Terca-Feira, 16 de Setembro de 2025

Inovações inconstitucionais na Ação Penal 2668

Conforme havia anunciado, só comentarei o julgamento da Ação Penal (AP) 2668, sobre a chamada tentativa de golpe de Estado, agora que o resultado foi proferido. O Supremo Tribunal Federal, em Brasília, decidiu pela condenação de Jair Bolsonaro.

Vou fazer duas considerações sobre o relatório do Ministro Alexandre de Moraes, a partir do que li nos jornais, reiterando, desde logo, a pessoal admiração que tenho por sua obra doutrinária.

Entendo, todavia, que ele inovou em matéria de relatórios de magistrados dos órgãos colegiados do Poder Judiciário. Normalmente, o relator conta os fatos para, depois, expor a decisão. Embora já traga o seu voto, ele só o apresenta após a defesa, podendo, inclusive, mudar sua decisão de acordo com os argumentos apresentados.

Muitas vezes, ao sustentar oralmente perante o desembargador ou o ministro, presenciei a sessão ser suspensa para continuidade do julgamento na sessão seguinte, a fim de modificarem o voto previamente trazido, haja vista os novos argumentos por mim apresentados.

Ora, os relatórios servem apenas para expor os fatos, para que a defesa ocorra e, posteriormente, haja o voto, que pode ser lido ou falado, independentemente de estar escrito.

Ocorre que o Ministro Alexandre de Moraes anunciou antecipadamente como irá julgar, declarando que a punição teria que ser cumprida, que seria fundamental para a pacificação nacional e que a lei de anistia não poderia prevalecer. Assim, já declarou, de maneira prévia, como decidiria e declarou que não aceitaria que o Congresso definisse a anistia, apesar de ser prerrogativa exclusiva do Congresso Nacional. Trata-se, pois, de uma inovação.

Em todos os casos em que tive de sustentação oral em Tribunais de Justiça Estaduais, no Supremo Tribunal Federal, no Superior Tribunal de Justiça, nos Tribunais Regionais Federais, foram realizados relatório, defesa e voto; jamais ocorrendo antecipação do voto, como fez, de acordo com a imprensa, o Ministro Alexandre de Moraes.

Embora não tenha assistido à leitura do relatório, li o que os jornais publicaram e preocupou-me esta inovação de dar conhecimento do resultado muito antes de ter sido feita a defesa final e a sustentação oral.

O segundo aspecto que também me causou surpresa foi a observação feita pelo Ministro Alexandre Moraes: "Nós temos que obedecer rigorosamente à Constituição."

O que eu tenho procurado mostrar nos últimos anos, em minhas manifestações e escritos, é que o Supremo Tribunal Federal tem adotado correntes doutrinárias que admitem ao Poder Judiciário legislar e, portanto, mudar a Constituição.

A Suprema Corte, por exemplo, mudou a Constituição no que diz respeito ao casamento que, de acordo com a Carta Magna, teria que ser “entre homem e mulher”, sendo esta a vontade dos Constituintes expressa tanto no artigo 226 do texto constitucional quanto nos anais da Constituinte. Admitiam o homossexualismo com direito a segurança, garantias e união, mas a instituição do casamento teria que ser entre homem e mulher, mas o Supremo mudou.

O artigo 231 da Constituição Federal diz que os índios tinham o direito de permanecer nas terras que possuíam naquele momento; no presente do indicativo. O Supremo, entretanto, estendeu esse direito para

abranger as terras que possuíam no passado.

O artigo 128 do Código Penal declara que o aborto só pode ser realizado em casos de estupro ou terapêutico. O Supremo criou o aborto de anencéfalo, isto é, o aborto eugênico, legislando positivamente.

Recentemente, no caso do próprio Marco Civil da Internet, no artigo 19, mudou-se a legislação feita pelo Congresso Nacional, que reproduzia o que está no artigo 5º da Carta da República, de acordo com a qual o abuso na liberdade de expressão seria punido “a posteriori”. Com as alterações implementadas pelo STF, passamos a ter a censura prévia por parte das plataformas.

