As críticas de Gandra ao Supremo e o crocodilo debaixo da cama

1. E não haverá golpe… desde que…!

Há uma anedota sobre um paciente que vai ao psiquiatra todas as semanas e se queixa que há um crocodilo debaixo de sua cama. O psiquiatra lhe tranquiliza e lhe diz: é imaginação sua. Fale-me mais

uinta semana o paciente não compareceu. Fora comido pelo crocodilo.

O professor Ives Gandra age como o psiquiatra e nos diz,

sobranceiramente, em artigo aqui na **ConJur**, como se fosse porta-voz dos insurrectos e das vivandeiras que bulem com os granadeiros os instando a fazerem extravagâncias: *"Não haverá golpe*". Como disse o psiquiatra: *o crocodilo não existe…, mas se você não se comportar, o crocodilo pode, realmente, comer você*.

Sim, porque Gandra coloca algo depois da frase "não haverá golpe": "*…mas o STF tem de respeitar os demais poderes*". Isto é: o STF deve "ficar na dele". Caso contrário, pode haver golpe.

O artigo soa quase que como uma ameaça…! Digamos que foi uma ameaça que confirma as teorias conspiratórias, porque coloca na conta do Supremo Tribunal Federal a culpa pelo atual estado "vivandeirístico" que atravessamos. Digamos que foi uma ameaça elegante feita, como ele mesmo diz, por "um velho professor".

Pois um professor também "não tão novo assim" vem aqui para discordar. Com elegância. Como sempre faço.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

O artigo 2º da CF diz que são poderes harmônicos entre si Legislativo, Executivo e Judiciário. E a CF também diz que **o STF é o guardião da CF.** Portanto, se se prega o fechamento do STF, como está visível nas manifestações de civis e militares (e de eclesiásticos, pasmem; não pagam impostos e pregam golpe), *quem defende o STF*? Sem o guardião da Constituição não tem nem Constituição, nem democracia. Qualquer análise sistêmica liquida com qualquer argumento *ad hoc* que pretende fazer textualismos *ad-hoc*. Elementar!

Não poderia deixar de exprimir em que ponto reside minha divergência doutrinária em relação àqueles que pretendem interpretar o artigo 2 da CF como um salvo-conduto para que o Judiciário deixe de exercer sua função jurisdicional de mantenedor do regime democrático, bem como de órgão de cúpula que deve prezar pela autonomia do Direito. Ora, o artigo 1º, que vem antes do 2º, diz que todo o poder emana do povo por meio de seus representantes. Mas o artigo 102 diz que o STF é o guardião da Constituição.

E, por favor, não esqueçamos que a Constituição é remédio contra maiorias. E é o estatuto jurídico do político. De onde interpretar a norma que prescreve a imperiosidade da independência e da harmonia dos poderes da República não pode(ria) conduzir à ideia de que qualquer um deles possa agir sem prestar contas tanto do ponto de vista interno quanto externo. Viver numa democracia significa isto: *accountabillity*.

2. Os três argumentos de Ives Gandra

O primeiro não é exatamente um *argumento*, mas uma postulação — dada a partir de uma inferência: a de que o risco de ruptura institucional no Brasil é zero. Gandra diz isso do alto de sua docência em cátedras de escolas militares.

Porém, o professor ignora alguns fatos. Noticiou o colunista Marcelo Godoy, do jornal *O Estado de S. Paulo* (aqui) (do qual o Dr. Ives é contumaz colaborador), que 221 militares da reserva — entre os quais 46 oficiais generais (33 da FAB, dez da Marinha e três do Exército) —, todos do grupo autodenominado Guardiões da Nação, assinaram uma petição aos comandantes das três Forças na qual pedem que intervenham contra as decisões do Tribunal Superior Eleitoral, que afastou a contestação sem provas feita pelo PL contra a vitória de Lula. O primeiro nome da lista é o do general e deputado federal bolsonarista Eliéser Girão (PL-RN). E ignora o Twitter (de novo) do general Villas Bôas. E as ameaças do próprio presidente…

Lembro de novo da anedota do psiquiatra e do crocodilo. Tem ou não tem um crocodilo aí?

Pois bem.

