º e art. 196, CF). ***Incidência dos princípios da prevenção e da precaução (art. 225, CF), que determinam, na forma da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que, na dúvida quanto à adoção de uma medida sanitária, deve prevalecer a escolha que ofereça proteção mais ampla à saúde.***

4. Perigo na demora reconhecido. Disseminação da campanha "O Brasil Não Pode Parar" que já se encontra em curso, ao menos com base em vídeo preliminar. Necessidade urgente de evitar a divulgação de informações que possam comprometer o engajamento da população nas medidas necessárias a conter o contágio do COVID-19, bem como importância de evitar dispêndio indevido de recursos públicos escassos em momento de emergência sanitária.

5. Medida cautelar concedida para vedar a produção e circulação, por qualquer meio, de qualquer campanha que pregue que "O Brasil Não Pode Parar" ou que sugira que a população deve retornar às suas atividades plenas, ou, ainda, que expresse que a pandemia constitui evento de diminuta gravidade para a saúde e a vida da população. Determino, ainda, a sustação da contratação de qualquer campanha publicitária destinada ao mesmo fim. (grifei)

Trata-se de decisão fundamental do STF nessa crise gerada pela Covid-19, pois ratificou de forma direta e abstrata a aplicação do lockdown em todo o território brasileiro, gerando uma proteção daquele que seria o guardião da Constituição a todos os atos normativos restritivos de direitos editados pelo Brasil, por mais draconianos que fossem.

Como era de se esperar, o estudo "científico" que ampara a decisão cautelar do ministro Barroso foi o referido relatório do

Imperial College do dia 26 de março. Além disso, são citadas as opiniões de diversas entidades de caráter científico como argumento de autoridade, razão pela qual o juiz do STF decretou que a "ciência" exigiria o lockdown para suprimir a propagação do novo coronavírus: "A supressão das medidas de distanciamento social, **como informa a ciência**, não produzirá resultado favorável à proteção da vida e da saúde da população. **Não se trata de questão ideológica. Trata-se de questão técnica**". (grifei)

E não foi apenas o ministro Barroso que se fundamentou no relatório do Imperial College e nos argumentos de autoridade, pois o Plenário do STF, em sessão virtual ocorrida entre os dias 2/10/2020 e 9/10/2020, por unanimidade também o adotou como fundamento "científico" para decidir a ADPF nº 672, como atesta o voto do relator Alexandre de Moraes:

> *"Dessa maneira, não compete ao Poder Executivo federal afastar, unilateralmente, as decisões dos governos estaduais, distrital e municipais que, no exercício de suas competências constitucionais, adotaram ou venham a adotar, no âmbito de seus respectivos territórios,* ***importantes medidas restritivas como a imposição de distanciamento ou isolamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais e à circulação de pessoas, entre outros mecanismos reconhecidamente eficazes para a redução do número de infectados e de óbitos, como demonstram a recomendação da OMS (Organização Mundial de Saúde) e vários estudos técnico-científicos, como por exemplo, os estudos realizados pelo Imperial College COVID-19 Response Team, a partir de modelos matemáticos*** *(The Global Impact of COVID19 and Strategies for Mitigation and Suppression, vários autores; Impact of non-pharmaceutical interventions (NPIs) to reduce COVID-19 mortality and healthcare demand, vários autores)". – grifei*

Questão essencial, portanto, é investigar quais os significados dos termos "ciência" e "científico" utilizados pelos ministros do STF. Será que esses signos e significados invocados

pela Suprema Corte, ecoando os discursos da grande mídia[306], possuem um referente? Ou estamos diante de um discurso que possui apenas uma mera intenção subjetiva, em que os ministros apenas pensam estar falando de "ciência", quando, de fato, o seu significado não possui qualquer substrato no mundo sensível?

Somente podemos obter as respostas a estas perguntas mediante o auxílio de Aristóteles, o fundador do método científico.

Em sua Teoria dos Quatro Discursos, o professor Olavo de Carvalho, ensina que, para a filosofia do Estagirita, "o discurso humano é uma potência única, que se atualiza de quatro maneiras diversas: a poética, a retórica, a dialética e a analítica (lógica)"[307], havendo aí "uma *escala de credibilidade* crescente: do possível subimos ao verossímil, deste para o provável e finalmente para o certo ou verdadeiro"[308]. Há, portanto, uma estrutura unitária e orgânica do discurso:

> *"De discurso em discurso, há um aprofundamento progressivo, um estreitamento do admissível: da ilimitada abertura do mundo das possibilidades passamos à esfera mais restrita das crenças realmente aceitas na praxis coletiva; porém, da massa das crenças subscritas pelo senso comum, só umas poucas sobrevivem aos rigores da triagem dialética; e, destas, menos ainda são as que podem ser admitidas pela ciência como absolutamente certas e funcionar, no fim, como premissas de raciocínios cientificamente válidos. A esfera própria de cada uma das quatro ciências é portanto delimitada pela contigüidade da antecedente e da subseqüente. Dispostas em círculos concêntricos, elas formam o mapeamento completo das comunicações entre os homens civilizados, a esfera do saber racional possível"*[309].

Quanto à gnoseologia aristotélica, percebe-se que a unidade dos discursos é estruturalmente homóloga à unidade do processo cognitivo, pois o conhecimento "é um processo unitário, or-

306 Sobre o uso de significados sem referentes pelos jornalistas vide o artigo "Vocabulário Psicótico", do professor Olavo de Carvalho, publicado no jornal Brasil Sem Medo em 19/12/2019: https://brasilsemmedo.com/vocabulario-psicotico/, acesso em 11/12/2020.

307 *Aristóteles em nova perspectiva*. p. 22.

308 *Ibid.*, p. 31.

309 *Ibid.*, p. 34.

gânico, que se eleva progressivamente desde as formas elementares, comuns ao homem e ao animal, até as grandes sínteses da ciência e da filosofia"[310]. O que significa dizer que o conhecimento se inicia com a experiência sensível e que o discurso apenas é a última fase do processo cognitivo, razão pela qual não se pode conceber, como o faz a escola analítica (neopositivismo lógico), que o discurso possui independência da experiência real, formando um mundo separado, mas, ao contrário, o discurso "faz parte do esforço natural, 'biológico', do ente vivo para elevar-se à concepção do universal que o inclui"[311].

Mais uma vez se mostra didática a explicação do professor Olavo:

> *"Aristóteles sempre esteve consciente de que o discurso lógico não surge no ar, mas se ergue em cima de todo um caleidoscópio de percepções e recordações que não cede ao impulso da formalização lógica senão após uma série de depurações muito trabalhosas, que vão passando da linguagem poética (muitíssimo bem definida por Benedetto Croce como expressão de impressões), através das escolhas retóricas e confrontações dialéticas, até o formalismo da demonstração lógica, incapaz de abranger senão um fragmento mínimo da experiência humana (escrevi um livro inteiro sobre isso e não preciso me repetir). Quando se perdem de vista as raízes que o raciocínio lógico tem nas modalidades menos abstratas de discurso (e estas na complexidade da alma vivente), os progressos da formalização arriscam tornar-se pretextos de uma irresponsabilidade cognitiva quase demencial, tanto mais danosa quanto mais adornada de perfeições técnicas imponentes"*[312].

Portanto, não se pode conceber um discurso lógico-científico despido de um prévio discurso dialético, que constitui o processo de investigação científica por excelência. E este, como definiu o professor Olavo em aula do Seminário de Filosofia[313], é essencialmente uma confrontação de hipóteses com os dados

310 *Ibid.*, p. 51.

311 *Ibid.*, p. 90.

312 CARVALHO, Olavo de. *A filosofia e seu inverso: e outros escritos*. Campinas, SP: VIDE Editorial, 2012. p. 98-99.

313 COF 143 (25/02/2012).

da experiência e com a lógica interna das proposições, de modo que, aos poucos, as proposições mais inviáveis vão sendo rejeitadas e o que sobra no fim é, teoricamente, senão o mais verdadeiro, pelo menos o mais válido ou o mais apropriado. Nesse sentido, o discurso lógico "enquanto formalização segundo a cadeia dedutiva estrita, só entra em ação no fim, para dar solidez ao conhecimento, cuja descoberta é obra e mérito da dialética"[314].

Um *modelo matemático*, como o do Imperial College, se enquadra na esfera do discurso lógico ou analítico e, para se fundamentar como meio de prova idôneo, deveria selecionar suas premissas de bases advindas de procedimentos experimentais regidos pela confrontação dialética, pois "a mais clara e distintas das idéias, mesmo quando verdadeira, pode ser apenas uma verdade lógico-formal, desligada de todo conteúdo determinado, portanto apenas uma verdade possível, hipotética, como todas as verdades da lógica"[315].

No caso dos relatórios britânicos publicizados nos dias 16 e 26 de março pelo Imperial College, seus autores confessam que, diante da falta de conhecimento de muitas características da Covid-19, várias das premissas utilizadas para os cálculos matemáticos foram construídas por meio de *suposições*. Ademais, algumas das premissas mais importantes (que são a proporção estratificada por idade de infecções que requerem hospitalização e a taxa de mortalidade por infecção) foram obtidas a partir de uma análise de um subconjunto de casos da China[316]. Importante destacar que essas duas premissas são essenciais para o cálculo do número de internações e de mortes, cujo resultado motivou os governos a adotarem o lockdown para "aplainar a curva" epidêmica com a finalidade de evitar o colapso do sistema de saúde.

---

314 CARVALHO, Olavo de. *Introdução crítica à dialética de Schopenhauer*, em: SCHOPENHAUER, Arthur. *Como vencer um debate sem precisar ter razão, em 38 estratagemas: dialética erística*. Tradução de Daniela Caldas e Olavo de Carvalho; introdução, notas e comentários de Olavo de Carvalho. Campinas, SP: Editora Auster, 2019. p. 50.

315 CARVALHO, Olavo de. *Visões de Descartes: entre o Gênio Mau e o Espírito da Verdade*. Campinas, SP: VIDE Editorial, 2013. p. 21.

316 *Report 9: Impact of non-pharmaceutical interventions (NPIs) to reduce COVID-19 mortality and healthcare demand*. p. 5.

Todavia, como já expusemos, desde o início da crise da Covid-19 os dados advindos da China nunca foram tomados como confiáveis[317], razão pela qual jamais poderiam ser utilizados como premissas de qualquer investigação científica que pretende ser considerada séria. Mas, mesmo se admitíssemos a integridade do produtor dos dados (friso, o que não é o caso do regime comandado pelo Partido Comunista Chinês), imprescindível ainda se faria a contraposição dialética de outros resultados de pesquisas, agora colhidos através da *experiência* em outros países, pois os relatórios do Imperial College visaram englobar os impactos *globais* da nova doença.

E as inconsistências dos relatórios não param por aí.

Aspecto essencial e totalmente negligenciado pelas manchetes dos grandes órgãos de imprensa quando noticiaram o número apocalíptico de mortes é o fato de que, diante da complexidade do mundo sensível, nunca um *modelo matemático* de previsão conseguirá obter todos os dados da realidade para preencherem as premissas que fundamentam o resultado final do cálculo. E mais: a construção da própria estrutura de um *modelo analítico* depende dos dados da realidade para a criação das fórmulas matemáticas que o compõem, razão pela qual o cálculo em si não contempla aspectos cruciais da nova doença, cujas incertezas de suas características são admitidas por toda a comunidade científica.

Essa limitação do modelo lógico é admitida até por pesquisadores entusiastas da área. Em entrevista publicada no site

317 Além da matéria da CNN citada na nota 34, podemos relatar que a ocultação dos dados sobre a COVID-19 no início da crise global também foi objeto de estudo elaborado por pesquisadores da *Washington University School of Medicine* e da *The Ohio State University*. Segundo os autores, dados de crematórios chineses em período do *lockdown* imposto em Wuhan demonstraram que "as estimativas de mortes cumulativas, com base na distribuição de urnas funerárias e operação contínua de plena capacidade dos serviços de cremação até 23 de março de 2020, dão resultados em torno de 36.000, mais de 10 vezes o número oficial de mortes de 2.524". Assim, concluíram que "a magnitude da discrepância entre nossas estimativas com base em dados relacionados à cremação e números oficiais chineses no início de fevereiro, o momento crítico para a resposta à pandemia COVID-19, sugere a necessidade de reavaliar as estatísticas oficiais da China e considerar todas as fontes de dados disponíveis e razoáveis para uma melhor compreensão da pandemia COVID-19" (Mai He, Li Li, Louis P Dehner, Lucia Dunn. *Cremation based estimates suggest significant under- and delayed reporting of COVID-19 epidemic data in Wuhan and China.* In: https://www.medrxiv.org/content/10.1101/2020.05.28.20116012v2, acesso em 03/12/2020)

do jornal da Universidade de São Paulo[318], o professor Marcos Amaku, especialista em modelagem do Departamento de Patologia da Faculdade de Medicina da USP (FMUSP), ao comentar o relatório do Imperial College, destaca que este se utiliza de "simulações para lidar com a incerteza relacionada a alguns dados sobre a Covid-19". Dito de outro modo, os dados desconhecidos pelos pesquisadores são presumidos arbitrariamente por estes para preencherem a fórmula matemática, sem que tenha havido antes a necessária fase do método experimental, em que a confrontação dialética busca obter, com a máxima probabilidade, as premissas.

Na mesma matéria, o jornal da USP também acrescenta que, quanto à Covid-19, "dados do período de incubação, do período infeccioso e da velocidade com que a curva epidêmica sobe também interferem na definição de outro parâmetro sobre o qual os cientistas ainda não têm muita certeza, o R_0. Trata-se de uma constante que indica, dentro de uma população totalmente suscetível, quantas pessoas são infectadas pela primeira pessoa que foi infectada com o vírus". Isto é, diante das incertezas científicas quanto ao objeto investigado, a fórmula matemática de previsão nada mais é do que um jogo de adivinhação.

Nesse ponto referente às pessoas suscetíveis a contrair a infecção (que é um dos dados essenciais para os modelos matemáticos preditivos), imprescindível destacar que inúmeras investigações científicas estão encontrando evidências de que a exposição a espécies antigas de coronavírus endêmicos poderiam trazer a denominada proteção cruzada, isto é, imunidade pré-existente ao novo coronavírus. Em artigo publicado em setembro de 2020 no periódico médico britânico *The BMJ*[319], é informado que pelo menos seis estudos relataram reatividade de células T (células do sistema imunológico) contra o novo coronavírus em 20% a 50% das pessoas sem exposição conhecida ao vírus causador da Covid-19.

318 https://jornal.usp.br/ciencias/ciencias-exatas-e-da-terra/matematica-preve-cenarios-para-covid-19-e-muda-rumo-de-governos/, acesso em 04/12/2020.

319 DOSHI, Peter. *Covid-19: Do many people have pre-existing immunity?* BMJ 2020; 370:m3563. In: https://www.bmj.com/content/370/bmj.m3563, acesso em 04/12/2020.

Assim, se existe a possibilidade de parte considerável da população possuir uma espécie de imunidade pré-existente ao novo coronavírus, um modelo matemático que objetiva prever o número de mortes e de internações pela Covid-19 deveria levar obrigatoriamente em consideração essa hipótese, o que não ocorreu nos relatórios do Imperial College.

Diante de todas essas considerações, como denominar de científicos os referidos relatórios? Na verdade, trata-se de mero discurso lógico desprovido de qualquer base na experiência, motivo pelo qual, no decorrer dos meses de incidência da Covid-19, as mortes e hospitalizações em razão da doença foram muito diferentes do que aquelas previstas pelos pesquisadores de Londres.

Exemplo crucial a ser citado é o da Suécia, que se notabilizou por não adotar o lockdown e, por isso, também chegou a ser apontada (naquele mesmo estilo Pavlov assumido pela OMS) como modelo por Michael Ryan, diretor executivo da OMS, em coletiva de imprensa do dia 29 de abril de 2020[320]. O país nórdico apostou na autonomia individual dos cidadãos, que receberam informações de saúde pública e foram incentivados a se comportar de forma responsável para mitigar a propagação do novo vírus, tendo o governo editado algumas normas restritivas[321].

O relatório do Imperial College do dia 26 de março previu para a Suécia o seguinte número de mortes: 90.157 caso o país não adotasse qualquer medida; 33.878 se fosse adotado o isolamento vertical; 14.518 se fosse adotado o lockdown de maneira tardia; e 3.395 para o quadro de implantação do lockdown precoce. Em pesquisa ao site *Worldmeter*[322]no dia em que entrego o presente artigo para publicação aos coordenadores do presente

320 https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/transcripts/who-audio-emergencies-coronavirus-press-conference-29apr2020.pdf?sfvrsn=aaa81d24_2, acesso em 06/12/2020.

321 Em abril de 2020, ao entrevistar Anders Tegnell, epidemiologista da Agência de Saúde Pública da Suécia que arquitetou o modelo sueco de enfrentamento à COVID-19, a revista *Nature* descreveu algumas das medidas adotadas pelo país: "A Suécia não entrou em *lockdown* ou impôs políticas estritas de distanciamento social. Em vez disso, implementou medidas voluntárias 'baseadas na confiança': aconselhou os idosos a evitar o contato social e recomendou que as pessoas trabalhassem em casa, lavassem as mãos regularmente e evitassem viagens não essenciais. Mas as fronteiras e escolas para menores de 16 anos continuam abertas - assim como muitos negócios, incluindo restaurantes e bares". (https://www.nature.com/articles/d41586-020-01098-x, acesso em 06/12/2020).

322 https://www.worldometers.info/coronavirus/?, acesso em 06/01/2021.

livro, foram reportadas até então na Suécia 8.985 mortes. Além disso, no quesito mortes por milhão de habitantes, a Suécia encontra-se em 25º lugar no ranking dos países, com 887 mortes/milhão, número menor ou semelhante aos dos países que adotaram medidas severas de lockdown.

O Brasil, que adotou precocemente o lockdown em meados de março, com duração estrita ao menos até o final do mês de julho[323], encontra-se em 23º no ranking, com 927 mortes/milhão. Como já descrito, segundo o relatório do Imperial College, ao adotar o lockdown de maneira precoce[324], o Brasil acumularia quase 45 mil mortos pela Covid-19, porém, mesmo com as medidas restritivas severas adotadas por prefeitos e governadores, até o dia de entrega desse texto, tínhamos, segundo o Ministério da Saúde[325], 197.732 mortes.

Esses dados concretos sugerem que o padrão de mortalidade segue o mesmo curso em todos os locais em que a doença se instaura, havendo ou não medidas de lockdown implementadas pelo Estado. Esta é também a conclusão de um estudo observacional realizado por pesquisadores liderados pelo professor Andrew Atkeson, da UCLA (Universidade da Califórnia) para o *National Bureau of Economic Research*, que analisou dados colhidos de 23 países e de 25 estados dos EUA[326] e, também, de outro estudo com base em dados efetivado pelo professor Thomas Meunier[327].

Além desses dados e pesquisas que indicam que as medidas restritivas não auxiliam no combate ao novo coronavírus,

323 Segundo dados compilados pela Universidade de Oxford: https://ourworldindata.org/grapher/covid-stringency-index?tab=chart&stackMode=absolute&time=2020-01-22..latest&country=~BRA&region=World, acesso em 06/12/2020.

324 Sobre a precocidade na imposição do *lockdown* no Brasil, imprescindível destacar que os atos normativos estaduais e municipais que impuseram o *lockdown* (mesmo em Estados e municípios que sequer apresentavam casos confirmados da nova doença na data da publicação das regras restritivas) começaram a ser editados logo após 11 de março de 2020, data em que a OMS declarou a COVID-19 como pandemia. Em 14 de março, o Brasil contava com apenas 121 casos confirmados da doença, em sua grande parte nos Estados de São Paulo e Rio de Janeiro. (https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2020-03/brasil-tem-121-registros-do-novo-coronavirus, acesso em 06/12/2020)

325 https://covid.saude.gov.br/, acesso em 06/01/2021.

326 https://www.nber.org/system/files/working_papers/w27719/w27719.pdf, acesso em 06/12/2020.

327 https://www.medrxiv.org/content/10.1101/2020.04.24.20078717v1.full.pdf, acesso em 08/12/2020.

surgiram também hipóteses de que o lockdown teria efeitos deletérios, gerando um incremento de mortes[328]. Foi o que concluiu um estudo brasileiro conduzido por professores da Universidade Federal de Pernambuco[329]:

> *"O presente estudo encontrou fortes evidências empíricas sugerindo que, pelo menos no contexto brasileiro, a promoção de maior distanciamento físico entre a população em geral acelera e aumenta a progressão de futuras mortes por covid-19. Isso não apenas desafia diretamente as premissas centrais da principal estratégia usada por governos em todo o mundo para controlar a pandemia, mas aponta para a necessidade de reavaliar imediatamente essa abordagem sob pena de aumentar a mortalidade em vez de reduzi-la conforme pretendido. Isso não significa que toda e qualquer medida restritiva atualmente em vigor tenha necessariamente de ser suspensa de uma vez, mas implica que*

328 Nesse ponto, há a hipótese de que a propagação das infecções se dá no interior das residências de forma intensificada. Como relatou o jornal inglês *The Guardian* ao comparar as mortes de idosos na Itália e na Alemanha: "A Itália é mais densamente povoada do que a Alemanha, e as casas italianas tendem a ser menores que as alemãs. Muitos italianos entre 20 e 30 anos vivem em casa com seus parentes, o que significa que a transmissão para os idosos era alta e, quando as unidades de cuidados intensivos ficavam lotadas, também o eram as mortes." (https://www.theguardian.com/world/2020/jun/07/immunological-dark-matter-does-it-exist-coronavirus-population-immunity, acesso em 04/12/2020). Sobre os contágios domiciliares também deve ser comentada a situação vivenciada em Nova York. Dados obtidos de 100 hospitais do estado de Nova York, envolvendo mil pacientes, chocaram o Governador Andrew Cuomo, ferrenho defensor do *lockdown*, pois a maioria dos novos casos de COVID-19 eram de pessoas que estavam em casa. Matéria da grande mídia de 06 de maio de 2020 destaca o estupor do político democrata: "'Isso é uma surpresa: esmagadoramente, as pessoas estavam em casa', acrescentou. 'Achamos que talvez estivessem usando transporte público e tomamos precauções especiais com o transporte público, mas na verdade não, porque essas pessoas estavam literalmente em casa'. Cuomo disse que quase 84% dos casos hospitalizados eram pessoas que não estavam se deslocando para o trabalho por meio de serviços de automóveis, carros particulares, transporte público ou a pé. Ele disse que a maioria dessas pessoas era aposentada ou desempregada. No geral, cerca de 73% das admissões foram de pessoas com mais de 51 anos". (https://www.cnbc.com/amp/2020/05/06/ny-gov-cuomo-says-its-shocking-most-new-coronavirus-hospitalizations-are-people-staying-home.html, acesso em 07/12/2020). Mas até antes desses dados, em coletiva de imprensa da OMS no dia 30 de março de 2020, o diretor Michael Ryan afirmou que, idealmente, as pessoas infectadas deveriam ser colocadas em quarentena em locais distintos de suas residências, pois em razão do *lockdown* as transmissões estariam ocorrendo dentro das residências das famílias. E, sem citar explicitamente o modelo draconiano de *lockdown* chinês, o diretor afirmou que seria necessário procurar nas famílias as pessoas que se encontram doentes, removê-las e isolá-las de maneira segura e digna (como se a invasão de agentes do Estado em uma residência, com a remoção compulsória de uma pessoa doente para um centro de quarentena fosse algo digno), nos fazendo concluir que a própria OMS, na época, já estava admitindo que o *lockdown*, como implantado nos países ocidentais, não estava funcionando (https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/transcripts/who-audio-emergencies-coronavirus-press-conference-full-30mar2020.pdf?sfvrsn=6b68bc4a_2, acesso em 07/12/2020), tanto que o diretor regional da OMS para a Europa, Hans Kluge, afirmou em 19 de novembro de 2020 que os *lockdowns* são evitáveis e devem ser o último recurso (https://br.reuters.com/article/idINKBN27Z1AW, acesso em 06/12/2020).

329 CAMPELLO DE SOUZA, Bruno e CAMPELLO DE SOUZA, Fernando Menezes. *Physical Distancing and Future COVID-19 Deaths in Brazil: Evidence of a Paradoxical Effect* (October 6, 2020). Disponível em: https://ssrn.com/abstract=3711686 ou http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3711686, acesso em 18/12/2020.

não pode ser aceita automaticamente sem suspeita. Assim, uma reavaliação rápida e cuidadosa de tais estratégias é eticamente obrigatória, agora com o ônus da prova não apenas de que são benéficas, mas também de que não são ativamente prejudiciais".

Diante de todos esses dados da realidade, não se mostra racional defender a presença de qualquer resquício de fundamento científico dos relatórios que justificaram a implantação do lockdown mundo afora. Logo, como explicar que ministros do STF os tenham utilizado com tanta segurança? Ademais, como entender que juízes da mais alta corte do país confundam meras opiniões retóricas de entidades ditas científicas com proposições que somente podem ser obtidas por meio da efetiva contraposição dialética de hipóteses com base nos dados da experiência?

A primeira tentativa de responder a esses questionamentos reside nas próprias raízes da modernidade[330], que permanecem constantes até os dias atuais, em que a matematização da natureza e a tendência de centralização da autoridade são algumas de suas características mais marcantes, dentre outras igualmente importantes que não serão aqui abordadas diretamente.

Como explica o professor Olavo de Carvalho, o processo de abstração, cujos artífices foram Bacon, Galileu, Descartes e John Locke, nasceu em razão do próprio método experimental, em que "o último resíduo de experiência concreta foi suprimido, sobrando apenas, da variedade dos dados sensíveis, o esquema seco e descarnado das aparências mensuráveis", ou seja, somente são objetos da observação científica as qualidades que "supostamente residem nas coisas mesmas e podem ser determinadas com certeza por todos os seres humanos unanimemente: a figura, a extensão, o movimento e o número", que são as chamadas qualidades primárias, atendo-se o método, "por assim dizer, ao esqueleto matemático das coisas e dos seres"[331].

330 COF 127 (22/10/2011), que é a última aula do curso "Raízes da Modernidade", proferido pelo professor Olavo de Carvalho.

331 CARVALHO, Olavo de. *A filosofia e seu inverso*. p. 81-82.

Em René Descartes, continua o professor[332], as qualidades primárias correspondem ao que o filósofo francês chamava de *res extensa* (matéria), ao passo que as qualidades secundárias, constituídas "de estados interiores do ser humano, como raciocínio, memória, sentimento etc.", são as denominadas *res cogitans* (pensamento). Acontece que, para Descartes o pensamento lógico-matemático era "a modalidade suprema da inteligência humana, a quintessência da *res cogitans*. Ora, as qualidades ditas primárias eram precisamente aquelas que só a inteligência matemática, e não os sentidos deixados a si mesmos, podia apreender nos objetos mediante medições e comparações". Portanto, ocorre uma inversão dos termos: "tudo aquilo que nos objetos era mais caracteristicamente mental, ou racional, era chamado de 'matéria' ou 'corpo', ao passo que o verdadeiramente corporal, que não podia ser conhecido pelo puro pensamento e só chegava a nós pelo impacto dos cinco sentidos, vinha rotulado como 'mental'".

