

[Orgs.] André Nicolitt e Yuri Felix

(...) Mostra-se importante assinalar, neste ponto, Senhor Presidente, que a presunção de inocência, legitimada pela ideia democrática – não obstante golpes desferidos por mentes autoritárias ou por regimes autocráticos que absurdamente preconizam o primado da ideia de que todos são culpados até prova em contrário (!?!?) –, tem prevalecido, ao longo de seu virtuoso itinerário histórico, no contexto das sociedades civilizadas, como valor fundamental e exigência básica de respeito à dignidade da pessoa humana. (...)

O STF e a constituição

estudos em homenagem ao
Ministro Celso de Mello

(...) Mostra-se evidente, Senhor Presidente, que a Constituição brasileira promulgada em 1988 e destinada a reger uma sociedade fundada em bases genuinamente democráticas é bem o símbolo representativo da antítese ao absolutismo do Estado e à força opressiva do poder, considerado o contexto histórico que justificou, em nosso processo político, a ruptura com paradigmas autocráticos do passado e o banimento, por isso mesmo, no plano das liberdades públicas, de qualquer ensaio autoritário de uma inaceitável hermenêutica de submissão, (...)

É o meu voto.

o STF

e a constituição

estudos em homenagem ao
Ministro Celso de Mello

[Orgs.] André Nicolitt e Yuri Felix

o STF

e a constituição

estudos em homenagem ao
Ministro Celso de Mello



Sumário

Apresentação.....	13
<i>André Nicolitt</i>	
Até breve Ministro, nos vemos nos livros. E na história.....	19
<i>Simone Cabredo de Angelo</i>	

PARTE 1

TEMAS DE DIREITO CRIMINAL

1. Primeiras impressões sobre a Lei n. 13.964/19: aspectos processuais.....	33
<i>Afrânio Silva Jardim</i>	
<i>Pierre Souto Maior Coutinho de Amorim</i>	
2. Entre direitos e criminalizações: o STF e a população LGBT.....	45
<i>Alice Quintela Lopes Oliveira</i>	
<i>Neon Bruno Doering Moraes</i>	
3. Maus antecedentes do acusado e a presunção da inocência.....	61
<i>Andréa Cristina D'Angelo</i>	
<i>Claudia Cristina Barrilari</i>	

4. A histórica contribuição do Ministro Celso de Mello no tocante ao Princípio da Presunção de Inocência.....75
Antônio Carlos de Almeida Castro, Kakay
Ananda França de Almeida

5. Jurisprudência Antiautoritária: tributo à obra judicial do Ministro Celso de Mello.....91
Antonio Pedro Melchior

6. A importância do Min. Celso de Mello na superação da hermenêutica “Walking dead” do Movimento da Sabotagem Inquisitória (MSI).....113
Aury Lopes Jr
Alexandre Moraes da Rosa

7. Direito penal e a construção de uma sociedade igualitária: a impossibilidade de incriminação das ações afirmativas e do “racismo reverso”.....127
Bruno Gilaberte

8. Os mandados de criminalização e o papel do STF no controle das omissões inconstitucionais na visão do ministro Celso de Mello.....139
Bruno Pinheiro

9. Combate à corrupção no Brasil: a Constituição, a ADI 5508/DF e a contribuição do Ministro Celso de Mello.....167
Cláudio Carneiro
Hellen Pereira Cotrim Magalhães

10. Novos aspectos do crime de evasão de divisas.....185
Cândido Bittencourt de Albuquerque
Sérgio Rebouças

11. A Cooperação com Tribunal Penal Internacional no ordenamento jurídico brasileiro: o instituto da entrega na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.....	199
<i>Carlos Eduardo Adriano Japiassú</i>	
<i>Ana Lúcia Tavares Ferreira</i>	
12. Alguns aspectos das alterações do crime de suicídio.....	211
<i>Cezar Roberto Bitencourt</i>	
13. O crime de falsidade ideológica eleitoral segundo a jurisprudência.....	237
<i>Davi de Paiva Costa Tangerino</i>	
<i>Salo de Carvalho</i>	
<i>Henrique Olive</i>	
14. Um desaforo no desaforamento.....	257
<i>Fabiano Cavalcante Pimentel</i>	
<i>Catharina Maria Tourinho Fernandez</i>	
15. A presunção de inocência e o trânsito em julgado.....	273
<i>Fernando Tourinho Filho</i>	
16. A jurisprudência do Supremo na aplicação do princípio da insignificância aos crimes militares.....	283
<i>Fernando A. N. Galvão da Rocha</i>	
17. A importância do Ministro Celso de Mello na consolidação do tratamento do direito penal econômico como <i>ultima ratio</i> (Súmula Vinculante 24)	299
<i>Fillipe Nicolitt</i>	
<i>Wagner Montes</i>	

