

CAPÍTULO 3

A REDEMOCRATIZAÇÃO

Um pingo de história: de 1808 a 1988

Começamos tarde. Somente em 1808 — trezentos anos após o descobrimento —, com a chegada da família real, teve início verdadeiramente o Brasil. Até então, os portos eram fechados ao comércio com qualquer país, salvo Portugal. Era proibida a existência de manufaturas na colônia, assim como a abertura de estradas. Inexistia qualquer instituição de ensino médio ou superior: a educação resumia-se ao nível básico, ministrada por religiosos. Mais de 98% da população era analfabeta. Não havia dinheiro e as trocas eram feitas por escambo. O regime escravocrata subjugava um em cada três brasileiros e ainda duraria mais oitenta anos, como uma chaga moral e uma bomba-relógio social. Pior que tudo: éramos colônia de uma metrópole que atravessava vertiginosa decadência, onde a ciência e a medicina eram tolhidas por injunções religiosas e a economia permaneceu extrativista e mercantilista quando já ia avançada a revolução industrial. Portugal foi o último país da Europa a abolir a inquisição, o tráfico de escravos e o ab-

solutismo. Um Império conservador e autoritário, avesso às ideias libertárias que vicejavam na América e na Europa.⁵

Começamos mal. Em 12 de novembro de 1823, D. Pedro I dissolveu a Assembleia Geral Constituinte e Legislativa que havia sido convocada para elaborar a primeira Constituição do Brasil. Já na abertura dos trabalhos constituintes, o Imperador procurara estabelecer sua supremacia, na célebre “Fala” de 3 de maio de 1823. Nela manifestou sua expectativa de que se elaborasse uma Constituição que fosse digna dele e merecesse sua imperial aceitação. Não mereceu. O Projeto relatado por Antônio Carlos de Andrada, de corte moderadamente liberal, limitava os poderes do rei, restringindo seu direito de veto, vedando-lhe a dissolução da Câmara e subordinando as Forças Armadas ao Parlamento. A constituinte foi dissolvida pelo Imperador em momento de refluxo do movimento liberal na Europa e de restauração da monarquia absoluta em Portugal. Embora no decreto se previsse a convocação de uma nova constituinte, isso não aconteceu. A primeira Constituição brasileira — a Carta Imperial de 1824 — viria a ser elaborada pelo Conselho de Estado, tendo sido outorgada em 25 de março de 1824.

Percorremos um longo caminho. Pouco mais de duzentos anos separam a vinda da família real para o Brasil e a chegada da Constituição de 1988 à sua terceira década. Nesse intervalo, a colônia exótica e semiabandonada tornou-se a quarta maior democracia de massas do mundo, atrás da Índia, dos Estados Unidos e da Indonésia, e uma das dez maiores economias do planeta. Do regime escravocrata, restou-nos a diversidade racial e cultural, capaz de enfrentar — não sem percalços, é certo — o preconceito e a discriminação persistentes. Não foi uma história de poucos acidentes. Da Independência até hoje, tivemos oito Constituições: 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967, 1969 e 1988, em um melancólico estigma de instabilidade e de falta de continuidade das instituições. A Constituição de 1988 representa o ponto culminante dessa trajetória, catalisando o esforço de inúmeras gerações de brasileiros contra o autoritarismo, a exclusão

social e a apropriação privada do Estado por elites extrativistas (patrimonialismo), estigmas da formação nacional. Nem tudo foram flores, mas há muitas razões para celebrá-la.

Do regime militar à democracia constitucional

O golpe militar deflagrado em 31 de março de 1964, que derrubou o presidente João Goulart, tinha o compromisso declarado de manter as eleições presidenciais do ano seguinte. Não o cumpriu. Após seguidas cassações de direitos políticos, inclusive os de Juscelino Kubitschek, candidato favorito no pleito que não houve, atos institucionais dissolveram os partidos políticos (AI 2) e prorrogaram o mandato do Marechal Castelo Branco, primeiro Presidente do regime militar (AI 3). Em 1967, sob a imposição de prazos fatais e grande pressão do Poder Executivo (AI 4), foi aprovada uma nova Constituição, votada por um Congresso privado de suas principais lideranças, cujos direitos políticos haviam sido compulsoriamente retirados. A Constituição de 1967 não resistiu à ascensão da linha dura nas Forças Armadas e ao curso ditatorial inexorável, cuja força se impôs sobre a resistência democrática esboçada em diferentes capitais. No Brasil, 1968 foi o ano do embate ideológico entre a ditadura e as forças que defendiam a volta à legalidade.⁶ Venceu a ditadura, com data certa: em 13 de dezembro de 1968 foi baixado o Ato Institucional nº 5, que dava poderes praticamente absolutos ao Presidente da República.