Trata-se daquilo que o professor Wolfgang Smith chamou de "bifurcação", onde "tomar a *res extensa* pelo real - como os cientistas tendem a fazer - é cometer aquilo que Whitehead chamou de 'falácia de concretude deslocada': é confundir um conceito com uma realidade"[333].

Com Kant, essa escolha radical dos aspectos da realidade que devem ingressar ou não no seio de uma investigação científica se incorpora de forma essencial na própria teoria do conhecimento, com a chamada "revolução copernicana" da estrutura do saber, em que ocorre "a inversão radical da hierarquia do conhecimento, operada com o objetivo de fazer com que a razão, em vez de se amoldar à realidade dos fatos, assuma o comando da situação e imponha aos fatos a sua própria ordem"[334]. Tal atitude culmina naquilo que o professor Olavo denominou de

332 *A filosofia e seu inverso*. p. 83.

333 SMITH, Wolfgang. *Ciência e Mito: com uma resposta a O Grande Projeto, de Stephen Hawking*. Tradução de Pedro Cava. Campinas, SP: VIDE Editorial, 2014. p. 31-32.

334 *A filosofia e seu inverso*. p. 247-248.

"metodocracia", isto é, "não é o objeto que determina o método, mas o método determina o objeto"[335].

A proclamação kantiana da independência da razão em relação ao mundo externo faz nascer o cientificismo, que é um mal irreparável à inteligência humana, pois "ao consagrar o império da 'razão' uniforme sobre a multiplicidade dos fatos, ele (Kant) criou o dogmatismo cientificista que permite abolir continentes inteiros da realidade, sob o pretexto de que são refratários ao estudo científico, dando em seguida, a essa mesma ciência que admite a sua incapacidade de estudá-los, a autoridade de declarar que não existem"[336].

Portanto, esse retorno iluminista à razão "é praticamente um convite à arbitrariedade e ao charlatanismo"[337], o que pôde muito bem ser vislumbrado na demonstração que fizemos da total inadequação dos relatórios do Imperial College com a experiência sensível.

E é fundamentalmente este o problema do mundo iluminista que teve fé em um modelo matemático que prometia basicamente salvar vidas caso fossem adotadas todas as medidas de lockdown propostas pelos pesquisadores, tudo isso mediante a previsão apocalíptica e imaginária de milhões de mortes ao redor do globo. Portanto, embora tenham sido arbitrariamente construídos pelos pesquisadores com base em um método que desconsiderou os dados observacionais relacionados à Covid-19, os números dos relatórios do Imperial College foram vistos como a mais sombria *realidade* prestes a acontecer, no sentido da profecia de Jonas dirigida aos moradores de Nínive[338].

Impossível não se fazer esse paralelo com os profetas bíblicos, já que o iluminismo nos levou a viver sob uma era da *tecnocracia*, em que, como no projeto iluminista e autoritário de Augusto Comte, uma "nova religião assinalaria o ingresso da humanidade na etapa decisiva de sua evolução temporal - a

335 *Ibid.*, p. 86.

336 *Ibid.*, p. 258.

337 *Ibid.*, p. 87.

338 Capítulo 3 do Livro de Jonas, da Bíblia Sagrada.

'era positiva', marcada pelo predomínio da ciência e da técnica"[339], em que o Estado centralizaria suas decisões sobre a vida das pessoas com base nestas. Porém, nos dias de hoje, nem mais podemos falar apenas de um Estado nacional, mas de um *movimento* para a implantação de um governo global, atualmente representado nesta crise da Covid-19 pela Organização Mundial da Saúde.

Criou-se uma verdadeira casta de sacerdotes cuja autoridade se tornou inquestionável:

> *"Por toda a parte, a substituição da realidade sensível pelos seus equivalentes racionais e matemáticos vai se impondo, assim, como um sucedâneo mundano da ascese espiritual. A fuga do mundo real para o dos esquemas ideais matemáticos tem, de fato, alguma coisa de ascético, no sentido de um esforço de opor-se à natureza. Mas é uma ascese puramente cerebral, sem verdadeiro sentido moral, espiritual, religioso, em suma. Nela está a raiz da perversão moderna que atribui à ciência natural a tarefa de guiar espiritualmente a humanidade, em substituição à espiritualidade religiosa. O equívoco funda-se numa visão estereotipada – e bem materialista – do ascetismo religioso como mero empobrecimento sensorial. A matematização da natureza é empobrecimento sensorial, apenas sem ganho espiritual. A falta do ganho espiritual é em seguida compensada pela riqueza das aplicações técnicas advindas da ciência, o que aumenta ainda mais, aos olhos da multidão, o prestígio sacerdotal da casta dos cientistas[340]".*

Trata-se de uma verdadeira operação mágica que possui seus agentes iluminados[341], motivo pelo qual se torna fácil perceber a fascinação pelos discursos das ditas autoridades cientí-

339 CARVALHO, Olavo de. *O Jardim das Aflições*. p. 251.

340 *Ibid.*, p. 181.

341 Vide COF 145 (10/03/2012), em que o professor Olavo fala que, a despeito de avanços científicos importantes, a humanidade regida pelo positivismo vive permeada pelo obscurantismo, numa mistura de sabedoria e ignorância. Interessante também o que disse C. S. Lewis em sua obra *A abolição do homem*: "Há algo que unifica magia e ciência aplicada, enquanto as separa da 'sabedoria' de eras anteriores. Para o homem sábio do passado, o problema crucial havia sido como conformar a alma à realidade, e a solução encontrada foi o conhecimento, a autodisciplina e a virtude. Tanto para a magia, quanto para a ciência aplicada, o problema é como subjugar a realidade aos desejos dos homens: a resposta é a técnica; e ambas, na prática dessa técnica, estão prontas para fazer coisas até agora consideradas nojentas e impiedosas – como desenterrar ou dissecar os mortos". (1ª Edição. Tradução de Gabriele Greggersen. Rio de Janeiro: Thomas Nelson Brasil, 2017. p. 73-74.)

ficas, mesmo quando referidos discursos não passam de meras crenças nunca colocadas à prova através de uma séria contraposição dialética.

De fato, para o STF e para muitas autoridades brasileiras, a mera *opinião* de um órgão internacional como a OMS possui a credibilidade de uma verdade objetiva inquestionável, mesmo que muitas de suas manifestações não estejam amparadas em qualquer conclusão científica que tenha advindo de um necessário procedimento contraditório.

E o efeito colateral desse cientificismo é a condenação (direta ou dissimulada) de todo discurso que ouse se levantar contra aquelas assertivas das autoridades científicas eleitas (não se sabe ainda exatamente por quem) para representar uma versão oficial da ciência, denominada de "consenso científico"[342]. Este termo, por sua vez, não tem substrato na realidade, já que é impossível de se obter um consenso científico senão artificialmente por intermédio de uma decisão arbitrária de escolha dos cientistas que farão parte do grupo consensual, excluindo os demais, mesmo que sejam a maioria.

Logo, para a manutenção meramente formal de uma simulada credibilidade máxima do discurso proferido pelos detentores do chamado "consenso científico", torna-se requisito fundamental o *controle do fluxo das informações* como método centralizador do poder numa sociedade que se considera democrática, tanto utilizando para isso o discurso uniforme da grande mídia quanto censurando as opiniões contrárias na internet. Todo esse processo serve, como se nota, para simular a existência de um debate democrático que na realidade não existe, fazendo transparecer falsamente que uma ciência verdadeira é o efetivo fundamento das decisões governamentais, quando, de fato, existem muitos outros interesses em jogo[343].

---

342 Sobre o "consenso científico" na presente crise da COVID-19, vide o recentíssimo vídeo "Ciência e falsa ciência", do professor Olavo de Carvalho, publicado em seu canal do *YouTube* em 04/01/2021: https://www.youtube.com/watch?v=TjByhJIiaak&t=309s, acesso em 06/01/2021.

343 O professor Olavo de Carvalho descreve de forma precisa esse complexo processo em aula proferida no início de 2012 no Seminário de Filosofia - COF 143 (25/02/2012), onde reflete sobre o tema da extensão das ciências a todos os campos da vida social. O filósofo explica que, segundo o

Foge aos limites da presente investigação analisar quais seriam os reais interesses por trás do controle das informações para a implantação de um governo global fundamentado na "proteção" da saúde, até porque ainda não se tem clareza do efetivo embate (ou conluio) entre poderes globais em torno da crise da Covid-19[344]. O que podemos fazer é simplesmente des-

---

projeto iluminista, de um lado existe a discussão científica propriamente dita e de outro a discussão pública no seio da sociedade, "que teoricamente se pauta pelos mesmos critérios de veracidade e adequação da discussão científica, e que a imita, na esperança de que, do livre confronto das opiniões, acabará por prevalecer, no fim das contas, a razão". Temos, portanto, o ideal que inspirou o advento da democracia nos Estados modernos. Todavia, esse modelo científico de sociedade, baseada na contraposição de hipóteses, "não trabalha no mesmo sentido coerente com a ideia da administração científica da sociedade", em que "as medidas e decisões legislativas e administrativas não podem se basear no arbítrio dos legisladores e do governante do momento, mas devem ter uma inspiração científica e fundamentos científicos". Trata-se da tecnocracia, em que a administração deve possuir um controle maior dos dados da situação, centralizando as informações científicas nas mãos do Estado, ocasião em que as decisões governamentais são tomadas por científicas e, logo, adquirem uma autoridade que não possuíam antes. Diante desse quadro de poder, deve-se adicionar no processo os diversos grupos de pressão que tensionam no sentido de direcionar as decisões estatais (*lobby*), o controle do fluxo de informações, a complexa rede de relações entre a atividade científica e os seus financiadores, o próprio poder da classe científica considerada não como produtora de conhecimento, mas como uma das forças sociais em jogo, sem dizer no papel da mídia e da internet para o convencimento das massas. Tudo isto demonstra que a verdadeira discussão livre e democrática nada mais passa de uma ilusão.

344 Mesmo não sendo possível entender de forma clara o que está acontecendo nesta crise, nunca é demais lembrar que o *movimento* de esquerda mundial, com raras exceções (vide manifestações do filósofo italiano Giorgio Agamben), assumiu o discurso do *lockdown* como a única maneira cientificamente comprovada de salvar vidas, justificando a suspensão dos mais básicos direitos dos cidadãos. E o mais interessante é a confluência dessas ideias da esquerda com as dos metacapitalistas, que podem ser representados pela Fundação Rockefeller, por George Soros, pelas empresas do Vale do Silício, dentre outros. De outro lado, temos também os interesses chineses e russos, como noticiou a grande mídia. A China, revelou o jornal *The New York Times*, censurou conteúdos da internet sobre o novo coronavírus e os manipulou de acordo com seus propósitos (https://www.nytimes.com/2020/12/19/technology/china-coronavirus-censorship.html, acesso em 29/12/2020). A agência *Reuters*, por sua vez, destacou que obtivera documentos da União Europeia que davam conta de uma massiva campanha on-line de desinformação proveniente da Rússia para gerar pânico no ocidente em relação ao novo coronavírus (https://www.reuters.com/article/us-health-coronavirus-disinformation-idUSKBN21518F, acesso em 29/12/2020). Ao me deparar com essa realidade, lembrei-me de outra aula do Seminário de Filosofia - COF 74 (11/09/2010), em que o professor Olavo examina o livro "Hegemonia e Estratégia Socialista", escrito por Ernesto Laclau e Chantal Mouffe (*Hegemony and Socialist Strategy: Towards a Radical Democratic Politics*. Second Edition. London - New York: Verso, 2001), enfatizando que referido livro influenciou muito o debate da esquerda a partir de sua primeira publicação em 1985. Nos limites de nosso artigo, interessante citar o seguinte trecho da explicação do professor Olavo em que analisa parte do escrito dos autores esquerdistas: "Eles começam, em primeiro lugar, por dizer que a hegemonia é o controle mental que uma facção exerce sobre o conjunto da sociedade. Uma facção hegemônica é aquela que não precisa necessariamente ter o poder político, mas que determina a maneira como todo mundo pensa, inclusive os seus adversários. Quer dizer, ela pré-molda todas as reações e os debates e encaminha o conjunto na direção dela. Mas elem confessam o seguinte: 'Para existir uma hegemonia tem de haver uma condição tal que uma força política particular assuma-se como representante de uma totalidade que é absolutamente incomensurável com ela'. Ou seja, um grupo de duas mil pessoas, por exemplo, representa uma determinada totalidade, digamos, a nação brasileira. Evidentemente o grupo é totalmente incomensurável com a totalidade. Existem milhões de habitantes e de correntes políticas, mas uma delas fala como se já representasse essa totalidade, embora essa corrente política não tem uma medida comum com a totalidade. Há um evidente elemento teatral nisso, pois se um determinado grupo fala como se fosse a totalidade, embora sabendo que não o é e que não há medida comum entre ambos, então é evidente que é necessário um certo treino teatral para fazer isso. É necessário fingir. Fingir que representa a totalidade, a vontade da totalidade ou os interesses da totalidade.".

crever o estado de coisas que comprovam que está ocorrendo uma tentativa massiva de controlar o fluxo das ideias para garantir uma hegemonia discursiva que tem como eixo central a justificativa "científica" para a suspensão dos diretos mais básicos dos cidadãos.

Um exemplo notável da implantação dessa hegemonia na esfera do necessário debate entre cientistas foi testemunhado pelo professor da Universidade de Stanford Michael Levitt, ganhador do Prêmio Nobel de Química em 2013.

Em diversas manifestações no decorrer da crise causada pela Covid-19, o professor Levitt veementemente criticou o lockdown imposto sem que se atentassem aos dados da realidade, uma vez que, segundo ele, os números da doença se normalizam ao passar do tempo exatamente como se não houvesse lockdown, motivo pelo qual o acadêmico sempre elogiou a forma com que a Suécia enfrentou a Covid-19.

Em um debate promovido pelo *The Lindau Nobel Laureate Meetings* em 29 de junho de 2020, com o tema "Corona: O Papel da Ciência em Tempos de Crise"[345], o professor disse que o nível de estupidez revelado na implantação do lockdown foi espantoso, e que era necessário apenas um mínimo de discussão entre pessoas inteligentes (contraposição dialética), o que não ocorreu por culpa de uma total inadequação da estrutura científica para fazer ciência em tempo real, salientando que não se pode confiar em uma ou duas vozes e que toda a ciência oficial, como a da OMS, estava errada. Nesse ponto de sua fala, Levitt afirma que teria havido censura por parte do Facebook.

O professor destacou que não pretendia ser o dono da verdade, mas que gostaria de ter sido contrariado pelos cientistas nos detalhes, isto é, numa discussão em que fossem levados em consideração os dados. Todavia, sentenciou que os cientistas optaram por não olhar para os dados. Disse que tentou entrar em contato com Neil Ferguson, do Imperial College, para alertá-lo sobre o erro deste quanto à taxa de mortalidade da Covid-19, e

345 https://www.mediatheque.lindau-nobel.org/videos/38691/corona-the-role-of-science-in-times-of-crisis/laureate-levitt, acesso em 07/12/2020.

obteve como resposta que a suposição britânica estava correta. No entanto, Michael Levitt afirmou que, dois meses depois, os dados confirmaram o erro do Imperial College.

Ainda sobre a formação arbitrária de um discurso hegemônico, o que podemos dizer do silêncio da grande mídia em torno da Declaração de Great Barrington[346], que ataca veementemente as políticas de lockdown, e que é capitaneada por professores das universidades de Harvard e Stanford, nos Estados Unidos, e de Oxford, na Inglaterra, contando atualmente com assinaturas de quase treze mil cientistas das áreas médicas e de saúde pública?

O que interessa aqui enfatizar, portanto, é que estamos extremamente distantes de um debate livre de opiniões, pois as informações são cada vez mais controladas e as vozes dissonantes do "consenso científico" enquadradas em conceitos juridicamente vagos como o de fake news, com o aparecimento de agências de checadores de fatos (*fact checking*) que visam desacreditar qualquer opinião de destoa daquelas veiculadas pela grande imprensa.

E nessa quadra ingressa o STF como aquele que, de forma consciente ou na mais pura ignorância, mediante um discurso que se utiliza de significados sem referentes, "legitima" juridicamente o discurso oficial veiculado pela grande mídia, invertendo o sentido de conceitos e princípios jurídicos com prejuízos irreparáveis aos cidadãos.

IV - A INCONSTITUCIONALIDADE DO LOCKDOWN

Na comentada decisão monocrática da ADPF nº 669, após se fundamentar nos argumentos de autoridade das entidades consideradas científicas e no estudo do Imperial College, o ministro Barroso afirma que tudo indicaria a presença de um consenso científico sobre a necessidade do lockdown, mas mesmo se fosse admitida a ausência deste consenso, deveriam atuar no

346 https://gbdeclaration.org/declaracao-de-great-barrington/, acesso em 08/12/2020.

caso os princípios da prevenção e da precaução. Cito o trecho específico da decisão:

> *"Ainda que assim não fosse: que não houvesse uma quase unanimidade técnico-científica acerca da importância das medidas de distanciamento social e mesmo que não tivéssemos a agravante de reunirmos grupos vulneráveis em situações de baixa renda, o Supremo Tribunal Federal tem jurisprudência consolidada no sentido de que, em matéria de tutela ao meio ambiente e à saúde pública, devem-se observar os princípios da precaução e da prevenção. Portanto, havendo qualquer dúvida científica acerca da adoção da medida sanitária de distanciamento social – o que, vale reiterar, não parece estar presente – a questão deve ser solucionada em favor do bem saúde da população".*

Como demonstramos exaustivamente no decorrer desse texto, o denominado "consenso científico" alegado pelo ministro Barroso nada mais é do que o discurso *retórico* de algumas entidades que se autodenominam científicas, e que possui a credibilidade de uma crença. Porém, são opiniões que, ao contrário do que aconteceu, necessitariam ser contraditadas por outras para se chegar a um discurso com grau de probabilidade que poderia fundamentar uma decisão judicial, pois, como ensinava o filósofo do direito Michel Villey, "uma 'sentença' é uma *opinião* não cientificamente demonstrada, entretanto fundamentada, esclarecida pela controvérsia dialética, que levou em consideração, sobre uma mesma causa, os pontos de vista de múltiplos interlocutores"[347].

Ademais, a "quase unanimidade técnico-científica" defendida pelo ministro Barroso, além das meras opiniões das denominadas autoridades científicas, também se estrutura no famigerado estudo do Imperial College de Londres, que, em suas bases, não pode ser levado em consideração como um trabalho científico, como foi demonstrado.

Logo, como não é possível falar em evidências científicas que corroborem a implantação de lockdown para evitar a pro-

347 *O direito e os direitos humanos*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2ª edição. São Paulo: Editora WWF Martins Fontes, 2016. p. 52.

pagação do novo coronavírus, surge o questionamento sobre a possibilidade (ou não) da aplicação dos princípios da prevenção e da precaução ao caso Covid-19.

Em primeiro lugar, a resposta deve levar em consideração toda a legislação referente ao enfrentamento da crise causada pela nova doença, a começar pela Lei Federal nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, que foi editada exclusivamente para regulamentar o combate ao coronavírus. O artigo 3º da lei prescreve de forma não taxativa inúmeras medidas para enfrentamento da Covid-19, dentre as quais devemos destacar o isolamento e a quarentena. Ambas são medidas restritivas que somente podem ser aplicadas quando há casos (ou suspeita) de contaminação, de maneira a evitar a possível contaminação ou a propagação do novo coronavírus, conforme definidas no artigo 2º.

Não há qualquer menção legal ao lockdown, que na prática consiste no isolamento social de pessoas e paralisação de atividades independentemente de haver contaminação (ou suspeita de contaminação) relacionada a estas. De qualquer modo, para a aplicação de medida tão drástica, as autoridades públicas devem especial observância ao § 1º do artigo 3º da Lei nº 13.979/20, no qual se determina que somente com bases em evidências científicas poderão ser aplicadas as medidas de restrição de direitos para enfrentar a propagação da Covid-19: "As **medidas previstas** neste artigo **somente poderão ser determinadas** com base em **evidências científicas** e em análises sobre as informações estratégicas em saúde e **deverão ser limitadas no tempo e no espaço** ao mínimo indispensável à promoção e à preservação da saúde pública". (grifei)

Nesse ponto, importante salientarmos que o Supremo Tribunal Federal em nenhum momento declarou a inconstitucionalidade de referido dispositivo legal. Muito pelo contrário, pois suas decisões estão recheadas de menções sobre a necessidade de evidências científicas para a determinação de qualquer medida governamental de controle da Covid-19, como não poderia ser diferente em uma era tecnocrática. Porém, o conceito de ciência para os ministros do STF está muito distante de alcançar o

substrato real de uma verdadeira e séria investigação científica. Talvez seja por essa razão que a utilização dos princípios da prevenção e da precaução adquiriu tanta importância para a Corte nos casos em que se trata de direito à saúde nesta crise da Covid-19, pois, ao mesmo tempo em que decidem que as medidas governamentais para o enfrentamento da propagação do novo vírus devem ser tomadas com base na ciência, os ministros têm de admitir que, de fato, existem grandes incertezas no que se refere à nova doença.

O problema surgido nesse tipo de atitude é o de que os princípios da prevenção e da precaução, contraditoriamente, ao preverem que em casos da falta de evidências científicas devem ser adotadas as medidas que trazem menos danos à saúde das pessoas, assumem que certas medidas são menos danosas do que outras. Mas com que base científica determinam essa escolha, se a premissa é a ausência de certezas científicas? Estamos diante de um raciocínio circular, em que, no fundo, tudo se resume a uma decisão arbitrária de quem escolhe o "consenso científico" que mais lhe pareça adequado.

Prova dessa arbitrariedade pode ser encontrada no julgamento da ADI nº 4.066/DF, ocorrido em 2017, em que foi apreciada pelo Plenário do STF ação direta que visava a declaração da inconstitucionalidade da tolerância ao uso do amianto crisotila, da forma como encartada no art. 2º da Lei nº 9.055/1995. Eis alguns trechos da ementa:

> *EMENTA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 2º, CAPUT E PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI Nº 9.055/1995. EXTRAÇÃO, INDUSTRIALIZAÇÃO, UTILIZAÇÃO, COMERCIALIZAÇÃO E TRANSPORTE DO ASBESTO/AMIANTO E DOS PRODUTOS QUE O CONTENHAM. AMIANTO CRISOTILA. LESIVIDADE À SAÚDE HUMANA. ALEGADA INEXISTÊNCIA DE NÍVEIS SEGUROS DE EXPOSIÇÃO. (...) MÉRITO. AMIANTO. VARIEDADE CRISOTILA (ASBESTO BRANCO). FIBRA MINERAL. **CONSENSO MÉDICO ATUAL** NO SENTIDO DE QUE A EXPOSIÇÃO AO AMIANTO TEM,*

*COMO EFEITO DIRETO, A CONTRAÇÃO DE DIVERSAS E GRAVES MORBIDADES. RELAÇÃO DE CAUSALIDADE. **RECONHECIMENTO OFICIAL. PORTARIA Nº 1.339/1999 DO MINISTÉRIO DA SAÚDE**. **POSIÇÃO DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE - OMS**. RISCO CARCINOGÊNICO DO ASBESTO CRISOTILA. INEXISTÊNCIA DE NÍVEIS SEGUROS DE EXPOSIÇÃO. (...) **AUDIÊNCIA PÚBLICA (ADI 3.937/SP) E AMICI CURIAE. CONTRIBUIÇÕES AO DEBATE**. (...) QUÓRUM CONSTITUÍDO POR NOVE MINISTROS, CONSIDERADOS OS IMPEDIMENTOS. **CINCO VOTOS PELA PROCEDÊNCIA E QUATRO VOTOS PELA IMPROCEDÊNCIA**. ART. 97 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. ART. 23 DA LEI Nº 9.868/1999. NÃO ATINGIDO O QUÓRUM PARA PRONÚNCIA DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º DA LEI Nº 9.055/1995.*

*(...) 2. O **consenso médico atual** identifica, para **além de qualquer dúvida razoável**, a contração de diversas doenças graves como efeito direto da exposição ao amianto. A **Portaria nº 1.339/1999 do Ministério da Saúde** imprime reconhecimento oficial à relação de causalidade entre a exposição ao asbesto ou amianto, inclusive da variedade crisotila, e as seguintes doenças: neoplasia maligna do estômago, neoplasia maligna da laringe, neoplasia maligna dos brônquios e do pulmão, mesotelioma da pleura, mesotelioma do peritônio, mesotelioma do pericárdio, placas epicárdicas ou pericárdicas, asbestose, derrame pleural e placas pleurais.*

*3. **Posição oficial da Organização Mundial da Saúde - OMS** no sentido de que: (a) todos os tipos de amianto causam câncer no ser humano, não tendo sido identificado limite algum para o risco carcinogênico do crisotila; (b) o aumento do risco de desenvolvimento de câncer tem sido observado mesmo em populações submetidas a níveis muito baixos de exposição; (c) o meio mais eficiente de eliminar as doenças relacionadas ao mineral é eliminar o uso de todos os tipos de asbesto. (...)*

*5. Limites da cognição jurisdicional. **Residem fora da alçada do Supremo Tribunal Federal os juízos de natureza técnico-científica sobre questões de fato, acessíveis pela***

investigação técnica e científica, como a nocividade ou o nível de nocividade da exposição ao amianto crisotila e a viabilidade da sua exploração econômica segura. ***A tarefa da Corte – de caráter normativo – há de se fazer inescapavelmente embasada nas conclusões da comunidade científica – de natureza descritiva.*** *Questão jurídica a decidir: se, em face do que afirma o consenso médico e científico atual, a exploração do amianto crisotila, na forma como autorizada pela Lei nº 9.055/1995, é compatível com a escolha política, efetuada pelo Poder Constituinte, de assegurar, a todos os brasileiros, os direitos à saúde e à fruição de um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Precedente: ADPF 101 (Relatora Ministra Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJe 24.6.2009). (...)*

10. Contribuições ao debate trazidas em audiência pública (ADI 3.937/SP) e por amici curiae. Estado da arte da pesquisa médico-científica. Dados e subsídios técnicos a referendar, ***no seu conjunto****, a conclusão de que, no estágio atual, o conhecimento científico acumulado permite afirmar, para além da dúvida razoável, a nocividade do amianto crisotila à saúde humana e ao meio ambiente.* ***Consenso técnico e científico hoje estabelecido****, no tocante às premissas fáticas de que (i) todos os tipos de amianto provocam câncer, não tendo sido identificado nenhum limite para o risco carcinogênico do crisotila, e (ii) a sua substituição, para os usos regulados pela Lei nº 9.055/1995, se mostra absolutamente viável sob o aspecto econômico. (...)*

13. À luz do conhecimento científico acumulado sobre a extensão dos efeitos nocivos do amianto para a saúde e o meio ambiente e à evidência da ineficácia das medidas de controle nela contempladas, a tolerância ao uso do amianto crisotila, tal como positivada no art. 2º da Lei nº 9.055/1995, não protege adequada e suficientemente os direitos fundamentais à saúde e ao meio ambiente equilibrado (arts. 6º, 7º, XXII, 196, e 225 da CF), tampouco se alinha aos compromissos internacionais de caráter supralegal assumidos pelo Brasil e que moldaram o conteúdo desses direitos, especialmente as Convenções nºs 139 e 162 da OIT e a Convenção de Basileia. Juízo de procedência da ação no voto da Relatora.