18. Direito fundamental à integridade física e psíquica: da vedação à tortura.....	315
<i>George Salomão Leite</i>	
19. Parecer: a soberania dos veredictos, a sentença no júri e a presunção de inocência.....	345
<i>Geraldo Prado</i>	
20. A proibição de responsabilidade penal objetiva: contributos do Ministro Celso de Mello para a densificação do princípio da culpabilidade.....	385
<i>Keity Saboya</i>	
<i>Natália da Cunha Lima</i>	
21. O STF e os “novos racismos”.....	397
<i>Lívia Sant’Anna Vaz</i>	
22. Da “casa” ao princípio da insignificância: Celso de Mello em dois votos.....	415
<i>Lorraine Carvalho Silva</i>	
23. O veto ao uso das agências de inteligência e a nulidade das investigações decorrentes: o problema da cadeia de custódia e das provas ilícita e/ou ilegítima.....	429
<i>Luís Guilherme Vieira</i>	
<i>Alexandre Morais da Rosa</i>	
24. A contrarreforma do processo penal brasileiro: uma breve pesquisa empírica do projeto de lei 8045/2010.....	445
<i>Luíz Gabriel Batista Neves</i>	
<i>Felipe Batista Freitas de Oliveira</i>	
<i>Filipe de Sousa Alcântara</i>	

25. Normas processuais penais híbridas e sua (ir) retroatividade: como os precedentes da lavra do min. Celso de Mello elucidam a eficácia intertemporal do art. 171, §5º do CP e do art. 28-A do CPP	467
<i>Marcos Paulo Dutra Santos</i>	
26. A criminalização da cultura preta: interações entre o punitivismo e a colonialidade.....	485
<i>Paulo Henrique A. Lima</i>	
27. O STF e a cidadania LGBTI+: as contribuições do Ministro Celso de Mello.....	503
<i>Paulo Roberto Iotti Vecchiatti</i>	
28. A execução provisória da pena.....	529
<i>Ilana Martins Luz</i>	
<i>Pierpaolo Cruz Bottini</i>	
29. O histórico compromisso do Ministro Celso de Mello com a luta pelas liberdades: a defesa do sistema acusatório.....	543
<i>Roberta de Lima e Silva</i>	
30. O acordo de não persecução penal.....	555
<i>Rômulo de Andrade Moreira</i>	
31. Decisão de pronúncia e racionalidade do julgamento.....	567
<i>Rosmar Rodrigues Alencar</i>	
32. A norma jurídica processual penal: novas observações	583
<i>Saulo Murilo de Oliveira Mattos</i>	

33. O juiz de garantias no processo penal democrático: notas sobre a necessidade de implantação no sistema processual brasileiro.....605

Taiguara Líbano Soares e Souza

Heloisa Schmidt Fernandes Medeiros

34. A presunção de prejuízo decorrente das nulidades absolutas no processo penal: reflexões a partir das decisões do Ministro Celso de Mello.....623

Mariana Madera Nunes

Vinícius Assumpção

PARTE 2

TEMAS DE DIREITO CONSTITUCIONAL

35. O direito à saúde sob as lentes do (neo) constitucionalismo: medicamentos não incorporados pelo SUS e a decisão do STJ no Resp 1657156/RJ.....643

Adriana de Souza Pereira

36. Os limites dos direitos fundamentais.....663

André Gustavo Corrêa de Andrade

37. Revisão judicial de ato administrativo do presidente da república: legítimo controle judicial ou ativismo?.....681

André Nicolitt

Antônio Souza Lemos Júnior

38. Bases teóricas da interpretação constitucional.....703

Cláudio Ari Mello

39. Corte de cabelos nos presídios masculinos do Estado do Rio de Janeiro: análise de um caso sobre a (in)dignidade humana.....737
Cristina Tereza Gaulia
40. Lei de Segurança Nacional, crise democrática e Constituição: por que remover o entulho autoritário.....751
Daniel Sarmiento
Camilla Gomes
João Gabriel Madeira Pontes
41. Efeitos transcendentais da *ratio decidendi* e diálogos institucionais e sociais.....771
Fábio Corrêa Souza de Oliveira
42. Sobre os direitos fundamentais e a noção de interesse público no estado constitucional de direito: o necessário diálogo entre irmãos siameses.....785
José Sérgio da Silva Cristóvam
43. O Estado conformado pela Constituição: Rer Hans Kelsen para homenagear Celso de Mello.....805
Márcio Ricardo Staffen
44. Discricionariedade judicial: reflexões sobre a decisão judicial no pensamento de Kelsen, Hart e Dworkin.....823
Marcus Alan de Melo Gomes
Andrea Ferreira Bispo
45. Os índios e suas terras: visão histórica e atual.....841
Marcos Alcino de Azevedo Torres

46. O princípio da simetria na visão do doutrinador e do magistrado José Celso de Mello Filho: virtudes que transcendem o tempo.....	859
<i>Sérgio Ferrari</i>	
47. Igualdade como princípio de vida: reflexões sobre o Princípio Constitucional da Igualdade.....	873
<i>Silvia Virginia Silva de Souza</i>	
48. Do movimento da reforma sanitária brasileira ao risco de perda de efetividade do direito à saúde: o STF e a guarda das conquistas humanitárias.....	883
<i>Simone Dalila Nacif Lopes</i>	
Organizadores e Autores.....	899

Apresentação

André Nicolitt¹

Tinha vinte e cinco anos, era pobre, e acabava de ser nomeado alferes da Guarda Nacional. Não imaginam o acontecimento que isto foi em nossa casa. Minha mãe ficou tão orgulhosa! tão contente! Chamava-me o seu alferes. Primos e tios, foi tudo uma alegria sincera e pura. Na vila, note-se bem, houve alguns despeitados; (...) e o motivo não foi outro senão que o posto tinha muitos candidatos e que esses perderam. Suponho também que uma parte do desgosto foi inteiramente gratuita: nasceu da simples distinção. (...) Em compensação, tive muitas pessoas que ficaram satisfeitas com a nomeação; e a prova é que todo o fardamento me foi dado por amigos... Vai então uma das minhas tias, D. Marcolina, (...) abraçava-me! Chamava-me também o seu alferes. Achava-me um rapagão bonito. (...) E sempre alferes; era alferes para cá, alferes para lá, alferes a toda a hora. Eu pedia-lhe que me chamasse Joãozinho, como dantes; e ela abanava a cabeça, bradando que não, que era o “senhor alferes”. (...) O certo é que todas essas coisas, carinhos, atenções, obséquios, fizeram em mim uma transformação, que o natural sentimento da mocidade ajudou e completou.