Seria possível achar que vivemos em um ambiente de normalidade democrática quando duas dezenas de militares (incluindo o presidente e seu vice) **se recusam a aceitar o resultado legítimo** do sufrágio pelas urnas, que o professor declara ter certeza de que será respeitado? Como ter essa certeza com número tão grande de indivíduos que se recusam a aceitar o resultado das eleições? É fato ou não é fato que o PL ingressou com ação fajuta? E com perícia fake paga com dinheiro da viúva.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Ainda: qual é o conceito de "ruptura institucional" que tem o professor Ives? Baseado em que o professor faz essa afirmação "com tranquilidade"? Se está tranquilo, por que escrever e colocar mais lenha na fogueira com o seu artigo?

Ora, a depender do conceito adotado, até eu estou tranquilo. Nenhum tanque invadiu o Congresso. Ainda estou escrevendo na **ConJur**, ninguém ainda mandou me prender ou queimou meus livros. Circulando, circulando, pois.

Ocorre que há, nisso, um ponto de extrema relevância, que não pode passar batido. Ives Gandra ignora que a simples **discussão de possibilidade de ruptura já, em si, é uma ruptura simbólica. Por quê?**

– Porque quando estamos em democracia não discutimos a (possibilidade de) ditadura.

– Porque quando estamos em democracia não se admite que um militar (ou professores) digam: tranquilo, tranquilo, não haverá golpe.

Alguém se dá conta dessa "ruptura simbólica"? Alguém se dá conta da **violência simbólica** produzida por manifestos militares e de textos produzidos por professores que admitem a discussão de ruptura? Eis o *busílis*. Ora, *se eu aceito a possibilidade de golpe (ruptura), não adianta dizer que não ocorrerá* . Antes disso já produzi a violência simbólica. "Tranquilamente".

O segundo argumento do ilustre jurista versou sobre as decisões que livraram totalmente o presidente eleito Lula de seus processos (colocaram o novo presidente em total estado de inocência), do qual resultou sua elegibilidade. Também aqui há um "argumento" repleto de postulações.

Pois bem. O professor Ives Gandra afirma ter lido a decisão. Confesso minhas dúvidas sobre se o professor leu a decisão dos ministros Gilmar e Fachin.

Analisemos o tema mais uma vez. Quando o ex-juiz Moro deixou de cumprir o devido processo penal, o Direito restou desprezado [1] e acertada foi a decisão do Supremo que, sob a relatoria do ministro Gilmar Mendes, declarou a parcialidade do ex-juiz (HC 164.493). Vale enumerar os motivos (*que não são poucos*):

a) *ilegal condução coercitiva de Luiz Inácio Lula da Silva*;
b) *arbitrária quebra do sigilo telefônico do paciente, de familiares e até de advogados*;
c) *divulgação ilegal de áudios*;
d) *a atuação do juiz Sergio Moro para impedir a ordem de soltura contra Lula*;
e) *a condenação imposta pelo juiz Sergio Moro ao ex-presidente Lula*;
f) *o fato de, na última semana antes do primeiro turno das eleições, o juiz Sergio Moro, de ofício, ter levantado o sigilo de parte da delação premiada de Antônio Palocci Filho, cuja narrativa buscava incriminar o ex-presidente*; e
g) *o fato de o juiz Sergio Moro ter assumido o "Ministério da Justiça ampliado", do governo do opositor político do paciente*.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

É pouco? Estivéssemos sob a égide do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, a parcialidade de Moro geraria consequências maiores do que a simples declaração de nulidade.

Mais: quando setores da justiça deixaram de cumprir as regras de competência, acertada foi a decisão Supremo Tribunal que reconheceu a incompetência da 13ª Vara Federal de Curitiba para o processo e julgamento da denúncia ali oferecida. Por isso:

a) Quando um juiz orienta o agir estratégico do Ministério Público, acerta uma corte que declara sua parcialidade.
b) Quando um processo é anulado por ter sido conduzido por juiz incompetente e parcial, acerta o tribunal que proíbe o aproveitamento de seus viciados materiais.

Tomemos a questão da incompetência, ainda objeto de equívocos na comunidade jurídica. O professor Ives argumenta — postula — que o ministro Fachin "descobriu" uma incompetência, dando a entender que o ministro assim o fez por motivos eleitoreiros, já que a suposta incompetência, se correta fosse sua identificação, já deveria ter sido declarada de antemão. Primeiro, o professor faz grave acusação ao ministro. Sei que não é de seu feitio. Talvez um pequeno obnubilamento ideológico o tenha levado a esse ponto fora da curva.