14. Quórum de julgamento constituído por nove Ministros, considerados os impedimentos. ***Cinco votos pela procedência da ação direta****, a fim de declarar a inconstitucionalidade, por proteção deficiente, da tolerância ao uso do amianto crisotila, da forma como encartada no art. 2º da Lei nº 9.055/1995, em face dos arts. 7º, XXII, 196 e 225 da Constituição da República. Quatro votos pela improcedência.* ***Não atingido o quórum de seis votos (art. 23 da Lei nº 9.868/1999), maioria absoluta (art. 97 da Constituição da República), para proclamação da constitucionalidade ou inconstitucionalidade do dispositivo impugnado, a destituir de eficácia vinculante o julgado.***

15. Ação direta de inconstitucionalidade conhecida e, no mérito, não atingido o quórum exigido pelo art. 97 da Constituição da República para a pronúncia da inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 9.055/1995.(ADI 4066, Relator(a): ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 24/08/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-043 DIVULG 06-03-2018 PUBLIC 07-03-2018) (grifei)

Interessante notarmos, como se percebe na ementa citada, que não foi atingido o quórum exigido para a pronúncia da inconstitucionalidade do dispositivo legal impugnado[348], demonstrando que o "consenso científico" invocado pela ministra Rosa Weber não era tão consensual a ponto de convencer a todos os seus pares, e que uma eventual decisão do Supremo que alcançasse o quórum para a declaração da inconstitucionalidade apenas significaria que houve a escolha de um "consenso" em detrimento de outros.

Essa é a prova cabal da falibilidade absoluta do Estado tecnocrático.

Mas os defensores desse modelo podem argumentar que, para o julgamento da citada ação direta, ocorreu audiência pú-

348 A ministra Rosa Weber foi a relatora do caso, votando pela declaração de inconstitucionalidade do dispositivo legal, no que foi acompanhada pelos ministros Edson Fachin, Ricardo Lewandowski, Celso de Mello e Cármen Lúcia. Votaram contrariamente os ministros Alexandre de Moraes, Luiz Fux, Gilmar Mendes e Marco Aurélio. Com o impedimento dos ministros Barroso e Toffoli, não foi possível atingir o quórum de seis votos (art. 23 da Lei nº 9.868/1999), maioria absoluta (art. 97 da Constituição), para proclamação da constitucionalidade ou inconstitucionalidade do dispositivo impugnado, a destituir de eficácia vinculante o julgado.

blica em que foram ouvidas diversas opiniões de cientistas acerca do tema em discussão, o que, em tese, garantiria aquela contraposição dialética própria do processo de investigação científica, com a participação democrática de todos os pontos de vista.

Mas é óbvio que se trata apenas de uma simulação, pois nada garante que todas as hipóteses que almejam a certeza científica sobre o tema foram trazidas à mesa do debate. Sem dizer que, mesmo admitindo a representatividade plena de opiniões, existem inúmeros outros fatores que, numa audiência pública que visa interferir na decisão dos juízes, farão com que prevaleça um ponto de vista sobre outros. Tomemos como exemplo a própria retórica dos expositores, que é a alma de um debate público, em que a habilidade de um bom orador pode facilmente encobrir as evidências sérias trazidas por um cientista que não possui o dom da oratória.

Logo, os princípios da prevenção e da precaução inevitavelmente permitem ao julgador escolher um lado da discussão de forma arbitrária, escondendo que essa decisão se dá sob a influência dos mais diversos fatores. Nesse ponto se mostra imprescindível citar trecho do voto divergente do ministro Luiz Fux na citada ação direta de inconstitucionalidade, no qual denuncia o uso arbitrário dos referidos princípios:

> *"Insta ressaltar, também, que inexistem dados estatísticos hodiernos precisos acerca de doenças relacionadas ao amianto. Como bem enfatizado na Audiência Pública, os registros a este respeito datam de mais de 30 anos atrás, ocasião em que legislação protetiva dos trabalhadores era incipiente e a exploração do amianto se dava, sobretudo, pelo tipo anfibólico, extremamente nocivo, inclusive para os padrões de segurança contemporâneos.*
>
> *Por derradeiro,* ***o princípio da precaução, em matéria relativa a direito ambiental, não suporta a tese da inconstitucionalidade da norma federal impugnada.***
>
> *De fato,* ***há uma excessiva vulgarização na aplicação do aludido princípio, alçado muitas vezes à condição de dogma. Mais que isso, o princípio da precaução é utilizado promiscuamente como uma verdadeira caixa pre-***

ta dentro da qual podem ser extraídas as mais diversas consequências jurídicas. Uma delas consiste em utilizar o Poder Judiciário como uma instância substitutiva de opções legislativas sempre que não se for possível precisar os danos porventura causados ao meio ambiente. No caso específico, inexistem estudos comprovando o impacto do crisotila sobre o meio ambiente, razão pela qual a sua aplicação, como forma de coibir a utilização do derivado do amianto, deve ser rejeitada". (grifei)

Entretanto, nesta crise da Covid-19, os princípios da prevenção e da precaução são utilizados no sentido de eleger o lockdown como medida mais segura para a proteção da saúde e da vida, como enfatizado pelo ministro Barroso na decisão monocrática nas ADPFs aqui citadas. Mas quem garante essa segurança? A ciência? Sabemos que não.

Primeiramente, devemos voltar ao § 1º do artigo 3º da Lei nº 13.979/20, que deve servir de norte hermenêutico para a avaliação da legalidade e constitucionalidade de qualquer ato normativo que implemente restrição de direitos fundamentais visando o enfrentamento do novo coronavírus.

Como vimos, a lei federal exige a presença de evidências científicas para a imposição de quaisquer medidas restritivas. Assim, embora tenha escolhido arbitrariamente um lado da discussão, optando "cientificamente" pelo lockdown, o ministro Barroso reconhece que pode haver dúvidas acerca da alegada certeza científica, razão pela qual invoca os princípios da prevenção e da precaução em detrimento da norma jurídica inscrita na lei federal.

Ora, se existem sérios questionamentos no que se refere à alegada evidência científica do lockdown e se tomarmos em conta a letra da lei e as decisões do próprio STF, a conclusão é a de que não se pode aplicar medidas de restrição de direitos fundamentais com base em incertezas científicas, até mesmo porque a legislação prescreve que devem ser assegurados a todos aqueles afetados pelas medidas previstas "o pleno respeito à dignidade, aos direitos humanos e às liberdades fundamentais das pessoas,

conforme preconiza o Artigo 3 do Regulamento Sanitário Internacional" (artigo 3º, § 2º, inciso III, da Lei nº 13.979/20).

Percebemos, assim, mais uma vez o ativismo judicial do STF que, sem declarar a inconstitucionalidade de um dispositivo legal que exige a presença de evidências científicas para a restrição de direitos fundamentais, escolhe ao seu bel prazer decidir em descompasso ao que prevê a Constituição e o ordenamento jurídico ao permitir a implantação de medidas restritivas sem qualquer fundamento científico e sem levar em conta os demais direitos fundamentais atingidos. Mais do que isso, o STF renega sua própria jurisprudência relacionada à colisão de direitos fundamentais, quando se socorria quase sempre do denominado princípio da proporcionalidade[349], que praticamente se ausentou das decisões judiciais nesta crise da Covid-19.

Podemos, como exemplo, tomar novamente a decisão monocrática do ministro Barroso na ADPF nº 669, pois, além de não considerar todas as hipóteses fáticas a serem avaliadas no âmbito da adequação e da exigibilidade das medidas restritivas de direitos, o ministro claramente se negou a fazer a ponderação dos valores constitucionais saúde e liberdade econômica utilizando-se dos seguintes argumentos:

> *"Vale assinalar, ainda, que* ***não há efetivamente uma dicotomia entre proteção à saúde da população e proteção à economia e aos empregos da mesma população, tal como vendo (sic) sendo alegado****. O mundo inteiro está passando por medidas restritivas em matéria de saúde e pelos impactos econômicos delas decorrentes. Caso o Brasil não adote medidas de contenção da propagação do vírus, o próprio país poderá ser compreendido como uma ameaça aos que o estão combatendo, passando a correr o risco de isolamento econômico.*

349 A noção de proporcionalidade foi sequestrada pelos teóricos do neoconstitucionalismo para afirmar a proeminência do Poder Judiciário em relação aos demais poderes constituídos, como eu mesmo desgraçadamente defendi em minha dissertação de mestrado publicada em livro (HONESKO, Vitor Hugo Nicastro. *A norma jurídica e os direitos fundamentais: um discurso sobre a crise do positivismo.* São Paulo: RCS Editora, 2006), doutrina que hoje renego com todas as minhas forças. Na época, iludido por essa doutrina, infelizmente escrevi: "Disto decorre a grande importância que essa teoria reserva aos procedimentos, levando o Poder Judiciário a assumir a posição mais destacada, no que tange à produção normativa, em relação aos demais poderes. Não tem mais sentido conceber a atividade judicial como mera aplicação da lei imposta pelo Legislativo. É necessário, então, admitir que a função jurisdicional é, acima de tudo, criadora do Direito, pois este não deve se reduzir à lei" (p. 139).

Não bastasse isso, a supressão das medidas de distanciamento social levará inevitavelmente à propagação do vírus, conforme ampla experiência internacional, e, em algum momento do futuro, a medida de restrição da população será ainda mais grave. Portanto, a demora na tomada de medidas de contenção da propagação do vírus tende a aumentar os riscos também para a economia. Nota-se, portanto, que a economia precisa que a saúde pública seja protegida para que volte a funcionar em situação de normalidade". (grifei)

Para não ter de enfrentar uma contraposição dialética inescapável quando se avalia seriamente a existência ou não de adequação entre os meios e os fins de medidas restritivas de direitos, o ministro Barroso, sem qualquer base na realidade e numa suposição no mínimo fantasiosa, afirmou que, "caso o Brasil não adote medidas de contenção da propagação do vírus, o próprio país poderá ser compreendido como uma ameaça aos que o estão combatendo, passando a correr o risco de isolamento econômico". Ademais, defendeu que o lockdown resguardaria a economia em razão de ser capaz de proteger eficazmente a saúde da população, como se esta premissa fosse uma certeza científica evidente e não uma hipótese despida de substrato real, como demonstrado.

Todavia, nessa situação em que o discurso hegemônico veiculado pela grande imprensa fabricou um "consenso científico" acerca da necessidade do lockdown, o que percebemos é que, com as decisões aqui comentadas, o STF simplesmente adotou esta premissa sem sopesar todas as claras consequências da imposição de um lockdown, o que incentivou a adoção de medidas draconianas por parte de prefeitos e governadores em razão da segurança "jurídica" doada pela mais alta corte brasileira.

Assim, em uma análise da constitucionalidade das normas editadas para a imposição de medidas restritivas de direitos que visam a proteção da vida e da saúde das pessoas, o primeiro ponto de investigação pelo STF deveria ser o da adequação entre os meios utilizados e os fins almejados. Isto se faz mediante

a pergunta básica sobre a eficácia do lockdown para a proteção da saúde e da vida.

Porém, não se deveria tratar de questionamento colocado mediante um kantiano recorte abstrato da realidade com a finalidade *apenas* de investigar se o lockdown seria capaz de suprimir a propagação do coronavírus e, desse modo, proteger a saúde e a vida da população *como um todo*. Isso porque existem incontáveis aspectos do mundo sensível que devem ser considerados para avaliar se a saúde e a vida das pessoas estão efetivamente sendo respeitadas.

Portanto, restringir o problema da proteção à saúde pública apenas ao aspecto da Covid-19, arbitrariamente desconsiderando o impacto das medidas restritivas de direitos para as demais doenças e facetas da vida humana, é um exemplo da mais pura *metodocracia*, que seleciona do objeto apenas o que lhe interessa, combinada com a *tecnocracia*, pois esse recorte artificial e tido por científico passa a ser imposto por intermédio de uma decisão estatal que confunde esta seleção com a realidade.

Ao ser implantado, o lockdown interfere radicalmente em todos os aspectos da vida humana em sociedade e, em razão disso, se é uma medida que objetiva combater uma doença específica, obrigatoriamente também devemos avaliar os efeitos colaterais em relação a todo o tecido social, pois existem infindáveis moléstias que deixam de ser combatidas pela imposição de medidas restritivas de direito e outras que surgem como pura consequência das restrições.

A primeira parte da investigação referente à adequação entre o lockdown (meio) e a proteção à vida e saúde das pessoas (fim) diz respeito ao próprio combate à Covid-19. Nesse ponto, temos os números já apontados de que a previsão de mortes feitas pelos relatórios do Imperial College ficaram longe de se efetivarem no mundo real. Além disso, como narrado neste artigo, estudos observacionais encontraram dados concretos que sugerem que o padrão de mortalidade segue o mesmo curso em todos os locais em que a doença se instaura, havendo ou não

medidas de lockdown impostas pelas autoridades estatais, sem dizer que existem pesquisas científicas que descrevem hipóteses de que, em vez de ajudar no combate ao novo coronavírus, o lockdown pode ter contribuído para aumentar o número de mortes.

Diante disso, a conclusão a que chegamos é a de que existem sérias dúvidas sobre a eficácia das medidas restritivas de direitos impositivas do lockdown para a proteção da saúde pública, havendo a possibilidade, ao contrário, de que as consequências deletérias da Covid-19 sejam potencializadas pelas medidas restritivas. Logo, bastariam essas premissas para que o STF considerasse inconstitucionais todas as normas jurídicas que impusessem o lockdown como medida de combate ao coronavírus, pois existem evidências suficientes de que não é um meio que alcança os fins pretendidos.

Mas essa investigação dos meios adequados não se resume nesse primeiro questionamento, pois há uma infinidade de consequências que as medidas de bloqueio podem gerar, sendo impossível rastrear e muito menos descrever todas elas pela simples razão de que o mundo real não pode ser reduzido ao discurso. De qualquer modo, alguns efeitos do lockdown são tão patentes que não poderiam ter sido desconsiderados em uma análise séria da constitucionalidade das normas jurídicas que o implantaram.

As consequências sociais e econômicas são as mais claras, pois a paralisação de quase todas as atividades gera um impacto muito grande na sociedade, como a ruptura nas cadeias de produção e abastecimento, a falência de empresas, o desemprego em massa e, consequentemente, a fome, tanto que a organização não governamental OXFAM, que possui um viés notadamente de esquerda, lançou relatório[350] em que o novo coronavírus é denominado de "vírus da fome", estimando que mais pessoas poderão morrer de fome do que da própria doença.

350 https://d2v21prk53tg5m.cloudfront.net/wp-content/uploads/2020/07/Informe-Virus-da-Fome-embargado-FINAL-1.pdf, acesso em 20/12/2020.

No mesmo sentido, relatório mundial sobre salários da Organização Mundial do Trabalho (OIT)[351] apontou "que os salários mensais caíram ou cresceram mais lentamente nos primeiros seis meses de 2020, como resultado da pandemia de Covid-19", levando o diretor-geral da instituição, Guy Ryder, a afirmar que "o crescimento da desigualdade devido à crise da Covid-19 pode deixar um legado de pobreza e de instabilidade social e econômica que seria devastador".

Com a renda familiar reduzida ou até mesmo eliminada em razão das medidas de lockdown, a população mais vulnerável economicamente passa a depender de auxílios governamentais, gerando instabilidade econômica que interfere diretamente na saúde mental das pessoas, como defenderam pesquisadores da Universidade Federal do Rio Grande do Sul ao aduzirem que, "se as preocupações com a saúde física e com o risco de morte são as mais suscetíveis de acontecer nesse contexto, a diminuição da renda familiar também é um fator que aflige e parece impactar negativamente na saúde mental da população"[352]. Outro estudo brasileiro sobre o impacto da Covid-19 na saúde mental destacou que as medidas de combate à disseminação do coronavírus reduzem "o acesso aos recursos de rede de proteção psicossocial como trabalho, escola, lazer, família e amigos". Além disso, levantou a hipótese de que as mortes geradas pelo comprometimento da saúde mental também podem ser superiores àquelas causadas pelo novo coronavírus, pois "os impactos na saúde mental podem ser mais prolongados e ter maior prevalência que a própria epidemia, cujas implicações econômicas e psicossociais podem ser incalculáveis"[353].

---

351 https://www.ilo.org/brasilia/noticias/WCMS_762984/lang–pt/index.htm, acesso em 29/12/2020.

352 DUARTE, Michael de Quadros et al. *COVID-19 e os impactos na saúde mental: uma amostra do Rio Grande do Sul, Brasil. Ciênc. saúde coletiva.* Rio de Janeiro, v.25, n.9, p.3401-3411, Sept. 2020. In: https://doi.org/10.1590/1413-81232020259.16472020, acesso em 20/12/2020.

353 NABUCO G., OLIVEIRA M.H.P.P., AFONSO M.P.D.. *O impacto da pandemia pela COVID-19 na saúde mental: qual é o papel da Atenção Primária à Saúde?.* Rev Bras Med Fam Comunidade. 2020;15(42):2532. In. https://www.rbmfc.org.br/rbmfc/article/view/2532/1567, acesso em 20/12/2020. Nesse sentido, importante estudo observacional italiano com 8177 estudantes de um instituto universitário de Milão apontou que as medidas de *lockdown* possuem grande impacto negativo na saúde mental dos estudantes, especialmente daqueles residentes em moradias mais pobres. (*COVID-19 Lockdown: Housing Built Environment's Effects on Mental Health.* In: https://www.mdpi.com/1660-4601/17/16/5973/htm, acesso em 21/12/2020)

Por fim, dentre os infindáveis efeitos do lockdown, podemos destacar o quanto as medidas restritivas influenciaram de forma negativa na detecção e no tratamento de outras enfermidades, tanto que o Departamento de Saúde britânico buscou indicar os efeitos diretos e indiretos da Covid-19 no excesso de mortes e morbidades[354], estimando que 16.000 pessoas morreram por falta de atendimento médico até 1º de maio de 2020, enquanto o coronavírus matou 25.000 no mesmo período. Os números incluem 6.000 pessoas que não compareceram aos atendimentos de emergência no auge do lockdown por medo de contrair o vírus e como efeito do indefectível slogan "Fique em casa"[355].

No Brasil não foi diferente. Por exemplo, no que se refere ao tratamento do câncer, pesquisa da Sociedade Brasileira de Oncologia apontou que 74% dos oncologistas participantes "tiveram um ou mais pacientes que interromperam ou adiaram o tratamento por mais de um mês"[356]. No mesmo sentido, o instituto Oncoguia realizou pesquisa com pacientes oncológicos entre os meses de março e maio de 2020, "sendo 429 pacientes em tratamento e, destes, 43% relataram que seus tratamentos foram impactados neste período"[357]. Até a grande mídia relatou o aumento do número de mortes de pacientes oncológicos, noticiando que, no Rio de Janeiro, "pesquisa da Fiocruz mostra que dobrou o número de mortes de pacientes com câncer em casa, sem tratamento, no período entre abril e maio de 2020, em comparação com o mesmo período do ano passado"[358].

---

354 https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/907616/s0650-direct-indirect-impacts-covid-19-excess-deaths-morbidity-sage-48.pdf, acesso em 21/12/2020.

355 https://www.telegraph.co.uk/news/2020/08/07/lockdown-killed-two-three-died-coronavirus/, acesso em 21/12/2020.

356 https://sboc.org.br/noticias/item/2099-pesquisa-sboc-74-dos-oncologistas-observaram-interrupcao-do-tratamento-durante-a-pandemia, acesso em 21/12/2020.

357 http://www.oncoguia.org.br/conteudo/impacto-da-covid19-no-tratamento-do-ca&770ncer /13716/1093/, acesso em 21/12/2020.

358 https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2020/07/07/pesquisa-da-fiocruz-mostra-que-nos-dois-ultimos-meses-dobrou-o-numero-de-mortes-por-cancer-em-casa-no-rio.ghtml, acesso em 21/12/2020.

V - CONCLUSÃO

Poderíamos apontar diversos outros efeitos colaterais das medidas de lockdown no tocante aos seus impactos negativos para a proteção da saúde e da vida das pessoas como um todo, e não somente em relação ao recorte abstrato que engloba somente a Covid-19, porém bastam os exemplos aqui aduzidos para comprovar juridicamente que os atos normativos que impõem as medidas de paralisação das atividades da sociedade são definitivamente inconstitucionais, pois, no tecido da realidade, o cerceamento das liberdades públicas invariavelmente interfere na qualidade de vida e de saúde dos cidadãos.

A inconstitucionalidade também saltaria aos olhos mesmo se não fosse investigado o problema da adequação, motivo pelo qual na hermenêutica constitucional se fala no princípio da proibição de excesso, em que "a realização de uma regra ou princípio constitucional não pode conduzir à restrição a um direito fundamental que lhe retire um mínimo de eficácia"[359]. Desse modo, ao proibir total ou parcialmente diversas atividades, o lockdown praticamente anula os direitos fundamentais atingidos, seja o direito à livre iniciativa, à liberdade religiosa, à educação, dentre inumeráveis outros.

Enfim, as medidas restritivas radicais e artificiais conhecidas pelo nome de lockdown não comportam qualquer resguardo numa ordem jurídica que se denomina democrática, uma vez que a implantação destas medidas pressupõe a suspensão dos mais elementares direitos dos cidadãos, gerando um Estado de exceção comparável aos mais cruéis regimes totalitários historicamente conhecidos, com a diferença de que o atual se vangloria fantasiosamente de ser protetor da vida, enquanto no mundo real a aniquila.

359 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.* 3ª Edição aumentada. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 97.

CAPÍTULO 11

Scalia, o juiz que sabia que não era rei

Marcelo Rocha Monteiro[360]

I - DE SOWELL A SCALIA: VISÃO SOBRE O ATIVISMO JUDICIAL

Para melhor compreender o fenômeno do ativismo judicial, é importante conhecer aquilo que Thomas Sowell chama de *vision of the anointed* (visão dos ungidos).

Alguns intelectuais (e isso inclui juristas) enxergam a si próprios não simplesmente como uma elite - no sentido de elite econômica - mas como uma elite de "ungidos", pessoas com a missão de conduzir as outras por um caminho ou por outro rumo a uma vida melhor[361].

São indivíduos que, em razão de sua sabedoria supostamente acima dos demais, se consideram especialmente qualificados para fornecer soluções para os problemas da sociedade, que elas julgam ser de ordem moral ou intelectual.

360 Procurador de Justiça do MPRJ. Professor do Depto. de Direito Processual da UERJ.

361 Sowell, Thomas. Intellectuals and Society. Revised and enlarged edition. Basic Books: New York, 2012, p. 112 - tradução do autor.

Em contraste com essa visão dos "ungidos", Sowell destaca a existência do que ele chama de "visão trágica", segundo a qual as falhas inerentes aos seres humanos é que são o problema fundamental, e os artifícios, arranjos e convenções sociais são maneiras de lidar com essas falhas - maneiras também inevitavelmente imperfeitas elas próprias, porque criadas por humanos[362].

Na "visão trágica", a civilização está sempre correndo o risco de ser destruída, e a barbárie está sempre na espreita. Seus adeptos não acreditam em panaceias, mas em trocas (*trade-offs*) feitas após muita ponderação, sob pena de a mesma medida que traz avanços em um setor da sociedade acabar piorando a situação em outro. A "visão trágica" (e daí seu nome) acredita que há limitações inerentes à condição humana e ao mundo físico em que vivemos, e que não podem ser superadas com mudanças institucionais bruscas e "milagrosas", ou pela compaixão, "compromisso com os oprimidos", ou outras virtudes que aqueles com a "visão dos ungidos" gostam de atribuir a si próprios[363].

Os adeptos do que Sowell chama de "visão trágica" acreditam que, diante da complexidade do mundo em que vivemos, o conhecimento e a capacidade de compreensão de cada indivíduo isoladamente considerado têm, inevitavelmente, grandes limitações, razão pela qual dão grande importância aos processos sociais através dos quais milhões de pessoas interagem social e economicamente, beneficiando-se da soma dos conhecimento diversificado e das experiências de milhões de indivíduos, no presente e no passado.

Já na visão dos ungidos, lembra Sowell, algumas pessoas disporiam de "muito mais conhecimento e inteligência" do que outras, e a diferença entre esses "ungidos" e as massas é imensa (ou assim eles pensam) - algo como a diferença entre deuses e meros mortais.

É fácil perceber que o ativismo judicial, com seus discursos "contramajoritários" e seu arrogante desprezo pelo senso comum e pelos costumes arraigados na sociedade, é resultado

362 *op. cit.* p. 113.

363 *op. cit.* p. 114.

direto dessa "visão dos ungidos". Juízes adeptos dessa visão tomam decisões com base em suas próprias convicções políticas, morais e ideológicas, apresentando-se como magistrados cheios de virtudes em busca de "justiça social".

Acontece que a lei não define o que seja "justiça social". Mais que isso: a Constituição e as leis - elaboradas por parlamentares eleitos pelo povo - não contemplam, necessariamente, as soluções milagrosas de "transformação social" vistas pela elite de "ungidos" (da qual esses magistrados, alguns em tribunais superiores, se consideram integrantes) como o caminho "certo" para um "mundo melhor".

Ora, se a função do juiz é **aplicar** (e não **criar**) a lei, e a lei não adota as soluções que o iluminado juiz ativista, do alto de sua "ilimitada" e "quase divina" sabedoria, considera adequadas, o que resta a ele fazer? Desistir de seu projeto de sociedade perfeita, só porque esse "povo ignorante" "não sabe votar e escolher os representantes "certos", que criarão as leis "certas"? Jamais! É exatamente aí que entra em cena o ativismo judicial: alegando estar "interpretando" a lei, o juiz ativista irá na verdade criar uma lei que pouco ou nada tem a ver com aquela que ele deveria aplicar, mas se recusa, porque ela não coincide com suas convicções pessoais.

É nesse momento que o juiz ativista olha para o texto legal que contém a palavra "redondo" e "interpreta":

*"Aqui, a palavra **redondo** deve ser entendida com o significado de... **quadrado**".*

Ou para o artigo da Constituição que traz a palavra "mulher" e "explica", em sua decisão:

*"A palavra **mulher** significa **indivíduos do sexo feminino e do masculino**".*

Quando um juiz ativista depara, por exemplo, com um artigo no texto constitucional que proíbe **qualquer** forma de discriminação por raça, gênero, etc., ele dirá que "a palavra **qualquer** nesse artigo não deve ser interpretada literalmente, pois a **vontade do legislador** foi proibir **apenas** a discriminação con-

tra grupos que historicamente a sofreram" (tentar adivinhar a "vontade do legislador" - ou seja, as vontades de centenas de parlamentares que aprovaram determinada lei - é um dos artifícios comumente utilizados pelo ativismo judicial, mesmo quando o texto legal é de clareza solar).

