

O caso do STF e as fake news: por que temos de ser ortodoxos! Com Post scriptum!

18/04/2019



Lenio Luiz Streck
jurista e professor

O assunto exige uma coluna mais longa. Um néscio diria “lá vem

textão”, palavra usada por quem gosta de resumos e resuminhos. Peço paciência, pois, pelo “textão”. Tenho clamado há décadas por uma ortodoxia constitucional. Sou jurássico, como dizem meus amigos e alunos. O dinossauro mais antigo do mundo é da minha terra, Agudo, chamado *Bagualossauro Agudensis*, fóssil encontrado cerca de 3 km de onde nasci.

Constituição é um remédio contra maiorias. E o Supremo Tribunal é um instrumento contramajoritário. O primeiro erro é falar em ouvir a voz das ruas. Falar nisso é sufragar o velho “dualismo metodológico” de Jellinek e Laband, [pernicioso](#) para a democracia.

O que é isto — atender aos reclamos da sociedade? O que é isto — a “realidade social”? É o Kajuru bradando da tribuna? É o general de pijama esculhambando com o Judiciário? Ou é um procurador da República falando em apedrejamento do STF? Ou, ainda, quem sabe, é um deputado falando em fechar o STF com um jipe e dois soldados?

O articulista do *Jota*, Thiago Anastácio, faz [interessante análise](#) sobre o fenômeno. Ao criticar o falso “diálogo” judiciário-voz das ruas, diz ele, eis o resultado:

O *impeachment* de quatro ministros do Supremo Tribunal! O motivo: conceder *habeas corpus* para pessoas responderem aos processos em casa. Infelizmente, a falta de bom senso e de conhecimento sobre nossas leis, tudo isso como resultado esperado e almejado de um processo de ignorância de décadas (ou de séculos), agora atinge patamares maiores. Atônito, vê-se um

senador da República, em vídeo, afirmando que o patrimônio amealhado por um ministro do STF é fruto das “sentenças” que ele vendeu. E mais, que muitos políticos são seus sócios e por isso são protegidos.

Não bastasse, o senador bradou por mais: disse que depois de Gilmar Mendes, viriam os “Lewandowski” da vida. É a típica sanha dos desvalidos de cultura e mancos da moral.

(...) Antes da retórica falha, circense e frouxa, que ao menos se estude e seja entendido que o Supremo Tribunal Federal, pois assim quer a lei, não permite a prisão de pessoas antes de serem julgadas. Apenas em casos excepcionais isso ocorre e tanto Gilmar, como Lewandowski, como Fachin e Barroso soltam desvalidos e ricos todos os dias. E acredite-se: soltam pouco. Muitas pessoas estão presas preventivamente ou já condenadas injustamente nesse país.”

Sigo eu: Ouvir a voz das ruas é o quê? **Ouvir a voz da neocaverna?** Platão foi o primeiro a denunciar as *fake news*, quando disse que as sombras são sombras. E o cara quem foi lá fora e viu a luz foi apedrejado. No mundo da neocaverna, qualquer idiota vira cientista político. Ou jurista.

No Direito também é assim. Falar em Direito hoje ofende. Falar em garantias é (sic) defender a impunidade. Absolver um réu? Bah, isso é conivência com o rime. Advogado que defende bandido, bandido é, dizem muitos neocavernistas. Conceder *habeas corpus*? Nem ousem, senhores ministros. Porque lá vem pedido de “impitman”. Aliás, ontem a coisa estava fervilhando no Senado. Querem “impichar” ministros do STF. Bom, se o fizerem, *será como em um tiroteio*: depois do primeiro tiro, já ninguém sabe quem está atirando e em quem...!

Insisto: Falar em ouvir “a voz das ruas” dá nisso. O pior é que “as ruas” (sic) acreditam que podem mais do que a Constituição. Brincando disso, vem o Conselheiro Acácio: *as consequências vêm sempre depois*. Ah, vem, mesmo!

Ortodoxia. Essa é a palavra. Essa é a ação necessária. Não se desviar da lei. Nada de usar o CPC para interpretar o CPP, comparando antecipação da pena com prisão por alimentos ou quejandos. Onde está escrito x, leiamos x. E então seremos democratas. O resto é uma barata teoria política do poder. Uma teoria tipo “*filme trash*”, em que se pode ver o zíper da fantasia do monstro.