O Marechal Artur da Costa e Silva, que assumira a presidência da República em 15 de março de 1967, afastou-se por motivo de doença em 31 de agosto de 1969, morrendo meses depois. Em golpe dentro do golpe, o poder foi arrebatado por uma Junta Militar, que impediu a posse do Vice-Presidente Pedro Aleixo e outorgou a Constituição de 1969. Após acirrada disputa interna entre os militares, o General Emílio Garrastazu Médici foi indicado Presidente

da República, cargo que exerceu de 30 de outubro de 1969 até 15 de março de 1974. Seu período de governo ficou conhecido pela designação sugestiva de “anos de chumbo”. A censura à imprensa e às artes, a proscricção da atividade política e a violenta perseguição aos opositores do regime criaram o ambiente de desesperança no qual vicejou a reação armada à ditadura, manifestada na guerrilha urbana e rural. A tortura praticada contra presos políticos imprimiu na história brasileira uma mancha moral indelével e perene.⁷ A abertura política, “lenta, gradual e segura”, como já referido, teve seu início sob a presidência do General Ernesto Geisel, que tomou posse em 15 de março de 1974.

Apesar de se ter valido mais de uma vez de instrumentos ditatoriais, Geisel impôs sua autoridade e derrotou resistências diversas à liberalização do regime, que vinham dos porões da repressão e dos bolsões de anticomunismo radical nas Forças Armadas. A posse do General João Baptista Figueiredo, em 15 de março de 1979, deu-se já após a revogação dos atos institucionais, que representavam a legalidade paralela e supraconstitucional do regime militar. Figueiredo deu continuidade ao processo de descompressão política, tendo se dado em seu governo a anistia e a volta da liberdade partidária. Centenas de brasileiros retornaram ao país e inúmeros partidos políticos foram criados ou saíram da clandestinidade. As forças ditatoriais ainda se manifestariam em espasmos de violência, sequestrando personalidades civis e religiosas, enviando cartas-bomba a instituições representativas da luta pela redemocratização ou cometendo atentados, como o estarrecedor episódio da bomba no Riocentro, em 1981, relatado em tópico anterior.

A despeito da incapacidade ou inapetência do governo para punir os envolvidos em atos de terrorismo de Estado, a verdade é que tais grupos se tornavam cada vez mais isolados, e o apoio a suas ações definhava. A derrota do movimento pela convocação imediata de eleições presidenciais — as Diretas Já —, em 1984, após ter levado centenas de milhares de pessoas às ruas de diversas

capitais, foi a última vitória do governo e o penúltimo capítulo do regime militar. Como já lembrado, em 15 de janeiro de 1985, o Colégio Eleitoral elegeu, para a presidência da República, a chapa contrária à situação, encabeçada por Tancredo Neves, que tinha como vice José Sarney. O regime militar chegava ao fim e tinha início a Nova República, com a volta à primazia do poder civil.

A Constituição de 1988: vícios e virtudes

Cumprindo compromisso de campanha assumido por Tancredo Neves, o Presidente José Sarney convocou, pela via de emenda constitucional aprovada pelo Congresso Nacional, uma Assembleia Nacional Constituinte para elaborar uma nova Constituição para o Brasil. Não prevaleceu a tese, que teve amplo apoio na sociedade civil, da constituinte exclusiva, que se dissolveria após a conclusão dos seus trabalhos. Optou-se, ao contrário, por atribuir poderes constituintes aos Deputados e Senadores eleitos em 1986, e também aos Senadores que já estavam no Senado e que ainda possuíam mandato. As consequências dessa opção manifestaram-se muito nitidamente no trabalho elaborado, que trouxe para o texto constitucional inúmeras matérias que teriam melhor lugar na legislação comum.

Após a eleição e antes da posse que não viria a ocorrer, Tancredo Neves anunciara o propósito de constituir uma “comissão de notáveis” para elaborar um anteprojeto de Constituição a ser encaminhado à Assembleia Constituinte. Sarney manteve a ideia e a Comissão Arinos elaborou um texto que teria sido um bom ponto de partida. A proposta acabou sendo desconsiderada, vítima de rejeição tanto pelo Presidente como por Ulisses Guimarães. O resultado foi que a Constituinte acabou iniciando seus trabalhos sem um texto-base, fato que trouxe enormes problemas de funcionamento, assim como dificuldades de racionalização e sistematização. A primeira versão, elaborada por nove comissões temáticas

que trabalharam separadamente, tinha mais de mil artigos. Após muitas idas e vindas, com embates e desgastes diversos, a nova Constituição foi aprovada em 5 de outubro de 1988. Aclamada como “Constituição cidadã” e precedida de um incisivo Preâmbulo, foi promulgada com 245 artigos e dezenas de disposições transitórias. Uma das mais longas do mundo.