O discurso do ativismo judicial mal esconde o desprezo de uma autoproclamada vanguarda iluminista pela vontade popular e pela democracia representativa.

II - O VALE TUDO DA "INTERPRETAÇÃO" DAS LEIS PELAS "DIVINDADES" DO ATIVISMO JUDICIAL

A elite de juristas iluminados acredita (ou pelo menos diz acreditar) que exerce sua função de aplicação das leis guiada por "compaixão", "empatia", "justiça social". Sowell lembra, porém, que tais conceitos vagos, indefinidos, são de tal modo maleáveis que permitem praticamente qualquer "interpretação" do texto legal.

Nenhum país se desenvolve sem segurança jurídica, e não há segurança jurídica sem previsibilidade. Se um mesmo texto legal pode ser livremente "interpretado" por diferentes juízes, de acordo com suas particularíssimas noções de "justiça social", "dignidade da pessoa humana" ou outros conceitos absolutamente vagos, fica muito difícil para a população saber previamente o que a lei proíbe e o que ela permite.

Em um episódio recentíssimo, que certamente terá seu lugar reservado no anedotário jurídico nacional, o Partido Socialista Brasileiro (PSB) ajuizou, no Supremo Tribunal Federal (STF), a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 772, contra a Resolução 126/2020 do Comitê Executivo de Gestão da Câmara do Comércio Exterior (Gecex), órgão do Poder Executivo Federal. Essa Resolução, alvo da ação do PSB, zerou a alíquota de importação de revólveres e pistolas[364]. A ação foi distribuída ao ministro Edson Fachin.

364 http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=457064, último acesso em 17 de janeiro de 2021.

O partido argumentou que, com a redução da alíquota, antes fixada em 20%, a dedução estimada dos preços dessas armas pode chegar a 40% do preço atual, o que eventualmente acarretará maior número de armas de fogo em circulação. Segundo o PSB, a norma viola expressamente o texto constitucional, ao desrespeitar (vejam só) o direito social à **segurança pública** e **o direito fundamental à vida e à dignidade da pessoa humana.**

A CF prevê de forma expressa no art. 153, § 1º, que alterar alíquotas de imposto de importação é faculdade DO PODER EXECUTIVO - o que, como era de se esperar diante do grau de ativismo judicial do STF, não inibiu o ministro Fachin, que, em mais uma decisão teratológica, **concedeu** a liminar.

Mais inusitado, porém, do que a violação da cláusula constitucional da separação de poderes (praticamente letra morta para a atual composição do STF) é a substituição da função de meramente **aplicar a lei** pela imposição da visão ideológica de mundo do ilustre ministro relator.

É que o ministro concedeu a liminar porque, para ele (assim como para o Partido Socialista Brasileiro, que pleiteou a medida), o mundo funciona assim: o cidadão comum, trabalhador, deseja adquirir **legalmente** um revólver ou pistola para ter em casa como proteção para sua família contra assaltantes armados que eventualmente invadam sua casa. Com menos imposto, o custo fica menor; quanto menor for o custo dessa arma para esse trabalhador, mais fácil será para ele adquiri-la - e isso para o ministro é INADMISSÍVEL. Onde é que já se viu um simples trabalhador pretender possuir uma arma em casa para segurança de sua família? Não se trata de um grande empresário, ou uma dessas celebridades que fazem campanha pelo desarmamento (ao mesmo tempo em que distribuem armas para sua escolta de seguranças particulares), ou mesmo de um ministro do STF, mas, repita-se, um simples trabalhador. Nem pensar. Em um trecho da liminar, Fachin afirma que "a segurança dos cidadãos deve primeiramente ser garantida pelo Estado, e não pelos indivíduos":

> *"É possível concluir que não há, por si só, um direito irrestrito ao acesso às armas, ainda que sob o manto de um direito à legítima defesa. O direito de comprar uma arma, caso eventualmente o Estado opte por concedê-lo, somente alcança hipóteses excepcionais, naturalmente limitadas pelas obrigações que o Estado tem de proteger a vida".*

A menção a um suposto "direito irrestrito ao acesso às armas" é, obviamente, um espantalho criado por Fachin para impressionar os incautos. A simples diminuição do custo para aquisição legal de revólveres e pistolas, pretendida pela resolução do governo liminarmente suspensa por Fachin, em momento algum afastava as outras exigências estabelecidas pela lei para permitir a posse de arma de fogo. O art. 4º da Lei n. 10.826/2003 exige, para adquirir arma de fogo de uso permitido, que o interessado, além de declarar a efetiva necessidade, comprove sua idoneidade (com a apresentação de certidões negativas de antecedentes criminais), apresente documento comprobatório de ocupação lícita e de residência certa; comprove capacidade técnica (ou seja, tenha treinamento) e aptidão psicológica para o manuseio de arma de fogo. Somente **após** atendidos os requisitos estabelecidos será expedida autorização de compra de arma de fogo (§ 1º do mesmo artigo).

Mas o interessante mesmo, no trecho da liminar destacado acima, é a ideia de que a segurança dos cidadãos *"deve ser garantida em primeiro lugar pelo Estado, e não pelos indivíduos (...)"*. A possibilidade de o cidadão comum adquirir uma arma *"ainda que sob o manto da legítima defesa (...) somente alcança hipótese excepcionais"*, porque quem tem que proteger o direito à vida é o Estado, diz o ministro da corte suprema do país que não faz muito tempo ultrapassou os 50 mil homicídios e latrocínios por ano - dos quais menos de 10% são punidos. No mundo paralelo do ministro Fachin, do Partido Socialista, do PT e do PSOL, é absolutamente irrelevante o fato de que nem a melhor polícia do mundo consegue garantir a segurança de todos os cidadãos e de todos os domicílios contra invasores, assaltantes e estupradores.

Tornar um pouco menos dispendioso para o cidadão comum, sem antecedentes criminais e devidamente treinado, adquirir um revólver ou uma pistola para ao menos ter alguma chance de defender seu lar e sua família é **violar** a sua dignidade (além de seu direito à segurança e à vida) como pessoa humana, dizem Fachin e o PSB. Respeitar essa dignidade, na visão invertida dos esquerdistas, é permitir que o criminoso armado entre na casa desse cidadão comum, que foi devidamente desarmado pela visão "humanitária" dos juristas "progressistas", e faça com ele, com sua mulher e seus filhos e filhas o que bem entender. Aí sim, teremos preservada a dignidade da pessoa humana que a Constituição garante a esse trabalhador e sua família – isso na visão de Fachin, do PSB e outros ungidos pela sabedoria quase divina. Sowell tem razão: todo cuidado é pouco com esses iluminados.

A propósito: o mesmo Fachin, preocupadíssimo com a posse legal de armas por cidadãos **sem** antecedentes criminais, foi o ministro que concedeu liminar (também a pedido do PSB, dentre outros) permitindo que as facções criminosas que dominam pouco mais de 1.400 comunidades no estado do Rio de Janeiro atuassem despreocupadamente: a liminar proibiu operações policiais nessas comunidades "durante a pandemia" (são cerca de 56 mil marginais fortemente armados, inclusive com fuzis, de acordo com levantamento de 2020 da Subsecretaria de Inteligência da Secretaria de Polícia Civil do RJ).

Mais uma vez, a liminar foi concedida, é claro, sem nenhum amparo na lei, mas em nome da "dignidade da pessoa humana". Talvez fosse o caso de perguntar a centenas de milhares de trabalhadores que vivem nessas comunidades, e que todo dia acordam e vão dormir sob a mira dos fuzis dos criminosos, o quanto de "dignidade" existe nessa situação a que estão submetidos.

Em ambos os casos, percebemos com clareza o efeito nefasto do ativismo judicial: um juiz (ou um tribunal) impondo como política pública seus próprios valores morais e políticos, a pretexto de interpretar e aplicar a lei. Por mais acertados que

fossem esses valores, não é função do juiz impô-los (para tornar tudo mais trágico, nos dois exemplos brasileiros acima citados temos a imposição de valores morais invertidos).

Vamos examinar mais a frente como o grande Antonin Scalia, juiz da Suprema Corte dos EUA de 1986 a 2016, combateu essa visão distorcida do exercício da função de julgar.

III - ANTONIN SCALIA: A LUTA CONTRA O ATIVISMO JUDICIAL

Antonin Scalia nasceu em 1936, na cidade de Trenton, New Jersey. Formou-se em Direito pela Universidade de Harvard. Atuou como advogado e professor universitário, foi assistente do Procurador-Geral no Departamento de Justiça, até que em 1982 foi nomeado pelo então presidente Ronald Reagan juiz do Tribunal de Apelações (Court of Appeals) da área de Washington, DC. Finalmente, em 1986, Reagan indicou Scalia para juiz da Suprema Corte. A indicação foi aprovada por unanimidade pelo Senado. Scalia se tornou um dos mais importantes juízes da história da Suprema Corte (onde permaneceu até sua morte, em 2016), além de um dos mais influentes juristas americanos.

Scalia sempre defendeu que juízes e tribunais interpretassem a Constituição e as leis adotando o significado original do texto legal, pretendendo com isso evitar que magistrados caíssem na tentação de impor como política pública suas próprias preferências morais e políticas, a pretexto de interpretar a lei. Com um texto primoroso (como até seus adversários reconheciam), extremamente didático e repleto de observações espirituosas (às vezes com uma boa dose de ironia), tornou-se assim um dos mais importantes juristas na luta contra o ativismo judicial.

> *"Existem alguns casos (...) em que o tribunal parece torturar as palavras, ou ignorar completamente o significado delas, para atingir um resultado que ele (o tribunal) imagina ter sido a*

intenção do legislador, ou que reflita o que, na visão da maioria (dos integrantes do tribunal), seria uma boa política pública[365]".

A filosofia de interpretação da Constituição e das leis em geral defendida por Scalia é chamada de "originalismo" ou "textualismo" (o primeiro nome sendo em geral utilizado quando se trata de interpretar o texto da Constituição americana, e o segundo para a interpretação das leis em geral). Nas palavras do próprio Scalia:

"Vocês verão que, com frequência, em votos proferidos no meu tribunal e em outros, se diz que o objetivo do juiz ao interpretar uma lei é tornar efetiva 'a intenção do legislador' (...) Infelizmente, isso não é compatível com algumas das poucas regras de interpretação das leis que têm aceitação geral. Uma delas é a regra de que, quando o texto de uma lei é claro, o assunto está encerrado[366]".

De acordo com Scalia, o que se deve buscar na interpretação de um texto legal é a intenção **da lei**, uma intenção **objetiva** ("*objectified*[367]), e não a intenção subjetiva que supostamente estaria nas mentes dos cem, duzentos, trezentos parlamentares que aprovaram aquela lei há dez anos, ou há quatro décadas, ou há um século - um verdadeiro exercício de adivinhação, não de interpretação.

A razão pela qual se deve adotar essa versão objetiva é simples: é incompatível com a democracia e com a segurança jurídica que o significado de uma lei seja determinado pela suposta vontade do legislador, e não pelo texto que o legislador efetivamente aprovou. A democracia é um governo de leis ("rule of law"). São as leis que devem comandar - e não as intenções do legislador não expressas no texto legal. Não fosse assim, qualquer cidadão poderia ser punido como um violador da lei - não por ter agido de forma contrária ao texto legal, mas por não ter

365 Scalia, Antonin. *Scalia's Court - A Legacy of Landmark Opinion and Dissents. With edits and commentary by Kevin A. Ring.* Regnery Publishing: New York, 2004, p. 28. (tradução do autor) *"There are some cases (...) in which the Court seems to torture or ignore altogether the meaning of words in order to achieve a result it thinks that Congress likely intended or that reflects, in the view of a majority of justices, good public policy."*

366 Scalia, Antonin. *The Essential Scalia. On the Constitution, the courts and the Rule of Law.* edited by Jeffrey Sutton and Edward Whelan. Crown Forum: New York, 2020, p. 25 (tradução do autor).

367 The Essential Scalia", p. 26.

adivinhado a "intenção" (do legislador) que supostamente estaria por trás daquele texto. Tirania pura e simples.

É importante compreender que originalismo e textualismo não se confundem necessariamente com a interpretação literal estrita do texto legal. O próprio Scalia dá um exemplo do contrário, quando menciona o caso Texas v. Johnson, de 1989. Scalia foi o quinto voto (formando a maioria) para decidir que era uma violação da Primeira Emenda à Constituição americana proibir que se queimasse uma bandeira dos Estados Unidos. A Primeira Emenda garante "*freedom of* ***speech***" - expressão que, se interpretada literalmente, garantiria apenas o direito de livremente **discursar** (ou seja, expressar-se **por meio de palavras** - *speech* tem a mesma raiz do verbo *to speak*, falar). Queimar a bandeira é um gesto, não um discurso, porém a palavra *speech* deve ser entendida, no contexto da Primeira Emenda, como expressão de ideias, seja por meio de palavras, seja por meio de gestos.

Ainda a respeito do caso Texas v. Johnson, e como resposta aos que equivocadamente criticam o originalismo/textualismo como um mero artifício para impor visões e valores conservadores, Scalia lembra, com o humor que caracteriza seu texto:

> *"Não tenham dúvida que eu, conservador patriota que sou, detesto que queimem a bandeira nacional - **e se eu fosse rei** eu transformaria isso em crime. Mas a Primeira Emenda, tal como eu a entendo, garante o direito de expressar desprezo pelo governo, pelo Congresso, pela Suprema Corte, até mesmo pela nação e sua bandeira"*[368]. *(tradução e negritos meus.)*

Para quem vive em um país no qual onze juízes acham que têm poder para transformar uma conduta em crime, mesmo não existindo lei nesse sentido, impossível não sentir uma ponta de inveja de uma nação em que um juiz da Suprema Corte sabe que **não** é rei.

Scalia destaca ainda que, na área da Justiça Criminal, por exemplo, sua visão originalista/textualista é que garante aos acusados direitos previstos expressamente em lei, ainda que nem sempre do agrado dos que preferem uma visão mais dura

368 The Essential Scalia, p. 17.

do Direito Penal. Na verdade, qualquer que seja a área do Direito, é o textualismo - ou seja, a obediência ao texto expresso da lei, e não a uma suposta intenção do legislador - que impede juízes (conservadores ou "progressistas") de julgarem de acordo com seus desejos e suas visões de mundo.

Para que exista um governo de leis (*rule of law*), e não de homens, é preciso que se siga o que a lei diz, e não o que se supõe tenha sido a intenção do legislador quando a lei foi promulgada. Os políticos podem ter as mais variadas intenções, mas somente o texto das leis que eles aprovam é que vincula os cidadãos.

Portanto, a interpretação das leis pelo sentido original e textual de suas palavras é o único critério confiável que impede juízes (cuja função não é a de fazer leis) de, a pretexto de interpretar uma lei para aplicá-la, acabar decidindo que essa lei significa qualquer coisa que eles queiram que ela signifique (ainda que contrariando o sentido das palavras nela contida), impondo assim suas próprias preferências políticas, ideológicas etc. - na prática, legislando sem terem sido eleitos legisladores.

Scalia chama atenção para o fato de que, em alguns círculos mais sofisticados intelectualmente (ou que assim se julgam), essa filosofia de interpretação das leis é vista como simplória, sem imaginação. Ele rebate:

> *"Ela não é nada disso. Para ser um bom textualista, ninguém precisa ser tolo a ponto de não compreender propósitos sociais mais amplos aos quais uma lei deve (ou deveria) atender, nem ter uma mentalidade tacanha que não perceba que novos tempos exigem novas leis. Para ser um bom textualista, porém, é preciso a crença firme de que juízes não têm autoridade para buscar esses propósitos sociais mais amplos nem para criar essas novas leis (por mais louváveis que sejam uns e outras)[369]".*

O texto legal não deve ser interpretado nem de forma estrita nem leniente, e sim de forma razoável. O bom textualista não deve se prender apenas ao sentido literal da palavra (veja acima

369 The Essential Scalia, p. 29.

o exemplo da queima da bandeira em Texas v. Johnson), mas por outro lado também não pode ser um niilista[370].

Muitas palavras têm não apenas um, mas uma gama de significados. A palavra "mulher", por exemplo, dependendo do contexto, pode indicar:

> *- um indivíduo do sexo feminino;*
>
> *- o ser humano feminino em seu conjunto ("o homem tem menos resistência a dor do que a mulher");*
>
> *- uma pessoa adulta do sexo feminino ("não é mais menina, já é uma mulher");*
>
> *- esposa, companheira ("Fulano casou-se mês passado; você já conhece a mulher dele?").*

Obviamente, porém, essa gama de significados não é ilimitada. Qualquer interpretação que vá além desse limite (por exemplo, interpretar a palavra "mulher", em determinado texto legal, como significando qualquer indivíduo, inclusive aqueles do sexo masculino) implicaria aceitar que uma palavra pode significar qualquer coisa - e, portanto, não significa nada (o niilismo a que se refere Scalia). Não há segurança jurídica possível caso se admita esse tipo de "interpretação" das leis.

IV - ATIVISMO JUDICIAL E RACIALISMO: NÃO EXISTE "RACISMO DO BEM"

A 14ª Emenda à Constituição dos EUA trouxe para o ordenamento jurídico americano a chamada *Equal Protection Clause*:

> *"todas as pessoas nascidas nos EUA ou naturalizadas, e sujeitas a sua jurisdição, são cidadãos dos EUA e do Estado onde residem. Nenhum Estado fará ou imporá qualquer lei que restrinja os privilégios ou imunidades dos cidadãos dos Estados, nem tampouco privará qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal; nem negará a qualquer*

370 *op. cit.*, p. 30.

> *pessoa dentro de sua jurisdição* ***igual proteção das leis***[371]*". (negritei.)*

Comentando a *Equal Protection Clause*, Scalia ensina que ela se aplica a **indivíduos**, e portanto o governo (por qualquer um de seus três poderes) não pode discriminar qualquer (repita-se: **qualquer**) indivíduo sob a justificativa de proporcionar algum tipo de vantagem a algum outro indivíduo membro de um grupo historicamente em situação de desvantagem.

Crítico da política chamada de "ação afirmativa" - a qual, à semelhança da política brasileira de cotas raciais, estabelecia preferência em empregos, contratos, vagas em instituições de ensino, etc. para pessoas da "raça" negra, Scalia sustentava que políticas que estabelecessem preferência para **qualquer** pessoa em situação socioeconômica desfavorável, **independentemente de "raça"**, poderiam perfeitamente atingir resultados amplamente favoráveis para pessoas negras, sem terem por base, contudo, a "classificação por raça", e portanto sem violar o texto constitucional.

> *"É absolutamente verdadeiro que em nossa sociedade os negros sofreram discriminação imensamente maior do que a dirigida a outros grupos raciais. Mas aqueles que acreditam que preferências raciais podem ajudar a 'igualar o jogo' exibem e reforçam uma maneira de pensar por (critério) de raça, e isso (pensar por raça) foi a fonte da injustiça; se esse tipo de pensamento perdurar, será fonte de mais injustiça ainda. A questão relevante não é que tenham sido negros, judeus ou irlandeses aqueles que foram discriminados. A questão relevante é que foram homens e mulheres, seres humanos "criados iguais", que sofreram discriminação. Nossa determinação deve ser a de que isso jamais aconteça novamente*[372]*".*

No Brasil, uma das "contribuições" mais importantes do ativismo judicial no STF foi o reconhecimento da suposta cons-

371 *All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws. [emphasis added]*

372 Scalia's Court, p. 80.

titucionalidade do que alguns chamam de "discriminação racial positiva", traduzida principalmente (mas não apenas) na política de cotas raciais para ingresso em instituições de ensino superior.

A Constituição de 1988 é de clareza solar ao repudiar **qualquer tipo de discriminação:**

> *Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:*
>
> *(...)*
>
> *IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e* ***quaisquer outras formas de discriminação****.*
>
> *(destacamos)*
>
> *Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:*
>
> *(...)*
>
> *VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo;*
>
> *Artigo 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (...)*

Não existe, no texto constitucional, diferença entre discriminação racial negativa e uma alegada "discriminação positiva", sendo supostamente proibida somente a primeira e permitida a segunda. Na verdade, essa "classificação" da discriminação racial em "positiva" ou "negativa" não faz qualquer sentido, pelo simples fato de que toda discriminação por critério de "raça" é positiva para o grupo racial que ela favorece e negativa para o(s) outro(s) grupo(s).

Digamos que, numa cidade habitada por brancos e negros, uma lei estabeleça que qualquer passageiro possa viajar em pé nos ônibus municipais, mas os lugares sentados estão reservados para brancos. Trata-se, obviamente, de uma discriminação racial negativa para os negros, e positiva para os indivíduos brancos. Faria sentido alegar que não haveria discriminação racial porque, afinal, "todos (tanto negros quanto brancos) po-

deriam ingressar no ônibus"? Evidente que não faria sentido: todos podem ingressar, mas em condições desiguais, com os brancos recebendo melhor tratamento da lei municipal do que os negros. Patente, portanto, a incompatibilidade dessa lei com o texto da Constituição.

Agora imaginemos que, num país habitado por brancos, negros, asiáticos etc., uma lei estabeleça que, de 100 vagas existentes em uma universidade pública, 80 sejam oferecidas a estudantes de todas as "raças", que as disputarão no vestibular, ao passo que às demais 20 vagas estudantes brancos e asiáticos não terão acesso, já que elas serão reservadas a estudantes negros. Trata-se, no caso dessas 20 vagas, de discriminação negativa contra os brancos e asiáticos, e positiva com relação aos estudantes negros. Assim como no exemplo anterior (do ônibus), tanto negros quanto não negros poderão sim ingressar na universidade, mas isso de forma alguma significa que não seja caso de discriminação por critério racial, já que as condições legais para o ingresso são obviamente desiguais: a lei permite aos candidatos negros a disputa de quaisquer das vagas, ao passo que barra os candidatos não negros da disputa por 20% delas.

A exemplo do texto constitucional americano, nossa Constituição não admite que nenhum indivíduo sofra discriminação racial para supostamente "compensar" por uma discriminação do passado em sentido oposto, pela qual ele não tem qualquer responsabilidade.

O filho da faxineira branca que tirou a 81ª maior nota no vestibular da universidade do exemplo acima não conseguirá nela ingressar justamente por ser branco, perdendo a vaga para candidatos que obtiveram nota menor mas são negros, em nome de uma "dívida histórica" da qual ele e sua mãe absolutamente não são devedores. Ele bem poderia perguntar: "De qual artigo da Constituição Federal brasileira o STF extraiu autorização para que eu sofra esse tipo de discriminação por critério racial?"

Scalia, analisando a Constituição americana, afirma:

> *"Em minha visão, o governo jamais pode alegar ter um interesse público relevante em discriminar com base em raça para 'compensar' por discriminações raciais do passado em direção oposta. Qualquer indivíduo que tenha sido injustiçado em função de discriminação racial ilegal (que ele efetivamente tenha sofrido) tem direito a uma reparação, mas sob nossa Constituição não pode existir seja uma raça credora seja uma raça devedora* [373]*".*

Mais de 15 anos depois do início da implementação da política de cotas raciais no Brasil, e de sua validação graças ao desenfreado ativismo judicial do STF, o incentivo ao racismo "do bem" é indisfarçável. Já temos hoje, em instituições de ensino superior que adotaram as cotas raciais, comissões de verificação da "raça" dos estudantes que ingressaram através do sistema de cotas. A exemplo do que fazia a Gestapo para verificar quem era ou não era judeu, essas comissões medem nariz, boca, testa do estudante, analisam seu tipo de cabelo, etc., para depois decidir se ele é negro, pardo ou branco. É interessante observar que algumas pessoas no Brasil reagem indignadas à criação dessas comissões de verificação de "pureza racial", mas ao mesmo tempo se dizem favoráveis a política de cotas, sem se dar conta de que tais comissões, no "melhor" estilo do III Reich, são consequência inevitável dessa política.

Como inevitável seria a adoção por empresas privadas de políticas (de contratação, promoção, etc.) assumidamente discriminatórias por critério de "raça": em meados de 2020, uma grande rede de lojas de varejo anunciou a criação de um curso de treinamento **somente para negros**. Diante de várias representações por racismo feitas contra a empresa junto ao Ministério Público do Trabalho, uma integrante do MPT não hesitou em defender o arquivamento de todas com um curioso argumento:

> *"O que os empregadores não podem fazer é criar seleções em que haja reserva de vagas ou preferência a candidatos que não integram grupos historicamente vulneráveis".*

373 Scalia's Court, p. 82. *"In my view, government can never have a 'compelling interest' in discriminating on the basis of race in order to 'make up' for past racial discrimination in the opposite direction. Individuals who have been wronged by unlawful racial discrimination should be made whole; but under our Constitution there can be no such thing as either a creditor or a debtor race. (tradução do autor).*

Portanto, se a discriminação for contra o nosso já mencionado filho branco da faxineira branca (que gostaria de se inscrever no programa de treinamento para melhorar de vida), está "tudo bem"; afinal, sendo ele branco, "não integra grupos historicamente vulneráveis"; é verdade que a mãe dele está desempregada no momento, e que sem qualificação ele mal consegue ganhar o salário mínimo, e já está devendo luz, água e gás - mas essas dívidas são atuais, e portanto não importam. O que importa é a "dívida histórica", em nome da qual ele pode (alguns dirão até que deve) sofrer discriminação em função de sua "raça".

De qual artigo da Constituição a ilustre integrante do Ministério Público do Trabalho extraiu esse sinal verde para a discriminação racial de quem até hoje não a teria sofrido, não se sabe. Lendo-se a Constituição, tem-se a nítida impressão de que o que se busca ali é combater a discriminação racial com o contrário dela, ou seja, a igualdade perante a lei, independente de raça. O ativismo judicial transformou essa busca de tratamento legal igualitário em algo bem diferente: quem foi discriminado em função de sua "raça" será agora privilegiado; quem foi privilegiado, sofrerá agora discriminação.

Afinal: trata-se de igualdade ou de vingança?

Deixemos com Scalia a palavra final sobre o tema (a lição se aplica ao país dele e ao nosso):

> *"A dificuldade de superar os efeitos da discriminação do passado não é nada, se comparada com a dificuldade de erradicar de nossa sociedade a fonte desses efeitos, que é uma tendência - fatal para uma nação como a nossa - de classificar e julgar homens e mulheres com base (...) na cor de sua pele. Uma solução para o primeiro problema que agrave o segundo não é solução de forma alguma. (...) Discriminação por critério de raça é ilegal, imoral, inconstitucional, intrinsecamente errada, e destrutiva para uma sociedade democrática*[374]*."*

374 *op. cit.*, p. 75.