Aceitar voz das ruas, aceitar xingamentos sem tomar providencias **pelos - atenção - canais legais** no momento oportuno dá nisso que está aí. Deu tudo errado.

No imbróglio todo, a Procuradoria Geral da República passou a invocar o que, vejam só, sempre o MP tem negado: **o sistema acusatório**. Pau que dá em Chico, dá em Francisco, pois não? Até mesmo procuradores agora entram com *habeas* coletivo para evitar que o sempre “querido e preferido sistema inquisitório”, que tanto a maioria do MP defende, possa bater em suas costas. E o socorro viria de onde? Fácil: Do maldito sistema acusatório. Nada melhor do que um dia após o outro...!

É aquela coisa: as garantias nunca parecem tão necessárias... até o momento em que somos nós que precisamos delas, não é mesmo? Esse é o ponto. Comparar garantismo com impunidade é

típico de um país em que *la ley es como la serpiente*, que pica somente os descalços.

Enfim. Sigo.

É isso que envolve a questão da *Revista Crusoé* e os mandados de busca e apreensão no caso dos “atiradores do STF”, gente useira e vezeira em esculachar a Suprema Corte e seus ministros a partir das neocarvernas de twitter, faces e uatzapi.

Qual é o problema? Qual é jogo dos diversos erros? *Fake news* são uma praga. Têm de ser combatidas. Com vigor. O anti-intelectualismo está ancorado nas *fake news*. O obscurantismo só sobrevive nessa era pós-verbo, em que se diz qualquer coisa sobre qualquer coisa.

Então, repito, qual é o problema? Eis o primeiro erro: é que o STF, vítima, não pode confundir os dois corpos do rei (falo de Kantorowicz[1]; há uma [coluna](#) minha — se tiverem a paciência, leiam — explicando o que é isto, os dois corpos do rei[2]). Se o STF (ou um de seus ministros) é vítima, não deve, ele mesmo, investigar e “processar”.

Permissa vênua, o artigo 43 do RISTF, usado para sustentar e abrir de ofício a investigação tem um problema de não recepção constitucional. Isso em uma análise paramétrica. Em uma análise ordinário-substancial, ele mesmo não dá azo a que o próprio STF investigue fatos que não ocorreram na sede ou dependência do STF. Ou seja: o dispositivo não foi recepcionado e, mesmo lido com validade, não dá essa abrangência. Não encaixa.

Outra questão relevante, e que me faz invocar o caso *Marbury v. Madison*, é a redação do artigo 102, I, da Constituição, que trata da competência originária do STF para “processar e julgar”. *Não há qualquer menção que poderia dar azo a que o artigo 43 do RISTF pudesse estar recepcionado*. Não podemos interpretar a Constituição de acordo com o regimento interno. No caso *Marbury v. Madison*, a Constituição dizia: a *US Supreme Court* é um órgão recursal. Ponto. E a Lei veio dizer que à Corte competia julgar “mandados de segurança”. Resultado: *a rigidez da Constituição afastou a lei que disse mais do que a Carta*. Veja-se, para reafirmar minha tese, que o artigo 102 chega a falar em processar e julgar membros do Congresso “nas infrações comuns”, mas, atenção, não fala em *instaurar* e instruir inquéritos policiais.

Ademais, lembro que o STF já havia deixado claro, na ADI 1.570, que **o juiz não pode investigar crimes**, ao dizer a inconstitucionalidade do artigo 3º da Lei 9.034/95 (lei do crime organizado). Na ADI, afinal, [o Supremo retirou “o poder investigatório dos juízes”](#). Se precedente valer, então estamos em face de um *easy case*.

Não fosse por nada, há ainda o artigo 231 do próprio RISTF, que manda que se remeta autos e *etc.* ao seu destinatário, o Ministério Público.

E não se diga que caberia ação penal subsidiária da pública face ao pedido de arquivamento da PGR não aceito pelo STF, ontem, dia 16. A tal ação subsidiária só cabe — e o STF já disse isso de há muito — quando existir **inércia** do MP. E, no caso, pode haver de tudo, menos inércia da Dra. Dodge.

O STF, portanto, comete erros nessa questão toda. Penso que viola a Constituição e sua própria jurisprudência. Talvez um pouco tardiamente, Raquel Dodge busca preservar a parcela de



soberania do MP, qual seja, a prerrogativa de ter a última palavra em matéria penal, o que, somado com o sistema acusatório, impede de o STF de (i) investigar e (ii) negar uma promoção de arquivamento. É assim que funciona o sistema jurídico. Não se pode obrigar o PGR a fazer uma denúncia. Bom, pelo menos isso nunca ocorreu até hoje.