¹ Doutor em Direito pela Universidade Católica Portuguesa – Lisboa. Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Professor do PPGD – Faculdade Guanambi – BA. Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense – UFF. Membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – Ibccrim. Membro do Instituto Carioca de Criminologia – ICC. Membro Emérito do Instituto Baiano de Direito Processual Penal – IBADPP. Juiz de Direito do TJRJ.

Imaginam, creio eu? – Não. – O alferes eliminou o homem. Durante alguns dias as duas naturezas equilibraram-se; mas não tardou que a primitiva cedesse à outra; ficou-me uma parte mínima de humanidade.

(O Espelho, Machado de Assis, 1882).

Toda pessoa que exerce o poder, seja em qual intensidade for², deveria conhecer esse, que considero um dos melhores contos de Machado de Assis, chamado “O Espelho. Esboço de uma nova teoria da alma humana.”³

A tese central do conto consiste no fato de que a pessoa possui uma alma interior e uma alma exterior. Machado de Assis aponta que a “alma exterior” do ser humano é construída pela imagem que os outros fazem do ser e por aspectos superficiais que acabam tendo mais valor que a “alma interior”, que é aquilo que o homem realmente é. Esse conto machadiano, publicado em 1882, bem anterior à Psicologia das massas e análise do Eu de Freud (1921), igualmente precede o “Ser e o Tempo” de Heidegger (1927) e “O Ser e o Nada” de Sartre (1943), seguramente favorece um debate interessante sobre “o ser no mundo” e a construção de subjetividades. Afinal, “Na vida anímica individual aparece integrado sempre, efetivamente, “o outro”, como modelo, objeto, auxiliar ou adversário, e, deste modo, a psicologia individual é ao mesmo tempo e desde um princípio psicologia social, em um sentido amplo e plenamente justificado”⁴.

Voltando ao conto, Machado de Assis narra que, após a investidura no cargo de Alferes, “Aconteceu então que a alma exterior, que era dantes o sol, o ar, o campo, os olhos das moças, mudou de natureza, e passou a ser a cortesia e os rapapés da casa, tudo o que me falava do posto, nada do que me falava do homem.” Ilustra a cortesia com o fato da Tia Marcolina ter chegado ao “ponto de mandar pôr no meu quarto um grande espelho, obra rica e magnífica, que destoava do resto

² Digo isso em razão da chamada microfísica. (FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. Organização, introdução e revisão técnica de Renato Machado. 26 ed. São Paulo: Graal, 2013).

³ ASSIS, Machado. *O espelho: Esboço de uma nova teoria da alma humana*. In: ASSIS, Machado, *Obra completa* (Vol. 2). Rio de Janeiro: Nova Aguilar. (Originalmente publicado em 1882).

⁴ FREUD, Sigmund. *Psicologia das massas e análise do eu e outros textos (1920-1923)*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 14.

da casa, cuja mobília era modesta e simples...” Tratava-se, não de um espelho qualquer, mas de “um espelho que lhe dera a madrinha, e que esta herdara da mãe, que o comprara a uma das fidalgas vindas em 1808 com a corte de D. João VI”.

Todavia, ocorre algo inesperado na vida de Jacobina, o Alferes. Em razão da viagem de sua Tia Marcolina e da fuga dos escravos, vê-se sozinho no sítio deserto, com a casa vazia, solitário, Jacobina não tinha mais o olhar dos outros que constituíam e sustentavam sua identidade.

No desfecho do conto, nota-se que Jacobina, de frente para o espelho, só conseguia ver seu reflexo integral quando estava vestido com sua farda de alferes da guarda nacional. Sem o prestigioso uniforme, não via uma imagem precisa, mas um reflexo “disperso, esgaçado, mutilado...”. Foi então que:

- Lembrou-me vestir a farda de alferes. Vesti-a, aprontei-me de todo; e, como estava defronte do espelho, levantei os olhos, e... não lhes digo nada; o vidro reproduziu então a figura integral; nenhuma linha de menos, nenhum contorno diverso; era eu mesmo, o alferes, que achava, enfim, a alma exterior. Essa alma ausente com a dona do sítio, dispersa e fugida com os escravos, ei-la recolhida no espelho⁵.

Muito se discute na filosofia, na ciência política e no direito o impacto do poder sobre o oprimido. O conto machadiano nos leva, de modo delicado, a pensar nos efeitos do poder sobre a pessoa que o exerce. Por tal razão o conto, nesse momento, afigura-se tão pertinente como abre alas da apresentação de um livro em homenagem ao Min. José Celso de Mello Filho.