V - ATIVISMO JUDICIAL E ABORTO: EUA E BRASIL

Como juiz da Suprema Corte, Scalia foi a mais destacada e persistente voz na crítica à ideia de que a Constituição dos EUA contenha algum artigo que consagre o "direito" de por fim ao desenvolvimento natural de uma criança em gestação. Sua posição sobre o tema nada mais é do que uma decorrência natural de sua firme oposição ao ativismo judicial: juízes não têm liberdade para criar tantos "direitos" quanto acharem adequados; devem analisar o texto constitucional e verificar se aquele direito está ou não previsto ali.

Em vários de seus votos, Scalia destacou que o texto da Constituição americana, indiscutivelmente, não diz coisa alguma sobre a questão do aborto. Sendo assim, não haveria obstáculo para que qualquer dos 50 estados adotassem leis limitando o aborto - como de fato ocorria antes de Roe v. Wade (decisão da Suprema Corte que considerou inconstitucionais leis que proibissem a interrupção da gravidez).

Diante do silêncio do texto constitucional, Scalia ensina que o aborto não poderia ser considerado um direito protegido pela Constituição. Em sendo assim, questões relativas à regulamentação da interrupção da gravidez são questões de política pública, que devem ser decididas pelos legisladores democraticamente eleitos; em outras palavras: a decisão cabe ao povo, e não a magistrados não eleitos e vitalícios.

Ao criar um "direito ao aborto" sem apoio no texto constitucional, critica Scalia, a Suprema Corte enfraqueceu sua credibilidade como intérprete neutra das leis e "é culpada de trocar seu papel judicial pelo de formuladora de política pública"[375], com isso incentivando partidos e outros grupos a fazerem lobby político para influenciar as decisões de seus juízes (algo que o Brasil tem visto com frequência na sua própria Corte Suprema), decisões que deviam ser jurídicas, e não produto de pressões políticas organizadas.

375 Scalia's Court, p. 85.

A legalização ou não do aborto e suas limitações, lembra Scalia, devem ser resolvidas como as questões mais importantes da democracia: pelos cidadãos, uns tentando convencer os outros e, depois, votando.

Enquanto isso, no Brasil, no último dia de 2020, o jornal *O Globo* comemorava[376] a aprovação pelo Senado argentino da lei que libera o aborto até a 14ª semana de gestação de forma indiscriminada - ou seja, basta a mãe querer se livrar daquele ser humano indesejado e pronto.

"Decisão histórica" foi a manchete escolhida.

Para puxar o assunto para o Brasil, o jornal resolveu entrevistar uma militante pró-aborto brasileira - uma entrevista daquelas em que o jornalista levanta a bola para o entrevistado cortar e marcar pontos.

No entanto, já no final da "entrevista", ao ser perguntada sobre a estratégia do movimento feminista-abortista em nosso país, a militante entrevistada acabou cometendo aquilo que em política alguns apelidaram de "sincericídio":

> *"A expectativa é que a questão do aborto (no Brasil) seja enfrentada* ***muito mais nos tribunais*** *do que no Congresso Nacional, de maioria conservadora". (negritei.)*

Em outras palavras:

Nós, militantes pró-aborto, sabemos que, tanto na Argentina quanto no Brasil o sistema político é a democracia representativa, com separação dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, conforme determina a Constituição.

Nós, militantes pró-aborto, sabemos que aprovar leis é função do Legislativo (Congresso Nacional), conforme também determina a Constituição.

Por outro lado, nós, militantes pró-aborto, sabemos que a população brasileira, que democraticamente elegeu o Congresso, é majoritariamente CONTRA o aborto, e por isso a chance de

376 "Comemorava" é a palavra adequada, basta ver o tom da reportagem no caderno "Celina", francamente dedicado à militância feminista, abortista, racialista etc.

ser aprovada no Congresso brasileiro uma lei como a da Argentina é praticamente nenhuma.

Portanto, nós, militantes pró-aborto, não estamos nem aí para a Constituição, para a democracia e para a separação de poderes. Nós queremos mesmo é que o aborto seja liberado, e já que não temos as centenas de votos de parlamentares brasileiros a nosso favor, a melhor maneira de liberar o aborto é uma "lei" criada pelo Judiciário (STF), onde para conseguirmos maioria só precisamos de SEIS votos (no Congresso precisaríamos de cerca de 300).

Sim, é ilegal; criar leis não é função do Judiciário - mas quem liga, não é mesmo?

Esse é o ativismo judicial exposto em toda a sua ilegalidade e imoralidade: quando sabem que não têm maioria de votos no parlamento democraticamente eleito pela população para aprovar uma lei, o caminho dos militantes "progressistas" é driblar a democracia representativa e a Constituição buscando a aprovação da "medida" no Judiciário - especialmente no STF, onde alguns ministros, nos últimos anos, perderam qualquer constrangimento quando se trata de invadir a atribuição dos outros poderes (um deles, como mencionamos aqui anteriormente, já decidiu até sobre qual a alíquota de imposto mais conveniente...).

Um jornalista de verdade poderia ter perguntado à entrevistada se não haveria uma contradição aí; poderia ter perguntado se afinal ela acredita ou não que as leis devam ser feitas por representantes eleitos pelo povo; enfim, se ela é contrária ou favorável à democracia - inclusive quando o povo elege um "Congresso conservador". Nada disso foi perguntado, é claro.

VI - SCALIA E A SEPARAÇÃO DE PODERES - A MAIS IMPORTANTE DEFESA CONTRA A TIRANIA

Antonin Scalia sempre defendeu a ideia de que, na Constituição dos EUA, a mais importante regra para impedir a implantação de um governo tirânico é a rígida separação de poderes - mais importante, inclusive, do que a famosa *Bill of Rights*, a Declaração de Direitos dos Cidadãos dos EUA (as primeiras dez emendas à Constituição americana).

Sem essa rígida separação de poderes, de nada valeria a Declaração de Direitos, como de nada valem cartas de direitos adotadas (e algumas vezes copiadas do texto da Constituição americana) por alguns países.

Em palestra na Universidade de Notre Dame, em 2007, Scalia exemplificou:

> *"Considerem, por exemplo, as magníficas cláusulas da carta de direitos a seguir:*
>
> *'Todo cidadão tem direito de apresentar propostas aos órgãos do Estado para que estes aprimorem suas atividades, e de criticar falhas no trabalho desses órgãos. É proibido perseguir cidadãos por fazerem críticas.*
>
> *É garantida aos cidadãos liberdade de expressão, liberdade de imprensa, de reunião e de manifestações públicas. Para assegurar o exercício dessas liberdades políticas, estão à disposição do povo e de organizações populares edifícios públicos, ruas e praças, bem como ampla disseminação de informação e oportunidade para utilização da imprensa, rádio e televisão pelos cidadãos.'*

Com sarcasmo, Scalia prossegue:

> *"Coisa maravilhosa. Essas eram cláusulas da Constituição de 1977 da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas. Não valiam o papel em que estavam escritas (...) porque a Constituição daquele país não tinha regras que evitassem a concentração de poderes nas mãos de um homem, ou de um partido."*

E quando isso acontece, adverte Scalia, "*the game is over*"[377].

É grande o perigo de se permitir a concentração praticamente ilimitada de poderes nas mãos de uma única autoridade ou de um único órgão - não importa se estamos falando do camarada Brejnev (ex-Secretário-Geral do Partido Comunista da antiga URSS), de um "presidente" vitalício ou mesmo de juízes do mais alto tribunal de um país. Quanto mais rígida a separação dos poderes do Estado em Executivo, Legislativo e Judiciário, menor a possibilidade de que um deles exerça sua autoridade de forma antidemocrática, pois encontrará obstáculo na atuação dos demais.

Mesmo quando o texto constitucional de uma nação prevê a separação de poderes, se essa regra na prática acaba se tornando letra morta, sendo gradualmente abandonada por um desenfreado ativismo judicial que permite ao tribunal mais alto desse hipotético país invadir impunemente a competência do Executivo e do Legislativo, o resultado é uma concentração de poderes sem limites nas mãos dos integrantes desse tribunal (ou com limites por eles próprios definidos, o que dá no mesmo). O desdobramento não tarda: violação dos direitos fundamentais dos indivíduos, com instauração de investigações ilegais, prisão de jornalistas, censura, utilização da polícia para intimidar críticos, etc.

Como mostrou o exemplo da União Soviética, uma longa e belíssima declaração de direitos fundamentais estampada no texto constitucional não impede a criação dos Gulag.

Todos precisamos de limites. Somos humanos. Nenhum de nós é santo. Nenhum agente público é santo.

Mas o real perigo está naquele agente público que, além de não ser santo, age como se fosse uma divindade.

Ao contrário de um monarca absoluto, o extraordinário Antonin Scalia tinha consciência de que era juiz e, como tal, sujeito aos limites da lei. Scalia nunca teve a pretensão de agir como um rei - muito menos de ser como os deuses.

377 The Essential Scalia, p. 36.

CAPÍTULO 12

A ASCENSÃO E CONCENTRAÇÃO DO PODER NA MODERNIDADE DEMOCRÁTICA

Flávio Morgenstern[378]

"A injustiça é relativamente fácil de suportar; o que ferra é a justiça."

(H. L. Mencken)

Um entendimento comum - e bastante errôneo - sobre o poder político é a crença moderna de que a quantidade de indivíduos que decidem as questões políticas, jurídicas e públicas em geral só fez aumentar com o passar dos séculos. A Antiguidade é vista como uma tirania absoluta em bloco - com o século de Péricles grego como honrosa exceção - até o apogeu da República romana. A partir do brado *alea iacta est* com o qual César cruza o Rubicão até a derrocada do Império Romano, a tirania volta a reinar, ocupando então a Igreja o lugar da opressão absoluta até o Renascimento, quando se buscou reviver o espírito de Péricles, escondido pelos monges.

378 Escritor, analista político, palestrante e tradutor.

Seria com o Iluminismo (e, para alguns, o marxismo) que se resgataria alguma racionalidade e divisão de poderes: até este período glorioso no umbral da modernidade, a humanidade ainda vivia em trevas e sob o puro arbítrio de quem tinha mais poder - fosse dado pela sanguinária Igreja ou pelo sangue de dinastias. Apenas com a Revolução Americana, a Revolução Francesa (e, para alguns, a Revolução Russa) e o fim da Primeira Guerra Mundial, esta Revolução Francesa global, tivemos, de fato, alguma liberdade de definir nossos próprios rumos - sobretudo, de definir quais seriam nossas leis e como elas devem ser aplicadas e interpretadas.

É um esboço grosseiro do que aprendemos na escola e, *pestis furcifer*, na faculdade - mas não tão exagerado assim. Fosse verdade, estaríamos de fato no melhor dos mundos, pois cada um dos políticos e burocratas com poder sobre a população estaria representando o próprio povo, como confirma o imenso apreço popular por deputados e ministros-celebridades do STF (praticamente astros do hip hop), além do fato alvissareiro de que eles apenas legislam em nosso nome, *seguindo nossas vontades* e, claro, interpretando a lei rigidamente como nós, o povo, determinamos que a lei deveria ser. Mais importante do que tudo, é o desejo franco do povo ser representado e *interpretado* pelo STF[379], sobretudo o irrefreável desejo de todo o povo brasileiro de ser interpretado democraticamente exatamente pelos onze ministros que compõem em qualquer momento o Supremo Tribunal Federal, sempre, sem erros. Assim, a democracia representativa liberal, o aclamado Estado Democrático de Direito, dá muito mais poderes ao povo, ao ter nestas onze entidades

379 O fato mesmo de o STF interpretar as leis, e as leis serem, supostamente, a *vontade* do povo, são premissas para a conclusão de que o STF se propõe a *interpretar a própria vontade do povo*, não cabendo a leitura de uma □teoria pura do Direito□, como ventilava por Hans Kelsen: o STF cumpre funções Executivas mais fortes do que o presidente. O fato ainda merece análise de cientistas políticos, lingüistas, sociólogos, filósofos e juristas. No Brasil, ficou famosa a declaração do Excelentíssimo Ministro Dias Toffoli, de que os ministros atuam como "*editores* de um país inteiro, de uma nação inteira, de um povo inteiro□. Sua, digamos, metáfora, para não ensejar dúvida, iniciava-se afirmando que □todo órgão de imprensa tem censura interna□ (*sic*), que "seu editor, se ele verifica ali uma matéria que ele acha que não deve ir ao ar porque ela não é correta, ela não está devidamente checada, ele diz: □Não vai ao ar□□. *Data venia* ao nosso respeitabilíssimo editor, caso o Supremíssimo tenha preferido que esta digressão □não vá ao ar□. Cf. FEIRE, Sabrine. □STF atua como □editor□ da sociedade no inquérito das fake news, diz Toffoli□. In: https://www.msn.com/pt-br/noticias/brasil/stf-atua-como-editor-da-sociedade-no-inqu%C3%A9rito-das-fake-news-diz-toffoli/ar-BB17ibV6. Acesso em 18 de março de 2021, antes de qualquer edição do Supremo.

quase angelicais a sua materialização perfeita contra as tiranias e arbitrariedades do passado. A matemática de que 11, na verdade, não podem decidir por 209 milhões de brasileiros, não costuma incomodar a crença de que *é o povo*, e não o Supremo, quem decide seus rumos políticos.

Soa-nos estranho que alguém possa aventar que, pelo contrário, a democracia possa ter sido *o primeiro* sistema político da humanidade[380], que na Idade Média, o poder pudesse estar *mais* dividido do que nos Estados modernos, ou de que a decisão sobre leis, justiça e interpretações jurídicas fosse *menos* tirânica antes do Código Napoleônico do que após o positivismo jurídico. Sobretudo, a matemática do acúmulo de poder, na qual 11 definem o que a Constituição diz, o que a lei é, como deve ser interpretada, como deve ser aplicada, como deve ser feita e como *deveria* ser quando ela não está escrita, é sumamente ignorada por uma visão tão otimista, pueril e ingênua do Direito como "democraticamente mais avançado" que parece não ter sido tocada pelo pecado original. De fato, o acúmulo de poder em cada vez menos mãos na democracia choca toda a sociedade - exceto a média dos bacharéis em Direito e grandes sumidades juristas. Toda a burocracia criada pelo nosso edifício jurídico democrático é um *acúmulo* de poder, e não uma divisão.

Com o fim do Império Romano, as estruturas jurídicas que garantiam alguma ordem, liberdade e algum grau de civilização ao povo foram minadas. A tendência óbvia do povo foi se socorrer na única entidade crescente que garantia alguma estabilidade além dos tempos para as massas: a nascente Igreja. É lugar comum a superstição moderna de que algum papa entediado tomou o lugar à força das antigas lideranças pagãs, sobretudo após Constantino: mas é muito mais fácil entender a urgência da Igreja ao se pensar no que aconteceria se nossa Constituição, nossas instituições, nossas leis, normas, costumes e referências fossem varridas do mapa - por um meteoro, guerra alienígena, monstro gigante ou algum vírus hipotético: o socorro da única

380 KUEHNELT-LEDDIHN, Erik von. *Menace of the herd or Procrustes at large*. Kindle Position 2118.

entidade transcendente, não assentada na temporalidade, é até tema de filmes apocalípticos.

Em tempos de violência e poucas instituições confiáveis, o povo buscava segurança - para a alma, o corpo e o fruto do trabalho. Começa-se o apogeu do feudalismo: nobres constroem castelos para proteger seu patrimônio - e sua *cultura* - de inimigos e estrangeiros, e o povo se submete (voluntária e involuntariamente) a trabalhar para os nobres em troca de permanecer na segurança interna de seus muros. É a famosa *identured servitude*, a servidão contratual. A nobreza se faz pela espada, não pela burocracia: os campeões em campo militar são honrados como protetores e, bem ao contrário do que julga nossa vulgar eloquência reducionista pós-moderna, o misterioso apreço populista do povo pelo pão e por não ser assaltado e acidentalmente esquartejado no processo ensejou, desde sempre, alguma preocupação material, outorgada pelas paixões humanas mais baixas, que não raro deixavam a Igreja em segundo plano nas preocupações comezinhas de um dia típico do medievo.

É a época da justa, do duelo, da corveia e do ordálio: o Estado moderno, burocrático, entupido de leis escritas a regular deliciosamente nossas trocas comerciais, nossas trocas de presidentes e nossas trocas de roupas íntimas ainda é ficção científica. Sobretudo, a monarquia é uma entidade muito mais simbólica do que efetiva: os nobres, em seus conciliábulos, têm muito mais poder sobre distantes feudos, em um mundo já distante por si, do que reis centralizadores. De fato, apesar de a era secular moderna ignorar o poder da religião[381], os reis estão sujeitos a constantes exames de consciência e um medo bem real do inferno para simplesmente ignorarem as leis eternas. Mais do que tudo: numa era em que a escrita é rara (e caríssima: uma única Bíblia podia ser vendida e alimentar uma família por dois anos), o rei tinha muito mais o poder de executar uma lei ditada pela Igreja e pelos costumes do que de *legislar*. A criação de novas leis é uma excrescência no medievo.

381 Imperioso lembrar que Alexis de Tocqueville trata o componente religioso simplesmente como a única coesão social que permite a □democracia na América□ funcionando.

É apenas com algum avanço das tecnologias, da urbanização e de alguma mobilidade que os reis passam, de fato, a angariar o poder pelo qual são conhecidos. Para tal, cercam-se de menestréis, bajuladores de corte e artistas os mais diversos que serão financiados em troca de apoio político contra outros nobres concorrentes[382]. A prática não surpreende o Brasil: aqueles que movem o imaginário popular se aliam ao rei, que pode ir rapidamente anulando a aristocracia e sua divisão de poder decisório, conquistado por laços familiares, religiosos e culturais, trocando-a pelo poder concentrado em um único homem e sua dinastia, tratado como figura com "corpo divino" que não pode ser contestado por comuns mortais - inclusive nobres. Se antes o rei obedecia a uma lei não escrita, agora terá também o poder de criar leis:

> *"O rei alinhava-se com o 'povo' ou o 'homem comum'. Ele apelava ao sempre popular sentimento de inveja entre os 'desprivilegiados' contra os 'melhores' e 'superiores', seus senhores. Ele se oferecia para libertá-los de suas obrigações contratuais perante seus senhores, para torná-los proprietários em vez de inquilinos de suas propriedades, por exemplo, ou para 'perdoar' suas dívidas com seus credores, e poderia corromper o senso público de justiça o suficiente para tornar fútil a resistência aristocrática contra seu golpe. E para consolar a aristocracia por sua perda de poder e, assim, reduzir sua resistência, o rei oferecia-lhes ainda mais cargos em suas cortes reais cada vez maiores.*
>
> *Além disso, para atingir seu objetivo de poder absoluto, o rei também se aliava aos intelectuais. A demanda por trabalhos intelectuais é tipicamente baixa, e os intelectuais, quase congenitamente, sofrem de uma autoimagem muito inflada e, portanto, estão sempre propensos a e se tornam facilmente ávidos promotores da inveja. O rei oferecia-lhes uma posição segura como intelectuais da corte e eles então retribuíram o favor e produziam o apoio ideológico necessário para a posição do rei como governante absoluto. Eles levavam isto a cabo pela criação de*

382 Com efeito, a aproximação de reis das artes mais populares é o primeiro "sintoma" da modernidade, tal como uma produção artística quase bajulatória em resposta. Além de satirizada pelo "Dom Quixote" de Cervantes, a prática é analisada em minudências por Ernst Kantorowicz no clássico *"The King's Two Bodies"* (1957).

um mito duplo: por um lado, eles retrataram a história antes da chegada do rei absoluto com as piores cores possíveis, como uma luta incessante de todos contra todos, com um homem sendo o lobo de outro homem – ao contrário da história real de uma ordem aristocrática natural anterior. Além disso, eles retrataram a assunção do poder absoluto do rei como resultado de algum tipo de acordo contratual de seus súditos, presumivelmente alcançado de forma racional, com base no mito do retorno ameaçador à bellum omnia contra omnes." (HOPPE, Hans-Hermann. From aristocracy to monarchy to democracy: A tale of moral and Economic Folly and Decay. Mises Institute. Kindle Position 267-280.)

O caminho se abre para o Estado moderno, com a ajuda futura de Maquiavel, que separa a práxis política da moral, e de Hobbes, que argumenta que, sem o controle do Estado, a sociedade recai imediatamente na anarquia, entre outros. Tais pensadores são hoje considerados "clássicos" da ciência política, por criarem um universo político e jurídico completamente irreconhecível daquele anterior a eles. Intelectuais, como se sabe, costumam ter um curioso desejo de guiar a sociedade – e um mortal ressentimento quando esta mesma sociedade os ignora. Após George III perder a razão e Luís XVI a cabeça, estamos no reino do Direito napoleônico, Carta Magna à parte: com os mais belos sentimentos humanistas, o projeto de Napoleão era legislar sobre a inviolabilidade de correspondência e os direitos dados aos homens desde que nascem – noves fora alguns projetos que iluministas atuais não costumam gostar de se lembrar, como criar dias da semana com dez horas, cada hora contendo 100 minutos "racionais" de 100 segundos, com anos contados a partir de 22 de setembro de 1792, para evitar qualquer lembrança religiosa ou aristocrática – o que mostra por que os costumes às vezes valem mais do que esquematismos racionais, e por que os povos anglo-saxões odeiam o sistema métrico como um anátema à liberdade. O calendário não conseguiu ser usado oficialmente nem por uma década de meses como "germinal", "thermidor", "brumaire" ou o poético "pluviôse".

É um exemplo entre vários do grande problema de se legislar sobre o que antes se autorregulava pelo Direito natural, pelos costumes, pela lógica ou mesmo pela obviedade. Não foi apenas graças à guilhotina, mas sobretudo ao controle de costumes por um novo e complexo edifício jurídico que a Revolução Francesa intensificou o curioso fenômeno da modernidade: quanto mais se livrava do *Ancien Régime* e da suposta opressão "absolutista" da velha aristocracia, mais se tinha controle sobre aspectos cada vez mais privados, detalhados e *ideológicos* da vida - e a burocracia permitia que este controle estivesse em muito menos mãos do que a antiga nobreza. Aquele que pode dar direitos "universais" desde o berço é também quem pode determinar o que cada homem pode pensar desde a mesma idade.

Com o fim da Primeira Guerra Mundial, a ascensão do positivismo jurídico, da teoria pura do Direito e da democratização da Europa com os 14 pontos de Woodrow Wilson, o entendimento típico é o de que o poder decisório sobre questões políticas se ampliou, se dividiu, se "democratizou", como é o vezo do termo da moda. Não poderíamos estar em melhor momento jurídico em toda a história: a melhor lei é a nossa, a melhor representatividade alcançada na humanidade, as melhores instituições e, claro, a melhor *interpretação*. Afinal, todo o poder emana do povo, mas a burocracia institucional e jurídica precisa ser sabiamente interpretada pelos doutos com notável saber jurídico, porque ninguém é de ferro.

Mas a verdade é que longe de termos um sistema político-jurídico com o poder cada vez mais *popular*, os legisladores, que deveriam ser os maiores líderes do povo, são os mais execrados. Os intelectuais - se antes eram menestréis e conselheiros áulicos, hoje são jornalistas, youtubers e celebridades da música popular e do baixo escalão de influenciadores das multidões - seguem explicando ao povo que a democracia precisa ser defendida por ser o governo do povo, mas se o povo decidir o contrário do que os intelectuais querem, a democracia corre sério risco e precisamos de medidas mais cascudas para lidar com o problema.

Numa era de massas, de mídia e de internet, o discurso típico é o de que as pessoas escolhem cada vez mais livremente seus legisladores, e todo o edifício jurídico atual é o mais representativo dos anseios populares de todos os já existentes - daí a fixação que se criou no Brasil com o termo "Estado democrático de direito", a eterna comparação de qualquer crítica à atuação de um operador do Direito com a ditadura (ou o nazismo) e a presunção de que a normalidade da vida é termos a opinião de 11 juízes diariamente estampada nos jornais (ou de que juízes *podem* dar opiniões a torto e a direito), de que toda a atuação política do país pode e deve ficar à mercê das vontades de Suas Excelências e, mais do que tudo, de que *as leis* do país estão sempre precisando de um "toque final", que é a vontade dos juízes mais célebres que já existiram a definirem o que é "democrático" por nós. Tudo isto, é claro, cercados por uma aguerrida classe jornalística, intelectual e de celebridades relativas fanaticamente dispostas a acusar de "antidemocrático" quem ousar não obedecer.

Além de termos, mais uma vez, o poder de decisão concentrado, e de maneira que fere justamente aquilo pelo qual o Estado democrático de Direito é tratado como divino (a representatividade), voltamos cirurgicamente ao ponto mais irreal de nosso breve apanhado: a noção de que o rei - ou, hoje, o ministro - é um ser *sagrado*, com um corpo etéreo, uma aura mística e só acessível por ascese, intocável e impoluto (está no ordenamento jurídico brasileiro algum método *normal* para se julgar possíveis crimes cometidos por um ministro do STF, ou tal possibilidade nem sequer é perfeitamente aventada na Constituição?). Um verdadeiro ente acima de nós, comuns mortais - ainda que o "comum mortal" em questão acabe por ser alguém como o presidente da República. O Supremo Tribunal Federal, hoje, não é senão um conciliábulo de anjos, e não se discorda de anjos: é crime grave de blasfêmia. Nada pode ser mais antidemocrático e perigoso para a liberdade do que a blasfêmia contra uma instituição sagrada e o livre-arbítrio de seus arcanjos protetores[383].

383 É curioso lembrar das palavras do excelentíssimo ministro Luiz Fux: □Não há democracia sem respeito às instituições. O império da nossa Constituição, a sustentabilidade de nossa democracia e a garantia das nossas liberdades não haveria sem um Poder Judiciário que não hesitasse em

No afã de derrotar os "preconceitos obscurantistas" de um passado no qual, supostamente, apenas a crença cega e fanática guiava os homens, acabamos por imediatamente sacralizar qualquer instituição - e pessoa - que cuide de forçar o secularismo na sociedade, que promova abolição, do alto de seu poder, de qualquer outro poder ou ideia concorrente - ainda mais estes poderes e ideários "populistas", cheios de germes do populacho e que ganham eleições com *fake news* e desinformação que deve ser "corrigida" por jornalistas "profissionais". Apenas com o corpo sagrado dos ungidos é que podemos ter uma democracia consolidada e sadia, e não o "populismo". E, contra o risco do populismo, que é "autoritário", "negacionista" e "extremista", todas as arbitrariedades estão justificadas, pois são feitas justamente para se proteger a democracia de ter o povo votando em pessoas de quem os digníssimos têm um elevado nojinho. Como se um conselho real, um poder dividido entre aristocratas e Igreja em disputa, um tribunal eclesiástico ou de Direito natural fosse *mais arbitrário*, e não um manancial de liberdade quase edênico comparado aos nossos dias.

Temos todos os elementos em ordem: a repetição robótica no imaginário popular do papel heroico e divino dos novos reis, que agora também têm o direito de legislar; a sacralização de suas imagens, punindo blasfêmias como anátema ao país todo; a instituição cada vez menos disfarçada de uma nova religião, com toda a sua ritualística e seus deuses; o corpo sagrado, ou os onze corpos, acima das leis temporais; o domínio cada vez maior sobre elementos da vida que antes eram autorregulados, livremente, sem precisar de judicialização; e todos os acólitos prontos a apontar como elementos exógenos ao sistema aqueles que discordem de tal submissão, merecendo "cancelamento", na melhor das hipóteses. O maior legado do STF ao Brasil não foi de jurisprudência: foi do âmbito de uma religião oficial.