De todo modo, bem que Dodge poderia ter dito tudo isso de outro modo: o STF não pode abrir inquérito de ofício e não pode investigar conforme precedentes da Corte; OK., então, mandem-me o material todo e examinarei. Se for o caso, depois de um olhar cuidadoso, proponho diligências ou ação penal. Não deveria ter dito, precipitadamente, que não há elementos para a ação penal. Há vários modos de dizer as coisas, como o sujeito que, não podendo dizer que seu pai fora enforcado, *escreveu: meu pai estava em uma cerimônia pública e, de repente, a plataforma cedeu...*

O que não pode ocorrer é a transmutação do velho artigo 28, esse, sim, recepcionado, porque garante a parcela de soberania do órgão acusador em um sistema acusatório. Dizer o contrário compromete o funcionamento do sistema.

Numa palavra, penso ser despidendo dizer que, sim, temos a prevalência do sistema acusatório desde 1988, embora, na prática, ainda haja investigações de ofício e o MP aja, cotidianamente, como órgão inquisitivo (venho sustentando isso de há muito e, lamentavelmente, sou voz mais solitária do que gostaria).

Mas, como vimos, a partir de agora temos um *turning point* no direito brasileiro: por obra da peça assinada pela PGR Raquel Dodge ([aqui](#)) e pelo *habeas* coletivo ([aqui](#)) firmado por um grupo de procuradores da República, a partir de agora — alvissaras — efetivamente vige o sistema acusatório. Nunca mais falaremos em inquisitivismo — a não ser, é claro, que o STF diga que o que prevalece é o sistema inquisitivo. E, a não ser, é claro, que o Ministério Público volte atrás no que disse. Vamos aguardar.

O paciente zero

De todo modo, insisto: tudo começou — o nosso paciente zero — porque começamos a dar voz às sereias (lembrando Ulisses e sua volta à Itaca). Tudo começou porque nos deixamos seduzir pelo canto. As sereias são como as Eríneas d'As Eumênides, de Ésquilo, *as deusas do ódio e da raiva*. (Deusas estas que, hoje, se mudaram da mitologia grega para... as redes sociais. Deu nisso.)

Vocês sabem, aquele que não diz nada, que não quer se indispor, é acusado de ficar em cima do muro. Acho que posso dizer, então, que aquilo que sempre defendi impõe a mim, nesse momento difícil, a responsabilidade de fazer justamente o contrário. Estou derrubando o muro. Porque, afinal, vejo problemas dos dois lados. Os problemas da parte do STF são óbvios, e são exatamente esses que eu disse: a assunção do papel de vítima, investigador, acusador e julgador, tudo ao mesmo tempo.

(Nesse sentido, foi bem a *Folha* em [editorial](#): “Não há dúvida de que grupelhos truculentos alimentam um ódio insidioso contra o Supremo. Não há dúvida de que procuradores da Lava Jato com frequência extrapolam de suas atribuições e fazem jogo subterrâneo contra magistrados. Mas a perseguição ao que for delituoso nesses comportamentos precisa ocorrer

dentro das garantias da Carta — sob pena de não se distinguirem mais caçadores de caçados na selva do autoritarismo”.)

Só que há também o outro problema, do outro lado, e o reconhecimento de um não anula o outro: as *fake news* e a relativização da verdade; uma campanha óbvia e deliberada pela fragilização institucional da Suprema Corte; um sistema inquisitório de conveniência por parte de alguns procuradores. **Não podemos aceitar a fragilização da Suprema Corte!**

E tomemos muito cuidado: muitos que hoje defendem a liberdade de imprensa, ontem mesmo defenderam a ditadura e, paradoxalmente, querem até o fechamento do STF. Fiquemos atentos: há um ataque contra umas das condições da democracia: o guardião da Constituição Federal.

O que há de comum em tudo isso, e qual é o elo que une os erros dos dois... *antagonistas* nessa questão? Exatamente a falta de ortodoxia, porque ortodoxia significa obedecer a *critérios*. Criteriologia. Essa é a palavra, e é isso que tem faltado.