Filho de professores, isso já explica muito, JOSÉ CELSO DE MELLO FILHO⁶ nasceu em Tatuí-SP, em 1º de novembro de 1945, meses após o fim da 2ª Guerra Mundial, episódio histórico, fruto do avanço autoritário.

Graduou-se em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, a tradicional Faculdade de Direito do Largo de São Francisco (Turma de 1969).

⁵ ASSIS, op. cit.

⁶ Dados biográficos extraídos do site do STF: <http://www.stf.jus.br/portal/ministro/verMinistro.asp?periodo=stf&id=28> acessado em 08 de outubro de 2020.

Através de concurso público, no qual foi aprovado em primeiro lugar, ingressou no Ministério Público do Estado de São Paulo, em 1970, ou seja, com cerca de 25 anos, como no conto de Machado de Assis. Permaneceu na instituição até 1989, quando foi nomeado para o Supremo Tribunal Federal, corte da qual foi também o 35º presidente da fase republicana.

Ademais, é autor de obras jurídicas, dentre as quais a Constituição Federal Anotada, publicada em 1984, com 2ª edição em 1986.

Sua atuação do STF tem por marca estética, além dos votos repletos de sublinhas, itálicos e negritos, o comportamento marcado pela discrição, serenidade e a reserva, virtudes típicas de um bom magistrado. Em termos substanciais, votos elaborados, profundos e corajosos, com raízes firmes nos direitos fundamentais e afinados com a dignidade da pessoa humana.

Em resumo, diversamente do que ocorreu com o Jacobina machadiano, o Ministro não destruiu a humanidade de Celso de Mello e essa manutenção de sua alma interior tornará sua aposentadoria mais leve, não lhe parecerá um sítio vazio, como no conto do Bruxo do Cosme Velho, e sim uma nova dimensão existencial que se abre com a certeza de que se doou à justiça enquanto pode.

Há que se registrar que talvez essa seja a razão pela qual organizar este livro em tão curto prazo tenha sido tão fácil. A admiração que o homenageado atrai permitiu reunir juristas de grande envergadura, de várias regiões, gerações, cores, gêneros e vertentes, que se empenharam em produzir estudos em sua homenagem. Sem olvidar aqueles que se angustiaram com a impossibilidade de participação da obra, em razão do curto prazo, incompatível com as agendas.

Foram 48 artigos produzidos por 68 juristas reunidos emergencialmente, pode se dizer que é uma verdadeira legião. Por questões sistemáticas, organizamos os artigos por matéria, uma primeira parte voltada para as ciências criminais e uma segunda parte voltada a temas afetos ao direito constitucional, com tangências na filosofia do direito e nos direitos humanos.

Desse modo, agradecemos a cada autor e cada autora pelo empenho e comprometimento com o prazo, à editora D'Plácido, por ter abraçado de imediato o projeto e a parceria frutífera com Yuri Felix. Ademais, sem a ajuda do Dr. Miguel Piazzzi, Chefe de Gabinete do Ministro Celso de Mello, esta homenagem não seria possível. Por fim, desejamos que o leitor aprecie esta obra, tão carinhosamente produzida em forma de homenagem.

Em termos práticos, é comum para nós magistrados contrariarmos interesses ou entendimentos de ao menos uma das partes que se colocam a nossa frente em litígio. De modo que não concordar com decisões judiciais é algo absolutamente normal. Estamos certos que como nós, boa parte dos articulistas, em dado momento, diante dessa longa trajetória do Ministro, discordou de alguma de suas decisões. O que é magnífico na vida jurídica é podermos admirar mesmo na divergência.

De todas as convergências que podemos colecionar, e não são poucas, destaco aqui três aspectos fundamentais: a luta do Ministro por um processo penal democrático, pelo fortalecimento do sistema acusatório e pela preservação da presunção de inocência. Esses aspectos já valem uma judicatura.

Sucesso a nova vida do Min. Celso de Mello.

Niterói, 08 de outubro de 2020.

Até breve Ministro, nos vemos nos livros. E na história

Simone Cabredo de Angelo¹

Dizer que a história do Ministro Celso de Mello no STF se funde com a da própria Constituição Federal seria a forma mais clichê de iniciar este artigo, ainda assim a mais verdadeira, portanto seja este o início.

A República no Brasil foi proclamada em 15 de novembro de 1889 e encerrou o Período Imperial (vigente desde 1822), com a nossa Independência. No transcorrer da história brasileira, é importante ressaltar que nem sempre a democracia prevaleceu. Passamos por ditaduras, eleições suspensas/indiretas e cassações políticas.

Nossa atual fase democrática ainda é recente e aos poucos engatinha, tomando forma. Foi iniciada após a abertura política, teve seu ápice na primeira eleição presidencial, em 1989, após o fim das eleições indiretas que prevaleceram no período da ditadura militar.

Em 1989 o então Presidente da República José Sarney submeteu a aprovação do Senado Federal o nome do Doutor José Celso de Mello Filho para exercer o cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal. Talvez não por mero acaso, esteve o Ministro presente desde a retomada de nossa democracia e lá se vão mais de 30 anos de um trabalho com respeitável base Constitucional, arrisco dizer que naquela época foi o Ministro um sopro democrático dentro de um Supremo que vinha assistindo de certa forma apático os abusos dessa época ditatorial.