---

contrariar maiorias para a promoção de valores republicanos e para o alcance do bem comum", adicionando que o Supremo □mantém-se vigilante contra qualquer forma de agressão à instituição, na medida em que ofendê-la representa notório desprezo pela democracia□. BRITO, Ricardo. Fux diz que não há democracia sem respeito às instituições e faz desagravo a decano do STF. In: https://www.ultimoinstante.com.br/ultimas-noticias/fux-diz-que-nao-ha-democracia-sem-respeito-as-instituicoes-e-faz-desagravo-a-decano-do-stf/320012/. Acesso em 19 de março de 2021.

CAPÍTULO 13

Liberdade entre grilhões: o caso Daniel Silveira

Sandres Sponholz[384]

Cláudia R. de Morais Piovezan[385]

"E, de facto, a detenção noturna do tipo aqui descrito é a preferida, porque apresenta importantes vantagens. Todos os que vivem no apartamento ficam afetados pelo terror logo à primeira pancada na porta. O detido é arrancado do calor do leito, está ainda envolto na impotência do ensonado, com a mente toldada.

Na detenção noturna, os operacionais têm superioridade de forças: aparecem vários homens armados contra um, que ainda nem conseguiu abotoar as calças. As detenções noturnas têm ainda a vantagem de que nem os

384 Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná. Mestre em Direito pela Universidade Paranaense. Coator do livro Inquérito do Fim do Mundo, o apagar das luzes do Direito Brasileiro, publicado em 2020, pela Editora E.D.A. - Educação, Direito, Alta Cultura.

385 Formada em Direito pela Universidade Estadual de Londrina. LL.M. in Comparative Law and Certificate in Environmental Law and Land Use, pela Universidade da Flórida - E.U.A.. Organizadora do livro *Inquérito do Fim do Mundo, o apagar das luzes do Direito Brasileiro,* publicado pela Editora E.D.A. - Educação, Direito e Alta Cultura. Coautora do livro *As Várias Faces da Nova Ordem Mundial,* publicado pela Vide Editorial. Professora Colaboradora de Prática de Processo Penal da Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná (FEMPAR).

prédios vizinhos, nem as ruas da cidade veem quantos são levados durante a noite. É como se não tivesse acontecido nada. Por aquela mesma faixa de asfalto percorrida durante a noite pelas carrinhas celulares, caminha de dia o povo jovem com bandeiras e flores e entoando canções alegres."

(*Aleksandr Soljenítsin,* Arquipélago Gulag)

I - ESPETÁCULO POLICIAL NA MÍDIA

Noite de 16 de fevereiro de 2021. Terça-feira de Carnaval, em que o próprio Carnaval foi oficialmente cancelado no Brasil. O relógio marca aproximadamente vinte e três horas. Batidas na porta. Um deputado federal recebe em seu apartamento, na cidade do Rio de Janeiro, a indesejada e inesperada visita de integrantes da Polícia Federal. Mais inusitado e inesperado ainda foi o que se seguiu: os policiais lhe informaram que ali estavam para cumprir um *mandado de prisão em flagrante,* expedido por ninguém menos do que o impagável ministro do Supremo Tribunal Federal, Alexandre de Moraes.

A prisão do deputado foi imediatamente conhecida por meio de postagens feitas pelo próprio parlamentar, em suas redes sociais, enquanto a polícia ainda vasculhava a sua casa, por volta de 23h45min[386]. Naquela noite, muitos brasileiros não devem ter dormido e quem foi dormir cedo teve um susto na manhã seguinte, ao ver as notícias.

Este evento é mais um desdobramento do teratológico e juridicamente inexistente "Inquérito das *Fake News*" ou "Inquérito do Fim do Mundo", o lastimavelmente famoso Inquérito nº 4.781, e do seu irmão mais novo, o "Inquérito dos Atos Antidemocráticos", o de nº 4.828. Não obstante tenham sido instaurados com diferença de mais de um ano, os referidos inquéritos confundem-se como se fossem gêmeos. Tanto é assim que a ordem de prisão de Daniel Silveira foi proferida nos autos do 4.781

386 https://www.correiobraziliense.com.br/politica/2021/02/4907085-vamos-ver-quem-e-quem-dispara-daniel-silveira-em-video-durante-prisao.html . Acesso em: 03 mar 2021.

e a denúncia que se seguiu foi ofertada nos autos do 4.828 - ao menos são esses os números que constam nas peças jurídicas mencionadas.

A prisão do deputado é um amontoado de iniquidades, uma sequência interminável de erros processuais penais, de modo que desde logo nos penitenciamos por, em tão curto espaço e tempo, não podermos abarcar todos eles e nem analisar com a devida profundidade os pontos escolhidos, já que cada item poderia ser objeto de um capítulo inteiro de um livro. No entanto, o devido registro de mais um avanço do STF contra o sistema legal brasileiro e contra a Justiça deve ser feito.

Esse novo capítulo da história mais recente do STF, talvez um dos seus mais sinistros e obscuros, apenas demonstra novamente que a mais alta Corte nacional deixou há muito de aplicar a lei e de buscar entregar justiça aos brasileiros. Diversamente, o Tribunal passou a fazer política, de modo a comandar o país, perseguir os seus críticos, e mais grave, negar o próprio Direito que é (ou deveria ser) a razão de sua existência. A Corte se tornou o palco máximo da dialética negativa que quer ver destruído tudo quanto existe, sem apresentar nada melhor para substituir o que foi por ela destroçado. Como dissemos no livro *Inquérito do Fim do Mundo*, esse inquérito é o símbolo do apagar das luzes do Direito brasileiro. O caso Daniel Silveira é a prova cabal desse apagão, como se demonstrará ao longo deste ensaio.

II - EXTRA! EXTRA! VÍTIMA TOGADA TRIPUDIA A ISENÇÃO!

Consta na decisão de Alexandre de Moraes que os fatos que teriam dado ensejo ao decreto de prisão estão contidos num vídeo postado por Daniel no dia 15 de fevereiro de 2021, portanto um dia antes da ordem judicial, em um canal do Youtube. Nas palavras do ministro:

> *"Na data de hoje (16/02), chegou ao conhecimento desta CORTE vídeo publicado pelo Deputado Federal Daniel Silveira, disponibilizado através do link: https://youtu.be/jMfInDBI-*

tog, no canal do youtube denominado "Política Play", em que o referido deputado durante 19m9s, além de atacar frontalmente os Ministros do Supremo Tribunal Federal, por meio de diversas ameaças e ofensas à honra, expressamente propaga a adoção de medidas antidemocráticas contra o Supremo Tribunal Federal, defendendo o AI-5; inclusive com a substituição imediata de todos os Ministros, bem como instigando a adoção de medidas violentas contra a vida e segurança dos mesmos, em clara afronta aos princípios democráticos, republicanos e da separação de poderes".

Para bem fundamentar o seu pedido/decisão, o ministro vítima transcreveu um trecho do discurso do deputado:

> *"(...) eu quero saber o que você vai fazer com os Generais... os homenzinhos de botão dourado, você lembra? Eu sei que você lembra, ato institucional nº 5, de um total de 17 atos institucionais, você lembra, você era militante do PT, Partido Comunista, da Aliança Comunista do Brasil*
>
> *(...)*
>
> *o que acontece Fachin, é que todo mundo está cansado dessa sua cara de filha da puta que tu tem, essa cara de vagabundo... várias e várias vezes já te imaginei levando uma surra, quantas vezes eu imaginei você e todos os integrantes dessa corte ... quantas vezes eu imaginei você na rua levando uma surra... Que que você vai falar? que eu tô fomentando a violência? Não... eu só imaginei... ainda que eu premeditasse, não seria crime, você sabe que não seria crime... você é um jurista pífio, mas sabe que esse mínimo é previsível.... então qualquer cidadão que conjecturar uma surra bem dada com um gato morto até ele miar, de preferência após cada refeição, não é crime*
>
> *(...)*
>
> *vocês não têm caráter, nem escrúpulo, nem moral para poderem estar na Suprema Corte. Eu concordo completamente com o Abraham Weintraub quando ele falou 'eu por mim colocava todos esses vagabundos todos na cadeia', aponta para trás, começando pelo STF. Ele estava certo. Ele está certo. E com ele*

pelo menos uns 80 milhões de brasileiros corroboram com esse pensamento.

(...)

Ao STF, pelo menos constitucionalmente, cabe a ele guardar a constituição. Mas vocês não fazem mais isto. Você e seus dez 'abiguinhos, abiguinhos', não guardam a Constituição, vocês defecam sobre a mesma, essa Constituição que é uma porcaria, para poder colocar canalhas sempre na hegemonia do poder e claro, pessoas da sua estirpe devem ser perpetuadas para que protejam o arcabouço dos crimes no Brasil, e se encontram aí, na Suprema Corte

(...)

Eu também vou perseguir vocês. Eu não tenho medo de vagabundo, não tenho medo de traficante, não tenho medo de assassino, vou ter medo de onze? que não servem para porra nenhuma para esse país? Não... não vou ter. Só que eu sei muito bem com quem vocês andam, o que vocês fazem.

(...)

você desrespeita a tripartição dos poderes, a tripartição do Estado, você vai lá e interfere, comete uma ingerência na decisão do presidente, por exemplo, e pensa que pode ficar por isso mesmo. Aí quando um general das Forças Armadas, do Exército para ser preciso, faz um tuite, faz alguma coisa, e você fica nervosinho, é porque ele tem as razões dele. Lá em 64, na verdade em 35, quando eles perceberam a manobra comunista, de vagabundos da sua estirpe, 64 foi dado então um contragolpe militar, é que teve lá os 17 atos institucionais, o AI-5 que é o mais duro de todos como vocês insistem em dizer, aquele que cassou 3 ministros da Suprema Corte, você lembra ? Cassou senadores, deputados federais, estaduais, foi uma depuração, um recadinho muito claro, se fizerem a gente volta, mas o povo, naquela época ignorante, acreditando na Rede Globo diz "queremos democracia" "presidencialismo", "Estados Unidos", e os ditadores que vocês chamam entregaram o poder ao povo.

(...)

vocês deveriam ter sido destituídos do posto de vocês e uma nova nomeação, convocada e feita de onze novos ministros, vocês nunca mereceram estar aí e vários também que já passaram não mereciam. Vocês são intragáveis, inaceitáveis, intolerável Fachin.

(...)

Não é nenhum tipo de pressão sobre o Judiciário não, porque o Judiciário tem feito uma sucessão de merda no Brasil. Uma sucessão de merda, e quando chega em cima, na suprema corte, vocês terminam de cagar a porra toda. É isso que vocês fazem. Vocês endossam a merda. Então como já dizia lá, Rui Barbosa, a pior ditadura é a do Judiciário, pois contra ela não há a quem recorrer. E infelizmente, infelizmente é verdade. O Judiciário tem feito uma, vide MP, Ministério Público, uma sucessão de merdas. Um bando de militantes totalmente lobotomizado, fazendo um monte de merda"[387].

Por conta desse vídeo, o ministro, notoriamente vítima dos ilícitos que ele narra (tanto quanto os demais ministros), capitulou a conduta de Daniel Silveira em crimes contra a honra dos ministros e do Poder Judiciário, e nos artigos 17, 18, 22, I e IV, 23, incisos I, II e IV e 26, da Lei nº 7.170/83, a Lei de Segurança Nacional[388].

---

387 Para acesso à transcrição integral do vídeo, que foi censurado por ordem do ministro, veja https://www.poder360.com.br/justica/leia-a-transcricao-do-que-disse-daniel-silveira-e-o-que-levou-o-stf-a-prende-lo/. Acesso em: 03 mar 2021.

388 Art. 17 - Tentar mudar, com emprego de violência ou grave ameaça, a ordem, o regime vigente ou o Estado de Direito.
Pena: reclusão, de 3 a 15 anos.
Parágrafo único.- Se do fato resulta lesão corporal grave, a pena aumenta-se até a metade; se resulta morte, aumenta-se até o dobro.
Art. 18 - Tentar impedir, com emprego de violência ou grave ameaça, o livre exercício de qualquer dos Poderes da União ou dos Estados.
Pena: reclusão, de 2 a 6 anos.
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.
Pena: detenção, de 1 a 4 anos.
§ 1º - A pena é aumentada de um terço quando a propaganda for feita em local de trabalho ou por meio de rádio ou televisão.
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.
Pena: reclusão, de 1 a 4 anos.

Ora, caro leitor, neste ponto já é possível identificar pelo menos duas ilegalidades gravíssimas, e você não precisa ser bacharel em Direito para entender e concordar com o raciocínio. Vamos demonstrar a primeira aberração: a vítima de um crime pode julgar o criminoso com imparcialidade? Apostamos que você acertou a resposta! De fato, nestas circunstâncias, o juiz está legalmente impedido de atuar no processo por ter interesse na causa, conforme regra do artigo 252, IV, do Código de Processo Penal[389]. Nesses casos, a vítima, sendo juiz ou promotor ou seu cônjuge ou parente, não terá a necessária *isenção* para agir e por isso deve se afastar, não podendo praticar nenhum ato no processo, sob pena de nulidade. Não se discute: há presunção absoluta de falta de imparcialidade.

No Supremo Tribunal Federal isso não deveria ser diferente, segundo o que dispõem os artigos 277 e 285, do Regimento Interno da Corte[390]:

> *Art. 277. Os Ministros declarar-se-ão impedidos ou suspeitos nos casos previstos em lei.*
>
> *Art. 285. Afirmada a suspeição pelo arguido, ou declarada pelo Tribunal, ter-se-ão por nulos os atos por ele praticados.*

Duas expressões são cruciais até aqui: *isenção* e *imparcialidade*. Numa democracia que fosse verdadeira, essas máximas seriam consagradas e protegidas a qualquer custo, principalmente pelos membros do Poder Judiciário.

Acompanhando a lição de José Afonso da Silva, a *imparcialidade* é uma *"garantia dos órgãos judiciários, sob a forma de vedações aos juízes, denotando restrições formais a eles. Mas, em verdade, cuida-se aí de proteger a sua independência e, consequentemente,*

Art. 26 - Caluniar ou difamar o Presidente da República, o do Senado Federal, o da Câmara dos Deputados ou o do Supremo Tribunal Federal, imputando-lhes fato definido como crime ou fato ofensivo à reputação.
Pena: reclusão, de 1 a 4 anos.
Parágrafo único - Na mesma pena incorre quem, conhecendo o caráter ilícito da imputação, a propala ou divulga.

389 . Art. 252. O juiz não poderá exercer jurisdição no processo em que:

IV- ele próprio ou seu cônjuge ou parente, consangüíneo ou afim em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, for parte ou diretamente interessado no feito.

390 http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=legislacaoRegimentoInterno. Acesso em: 04 mar 2021.

do próprio Poder Judiciário"[391]. Neste sentido é que se estabelece, exemplificativamente, a vedação do juiz exercer outro cargo ou função, salvo uma de magistério, ou a proibição de dedicar-se à atividade político-partidária, tanto quanto o artigo 252, inciso IV, do Código de Processo Penal, já citado, preconiza com veemência que *"o juiz não poderá exercer jurisdição no processo em que ele próprio ou seu cônjuge ou parente, consangüíneo ou afim em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, for parte ou diretamente interessado no feito."*

De outro lado, em relação à *isenção,* o juiz-desembargador do Conselho Superior da Magistratura (CSM) de Portugal, Orlando Viegas Martins, apoiado na doutrina do também magistrado português Irineu Cabral Barreto, explicita que *"ser isento significa não estar comprometido, em primeiro lugar, consigo próprio: com seus pré-juízos, os seus ódios, as suas paixões, as suas simpatias e antipatias aos quais o juiz, enquanto ser humano, tem dificuldade em escapar"*[392].

Claramente é possível vislumbrar que *imparcialidade* e *isenção* se complementam, conforme bem arremata Viegas Martins: *"É-se imparcial para se poder ser isento como se deve ser independente para poder-se imparcial*[393]*"*.

Transportando esses conceitos teóricos ao caso Alexandre de Moraes *versus* Daniel Silveira, não é difícil concluir com indisfarçável repulsa que estão absolutamente ausentes tanto a *imparcialidade* como também a *isenção.* O principal tribunal do país, que deveria dar o exemplo às demais estruturas judiciárias, é justamente aquele que avilta os próprios pilares da ordem jurídica! Obviamente que o ministro destinatário das críticas do deputado, além de não ter a *imparcialidade* em razão da sua inequívoca condição de vítima dos fatos, igualmente não terá a imprescindível *isenção* que se espera de um magistrado, diante do

391 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo.* 43 ed. São Paulo: Malheiros, 2020. p. 598.

392 AFONSO, Orlando Viegas Martins *apud* BARRETO, Irineu Cabral. *A convenção europeia dos direitos do homem, anotada.* Coimbra Editora, p. 154.

393 AFONSO, Orlando Viegas Martins. *Poder judicial: independência in dependência.* Coimbra: Livraria Almedina, 2004, p. 65-66.

ódio e antipatia despertados em sua consciência a partir do conhecimento do vídeo, em que não apenas Moraes é alvo do parlamentar, como os demais ministros da Corte, o que certamente deflagrou a ira coletiva dos togados.

Logo, provada está a primeira ilegalidade.

Lembremos, porém, que foi mencionada a ocorrência de duas ilegalidades até aqui. Vamos, portanto, à segunda questão, mais uma vez adiantando que os leitores não terão dificuldade em acertar a resposta: um juiz pode sair por aí "distribuindo justiça" por conta própria, contra quem bem entender, como se estivesse com a espada da deusa Têmis nas mãos, desferindo golpes (canetadas) para todos os lados? Adivinhamos que vocês acertariam! A figura do juiz é inerte e só pode agir quando provocado pela parte. Essa é justamente uma garantia contra o mau uso do poder visando perseguições injustas. Logo, mesmo que o juiz não fosse uma das próprias vítimas, para decretar uma prisão o magistrado deveria ser previamente provocado, seja pela autoridade policial, seja pelo órgão do Ministério Público ou mesmo pela vítima ou seu advogado e, neste caso, com a prévia manifestação do Ministério Público.

Tratando do princípio da inércia ou princípio da demanda, o professor Edilson Mougenot Bonfim ensina que *parte da doutrina distingue o princípio da demanda do princípio da inércia, identificando no primeiro a necessidade de que um sujeito ajuíze uma demanda para que se instaure o processo, e no segundo a necessidade de que, no curso do processo, as partes, por sua iniciativa, pratiquem determinados atos para que o processo prossiga regularmente*[394]. Resumindo, em ambas as hipóteses há necessidade de que um sujeito diverso do julgador formule um pedido para provocar a atuação do magistrado, que deverá ocorrer nos estreitos limites do pedido.

Logo, na qualidade de vítima, o ministro deveria ter encaminhado a notícia do crime que recebeu à autoridade competente, imparcial e isenta, a qual passaria a adotar as medidas que entendesse cabíveis, pois o referido membro da Corte está absolutamente impedido de agir. A rigor, poderia ter encaminhado

394 BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de Processo Penal*. 12ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 71

a informação ao Ministério Público Federal e com mais certeza à Câmara dos Deputados, pois o autor é um parlamentar. Infelizmente, não foi o que ocorreu.

As consequências desse abuso, que se soma aos demais que recentemente têm estampado os noticiários, expõem o Supremo Tribunal Federal e seus ministros ao descrédito da população, e à perda do respeito, que espraia suas nefastas consequências a todo o Poder Judiciário. O poder judicial que manipula o uso de forças de segurança em prol de seus interesses torna-se um braço armado, gerando temor e insegurança à população, desvirtuando-se de sua função vital. Deixa de ser um poder legítimo, reconhecido pela sociedade. Nesta perspectiva é a advertência de Roberto Lyra ao dedicar capítulo especial de sua obra aos deveres e poderes do Juiz[395]:

> *"O poder desarmado e desprovido só será poder com a riqueza da honra impoluta, com a força do caráter. A lei do maior esforço, esta que vigora no campo moral para quantos julgam, acusam, prendem. O juiz deve ser respeitado por ser respeitável, a altura do incomparável poder de julgar, enfrentando o extremismo das fraudes e violência. Conhecendo a sociedade pelo avesso, ele tateia o mecanismo das iniquidades e hipocrisias".*

Atraindo propositalmente para si a missão de reagir ao ataque, o juiz vítima perde a segurança moral que se espera daquele que é incumbido de decidir sobre a liberdade de seu semelhante.

III - O "DECRETO DE PRISÃO EM FLAGRANTE": MALABARISMO JURÍDICO EM AÇÃO

Após ter conhecimento do vídeo divulgado pelo deputado Daniel Silveira, o ministro Alexandre de Moraes não perdeu tempo. Prevendo que teria o respaldo corporativo de seus colegas ministros, como ocorreu em todas as outras ilegalidades perpetradas nos já citados inquéritos, Moraes resolveu logo, e

395 LYRA, Roberto. *Como julgar, como defender, como acusar*. Belo Horizonte: Editora Lider, 2003. p. 12.

por conta própria, que o parlamentar deveria ser preso[396]. A respeito dessa atitude, provavelmente o leitor deve estar se perguntando: não caberia ao Ministério Público a titularidade da acusação, como legítimo titular de perseguição criminal? Afinal, o que é um juiz está fazendo ao determinar, de ofício, (in)justamente a prisão de quem o vitimiza?

Efetivamente, nos termos da Constituição Federal, o Ministério Público é o titular privativo da ação penal pública[397], portanto, por coerência, o órgão que deveria ter a prerrogativa de provocar o Poder Judiciário visando à prisão de quem porventura comete crime.

Ocorre que desde longa data o ministro Alexandre de Moraes simplesmente ignora o Ministério Público. Assim, ao agir sem a prévia iniciativa do titular da ação penal e sem sequer oportunizar manifestação desse órgão, que também é fiscal da lei, o ministro violou o que se denomina em Direito como *sistema acusatório*. Numa estupenda pirueta, Alexandre de Moraes saltou da condição de juiz vítima para a posição de acusador, disfarçado de representante do Ministério Público, para finalizar o rodopio novamente como juiz, que decretou e expediu a ordem de prisão. "Voilá!" A manobra ilegal, de acordo com entendimento do próprio Supremo Tribunal Federal, enseja aos bandidos comuns a soltura imediata e a nulidade da prisão, mas para os inimigos da Corte isso não ocorre[398].

---

396 Para acessar a decreto de prisão: https://www.poder360.com.br/justica/supremo-manda-prender-deputado-que-ofendeu-ministros-e-pediu-ai-5/. Acesso em: 05 mar 2021.

397 Art. 129, inciso I, Constituição Federal.

398 Ementa: HABEAS CORPUS IMPETRADO CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA QUE INDEFERE LIMINAR EM TRIBUNAL SUPERIOR. SÚMULA 691/STF. SUPERAÇÃO. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL. PRISÃO EM FLAGRANTE. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. COVID-19. OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS - PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA. PACTO DE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS. DIREITO FUNDAMENTAL DO PRESO. POSSIBILIDADE DE REALIZAÇÃO POR VIDEOCONFERÊNCIA. AUSÊNCIA DE NORMA LEGAL PROIBITIVA. ***CONVERSÃO DE PRISÃO EM FLAGRANTE EM PRISÃO PREVENTIVA DE OFÍCIO PELO MAGISTRADO. VIOLAÇÃO DO SISTEMA ACUSATÓRIO. ARTS. 5º, LIII, LV, LIX, 93, 129, I, E 133, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ARTS. 282, § § 2º e 4º, 310, 311 E 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PODER GERAL DE CAUTELA. ILEGALIDADE. OCORRÊNCIA. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.*** 1. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido da superação da Súmula 691/STF nas hipóteses em que se evidencie a existência de flagrante ilegalidade ou abuso de poder na decisão hostilizada. (...) 4. *A Constituição Federal de 1988, ao atribuir a privatividade da promoção da ação penal pública ao Ministério Público (art. 129, I); ao assegurar aos ligantes o direito ao contraditório e à ampla defesa e assentar o advogado como função essencial à Justiça (art. 5º, LV e 133); bem como, ao prever a resolução da lide penal, após o devido processo legal, por um terceiro imparcial, o Juiz natural (art. 5º, LIII e LXI; 93 e seguintes), consagra o sistema*

No entanto, na condição de deputado federal, Daniel Silveira possui imunidade parlamentar, material e formal, prevista constitucionalmente no artigo 53 da Magna Carta, o que complica ainda mais o quadro, visto que a possibilidade de prisão de membros do Congresso, durante o exercício do mandato é muito restrita:

> *Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos.*
>
> *§ 1º Os Deputados e Senadores, desde a expedição do diploma, serão submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal.*
>
> *§ 2º 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.*

Conforme expresso no parágrafo 2º, do artigo 53 acima anunciado, os membros do Congresso não podem ser presos, exceto em flagrante e por crime inafiançável. Além disso, eles têm imunidade penal, civil por QUAISQUER de suas opiniões, palavras e votos. Ora, conforme expôs o Ministro em sua decisão, a prisão do deputado decorreu de uma fala sua, no exercício e em decorrência do mandato parlamentar na qual ele expôs sua insatisfação com atos da Corte e afirmou que combateria os abusos dos ministros no exercício de sua função parlamentar. O

---

acusatório. 5. A Lei n. 13.964/19, ao suprimir a expressão "de ofício" constante na redação anterior dos arts. 282, § § 2º e 4º, e 311, ambos do Código de Processo Penal, veda, de forma expressa, a imposição de medidas cautelares restritivas de liberdade pelo magistrado sem que haja anterior representação da autoridade policial ou requerimento das partes. 6. O art. 310 do Código de Processo Penal deve ser interpretado à luz do sistema acusatório e, em conjunto, com os demais dispositivos legais que regem a aplicação das medidas cautelares penais (arts. 282, §§ 2º e 4º, 311 e seguintes do CPP). Disso decorre a ilicitude da conversão, de ofício, da prisão em flagrante em prisão preventiva pela autoridade judicial. 7. O auto de prisão em flagrante é procedimento de natureza administrativa, em que a autoridade policial limita-se a observar as formalidades legais para a sua lavratura (arts. 304 e seguintes do CPP), sem tecer consideração sobre a necessidade e a adequação da prisão preventiva, espécie com pressupostos e requisitos distintos (art. 311 e seguintes do CPP). Faz-se, portanto, necessário pedido, formal e expresso, da autoridade policial ou do Ministério Público, em audiência de custódia, para a imposição da prisão preventiva pelo magistrado. 8. O poder geral de cautela não autoriza o agir do Juiz por iniciativa própria quando em detrimento da liberdade individual. No processo penal, para que a intervenção estatal opere nas liberdades individuais com legitimidade, é necessário o respeito à legalidade estrita e às garantias fundamentais. Doutrina. Precedentes. 9. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício. (HC 186421, Relator(a): CELSO DE MELLO, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 20/10/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-273 DIVULG 16-11-2020 PUBLIC 17-11-2020) (negritei)

deputado pode ter feito uma péssima escolha de palavras, pode ter usado expressões vulgares, pode ter se excedido nas figuras de linguagens, em especial nas hipérboles, e nas bravatas, para impressionar seus eleitores, e seu discurso pode ser reprovável em vários sentidos - no entanto, isso não lhe retira a imunidade total concedida pela Constituição.