Outro exemplo é o Imposto sobre Operações Financeiras (IOF) que é um tributo regulatório, mas que o Supremo transformou em arrecadatório, contrariando decisão expressa do Congresso Nacional.

O próprio artigo 53 da Constituição diz que o parlamentar, que representa dezenas, centenas, milhares de cidadãos, não poderia ser punido nem julgado por suas manifestações. O Supremo mudou tal disposição de acordo com seu entendimento e, segundo ele, a manifestação parlamentar pode levar, inclusive, à prisão.

Ou seja, o Supremo tem legislado, tem invadido competência e modificado a Constituição, reescrevendo-a. Respeito a corrente doutrinária que eles seguem, mas não é a minha. Passei 20 meses na Constituinte, discutindo e demonstrando o que seria o retorno ao princípio dos três poderes harmônicos e independentes.

A Constituição Federal de 1988 divide os Poderes da República em Executivo, Legislativo e Judiciário, buscando harmonia e equilíbrio. O Executivo, liderado pelo Presidente, administra o país e executa leis. O Legislativo, composto pelo Congresso Nacional (Câmara e Senado), elabora e fiscaliza leis. O Judiciário interpreta leis e resolve conflitos, garantindo a Constituição. Essa separação, com o sistema de freios e contrapesos, evita a concentração de poder e assegura a democracia.

A Constituição Federal estabelece essa separação dos Poderes, mas também prevê mecanismos de interação e delegação. O Poder Executivo pode, por exemplo, editar Medidas Provisórias (MPs), que têm força de lei e precisam ser aprovadas pelo Congresso Nacional para se tornarem leis definitivas.

A própria Constituição, no artigo 62, detalha esse processo, permitindo que o Presidente da República edite medidas provisórias sobre matéria de competência da União, que deverão ser apreciadas pelas duas Casas do Congresso Nacional e aprovadas com modificações ou rejeitadas.

Ora, a Constituição deve ser, de fato, cumprida, mas não é o que o Supremo tem feito hoje. Ele adota uma corrente doutrinária que reescreve dispositivos da nossa Lei Maior de acordo com a interpretação pessoal dos Ministros, e não com a intenção que presenciei dos Constituintes durante os 20 meses de 1987 a 1988.

São essas as duas observações que quero fazer, sem nenhum juízo de crítica, apenas apresentando a minha posição. Primeiro, a inovação de já no relatório revelar como vai ser o julgamento. Segundo, a necessidade de respeitar a Constituição, pois estamos vendo o reescrever da mesma, inclusive do chamado juízo natural, em que pessoas que não têm foro privilegiado estão sendo julgadas pelo Supremo. Inúmeras, portanto, tem sido as inovações.

Tenho 90 anos, 68 de advocacia e 61 como professor universitário. Relato neste artigo o que presenciei durante a discussão de 20 meses dos Constituintes, quando eu defendia o retorno a três Poderes sem um poder dominante.

A meu ver, respeitar a Constituição significa acatar o que os constituintes escreveram, e não interpretá-la ou adaptá-la ao momento atual. Admiro o Ministro Alexandre de Moraes; temos livros escritos juntos, participamos de bancas de doutoramento, mantendo sempre uma relação cordial.

Contudo sou obrigado a divergir porque o Supremo está reescrevendo a Constituição. Confesso que também fiquei surpreso ao constatar que, já no relatório, foi antecipado como seria o julgamento e a impossibilidade de uma lei de anistia.

São outros tempos, mas por coerência de vida, prefiro manter a minha maneira de ver o direito com a rígida divisão de Poderes, que defendi nestes 68 anos de advocacia e 61 de magistério universitário.

Ives Gandra da Silva Martins é professor emérito das universidades Mackenzie, Unip, Unifieo, UniFMU, do Ciee/O Estado de São Paulo, das Escolas de Comando e Estado-Maior do Exército (Eceme), Superior de Guerra (ESG) e da Magistratura do Tribunal Regional Federal – 1ª Região, professor honorário das Universidades Austral (Argentina), San Martin de Porres (Peru) e Vasili Goldis (Romênia)