Importante destacar que, no ano anterior, 1988, como sabemos, foi promulgada a nossa atual Constituição Federal, e fazer cumprir seu

¹ Advogada Criminalista, Pós Graduanda em Criminologia e Direito Penal – Pontifícia Universidade Católica / Rio Grande do Sul

resguardo e aplicação ao STF e seus Ministros também era um desafio para o jovem Celso de Mello, ex Procurador Paulista recém nomeado Ministro, além disso, os brasileiros se preparavam pela primeira vez para irem as urnas em eleições diretas.

Dizer que o cenário era desafiador é pouco, justamente por isso reforço ter aberto meu texto com a fusão entre a nomeação do Ministro Celso de Mello no STF e nosso processo democrático com a recém promulgada Constituição Federal de 1988, que aliás, muito do que temos de sua aplicação efetiva vem também da atuação do Ministro ao longo dos anos.

Quando assumiu no STF o Ministro encontrou uma jurisprudência que passava por cima dos direitos humanos, a Constituição de 1967 elaborada durante o regime militar previa por exemplo o fechamento do Congresso por parte do Poder Executivo, a censura prévia aos meios de comunicação, intervenção militar em estados e municípios, suspensão de direitos civis e políticos dos cidadãos, que cometiam crimes contra a Segurança Nacional... As liberdades e direitos tão ultrajados por mais de duas décadas passaram a ter valor novamente e cabia também ao novo Ministro sua proteção.

Trinta e um anos depois, Celso de Mello é hoje conhecido como defensor da Constituição Federal/88, defensor da dignidade da pessoa humana, dos direitos e das liberdades fundamentais. Em suas palavras, essa defesa *“é uma das missões irrenunciáveis do juiz digno e consciente de seus deveres éticos, políticos e jurídicos no desempenho da atividade jurisdicional”*. Um longo caminho ao lado dos brasileiros, tendo eles plena consciência ou não disso.

Enfrentar o autoritarismo não é novidade para o Ministro. Quando nomeado Promotor de Justiça do Ministério Público de São Paulo em novembro/70 já no seu discurso de posse, abordou seu papel e de seus colegas em uma sociedade na qual não prevaleciam as liberdades fundamentais e sobre o direito de resistência às normas ilegítimas da ditadura militar já naquele momento criando tanto desafetos quanto admiradores.

Alocado na 4ª. Promotoria de Osasco/SP, ao contrário de muitos colegas, Celso de Mello não tinha o abominável costume de pedir prisões para averiguação, mas abria sindicâncias para investigar abusos policiais e processá-los quando encontrava indícios de que haviam passado do limite o que, em época de Ditadura, provocou seus superiores e aparentemente não fez muito por sua carreira no Ministério

Público tanto que só chegou a Procurador em 1989, pouco antes da sua indicação para o Supremo.

Desde aquela época o Ministro defendia o direito dos presos a ampla defesa e já por aqueles tempos isso era considerado subversivo. Também falava sobre a existência de instrumentos autoritários no ordenamento jurídico brasileiro, o estado das prisões e as detenções arbitrárias.

Bem, em um mundo que tem como natureza o punitivismo e paralelamente a sua própria evolução precisa reconhecer e conceber os direitos fundamentais, não é exagero dizer que o Ministro foi e em muitos sentidos continua sendo um rebelde.

Talvez não exista liberdade sem rebeldia.

Talvez a própria justiça não exista sem uma boa dose de rebeldia daqueles que, como o Ministro, lutem por ela.

O que nos leva efetivamente a sua história como Ministro, ao resguardo de uma Constituição Federal feita para todos os diversos brasileiros em nosso território, iguais em sua desigualdade, desiguais em suas liberdades.

Uma Constituição escrita não configura mera peça jurídica, nem representa simples estrutura de normatividade, nem pode caracterizar um irrelevante acidente histórico na vida dos Povos e das Nações.²

A frase acima foi cunhada pelo Ministro e utilizada em mais de uma oportunidade, acima de tudo, acredito que tenha sido norteadora de seu trabalho como constitucionalista que é, sempre trazendo a seus julgados a efetividade do texto constitucional, fosse quem fosse, atingisse quem fosse também.

Durante sua carreira foi Relator de diversos julgados históricos. Muitas vezes passou por suas mãos orientar transitoriamente o Poder Judiciário a suprir omissões do Poder Legislativo ou do Poder Executivo lesivas aos direitos das pessoas ou da comunidade como um todo, obrigações as quais nunca se furtou o Ministro.

Cito o Magistrado Alexandre Moraes da Rosa neste momento com uma breve definição do que se espera da atuação do Estado, e que deve ser assegurada pela atuação conjunta das instituições jurídicas e operadores do direito.

² RTJ 146/707-708, Rel. Min. CELSO DE MELLO

O Estado não pode praticar ilegalidades, omitir informações desfavoráveis, valer-se de métodos não autorizados em lei, potencializar inescrupulosamente elementos probatórios, mesmo que os agentes pensem que seja por bons motivos, aumentando a capacidade de se obter vitórias processuais.³

Por isso, convido o leitor a embarcar em uma breve viagem, por alguns votos do Ministro, de suma importância para os envolvidos, para nossa nação e em especial para a manutenção das liberdades.

1. Nepotismo: definição de favorecer parentes e sufocar sonhos

No Brasil as coisas muitas vezes se misturam na esfera pessoal, esbarram com o famigerado jeitinho e ultrapassam todo e qualquer limite aceitável na administração pública. Foi o ocorrido com o nepotismo que havia invadido não somente o judiciário, mas diversas instituições em nossa nação.