Assim, naturalmente esperava-se que a ordem de prisão esbarraria nesses obstáculos da Constituição Federal. Ocorre que estamos falando do atual STF e de um de seus ministros. Afinal, como diria o colega de Corte, *"nós somos supremos"*. Eis portanto os próximos lances malabarísticos.

Inicialmente, o ministro Alexandre de Moraes afastou, sem se fazer de rogado, a imunidade material prevista na Constituição Federal. Movido pelo ímpeto de vítima disposta ao revide, Moraes decidiu, embalado pela fúria, o que um parlamentar pode ou não pode falar, apesar de a Constituição dispor expressamente que os deputados e senadores são invioláveis por QUAISQUER opiniões, palavras e votos. O ministro certamente levou em conta que essa decisão, no entanto, não é novidade na Corte que tudo decide de acordo com o voluntarismo e conveniência dos julgadores. Assim, a imunidade será aquilo que os ministros decidirem, não importando que com isso atentem contra a Constituição, a lei e contra os próprios princípios que regem um sistema de democracia, que dizem defender, democracia essa que exige a liberdade ao parlamento para que o Poder Legislativo não seja tiranizado por outros poderes da República. Aliás, o próprio Alexandre de Moraes, quando se apresentava como jurista, defendia a imunidade parlamentar como vital à democracia na sua obra de Direito Constitucional, citada abaixo apenas por mero exercício de retórica, já que em nada esses inquéritos se relacionam com lei, com justiça ou com democracia:

> *FINALIDADE DEMOCRÁTICA*
>
> *Na independência harmoniosa que rege o princípio da Separação dos Poderes, as imunidades parlamentares são institutos de vital importância, visto buscarem, prioritariamente, a proteção dos parlamentares, no exercício de suas nobres funções,*

contra os abusos e pressões dos demais poderes; constituindo-se, pois, um direito instrumental de garantia de liberdade de opiniões, palavras e votos dos membros do Poder Legislativo, bem como de sua proteção contra prisões arbitrárias e processos temerários.

Assim, para o bom desempenho de seus mandatos, será necessário que o parlamento ostente ampla e absoluta liberdade de convicção, pensamento e ação, por meio de seus membros, afastando-se a possibilidade de ficar vulnerável às pressões dos outros poderes do Estado[399].

Esse magistério de Alexandre de Moraes encontrava eco em decisão do próprio Supremo Tribunal Federal:

INQUÉRITO - CRIME CONTRA A HONRA - SENADOR DA REPUBLICA - IMUNIDADE PARLAMENTAR MATERIAL - CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 - EVOLUÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO - ASPECTOS DO INSTITUTO DA IMUNIDADE PARLAMENTAR - INVIOLABILIDADE E IMPROCESSABILIDADE - "FREEDOM FROM ARREST" - DISCURSO PARLAMENTAR - IRRELEVÂNCIA DO LOCAL EM QUE PROFERIDO - INCIDÊNCIA DA TUTELA CONSTITUCIONAL - PEDIDO DE ARQUIVAMENTO DO CHEFE DO MINISTÉRIO PÚBLICO - IRRECUSABILIDADE - MONOPÓLIO CONSTITUCIONAL DA AÇÃO PENAL PÚBLICA - INQUÉRITO ARQUIVADO . - O instituto da imunidade parlamentar atua, no contexto normativo delineado por nossa Constituição, como condição e garantia de independência do Poder Legislativo, seu real destinatário, em face dos outros poderes do Estado. Estende-se ao congressista, embora não constitua uma prerrogativa de ordem subjetiva deste. Trata-se de prerrogativa de caráter institucional, inerente ao Poder Legislativo, que só e conferida ao parlamentar "ratione muneris", em função do cargo e do mandato que exerce. E por essa razão que não se reconhece ao congressista, em tema de imunidade parlamentar, a faculdade de a ela renunciar. Trata-se de garantia institucional deferida ao Congresso Nacional.

399 Moraes, Alexandre. Direito Constitucional. 5ª Edição rev. amp. E atualizada. São Paulo:Atlas. 1999, p. 358.

O congressista, isoladamente considerado, não tem, sobre ela, qualquer poder de disposição . - O exercício do mandato parlamentar recebeu expressiva tutela jurídica da ordem normativa formalmente consubstanciada na Constituição Federal de 1988. Dentre as prerrogativas de caráter político-institucional que inerem ao Poder Legislativo e aos que o integram, emerge, com inquestionável relevo jurídico, o instituto da imunidade parlamentar, que se projeta em duas dimensões: a primeira, de ordem material, a consagrar a inviolabilidade dos membros do Congresso Nacional, por suas opiniões, palavras e votos (imunidade parlamentar material), e a segunda, de caráter formal (imunidade parlamentar formal), a gerar, de um lado, a improcessabilidade dos parlamentares, que só poderão ser submetidos a procedimentos penais acusatórios mediante previa licença de suas Casas, e, de outro, o estado de relativa incoercibilidade pessoal dos congressistas (freedom from arrest), que só poderão sofrer prisão provisoria ou cautelar numa única e singular hipótese: situação de flagrancia em crime inafiançável . - Dentro do contexto normativo delineado pela Constituição, a garantia jurídico-institucional da imunidade parlamentar formal não obsta, observado o "due process of law", a execução de penas privativas da liberdade definitivamente impostas ao membro do Congresso Nacional. Precedentes: RTJ 70/607 . - A imunidade parlamentar material só protege o congressista nos atos, palavras, opiniões e votos proferidos no exercício do ofício congressual. São passiveis dessa tutela jurídico-constitucional apenas os comportamentos parlamentares cuja prática seja imputável ao exercício do mandato legislativo. A garantia da imunidade material estende-se ao desempenho das funções de representante do Poder Legislativo, qualquer que seja o âmbito, parlamentar ou extraparlamentar, dessa atuação, desde que exercida ratione muneris . - O monopólio da ação penal pública, incondicionada ou condicionada, pertence ao Ministério Público. Trata-se de função institucional que lhe foi deferida, com exclusividade, pela Constituição Federal de 1988. E incontrastável o poder jurídico-processual do Chefe do Ministério Público que requer, na condição de "dominus litis", o arquivamento judicial de qualquer inquérito ou peca de informação. Inexistindo, a critério do Procurador-Geral elementos que justifiquem o oferecimento de

denúncia, não pode o Tribunal, ante a declarada ausência de formação da "opinio delicti", contrariar o pedido de arquivamento deduzido pelo Chefe do Ministério Público. Precedentes do Supremo Tribunal Federal.(STF - Inq: 510 DF, Relator: CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 01/02/1991, TRIBUNAL PLENO, Data de Publicação: DJ 19-04-1991 PP-04581 EMENT VOL-01616-01 PP-00086 RTJ VOL-00135-02 PP-00509)

Ignorando não apenas esses preceitos, como também os ensinamentos básicos em torno da questão, o julgador vítima nem se dispôs a enfrentar a temática da imunidade material, visto que apenas se manifestou no seguinte sentido, tangenciando essa questão fundamental, sacando da gibeira os clichês de sempre:

"A reiteração dessas condutas por parte do parlamentar revela-se gravíssima, pois atentatório ao Estado Democrático de Direito brasileiro e suas Instituições republicanas.

Não existirá um Estado democrático de direito, sem que haja Poderes de Estado, independentes e harmônicos entre si, bem como previsão de Direitos Fundamentais e instrumentos que possibilitem a fiscalização e a perpetuidade desses requisitos. Todos esses temas são de tal modo interligados, que a derrocada de um, fatalmente, acarretará a supressão dos demais, trazendo como consequência o nefasto manto do arbítrio e da ditadura, como ocorreu com a edição do AI-5, defendido ardorosa, desrespeitosa e vergonhosamente pelo parlamentar.

Imprescindível, portanto, medidas enérgicas para impedir a perpetuação da atuação criminosa de parlamentar visando lesar ou expor a perigo de lesão a independência dos Poderes instituídos e ao Estado Democrático de Direito".

Numa segunda manobra, percebe-se um excesso na tipificação legal da conduta do parlamentar, enquadrando-a em crimes contra a segurança nacional, em diversos dispositivos, diga-se de passagem, numa análise puramente subjetiva do ministro vítima, o qual, como já se afirmou, não tinha a isenção necessária para analisar os fatos, de modo a lhes dar o devido en-

quadramento jurídico-penal. Nesta altura da abordagem dos excessos cometidos, novamente buscamos o auxílio do bom senso do leitor: quantas vezes o Presidente da República foi xingado, ofendido, atacado verbalmente (inclusive por parlamentares) nas redes sociais? E os ministros de Estado? E os governadores? Deputados? Prefeitos? Vereadores? Quantos desses criminosos foram **presos em flagrante**? Porém, Daniel Silveira esqueceu-se de que não existe crime que não seja gravíssimo para Alexandre, o Grande.

As ofensas proferidas pelo Deputado Federal foram catapultadas às alturas em uma lei que até recentemente se defendia não ter sido recepcionada (acolhida) pela Constituição de 1988 por ter sido aprovada durante o regime militar, qual seja, a Lei de Segurança Nacional. Neste aspecto, é interessante observar que, ao oferecer uma denúncia-relâmpago contra o parlamentar, o próprio Ministério Público alterou a capitulação das condutas sugeridas pelo ministro vítima, reduzindo o número de tipos penais constantes da velha lei de 1983[400].

Contudo, esperem, pois as manobras não terminaram por aí!

O terceiro ardil foi tratar esses crimes como se fossem objetivamente inafiançáveis, os únicos a que caberia a prisão flagrante de parlamentar, conforme o disposto no artigo 53, parágrafo 2º da Constituição Federal, já mencionado. Isso também não seria um problema para o ministro Alexandre de Moraes.

---

400 . Para acesso à denúncia: http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/pgr-denuncia-deputado-federal-por-coacao-no-curso-do-processo-aos-ministros-do-stf. Acesso em 09 mar 2021.
Art. 344, do Código Penal, por 3x
Coação no curso do processo Art. 344 - Usar de violência ou grave ameaça, com o fim de favorecer interesse próprio ou alheio, contra autoridade, parte, ou qualquer outra pessoa que funciona ou é chamada a intervir em processo judicial, policial ou administrativo, ou em juízo arbitral:
Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa, além da pena correspondente à violência.
Lei de Segurança Nacional - Lei 7170/83.
Art. 23, inciso II (1x), inciso IV (2x).
Art. 23 – Incitar:
I - à subversão da ordem política ou social;
IV - à prática de qualquer dos crimes previstos nesta Lei.
Pena: reclusão, de 1 a 4 anos.
Art. 18 - Tentar impedir, com emprego de violência ou grave ameaça, o livre exercício de qualquer dos Poderes da União ou dos Estados.
Pena: reclusão, de 2 a 6 anos.

Os crimes inafiançáveis são aqueles a que a Constituição e a lei vedem a concessão de fiança, tanto pelo delegado quanto pelo juiz. Esses crimes são exceção e estão previstos expressamente no artigo 323, do Código de Processo Penal, e na Constituição que, na redação do Art. 5º, inciso XLIII elenca "os crimes de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem." Ainda segundo a Carta Magna de 1988, são inafiançáveis a prática do racismo (Artigo 5.º, inciso XLII), e a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (Artigo 5.º, inciso XLIV). Você, leitor, encontrou algum crime da lei de Segurança Nacional como sendo inafiançável? Nós também não encontramos.

Assim, ainda que a conduta do deputado se enquadrasse em crimes da Lei de Segurança Nacional, na qual há previsão de calúnia contra ministros do Supremo Tribunal Federal por exemplo, esses crimes não são inafiançáveis, logo não se enquadram no rol de crimes em que se permite prisão em flagrante de congressista.

Não se deve confundir o crime inafiançável com a impossibilidade de arbitrar fiança em razão do cabimento de prisão preventiva, pois o cabimento desta não se refere necessariamente ao tipo de crime cometido, mas aos motivos ou fundamentos da prisão.

E aí vem a cereja do bolo: a prisão em flagrante, e por mandado! Que rufem os tambores!

As hipóteses de prisão em flagrante estão expressas no Código de Processo Penal:

> *Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:*
>
> *I - está cometendo a infração penal;*
>
> *II - acaba de cometê-la;*

III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;

IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

Art. 303. Nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência.

Ora, como já citado acima, na decisão que decretou a prisão não foi mencionado nem dia e nem hora da prática do suposto crime (e aqui qualquer coincidência com a obra *O Processo*, de Kafka, não é mera semelhança).

O que parece um esquecimento sem importância, tem relevância gigantesca, haja vista que a prisão em flagrante deve estar dentro das hipóteses mencionadas. Significa afirmar que, via de regra, não é juridicamente possível prender alguém em flagrante após horas ou mesmo dia após a consumação do crime, salvo em caso excepcional e expresso em lei, sem que tenha havido perseguição ininterrupta do criminoso. Necessariamente, tem de haver ao menos o que chamamos em direito processual penal de flagrante impróprio, que são as duas últimas hipóteses do artigo 302, do CPP[401].

Ocorre que, parodiando o poeta, "no meio do caminho do Direito e da Justiça havia uma pedra, tinha uma pedra no meio do caminho, e essa pedra era (e ainda é) o STF".

O que se tem tentado demonstrar ao longo desta obra é que há muito tempo e de diversas formas, os ministros que integram o Supremo Tribunal Federal deixaram de ser os guardiões da Constituição e dela se tornaram os reformadores. Conforme cada caso, a depender dos interesses e dos personagens em jogo,

401 A Lei de Organizações Criminosas prevê uma outra modalidade de prisão em flagrante, que é chamada de flagrante de prorrogado, em casos em que há autorização judicial para ação controlada - art. 8º da Lei n. 12.850/2013. Destaca-se que ainda nesses casos, embora se pudesse sustentar que integrar organização criminosa é crime permanente, a própria lei exige prévia autorização judicial para ação controlada e inação do agente policial quando se defronte com situação de flagrância. No Caso do Senador Delcídio, o Ministro Teori sustentou que se tratava de crime permanente por integrar organização criminosa, mas sequer mencionou que um flagrante prorrogado, com base nessa lei - situação possível para flagrante prorrogado, exigiria prévia autorização judicial de ação controlada. Ou seja, o modo que se deu a prisão do Senador não sustentaria uma prisão de um traficante de uma orcrim, ou seja, sem prévia autorização judicial para ação controlada e sem mandado de prisão preventiva.

os julgadores decidem dar uma nova interpretação ao texto, sem sequer mudarem as palavras escritas, pois em sua visão, a Constituição é viva, é elástica e pode ser moldada ao seu bel prazer.

Assim, por conta dessa constante atividade de mudar e moldar a Constituição, a lamentável decisão do ministro Alexandre de Moraes já tinha precedentes na corte, especialmente na rumorosa prisão do Senador Delcídio do Amaral.

A prisão de Delcídio ocorreu em 2015, no âmbito da Operação Lava Jato, quando o ministro Teori Zavaski decretou prisão em flagrante e preventiva do senador por crimes que ele teria supostamente praticado vinte e um e seis dias antes da decisão que reconheceu a situação de flagrância e decretou uma prisão preventiva. A conduta do senador foi enquadrada em crime de *integrar organização criminosa*, para então ser considerado crime permanente, e em crime de *patrocínio infiel*, nenhum deles inafiançável. No entanto, em sua decisão, o ministro Teori Zavaski sustentou que, no seu entendimento, naquele caso concreto o crime era inafiançável, e por isso decretou a prisão preventiva e ainda declarou que o Senador estava em estado de flagrância. Assim, o senador, sem prévia manifestação ao Senado, foi preso por ordem do ministro Teori, que teve sua decisão ratificada pelo plenário do STF.

Antes ainda do caso de Delcídio, houve ao menos mais um precedente de relativização da imunidade formal em outro caso no STF: HC 89.417-8/RO, de 22/08/06, Rel. Min. Carmem Lúcia. Como se vê, a noite não escurece de uma vez e, como alerta Bertrand de Jouvenel, o poder tende sempre a se expandir: o STF cresceu e o parlamento se apequenou, pois tal como aconteceu com o deputado Daniel Silveira, o Senado chancelou a prisão ilegal do então senador Delcídio do Amaral pelo Supremo Tribunal Federal[402]. Se serve de consolo, à época, ao menos, o pedido de prisão fora formulado pelo Procurador-Geral da República.

402 Para acessar a decisão de prisão em flagrante do Ministro Teori Zavaski: http://g1.globo.com/politica/operacao-lava-jato/noticia/2015/11/delcidio-amaral-senador-do-pt-e-preso-pela-policia-federal.html. Acesso em: 08 de março de 2021.

Tanto no caso do senador Delcídio do Amaral quanto no caso do deputado Daniel Silveira, a justificativa foi de que se tratava de *crime permanente*. No caso do senador, sustentou-se que se tratava de crime de *organização criminosa* e, no caso do deputado, alegou-se que o material - vídeo - estava disponível na rede mundial de computadores, portanto ainda em andamento. Essa interpretação é bastante questionável, pois a conduta do deputado havia cessado com a conclusão da gravação e colocação do vídeo no ar, e o fato de estar disponível pode ser entendido como efeito da conduta cessada, o que em Direito Penal classificaríamos como crime instantâneo de efeito permanente. Entretanto, em ambos os casos, declarou-se um flagrante para se desviar da proibição constitucional de prisão preventiva de membro do Congresso, uma mera manobra diversionista para iludir o menos atento ou alimentar a narrativa da torcida a favor.

Então, surge pelas mãos do ministro Alexandre de Moraes o abominável, anormal, indefinível, "mandado de prisão em flagrante".

Para o leigo é importante esclarecer que a prisão em flagrante não decorre de expedição de um "mandado" (que é um documento contendo uma ordem judicial). Quando ocorre nos termos da lei, a situação de flagrante está lá, no calor dos fatos, e é exatamente esse estado flagrancial que autoriza a prisão do criminoso[403]. Aliás, justamente em função de ser possível flagrar alguém cometendo o ilícito é que as providências poderão ser adotadas por qualquer do povo, e não apenas por uma autoridade. Os tipos de prisão que exigem mandado judicial são as prisões preventiva e temporária. A prisão em flagrante é formalizada por meio de um auto de prisão em flagrante elaborado por um delegado de polícia diante da apresentação do preso flagrado em uma das circunstâncias acima mencionadas.

Porém, como já disse o colega de toga, ministro Marco Aurélio, *"vivemos tempos estranhos"*, e dessa estranheza brotou uma

403 Art. 5º, da CF: LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

prisão em flagrante por ordem judicial da vítima ministro Moraes, materializada por um "mandado".

A prisão em flagrante por decreto também tinha um outro objetivo, que seria permitir a invasão da casa do parlamentar à noite, de madrugada, enfim quando fosse necessário, pois se fosse uma prisão preventiva, os agentes deveriam aguardar até o dia raiar para prendê-lo. Daí que por mandado, mais de 24 horas depois da cessação da conduta do deputado, ele foi preso em flagrante por intermédio dessa ordem judicial, apesar da inviolabilidade do lar durante a noite[404]. Reportando-nos mais uma vez ao clássico *O Processo*, até os policiais de Kafka foram mais condescendentes, já que esperaram Joseph K. acordar para lhe dar voz de prisão.

Acrescente-se mais um objetivo alcançado pela expedição desse mandado: a máxima de que "ordem judicial não se questiona, cumpre-se". Afinal, mesmo diante de todos esses indicativos de ilegalidades, quais agentes da Polícia Federal questionariam a ordem escrita do Ministro do Supremo Tribunal Federal?

Contudo, apesar de todos esses esclarecimentos, pode ser que você ainda esteja raciocinando no sentido de que o Ministro Alexandre de Moraes, adotando uma postura contemporânea, utilizou-se de uma medida *autêntica*, na condição de intérprete do Direito, reconhecendo assim a validade de uma nova forma jurídica de levar a efeito uma prisão em flagrante. Afinal, poderia insistir o leitor, a ordem jurídica está em crescente evolução. A esse respeito, Charles Taylor, professor catedrático de Filosofia e Ciência Política da Universidade McGill, no Canadá, dedicou importante estudo em sua obra intitulada *A Ética da Autenticidade*, cujos principais aspectos têm correlação direta com o tema deste texto.

Segundo o professor Taylor, uma das principais mazelas da atual sociedade contemporânea é o relativismo, que por sua vez descamba para o subjetivismo. Traduzindo de forma simplifica-

404 Art. 5º, da CF: XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;

da, a multiplicidade de possibilidades de escolhas ofertadas pela vida moderna faz com que os indivíduos cometam o equívoco de deduzirem que os demais membros da coletividade são obrigados a suportar as consequências de suas decisões baseadas puramente nos seus interesses pessoais. Aconteceu exatamente essa circunstância no caso Moraes *versus* Silveira, ora em exame. O ministro Alexandre Moraes, diretamente atingido pelas ofensas do deputado federal, intitulando-se juiz como qualquer magistrado brasileiro, entendeu que seria caso de prisão do parlamentar. Nessa mesma linha de raciocínio, o ministro, responsável pela condução de um inquérito, arvorou-se com poderes suficientes à decretação da prisão do criminoso. Na sequência, partindo da premissa de que sua vontade não era autoexecutável, expediu o inédito "mandado de prisão em flagrante". Simples assim. Será? A resposta é não.

Consoante bem explicita Charles Taylor em sua referida obra, todas as coisas possuem um *significado* que não pode ser determinado por um único indivíduo, mas sim são predefinidos por um processo dialógico constante entres os participantes da vida social. Simplesmente não há possibilidade de um indivíduo tentar impor uma significação própria, exclusiva, às coisas de seu interesse. Observem:

> *"O agente que procura significado na vida, tentando se definir de maneira significativa, deve existir num horizonte de questões importantes. Isso é autodestruição nos modos de cultura contemporânea que se concentram na autorrealização em oposição às demandas da sociedade, ou da natureza, que bloqueia a história e os laços de solidariedade. Essas formas centradas "narcisistas" são de fato superficiais e banalizadas; são "niveladas e restritas", como Bloom diz[405]".*

Observem que a abordagem serve como uma luva à atual realidade que permeia a mais elevada Corte do Brasil. Os ministros, contagiados pelos nefastos efeitos do relativismo, passaram a conceber a interpretação das regras jurídicas (sobretudo aquelas de natureza constitucional) de acordo com as significa-

405 TAYLOR, Charles. CARVALHO, Talyta (Trad.). *A ética da autenticidade*. São Paulo/SP: É Realizações, 2011. p. 49.

ções pessoais atribuídas por eles próprios aos institutos normativos. Passaram assim a tentar impor novos significados às leis, apesar da preexistência de uma significação vigente no meio social. Ocorre que essa *autenticidade* moderna somente é de certa forma tolerável em relação aos indivíduos em geral, posto que se tratam de vítimas alienadas do processo de desculturação e bloqueio da história, conforme define Taylor. Porém, em relação aos ministros do STF, pessoas que deveriam possuir notável saber jurídico, essa atitude narcisista é imperdoável. O Direito por excelência é uma área do saber completamente permeada de significados construídos no curso dos tempos por brilhantes juristas, verdadeiros artífices de ordem legal, que se não era perfeita, pelo menos garantia segurança e estabilidade. Os togados da Corte têm a obrigação de respeitar esses significados preexistentes, pois são plenamente cônscios de que suas violações acarretarão o colapso do Direito, com gravíssimos reflexos negativos à sociedade brasileira.

Portanto, a *autenticidade* protagonizada pelo ministro Alexandre de Moraes no episódio da prisão do deputado Daniel Silveira foi ilegal por todos os ângulos em que se analise. Ela se deu porque o parlamentar, por diversas vezes, fez discursos e vídeos destacando os excessos, os abusos dos ministros do STF, defendendo a tripartição e a harmonia entre os poderes. A linguagem usada, a forma truculenta, são meramente acidentais comparadas à brutal reação do órgão de Justiça. Resumindo, toda a dissidência ao novo regime deve ser eliminada. Assim funcionam os regimes totalitários.

IV - AS ESQUISITICES NA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E NA MANUTENÇÃO DA PRISÃO ILEGAL

Todo brasileiro minimamente informado já ouviu falar em uma tal de "audiência de custódia". Trata-se de uma invenção do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), no sistema de justiça penal nacional, em parceria com algumas ONGs de defesa de criminosos, surgida no ano de 2015. A audiência de custódia é um

ato judicial que deve ser realizado em até 24 horas após a prisão de alguém, no qual o preso é apresentado ao juiz e ouvido por ele, em que se verificam eventuais ilegalidades e ocorrência de tortura contra o preso. Sabemos, caro leitor, que nesse momento você esboça um sorriso sarcástico: realmente, não somos médicos, muito menos peritos legistas para vasculhar o corpo dos presos visando constatação eficiente de marcas de violência. Porém, a regra está aí no dia a dia das atividades forenses.

A finalidade pouco confessada da audiência de custódia é sempre evitar a manutenção da prisão. Antes de decidir manter ou não a prisão, o juiz que faz a audiência deve ouvir o preso, a defesa do preso e o agente do Ministério Público. Ela acontece em qualquer caso de prisão[406].

No caso da audiência de custódia do Deputado Daniel Silveira aconteceram fatos estranhos, que se repetidos em casos de outros presos, o próprio STF teria relaxado a prisão e as partes envolvidas - juiz e promotor - poderiam até ser responsabilizados penalmente por crime de abuso de autoridade[407].

Então vamos lá. Abram-se as cortinas! O espetáculo tem que continuar!

A audiência de custódia foi realizada mais de 24 horas depois da prisão. Sejamos sinceros, isso não é raro de acontecer, visto que as pautas de audiências são lotadas e nem sempre conseguem abarcar os casos que acontecem no fim da noite anterior ou na madrugada, de modo que são agendadas para o dia seguinte, seria esse o caso do STF?

---

406 Sobre a audiência de custódia, sugere-se o artigo *Audiência de Custódia - uma digital do globalismo na justiça penal brasileira*, de Cláudia Rodrigues de Morais Piovezan, na obra **As várias faces da Nova Ordem Mundial**, organizada por Alexandre Costa, publicada pela Vide Editorial, 2021.

407 Lei nº 13.869, de 05 de setembro de 2019:
Art. 9º Decretar medida de privação da liberdade em manifesta desconformidade com as hipóteses legais:

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena a autoridade judiciária que, dentro de prazo razoável, deixar de:

I - relaxar a prisão manifestamente ilegal;

II - substituir a prisão preventiva por medida cautelar diversa ou de conceder liberdade provisória, quando manifestamente cabível;

III - deferir liminar ou ordem de *habeas corpus*, quando manifestamente cabível.'