Segundo, temos de interpretar a decisão pelos autos. Repito: vale a (re)leitura. Tratava-se de um habeas corpus. O ministro Fachin não "descobriu" absolutamente nada; julgou o habeas corpus, e, **provocado pela defesa** — que argumentou pela incompetência da jurisdição de Curitiba para julgar o caso —, decidiu corretamente, tendo sua cautelar sido referendada pela 2ª Turma posteriormente. Teria a 2ª Turma também "descoberto" a nulidade?

Na sequência, o professor diz que "não viu" cerceamento de defesa. Eis aí outra postulação. Argumente-se em favor do ponto. **Eu também não "vi"**. O ponto é exatamente esse. **Ninguém "viu" Moro orientando Deltan (até) sobre operações policiais**. Ninguém "viu" o grampo no advogado. Descobrimos depois. É exatamente porque ninguém "viu" é que foi cerceamento de defesa. Há que (re)ler a decisão do ministro Gilmar. E o voto de Lewandowski e de Fachin.

3. O terceiro argumento: o "fator Loewenstein".
Opina o professor que o pensamento de Loewenstein teve adaptações, tendo mudado ao longo sua visão já nos anos 1950, tempo em que ele se afastava da "realidade alemã" da reconstrução europeia contida em seus estudos anteriores.

Ora, o livro de Loewenstein que embasa o argumento de Ives Gandra é outro. A concepção de democracia ali "não fica expressa de forma clara como citado em seus estudos anteriores". Bem, é claro… é outro livro. E isso é o de menos. Veja-se.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Ainda que houvesse reconhecida mudança no pensamento desse autor — fato que se aplica à maioria dos teóricos com décadas de carreira —, observa-se que o argumento de Loewenstein de *democracia militante* parece (e é) muito mais sofisticado do que o entendimento utilizado pelo dr. Ives. Trata-se de conceito mais sofisticado e complexo do que uma mera defesa jurídico-formal da democracia pela via judicial, contravalente aos esforços legais do (nazi)fascismo contra a democracia. A questão de fundo, numa palavra, está em dizer que governos democráticos devem poder ter mecanismos para defender a democracia.

É novamente aqui que ganha relevância a discussão teórica conceitual. O que entendemos por direito, o que entendemos por *democracia*, por um *Estado de Direito*? Ora, podemos partir de uma discussão de Loewenstein. E do teórico que for. **O ponto é que uma concepção responsável de direito e democracia dispõe que direitos subvertidos já não mais direitos.** Quem abusa de um direito em abstrato não está mais agindo *dentro do direito e para o direito*, isto é, agindo democraticamente. Logo, abuso de direito já não é direito propriamente dito.

Em outras palavras, não há nenhum direito sendo sacrificado quando na defesa da democracia se faz a diferença, por um lado, entre liberdade de expressão e de manifestação, e discurso de ódio, de incitação à violência ou em favor da ruptura com a democracia, de outro. **Ataques à democracia não configuram liberdade de expressão.** Simples assim.

Gandra diz, e nisso está certo, que estamos em 2022, enquanto Loewenstein escrevia em 1937. Ora, a atual ordem democrática criou mecanismos legítimos para se combater ameaças à democracia **sem que isso implique qualquer violação a direitos**. Porque isso passa por *aquilo que entendemos como direito.* O direito precisa preservar a si mesmo.

Mas eu devo insistir: o que importa não é fazer uma exegese de Loewenstein e ver se o conceito de democracia militante reaparece com força no livro de 1957 [2]. Não há qualquer "inadaptação", como alega o professor Gandra, quando tudo o que se faz é recuperar a experiência de um intelectual para dizer que c*onstituições não são pactos suicidas. A democracia não é um pacto suicida* [3]. De novo, simples assim.

O mesmo Loewenstein denunciava a "cegueira legalista". Parafraseando Saramago, esta minha coluna é um ensaio sobre a cegueira: *a cegueira de quem vê a árvore, discute os tons de verde de suas folhas… para deixar a floresta pegando fogo.* Manifesto de militares, pastores enlouquecidos, conspirações a mil e o professor Ives "tranquiliza" o país colocando a culpa do STF. "Não vai ter golpe" … desde que…! Esse "desde que" é que assusta.