Início com este voto não por tratar de liberdades, mas por tratar de poder e da lisura daqueles que o tem na esfera pública. A corrupção sufoca a liberdade de sonhar do povo, a falta de oportunidades iguais também.

Etimologicamente, nepotismo deriva do latim nepos, nepotis, significando, respectivamente, neto, sobrinho. Nepos também indica os descendentes, a posteridade, podendo ser igualmente utilizado no sentido de dissipador, pródigo, perdulário e devasso.

Os constituintes de 1988 não foram suficientemente explícitos no artigo 37 ao positivar que a administração pública é regida pelos princípios da “*legalidade, impessoalidade e moralidade*”, o nepotismo tomou nossas instituições, pois a moralidade não era suficiente para barrá-lo.

Assim, no limite da insatisfação popular, ajuizou-se a Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC12⁴ na qual Celso de Mello votou e resultou em uma decisão histórica, em agosto de 2008 considerando a prática inconstitucional no Poder Judiciário.

Em seu voto o Ministro ressalta que o benefício do cargo não deve ser usado em proveito próprio ou de seus parentes demonstrando, pois, lealdade com a Constituição e com nosso povo que não tem tais privilégios.

³ ROSA, Alexandre Morais da. Guia do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos. 4ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, pp. 358–62.

⁴ Supremo Tribunal Federal. ADC 12/DF. Relator: Min. Carlos Britto. 2006.

Quem tem o poder e a força do Estado em suas mãos não tem o direito de exercer em seu próprio benefício ou em benefício de seus parentes, cônjuges ou companheiros a autoridade que lhe é conferida pelas leis desta República.

Considero tal frase especialmente forte e emblemática. Representa a verdadeira essência do poder que emana da Constituição, o poder do Estado é um poder para tutelar o Povo e que dele emana, não podendo ser utilizado de forma a beneficiar uns em detrimento de outros.

O efeito da decisão alcançou o Legislativo e o Executivo e resultou na edição da Súmula Vinculante 13.

A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

Infelizmente não é possível dizer que o nepotismo está erradicado em nosso país, o Estado somente alcançará sua finalidade quando seguir a legalidade, a impessoalidade e a moralidade positivados na Constituição e os princípios da publicidade e eficiência regentes da administração pública, inclusive sendo eles *“alicerce, disposição fundamental servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência por definir a lógica, a racionalidade e lhe dar um sentido harmônico”*⁵

Que assim seja, a equidade de oportunidades é um dos anseios de um povo com altos índices de desemprego, que com razão se ofendia e ainda se ofende ao ver no poder público o nepotismo associado a corrupção que tanto se quer varrer.

2. Liberdade de Expressão

Tema afeto de intensas manifestações do Ministro Celso de Mello é a defesa do direito de reunião e da liberdade de manifestação do pensamento.

⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2004

Durante o Regime Militar foi instituída a chamada Lei de Imprensa, totalmente repressora que chegou a vigorar até 30 de abril de 2009, quando não foi recepcionada pelo STF, a partir de uma arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF 130 ⁶).

A lei, criada em uma atmosfera de repressão de liberdades individuais visava institucionalizar a regular a liberdade de expressão facilitando a consolidação do regime autoritário em vigor, servia para impor severos limites aos profissionais da área.

De acordo com as regras estabelecidas, todos os programas de televisão deveriam apresentar uma autorização por parte da censura da época antes de eles serem exibidos. Todo e qualquer jornalista, bem como todos os veículos de comunicação, estavam sujeitos à multa e punições caso eles publicassem algum conteúdo que pudesse “*ofender a moral e os bons costumes*”, ou que fosse uma crítica ao regime político vigente naquele período. Além disso, na ocasião em que o estado de sítio estivesse valendo, o governo poderia fazer uma censura prévia enviando agentes às redações de jornais, rádios e TV.

Rememoro o início deste artigo com o início da carreira do Ministro no STF logo após o final do regime militar e com menos de um ano da nova Constituição.

Pois bem, como já dito, Celso de Mello tem em si uma rebeldia que vela pelas liberdades e se manifestou sobre a Lei da Imprensa em um voto com raízes germinadas em puro constitucionalismo, bebendo da própria Constituição.

Essas críticas, quando emitidas com base no interesse público, não se traduzem em abuso de liberdade de expressão, e dessa forma não devem ser suscetíveis de punição. Essa liberdade é, na verdade, um dos pilares da democracia brasileira.

Quando daquele voto, 2009, a segunda geração de redes sociais começava a explodir aqui no Brasil. Os usuários estavam migrando do quase inofensivo Orkut para as redes que se firmaram e até hoje são líderes em usuários : Facebook e suas empresas, Twitter, Youtube e hoje tantas outras surgiram e se fortificam dia a dia.

Com isso a judicialização de questões afetas a estes novos locais de expressão de idéias e divulgação de notícias só tem aumentado de lá

⁶ Supremo Tribunal Federal. ADPF 130/DF. Relator: Min. Carlos Britto. 2009.

para cá. Ainda estamos aprendendo a lidar com os limites da liberdade de expressão, com responsabilização solidária ou não de provedores, com Fake News. Mas passados dez anos, a essência daquele voto continua atual.

A mesma Constituição que garante a liberdade de expressão garante também outros direitos fundamentais, como os direitos à inviolabilidade, à privacidade, à honra e à dignidade humana.