Não há critérios por meio dos quais se possa construir uma autêntica teoria da decisão, uma robusta epistemologia que sustente o Direito brasileiro. Voz das ruas, eríneas, sereias, neocarvernas: *vadre retro*. Contramajoritarismo neles. Ou isso ou o caos. Daí a necessidade de ortodoxia aplicacional da Constituição. E nesse ponto o Supremo precisa “se ajudar”.

E o pior? Não precisava de nada disso. Nada disso seria um problema. Nada, absolutamente *nada* disso aconteceria... se tivéssemos critérios. Firmes. Se a verdade fosse a verdade, se gerais de pijama não ocupassem seu tempo tentando desestabilizar as instituições do país... se o Supremo Tribunal Federal fizesse, desde o princípio, aquilo que deve fazer: fazer valer a força normativa que tem a Constituição.

Para vencer as eríneas (isto é, “voz das ruas”, dualismos falaciosos e quejandos), temos que usar do remédio contra elas, as maiorias: **aquela coisa velha que é a Constituição**. Aquilo sobre o que o Capitão Rodrigo, no mais que clássico *O Tempo e o Vento*, fala para seu interlocutor em um boliche nos anos 20 do século XIX, logo após a revolução do Porto: “*Ouvi falar que lá pelas bandas de Portugal estão fazendo uma Constituição.*” Perguntado sobre o que era a isso, respondeu: “*Constituição? Ora, é uma lei que manda obedecer às leis. Bueno, você sabe...*”. Bingo!

Bom, ortodoxia quer dizer: obedecemos a... *Bueno, você sabe*.

Portanto, muito cuidado, muita calma nessa hora. Se o STF errou, se o MP até hoje apostou no inquisitivismo, se o STF erra, que sejam criticados quando assim o for. Mas não nos esqueçamos que a fragilização institucional, vigorando a tese do soldado e do jipe, *impeachment* etc., só interessa a quem não tem apreço pela democracia. É o exército de mercenários que, ao não conquistar o castelo, queima as plantações na volta para casa. Democracia é *accountability*, e isso vale também para o STF; mas *accountability* não significa fechar a Suprema Corte, distribuir *impeachment* como se distribui notícia falsa no *WhatsApp*.

De uma crítica legítima não se deriva que o ministro que concede um HC *nos termos da lei e da Constituição* é um “defensor de bandidos”, “corrupto”, que “vende sentenças”.

Responsabilidade: *institucional, política, crítica.*

Um pouco de prudência não faz mal a ninguém. Mas sem perder a ortodoxia jamais!

POST SCRIPTUM: "Passado-futuro-presente" dos ataques ao STF

No Brasil ninguém morre de tédio. Como adivinhar o futuro, se não podemos fazer previsões nem sobre o passado? Pois meses depois do artigo acima, a escalada de ataques ao STF chegou a píncaros inimagináveis. Escancaradamente Contempt of Court em um primeiro momento e um ataque a toda a democracia, na sequência.

Depois deste artigo, na verdade, apenas seis (6) dias após, escrevi outro texto ([aqui](#)) em que denunciava o *Contempt of Court*. Na sequência, o STF julgou constitucional o artigo 43 do RISTF. Minha doutrina sobre o artigo 43 e os ataques à Corte foi citada no voto do Ministro Fachin para sustentar a constitucionalidade do artigo 43.

Hoje penso: como poderia prever, ao escrever a Coluna em abril de 2019, que os ataques ao STF chegassem onde chegaram, como ocorreu com a tentativa de golpe do dia 7 de setembro de 2021? A meu favor o fato de menos de uma semana depois já ter registrado minha mudança de posição face ao contexto histórico social que alterava o estado da arte da coisa.

O resumo de minha posição, revisada pouco depois do artigo acima, pode ser visto neste link, em que invoco Shakespeare ([ler aqui](#)). Apelei para o bardo. A literatura pode contar melhor as coisas.

**Atualização do dia 17/9/2021*

1 KANTOROWICZ, Ernst H. *The King's Two Bodies*. Princeton: Princeton University Press, 1997 [1957].

2 Sugiro também que vejam MCILWAIN, Charles H. *The High Court of Parliament and its Supremacy: An Historical Essay on the Boundaries Between Legislation and Adjudication in England*. Whitefish: Kessinger, 2007, pp. 389 e seguintes.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2019-abr-18/senso-incomum-stf-fake-news-temos-ortodoxos/>