Repito, a discussão não é sobre uma exegese do que escrevia Karl Loewenstein. A discussão é sobre uma concepção complacente e acomodada de democracia que cita até Martin Luther King — e que acredita que os militares, via artigo 142, são um poder uma espécie de poder moderador. A discussão é sobre a reivindicação de conceituações abstratas, para fazer uma crítica a uma Suprema Corte que, *atacada* tantas vezes pelo Executivo (para dar um exemplo e para dizer o mínimo), *não foi defendida pelos atores institucionais responsáveis por defendê-la.* Aliás, como é grande o débito institucional do Ministério Público — para citar apenas um ator político.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Se alguém quiser tratar isso como apropriação de Loewenstein, que seja. Se alguém quiser chamar isso de "militância democrática", que chame. Mas leiamos Loewenstein então em sua íntegra, em todos seus escritos — inadaptação é considerar uma outra obra única e desconsiderar os escritos anteriores, *nunca rejeitados pelo autor, apenas porque "escritos anteriores"*.

Leiamos os sinais de uma floresta que pega fogo. Quando Ives Gandra sustenta que *o STF deve respeitar independência dos poderes*, concordo, obviamente. Mas discordo veementemente quando pretende sustentar a partir disso um textualismo *ad hoc*, como se liberdade de expressão significasse analogia à defesa de uma liberdade de defesa de ruptura institucional ou discursos de ódio ao diferente. Tal como vale o artigo 2º da nossa Constituição, valem as demais leis, eleitorais, penais, civis, processuais e todas as demais — e isso vale para qualquer Estado constitucional — sendo eles regimes parlamentaristas ou presidencialistas.

De novo os conceitos: *qual é o conceito de liberdade de expressão, qual é o conceito de "separação" ou "integração" de poderes, que consegue acomodar ataques a uma Suprema Corte? E ataques à própria democracia?*

O direito é o critério institucional que filtra a política, a moral e a economia. *Há maior ruptura institucional do que o desprezo pelo Direito?*

A democracia morre de várias formas. Inclusive a partir de violência simbólica de professores, deputados, pastores e militares. O professor afirma "com tranquilidade" que não há ruptura institucional. Como Hobbes, tenho medo. Tenho pânico institucional. Tenho medo do crocodilo. E do psiquiatra que diz que o crocodilo é manso.

Tenhamos medo. O excesso de tranquilidade pode matar a democracia.

Aproveitando a tônica, faço outra confissão: tenho também uma angústia. Como é possível isso? Como é possível que se tenha uma concepção de direito capaz de acomodar um juiz parcial e incompetente, incompetente e parcial, que manda grampear advogados? *E se fosse o seu processo?* Como é possível que, em meio a tudo isso, *a Suprema Corte* seja vista como o problema do país? Não fosse o Supremo Tribunal, professor Ives… O senhor, no seu íntimo, sabe bem disso. O STF salvou a democracia brasileira. Vamos dar o nome que as coisas têm. Já não somos Macondo, onde as coisas eram tão recentes que ainda tínhamos que apontar com o dedo…!

Numa palavra final: entre a democracia militante e a militância contra a democracia, não prefiro nenhuma. Trata-se de um falso dilema. **Entre essas alternativas temos de ser a favor é da democracia constitucional**. Porque as constituições não são pactos suicidas.

[1] *Cf*: (i) STRECK, Lenio; CARVALHO, Marco Aurélio de (org.). **O livro das suspeições**. São Paulo: Grupo Prerrogativas, 2020. (ii) STRECK, L.; PRONER, Carol; CARVALHO, Marco Aurélio de; SANTOS, Fabiano Silva dos (org.). **O livro das parcialidades**. Rio de Janeiro: Telha, 2021.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

[2] Para uma leitura crítica da teoria constitucional de Loewenstein, remeto o leitor para i imperdível e sofisticado livro de Marcelo Cattoni, "Contribuições para uma teoria crítica da constituição". 2ed. Belo Horizonte: Conhecimento, 2021.

[3] O livro do Loewenstein não é de 1956, mas de 1957 (na versão em inglês) e de 1959 (na versão alemã). *Political power and the governmental process*. The University of Chicago Press, Chicago 1957, traduzido por Rüdiger Boerner als *Verfassungslehre*. Mohr-Siebeck, Tübingen 1959.

Date Created
01/12/2022

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.