Para o Ministro se o direito de informar tem fundamento constitucional, o seu abuso pode gerar o dever de indenizar.

O mesmo se aplica hoje a muitos crimes contra a honra não necessariamente ligados a imprensa já que com o crescimento da internet qualquer um de nós pode exercer sua liberdade de expressão e até mesmo de imprensa livre, de forma totalmente constitucional, porém limites se fazem necessários na medida em que essa liberdade é garantidora de outros direitos fundamentais mas não pode jamais servir para violá-los.

Nestes casos, nos quais há conflitos de garantias de mesma estatura o Poder Judiciário deverá definir qual dos direitos deverá prevalecer, em cada caso, com base no princípio da proporcionalidade. Assim, com todos esses fundamentos, o Ministro votou pela procedência integral da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 130, e julgou a Lei de Imprensa inconstitucional.

Incluindo o jornalismo em modalidade digital, a liberdade de expressão assegura ao profissional de imprensa nas palavras do Ministro “o direito de expender crítica, ainda que desfavorável e em tom contundente, contra quaisquer pessoas ou autoridades”.

As autoridades têm como carga implícita de seus cargos a publicidade de suas ações por serem servidores públicos regidos por este princípio, a publicidade, assim estão sujeitos a críticas independente de seus eventuais graus de autoridade. Isso também foi tratado pelo Ministro em seu voto:

O interesse social, que legitima o direito de criticar, sobrepõe-se a eventuais suscetibilidades que possam revelar as figuras públicas, independentemente de ostentarem qualquer grau de autoridade.

É comum ver o Ministro levantar sua voz ainda hoje em casos com indícios de censura ou cerceamento da liberdade de expressão

relembrando os envolvidos que quando do julgamento da ADPF 130, sobre a Lei de Imprensa editada durante o regime militar e considerada incompatível com a nossa Constituição e seus valores, o STF deixou claro que a liberdade de manifestação do pensamento é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

E que continue sendo a máxima “*Discordo do que você diz, mas defenderei até a morte seu direito de dizê-lo*”⁷ o mote dos defensores das liberdades e que nada além dos direitos fundamentais de outrem nos impeça não só as manifestações mas também a defesa apaixonada e sim, intransigente da liberdade de pensamento e expressão.

3. Liberdade de Ser

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Esse é um dos princípios fundadores da República Federativa do Brasil positivado no artigo 5º da Constituição.

Também é fundamento de nossa pátria a dignidade da pessoa humana sendo um dos objetivos da nossa República, descrito na nossa Carta Magna “*promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*”.

Com isso quero dizer que tais princípios e fundamentos valem para todos os brasileiros e fez-se necessário para a minoria LGBTQI+ buscar proteção institucional ao seu direito de existir.

Ao seu direito de existir. Ao seu direito de ser. Ao seu direito de amar.

Coube ao Ministro ser o relator da Ação Direta de Omissão (ADO 26⁸) proposta e orientar o Poder Judiciário na supressão das omissões do Poder Legislativo e Executivo lesivas aos direitos desta minoria específica.

O entendimento da maioria do Supremo Tribunal Federal na noite do dia 13 de junho de 2019 foi que até que o Congresso Nacional aprove uma lei criminalizando a homofobia e a transfobia, as condutas preconceituosas relacionadas à orientação sexual serão enquadradas na lei de racismo.

O relator do caso foi o ministro Celso de Mello que entende as práticas homofóbicas como racismo social e em seu voto traduz em palavras o que é sentido na pele, o que se faz óbvio para quem vive segregado e inferiorizado por ser quem é.

⁷ TALLENTYRE, S. G. HALL, Evelyn Beatrice. The Friends OfVoltaire. London: Smith, Elder & Co, 1906.

⁸ Supremo Tribunal Federal. ADO 26/DF. Relator: Min. Celso de Mello. 2019.

O fato irrecusável no tema em exame é um só: os atos de preconceito ou de discriminação em razão da orientação sexual ou da identidade de gênero não podem ser tolerados, ao contrário, devem ser reprimidos e neutralizados, pois se revela essencial que o Brasil dê um passo significativo contra a discriminação e contra o tratamento excludente que tem marginalizado grupos minoritários em nosso país, como a comunidade LGBT.

A decisão não ataca o cerne do problema, ainda é necessário uma mudança cultural através da educação para que nosso país se torne de fato seguro para os LGBTI+ porém o problema ter sido finalmente adereçado pela justiça hoje fornece mecanismos para que as violências quando sofridas em função de gênero ou opção sexual não passem impunes.

Vitória da liberdade de existir, de ser, de amar.

4. Quem roubou o meu queijo? Quem pode roubar a minha liberdade?

Na seara penal lidamos muito com a desproporcionalidade penalizadora dos institutos, e tristemente alguns casos acabam tendo que chegar a maior instituição do país para serem percebidos como são.

Pois bem, no início de 2018 percorreu o STF o caso de uma senhora mineira que tentara furtar duas peças de queijo do mercado, ao ser surpreendida as devolveu (furto simples na modalidade tentada).

Sobreveio a condenação de um ano e três meses de prisão e pagamento de 15 dias multa, como o crime era tentado, a pena foi reduzida para 5 meses no regime semiaberto e pagamento de 5 dias multa.