O juiz que realizou a audiência de custódia do deputado, embora fosse juiz, tivesse toga de juiz, aprovação no cargo de juiz, era meramente uma *longa manus* do próprio Alexandre de Moraes, pois está lotado no gabinete de Alexandre de Moraes e foi escolhido pela própria vítima do suposto crime, que também era o seu chefe, e que havia decretado a prisão ilegal. Caro leitor, o que você acha que aconteceria com o preso em uma situação como essa?

Então, a audiência de custódia, realizada no dia 18 de fevereiro de 2021, por volta de 14h30, por videoconferência, no inquérito 4.781, foi presidida pelo juiz Airton Vieira, que atua como juiz instrutor no gabinete do ministro Alexandre de Moraes[408]. Na oportunidade, nem Ministério Público e nem defesa fizeram perguntas ao preso, que ainda assim se manifestou, quando lhe dada a palavra:

> *"(...) Nessa oportunidade, aproveito para exteriorizar que, no meu entendimento, com todo o respeito à magistratura e à decisão do senhor ministro, tenho para mim que a situação reputada como flagrante, assim não poderia tê-lo sido, entendo, com todo respeito reiterado que não estávamos diante de uma situação de flagrante, cuja lavratura fora, então, irregular. Por exemplo, se houvesse algum vídeo disponível de um narcotraficante, tendo sido visto por mim, questiono seu eu poderia, tempos depois, autuá-lo em flagrante? Por isso, aproveitando esta audiência de custódia, deixo registrado o meu entendimento sobre a questão".*

A atuação do representante do Ministério Público não foi menos estranha:

> *"Dada a palavra à Procuradoria-Geral da República o Dr. Procurador da República manifestou-se, em apertadíssima síntese pela higidez da situação flagrancial do custodiado, bem como pela higidez da respectiva autuação flagrância, manifestando-se, pela incidência do art. 53, § 2º da CF. E tudo, ainda, nos termos da sua manifestação escrita, que neste momento está sendo encaminhada para o gabinete do senhor Ministro Ale-*

408 Para acessar o conteúdo da audiência de custódia veja http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=460737. Acesso 12 mar 2021.

xandre de Moraes, para que passe a integrar, formalmente, a ata desta audiência de custódia, como manifestação oficial da Procuradoria-Geral da República".

Traduzindo, Daniel afirmou ao Juiz que sua prisão era ilegal. O representando de Ministério Público afirmou que o flagrante e a incidência do art. 53, § 2º, da CF, eram lícitos e que a manifestação oficial sobre a prisão já estaria no gabinete do Ministro. Ocorre que, naquela altura, a denúncia contra o deputado já tinha sido ofertada pela Procuradoria-Geral da República e protocolada no STF, no dia anterior, 17 de fevereiro de 2021, às 17h01min., e na cota que a acompanha, a própria PGR, pelo vice-procurador-geral Humberto Jaques de Medeiros, havia pedido a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão ao deputado. Isso mesmo, se o leitor fez as contas, já observou que um dia antes nem o próprio Ministério Público Federal havia pedido a manutenção da prisão de Daniel Silveira, mas no dia seguinte o representante da Procuradoria-Geral da República se manifestou pela validade e consequente manutenção dos efeitos da prisão em flagrante e parece que não mencionou o mais importante, o pedido de medidas diversas da prisão[409].

A defesa do preso, segundo consta na ata da audiência, manifestou-se nos seguintes termos:

> *"Questionou-se, de saída, a atipicidade da conduta ativa atribuída ao custodiado, com alusão à sua imunidade material, uma vez deputado federal. Ainda, questionou-se o estado de flagrância, bem como se crime houve, que não seria inafiançável, mas sim afiançável. De toda sorte, a inexistência de situação flagrancial. Terminou por requerer, o relaxamento da prisão que reputou ilegal, com a consequente expedição de alvará de soltura clausulado. Subsidiariamente, a defesa do custodiado requereu a concessão da sua liberdade provisória, uma vez presentes os requisitos do código de processo penal. Apontou as ilegalidades da prisão".*

409 Na cota que acompanhou a denúncia, o Vice-PGR requereu a aplicação de medida de proibição de se aproximar das instalações do STF e monitoração eletrônica. Para acessar a denúncia e a cota: http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/pgr-denuncia-deputado-federal-por-coacao-no-curso-do-processo-aos-ministros-do-stf . Acesso em 12 de mar 2021.

Aqui é importante fazer uma explicação ao leitor que seja leigo no assunto. Na audiência de custódia, o juiz tem algumas opções **em se tratando de prisão em flagrante**, alternativamente: *(i)* ele reconhece a ilegalidade da prisão em flagrante e relaxa a prisão; *(ii)* ele reconhece a legalidade da prisão em flagrante, mas entendendo que há fundamentos para a prisão preventiva, converte a prisão em flagrante em prisão preventiva, ou aplica medidas diversas da prisão, como monitoração eletrônica; *(iii)* ou ele reconhece a legalidade da prisão em flagrante, mas entendendo não haver fundamento para a prisão preventiva, ele concede liberdade provisória, com ou sem fiança[410].

No entanto, o juiz não tomou nenhum desses caminhos legais pertinentes aos casos de prisão em flagrante, como se diz ter sido o caso de Daniel, demonstrando claramente que não estava ali como julgador, mas sim como assessor do ministro Alexandre de Moraes, e não ousou converter a prisão em flagrante em preventiva talvez porque a Constituição vede a prisão preventiva de membro do Congresso e teve de manter as aparências. O juiz (que não era juiz, portanto), tal como Pôncio Pilatos, mesmo diante de tantas ilegalidades, lavou as mãos dizendo que a decisão já fora tomada pelo plenário do STF, por unanimidade. Acompanhem a cena[411]:

> *"(...) em primeiro lugar, em atenção a uma situação surgida no transcurso na presente audiência de custódia, consigno que foram respeitados todos os prazos estipulados, na normatividade legal. O custodiado, uma vez autuado em flagrante, foi imediatamente conduzido às dependências da polícia federal, a sua prisão flagrancial tendo sido, de pronto, comunicada ao senhor Ministro Alexandre de Moraes. Tudo tempestivamente, como*

410 . Art. 310. do CPP. Após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público, e, nessa audiência, o juiz deverá, fundamentadamente:

I - relaxar a prisão ilegal; ou

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

411 Sobre a decisão do plenário do STF: http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=460657&ori=1. Acesso em: 12 de mar 2021.

também o foi a designação da presente audiência de custódia, designada dentro do prazo de 24 horas após a decisão do colegiado maior, do Supremo Tribunal Federal, isto é, do seu Pleno, que reconheceu a legalidade da prisão flagrancial. Desse modo, ficam afastados quaisquer questionamentos acerca de suposta não observância de prazos legais. Por outro lado, no que diz respeito a situação que envolveu a autuação em flagrante do senhor deputado federal, aqui custodiado Daniel Silveira, relembro que o Supremo Tribunal Federal, por intermédio do seu pleno, na data de ontem, à unanimidade referendou a decisão do Senhor Ministro Alexandre de Moraes, placitando-a, mantendo a prisão flagrancial do custodiado, ainda nos termos do voto do senhor Ministro. Deste modo, a situação da autuação em flagrante do custodiado, no momento, já foi devidamente apreciada. De outro lado, importante ressaltar que, diante da manifestação da PGR, não se aplica a prisão preventiva a parlamentares, no caso, permanecendo a custódia cautelar do senhor deputado federal, por força da sua prisão em flagrante, assim formalizada pelo senhor Ministro Alexandre de Moraes, referendada, repito, pelo pleno do Supremo Tribunal Federal. Situação essa, de permanência da custódia cautelar nessa modalidade, que haverá de permanecer até eventual concessão de liberdade provisória ou a sua substituição por medidas cautelares, palmar, mediante decisão do Senhor Ministro Relator, em virtude da higidez da decisão do Supremo Tribunal Federal".

Assim, mais uma vez, o STF e seus ministros fizeram da lei e da Constituição *"gato e sapato"*, segundo a expressão popular, de acordo com suas conveniências e projetos de poder.

V - UM SISTEMA PENAL DE REGIMES DE EXCEÇÃO

Há algum tempo temos sustentado que se instalou em Brasília um tribunal de exceção, e essa situação se agravou especialmente após a instauração do Inquérito 4.781, depois seguido pelo Inquérito 4.828. Esse foi o objeto da obra *Inquérito do Fim do Mundo, o apagar das luzes do Direito Brasileiro*[412]. Ali, nós adverti-

412 Piovezan. Cláudia Rodrigues de Morais, Sponholz, Sandres e outros. *Inquérito do Fim do Mundo, o apagar das luzes do Direito Brasileiro.* Londrina: Editora E.D.A. Educação, Direito e Alta Cultura, 2020.

mos que o prosseguimento desses feitos culminaria em um regime de exceção que pode se tornar sangrento. A prisão do deputado Daniel Silveira é um novo desdobramento das ilegalidades que permeiam toda a atividade investigativa desses inquéritos. Naquela obra também demonstramos que os métodos usados são típicos de regimes totalitários.

Dois juristas, Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, pelo menos um deles de notório perfil esquerdista e abolicionista penal, na obra conjunta *Manual de Direito Penal Brasileiro, Parte Geral,* dedicaram-se a apontar algumas características de políticas penais dos autoritarismos, de regimes fascistas e socialistas do pré-guerra, numa abordagem a respeito dos interesses políticos e econômicos de cada regime, que confirmam justamente o que denunciamos.

Sobre as políticas penais fascistas os autores apontam que:

> *"O direito penal fascista caracterizou-se por atribuir ao direito penal a finalidade de proteger o Estado, estabelecer gravíssimas penas para os delitos políticos definidos subjetivamente, proteger o partido oficial e, além disso, pelo amplo predomínio da prevenção geral mediante a intimidação. Não obstante, por esses caminhos o fascismo não chegou aos excessos autoritários do nacional-socialismo ou do regime soviético. (...)*
>
> *A tutela do Estado leva a buscar a definição de delito político em relação às motivações, mas não para tratá-lo privilegiadamente, mas sim qualificadamente. Isto torna-se particularmente grave porque confundem-se os delitos contra a personalidade do Estado com os delitos contra o sistema político e o partido governante (único). Assim, considera-se delito contra a personalidade do Estado injuriar "a honra ou o prestígio do chefe de governo" (art. 282 Código Penal Italiano). Esses delitos eram submetidos a uma jurisdição especial, o Tribunal especial para a defesa do Estado, criado em 1926 e composto por oficiais superiores da "Milícia Fascista" e altos magistrados. (...)*
>
> *Por outra parte,, o Código Rocco estende desmesuradamente o âmbito da punibilidade: não distingue entre atos preparatórios e de tentativa, aplica medidas de segurança aos que conspiram,*

sem que se inicie a execução do fato, e equipara os a tos de todos os participantes[413]".

Quanto ao regime penal nacional-socialista, os autores informam que ele não se serviu de conceito de Estado, mas apelou para algo mais irracional - "a comunidade do povo", fundada sobre a "comunidade de sangue e de solo", sustentada pelo mito da raça. Os delitos políticos eram julgados por tribunal especial, o tribunal do povo, estabelecido em 1934. Em 1935, foi eliminado o princípio da legalidade. *Ops!* Mera coincidência com o STF, que rompeu com o princípio da legalidade ao estabelecer crime sem lei e mediante emprego de analogia?[414]

> *"Em 1935, foi eliminado o princípio da legalidade, mediante a introdução da analogia penal, substituindo-se o art. 2 do StGB pelo seguinte: "É punível aquele que comete um ato que a lei declara punível ou que, conforme a ideia fundamental de uma lei penal e ao sentimento do povo, merece ser punido. Se nenhuma lei penal é diretamente aplicável ao ato, este será sancionado conforme a lei em que mais adequadamente se aplique a ideia fundamental" O pensamento do "são sentimento do povo" garantia o caráter irracional desta legislação e a ditadura do costume*[415]".

Sobre a política penal soviética pré-guerra, os autores apontam que visava a eliminação dos valores que não correspondessem à "classe proletária". Em 1922, sancionou-se um código que estabelecia que a função do direito penal era a defesa do Estado de camponeses e trabalhadores durante o período de transição ao comunismo. Os delitos mais graves eram aqueles que tinham por objeto o restabelecimento do poder da burguesia. Os julgadores permaneciam extraordinariamente livres para apreciar o perigo social e construir analogicamente tipos penais, conforme a consciência socialista - aqui se abre um parêntesis para lembrar que as decisões do STF têm se fundamentado, com frequ-

413 Zaffaroni, Raúl. Pierangeli, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro, parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 334.

414 http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414010 - Ver capítulo 9 deste livro, sobre o princípio da reserva legal e o crime de homofobia.

415 Zaffaroni, Raúl. Pierangeli, op. cit. p. 336.

ência, na defesa dos interesses das minorias. Em 1924, os delitos passaram a ser divididos em duas categorias: os que atacavam o Estado - mais graves - e os que atacavam as pessoas - mais leves. Para os delitos contra o Estado a pena era de morte, enquanto um homicídio era apenado com 10 anos de prisão.

As coincidências não param por aí:

> *"O Código Penal russo de 1926 foi elaborado sobre esses princípios e, em seu art. 6º, dizia: "Considera-se socialmente perigosa toda ação ou omissão dirigida contra o regime soviético ou que importe atentado contra a ordem jurídica estabelecida pelo poder dos trabalhadores e camponeses para o período de transição à ordem comunista". O Art. 7º cominava sanções às pessoas que, embora não tivessem cometido delito, oferecessem perigo por sua vinculação a um meio perigoso ou por seu passado. O art. 16 estabelece que se o ato é socialmente perigoso e não está especialmente previsto será sancionado conforme atos previstos de natureza semelhante[416]".*

A toda prova, o que acontece hoje nos processos de Brasília, nos inquéritos gêmeos 4.781 e 4.828, demonstra que o Supremo Tribunal Federal, assim como nos regimes totalitários, exerce com mão de ferro um sistema juristocrata que não permite questionamentos. A prisão de um deputado, que deveria ter todas as garantias legais e constitucionais para se manifestar contra esse estado de coisas, insere-se no mecanismo de intimidação com caráter de prevenção geral. O objetivo é claro: calar a voz dissidente e transmitir a mensagem aos demais membros da sociedade, no sentido de que não se deve criticar os atos dos onze ministros que hoje conduzem um projeto revolucionário de poder e, tal como defendido pelo professor Ran Hirschl em sua obra *Rumo à Juristocracia, as origens e consequências do novo constitucionalismo*, tem como cúmplice o próprio Poder Legislativo. Por isso é que as prisões do senador Delcídio do Amaral e do deputado Daniel Silveira, apesar de violarem as garantias dos parlamentares do próprio Congresso, foram confirmadas em ambas as casas[417].

416 Zaffaroni, Raúl. Pierangeli. Op. cit. p. 338.

417 Câmara mantém prisão de Daniel Silveira: https://www.poder360.com.br/congresso/camara-decide-que-deputado-daniel-silveira-continua-preso/

Apesar do pedido contido na manifestação do MPF de aplicação de medidas alternativas à prisão ao deputado federal, até a data em que concluímos essas linhas, o Deputado continua preso. A sessão do STF para decidir sobre o recebimento da denúncia, realizada em 11 de março de 2021, foi adiada após a defesa pedir acesso aos autos para poder apresentar a defesa preliminar do deputado. Ocorre que, mesmo após 21 dias de prisão, a defesa ainda não tinha obtido acesso aos autos. Em despacho do ministro Alexandre de Moraes, de 10 de março de 2021, foi autorizado acesso integral ao inquérito 4.828 e parcial ao Inquérito 4.781, ou seja, apenas ao já famigerado ANEXO 70, e reaberto o prazo para os advogados apresentarem a defesa preliminar do acusado preso:

> *"(...) DETERMINO a devolução do prazo de 15 (quinze) dias para apresentação de defesa preliminar, franqueado acesso integral aos autos que trazem a investigação relacionada ao requerente (Anexo 70 do Inquérito 4.781 e autos principais do Inquérito 4.828). A vista está autorizada imediatamente e, diante do caráter sigiloso dos autos, deverá ser no gabinete, realizada através do fornecimento de cópia digitalizada, com aposição de marca d´água identificando o destinatário, que deverá manter o sigilo. Intime-se, com URGÊNCIA. Publique-se. Brasília, 10 de março de 2021*[418]*".*

Durante a sessão, o ministro Marco Aurélio solicitou que se colocasse em julgamento os pedidos do Ministério Público, o que não foi aceito. Iniciou-se uma discussão entre os Ministros, que culminou com Marco Aurélio chamando Alexandre de Moraes de "xerife" e Luiz Fux de "autoritário": *"Eu já disse que Vossa Excelência é autoritário. Vossa Excelência tudo pode. Vossa Excelência não submete ao colegiado proposta de um colega. Muito bem, paciência. Os tempos são estranhos e Vossa Excelência colabora eles serem mais estranhos ainda"*[419].

Em decisão monocrática, o Ministro Alexandre de Moraes manteve a prisão do acusado, afirmando que somente analisará

418 http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6115695

419 https://www.cnnbrasil.com.br/politica/2021/03/11/stf-entenda-discussao-entre-ministros-marco-aurelio-moraes-e-luiz-fux. Acesso em: 12 de mar 2021.

o pedido da defesa de aplicação de medidas alternativas à prisão após o julgamento acerca do recebimento ou não de denúncia[420]. Assim, o deputado permanecerá preso por tempo indeterminado. Logo, novamente sendo inevitável a correlação com a ficção de Kafka no livro *O Processo,* Daniel Silveira é o Joseph K. do novo regime político brasileiro, juristocrata, comandado pelo Supremo Tribunal Federal. Para provar que a afirmação não é exagerada, verifique-se apenas um pequeno trecho da citada obra:

> *"A defesa nem sequer é permitida pela lei, mas apenas tolerada; e mesmo acerca disso, quer dizer se do trecho da lei atinente deve ser deduzida a tolerância, há controvérsias[421]".*

VI - CLAMOR EM DEFESA DA LIBERDADE

O leitor que chegou até esse ponto da leitura em estado de mais completa perplexidade compreendeu o perigo que nos espreita.

Tudo o que foi escrito neste texto não tem a finalidade de legitimar a conduta do deputado preso, mas sim afirmar, com a necessária veemência, que a reação institucional promovida pelos ministros do Supremo Tribunal Federal, sob a regência do togado Alexandre de Moraes, foi infinitamente mais grave e desafiadora à lei do que a atitude do preso. Enquanto o parlamentar destilou sua ira exclusivamente contra as atitudes dos membros da mais alta Corte brasileira, em claro episódio de mero crime contra a honra daqueles que cotidianamente atingem os cidadãos brasileiros, os ministros aproveitaram a conjuntura para transmitir um recado claríssimo, não apenas ao preso, como sobretudo para toda a população que reiteradamente expressa sua indignação aos descalabros jurídicos praticados no STF, sobretudo por intermédio dos meios virtuais. O recado é curto e dire-

420 https://www.metropoles.com/brasil/alexandre-de-moraes-mantem-prisao-de-daniel-silveira. Sessão para receber denúncia http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=461842&ori=1.http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=462111 Acesso em: 12 mar 2021.

421 KAFKA, Franz. BACKES, Marcelo (Trad.) *O processo.* Porto Alegre: L&PM Pocket, ebook, n.p.

to: "*É proibido criticar os membros do Supremo Tribunal Federal.* Se até mesmo um deputado federal não escapou das nossas garras, você pode ser o próximo a ser preso..."

O cenário é deveras triste e grave. A liberdade, tão cultuada há alguns anos, comemorada ardorosamente como vitória dos regimes democráticos em face dos totalitários, símbolo de uma sociedade que caminhava cada vez mais em direção a um patamar de respeito do Estado à plenitude de direitos de seus cidadãos, está sendo gradativamente aniquilada, em prol da concentração de poderes e de ações autoritárias a cargo de um seleto grupo que não respeita sequer os demais poderes constituídos da República.

Não bastasse, o mau exemplo dos juízes da mais elevada Corte de Justiça dissemina seus efeitos deletérios às demais estruturas do poder público, criando os meios propícios para o surgimento de uma orda de tiranetes, muitos dos quais repetidores da cantilena de que assim agem respaldados pelos nefastos precedentes oriundos do Supremo Tribunal Federal.

Dessa forma, vozes inconformadas vão sendo caladas, transformando-se em sussurros abafados, proferidos por indivíduos com os olhos arregalados à procura do menor sinal de que possam estar sendo vigiados por agentes opressores do Estado. Até as participações nos grupos virtuais vão minguando aos poucos, diante do receio de que mensagens outrora inocentes se tornem provas cabais de culpa nas mãos da milícia censora, que não aceita a discordância contra si e demais participantes de seu seleto grupo. As pessoas começam a criar desconfianças, umas face às outras, diante dos delatores disfarçados na turba, verdadeiros necrófagos que se alimentam dos nacos de poder que lhe são lançados em troca do denuncismo. Enfim, se nada for feito, haverá o momento em que somente restará torcer para que a detenção venha à noite, a fim de que, cessadas as pancadas na porta e o terror aos moradores, quando os operacionais em superioridade de forças forem embora, levando consigo os encarcerados atônitos, os prédios vizinhos e as ruas da cidade continuem a fazer de conta que nada aconteceu.

Consoante preconiza Max Scheler, na sua obra *Da Reviravolta dos Valores*, a permanência desse estado de coisas trará consigo a decadência total, marcada pelo domínio dos fracos sobre os fortes, dos espertos sobre os nobres, das meras quantidades sobre as qualidades, apontando para um relaxamento das forças centrais e dirigentes do homem, das forças que o impelem contra a anarquia de suas inclinações mecânicas: um esquecimento dos fins e uma idolatria dos meios[422].

Há necessidade de mudança, e uma das formas de nós alcançarmos este objetivo é demonstrar a você, caro leitor, a realidade do que está ocorrendo diante do silêncio de uma maioria de juristas cooptados por esse sistema tirânico que busca se instalar definitivamente no nosso país, ou que covardemente se omitem do seu dever de defesa do verdadeiro Direito e da lídima Justiça.

Estamos aqui cumprindo o nosso papel e motivando você a cumprir o seu, independente de quem você seja, sua vida, Família e profissão: cada qual, de acordo com sua posição em face da realidade, tem consigo o potencial infinito, pois conforme já nos ensinou Santo Agostinho, nós não seríamos absolutamente nada se Deus não nos contivesse em Si, tanto quanto contém o céu e a terra[423]. Assim, a mais grandiosa de todas as inspirações já está em você.

Depois de toda uma vida dedicada ao estudo da restauração da ordem, Eric Voegelin vaticina que a reconquista da ordem depende necessariamente da *"restauração verdadeira da ordem"*, mas que esta somente é possível pela recaptura das *"experiências de transcendência"*[424]. Explicando numa simplicidade que obviamente não chega sequer próxima à magnitude das ideias do filósofo, significa afirmar que antes de vasculhar a Constituição Federal como endoidecidos em busca de regras que recuperem

422 SCHELER, Max. *Da reviravolta dos valores*. CASA NOVA, Marco Antônio dos Santos (trad.), 2 ed. Petrópolis, RJ. 2019, p. 182.

423 SANTO AGOSTINHO. *Confissões*. MAMMI, Lorenzo (trad.), São Paulo/SP: Companhia das Letras, *ebook*. *n.p.*

424 FEDERICI, Michael P. FONSECA, Elpídio Mário Dantas, (Trad.). *Eric Voegelin*: a restauração da ordem. São Paulo/SP: É realizações, 2011. p. 178.

minimamente a ordem aviltada, devemos nos voltar para uma análise autêntica das experiências espirituais do homem em sua longa jornada existencial no mundo.

Não temais! Persisti!

minimamente a ordem aviltada, c
análise autêntica das experiências
longa jornada existencial no munc

Não temais! Persisti!

Nesta obra, trazemos ao leitor algumas das ideias e doutrinas que influenciam os ocupantes do STF, de modo a entender como as decisões da corte se apresentam tão descoladas da realidade e da vontade popular, com pompas de eruditismo e iluminismo. Neoconstitucionalismo, ativismo judicial, consequencialismo jurídico, função contramajoritária, mutação constitucional, que são alguns dos instrumentos utilizados no regime juristocrata implantado no país, ao longo das últimas décadas, serão analisados nos artigos.

O leitor conhecerá alguns casos emblemáticos com decisões teratológicas da corte, por meio dos quais se evidencia a quebra do regime republicano e democrático e o crescente e ilimitado poder do Supremo Tribunal Federal. Os autores analisam a descriminalização do aborto; a proibição ao voto auditável; a súmula das algemas; a interferência no Serviço de Inteligência; a vedação ao homeschooling; a criação de crime sem lei; o esfacelamento da lei de combate ao tráfico de drogas; os lockdowns arbitrários; a prisão política de um deputado federal e o ativismo judicial numa perspectiva do juiz da Suprema Corte americana, Antonin Scalia.

Buscamos abordar os casos tecnicamente, mas novamente tentando traduzir para o público leigo e especializado, com abordagens filosóficas, históricas, políticas, linguísticas e literárias, o processo de degeneração da justiça brasileira.

MAIS DO QUE REIS

Você certamente já ouviu falar em "ativismo judicial"; mas você sabe realmente do que se trata, e dos efeitos gravíssimos que pode ter esse fenômeno?

Juízes não têm como função criar leis nem políticas públicas, muito menos administrar a economia, a saúde, a educação e a segurança pública.

Fazer leis (Poder Legislativo) e administrar (Poder Executivo) são funções de autoridades eleitas pelo povo. O povo escolhe vereadores, deputados, senadores, prefeitos, governadores e presidente; se não ficar satisfeito com os resultados, o povo os destitui na eleição seguinte.

Juízes não são eleitos - e são vitalícios. Quando eles usurpam as funções das autoridades eleitas, estão na verdade fraudando a democracia representativa e o voto popular.

Mas os juízes e tribunais ativistas não estão nem aí para o voto da maioria da população; aliás, eles gostam de ser "contramajoritários" (outro discurso enganador do ativismo judicial que este livro vai explicar para você).

O tribunal ativista não quer aplicar a lei, e sim impor sua visão de mundo, suas convicções ideológicas - sobre aborto, drogas, segurança pública, algemas e até sobre urnas eletrônicas; se a lei não coincide com essas convicções, pior para a lei...

Até crime os ativistas do STF já "criaram", embora a Constituição diga expressamente (art. 5º, inciso XXXIX) que não há crime sem lei anterior que o defina (quem faz leis é o Legislativo, não um tribunal).

Antonin Scalia, um dos maiores juízes que a Suprema Corte dos Estados Unidos já teve, disse uma vez que, "se fosse rei", faria uma lei mandando para a prisão quem queimasse a bandeira americana em manifestações contra o governo; mas como sabia que não era rei, e sim juiz, tinha que aplicar a Constituição de seu país, que garante o direito à livre manifestação; por isso, mandou soltar o réu (contra suas convicções pessoais de patriota e conservador).

Ao que parece, os ativistas do STF não acham que são reis; eles têm certeza de que são deuses.

– Marcelo Rocha Monteiro