O Ministro frisou em seu voto como relator⁹ o valor das duas peças de queijo, que somadas chegavam em aproximadamente R\$40,00 (quarenta reais) e que, o fato de a mulher ser reincidente em crime contra o patrimônio não bastava para afastar o reconhecimento do princípio da insignificância.

Não são poucos os indivíduos que de fato chegam a ter sua liberdade constrangida por causa de pequenos furtos, e o fato de casos como este chegarem ao Supremo é um indicativo de quão disfuncional nosso sistema de Justiça é.

⁹ HC 155.920/2018- MG - Rel. Min. CELSO DE MELLO

Que o óbvio seja dito, a liberdade – bem jurídico mais precioso – de ninguém vale R\$40,00 (quarenta reais). Se até aos cofres estatais essa liberdade sai mais caro, imagine ao indivíduo que se vê privado deste bem que para si o valor não se traduz em moeda, mas sim em dignidade.

5. Por Todas as Liberdades Conquistadas

De tempos em tempos figuras com destaque (tanto por seus cargos públicos quanto por destaque midiático) insistem em falar/ameaçar uma suposta volta da ditadura militar como resposta para questões a serem decididas pela justiça conforme as leis vigentes, e não pelo clamor público ou vontades prevaletentes em determinados grupos.

Pois bem, quando da aproximação do julgamento do habeas corpus preventivo do ex presidente Luís Inácio Lula da Silva em abril de 2018 algumas sugestões foram feitas neste sentido ao que, não por se tratar de quem se tratava a ação já que a lei é uma para todo e qualquer cidadão, teve que responder o Ministro em repúdio antes de seu voto¹⁰.

Nossa própria experiência histórica revela-nos que insurgências de natureza pretoriana, à semelhança da ideia metafórica do ovo da serpente, descaracterizam a legitimidade do poder civil instituído e fragilizam as instituições democráticas, ao mesmo tempo em que desrespeitam a autoridade suprema da Constituição e das leis da República.

Lembrou muito bem o Ministro que intervenções militares geralmente resultam em governos ditatoriais sendo inaceitáveis em um Estado Democrático podendo gerar danos irreversíveis para este sistema.

Intervenções castrenses, quando efetivadas e tornadas vitoriosas, tendem, na lógica do regime supressor das liberdades, a diminuir, quando não a eliminar, o espaço institucional reservado ao dissenso, limitando, desse modo, com danos irreversíveis ao sistema democrático, a possibilidade de livre expansão da atividade política e do exercício pleno da cidadania. Tudo isso, senhora presidente, é inaceitável. O respeito indeclinável à Constituição e às leis da República representa limite inultrapassável, a que se devem submeter os agentes do Estado, quaisquer que sejam os estamentos a que eles pertençam.

¹⁰ HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ

Diversos aspectos podem definir o conceito de democracia, há ainda que se levar em conta que as democracias se apresentam em graus diversos de desenvolvimento, mas o fator comum pode ser definido em uma palavra, um conceito: liberdades.

6. Até logo

A ciclicidade se faz presente em tudo no universo, no caso do Ministro Celso de Mello, é impossível colocar um simples ponto final em uma história com tanta riqueza, luta e pontos e vírgulas.

Dizer que a história do Ministro no STF se encerra com sua aposentadoria é algo que discordo, com todas as vênias, pois nos fica um extenso e histórico legado deste indivíduo ímpar que em sua trajetória foi fiel ao dever primordial do operador de direito que é guiar e ser guiado pela nossa Constituição Federal. Como Ministro esse dever passou a ser institucional e constitucional.

Meu até logo ao Ministro faz coro com as palavras do visionário Orwell: “*Aqueles que renunciam à liberdade em troca de promessas de segurança acabarão sem uma nem outra.*”¹¹ e a certeza que continuaremos nos encontrando em livros, em referências a seus julgados e na busca incessante pelo respeito a nossa Constituição as liberdades, todas elas, sem retrocessos.

Até breve Ministro, nos vemos nos livros. E na história.

Referências

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. 4ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2004

TALLENTYRE, S. G. HALL, Evelyn Beatrice. **The Friends Of Voltaire**. London: Smith, Elder & Co, 1906.

ORWELL, George. **A revolução dos bichos**. Editora Companhia das Letras, 2007.

¹¹ ORWELL, George. A revolução dos bichos. Editora Companhia das Letras, 2007.

“ Quando assumiu no STF o Ministro encontrou uma jurisprudência que passava por cima dos direitos humanos, a Constituição de 1967 elaborada durante o regime militar previa por exemplo o fechamento do Congresso por parte do Poder Executivo, a censura prévia aos meios de comunicação, intervenção militar em estados e municípios, suspensão de direitos civis e políticos dos cidadãos, que cometiam crimes contra a Segurança Nacional... As liberdades e direitos tão ultrajados por mais de duas décadas passaram a ter valor novamente e cabia também ao novo Ministro sua proteção. Trinta e um anos depois, Celso de Mello é hoje conhecido como defensor da Constituição Federal/88, defensor da dignidade da pessoa humana, dos direitos e das liberdades fundamentais. Em suas palavras, essa defesa *“é uma das missões irrenunciáveis do juiz digno e consciente de seus deveres éticos, políticos e jurídicos no desempenho da atividade jurisdicional”*. Um longo caminho ao lado dos brasileiros, tendo eles plena consciência ou não disso. ”

Simone Cabredo de Angelo