A Assembleia Nacional Constituinte, que se reuniu entre 1987 e 1988 sob a presidência de Ulisses Guimarães, foi palco de ampla participação popular, por parte de uma sociedade civil mais consciente e extremamente mobilizada, após duas décadas e meia alijada do processo decisório. Como intuitivo, também foram atuantes os *lobbies* mais diversos, públicos e privados, assim como os defensores de *interesses especiais*. O texto final expressou uma complexa mistura de direitos legítimos com interesses cartoriais, corporativos, ambições pessoais e algo mais. O produto final foi heterogêneo. Ao lado de avanços importantes — a ênfase na educação, a criação do sistema único de saúde e a equiparação de direitos entre homem e mulher merecem destaque —, que legitimam o título de *cidadã*, também se instituíram privilégios de ordens diversas, de vantagens remuneratórias a reservas de mercado.

A despeito da crítica de que a Constituição cuida de temas demais e com detalhamento excessivo, deve-se reconhecer a ela, no entanto, um mérito inegável: o da transição bem-sucedida de um regime autoritário, intolerante e muitas vezes violento para um Estado democrático de direito. Sob sua vigência, temos três grandes sucessos a celebrar. O primeiro deles é a *estabilidade institucional*: num país com tradição de golpes, contragolpes e quarteladas, temos mais de 30 anos de respeito às regras do jogo. E não foram tempos banais: tivemos escândalos, como Mensalão e Petrolão, crises econômicas diversas e dois *impeachments* de presidentes da República eleitos pelo voto popular. Em nenhuma dessas ocasiões se cogitou qualquer solução que não fosse o respeito à legalidade constitucional. Só quem não soube

a sombra é que não reconhece a luz que é viver numa democracia. Apesar de tudo.

A segunda conquista que merece ser celebrada é a *estabilidade monetária*. Após anos de inflação descontrolada e sucessivos planos econômicos fracassados — Cruzado I, Cruzado II, Bresser, Verão, Collor I, Collor II —, finalmente se conseguiu domesticar a moeda, com o Plano Real. Sempre lembrando que a inflação tem como vítimas prioritárias os pobres, que não podem se proteger no mercado financeiro. A outra conquista expressiva foi a *inclusão social* de mais de 20 milhões de pessoas, que deixaram a linha de pobreza absoluta. Apesar de a recessão dos últimos anos ter revertido expectativas, o Brasil teve, nas últimas três décadas, a maior elevação percentual do Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) entre os países da América Latina. Não são números desprezíveis. O IDH mede renda, escolaridade e expectativa de vida. Adiante se falará de outras realizações importantes, sob a Constituição de 1988, envolvendo direito de mulheres, negros, população LGBT e povos nativos.

PARTE II

UM OLHAR SOBRE O MUNDO

CAPÍTULO 2

LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Da caverna à internet

— O senhor é a favor da liberdade de expressão?

— Para falar a verdade, não.”

CHARGE DO PASQUIM, NOS ANOS 70⁷⁰

A comunicação humana

Há cerca de 70 mil anos, com a Revolução Cognitiva, desenvolveu-se um dos traços essenciais que singularizam a condição humana: a comunicação, a linguagem, a capacidade de transmitir informação, conhecimento e ideias. Ao longo dos séculos, a comunicação social percorreu uma longa trajetória, que se iniciou com inscrições e desenhos em cavernas, sinais de fumaça e tambores, e que teve como marco transformador a invenção da escrita, entre 3.500 e 3.000 a. C.

Até então, como já mencionado, obras emblemáticas da história da humanidade, como a Bíblia Hebraica, a Ilíada grega, o Mahabharata indiano e as primeiras escrituras budistas passavam de geração

para geração como narrativas orais.⁷¹ Com o avanço da ciência, a comunicação humana beneficiou-se de inventos cada vez mais sofisticados, como a imprensa, o telefone, o rádio e a televisão, até chegar aos computadores conectados em rede mundial. Vivemos a era da convergência de mídias — rádio, TV e “imprensa” concentrados em uma mesma plataforma, acessível por computador, celular ou *tablet* —, do *streaming* e das redes sociais. Tudo é novo por pouco tempo.

Desde o início, a liberdade de expressão sempre foi o tormento dos donos do poder: do poder político, do poder econômico e do poder religioso. Uma conquista obtida lenta e paulatinamente no curso da história, que só começa a se afirmar, efetivamente, com as revoluções liberais, a partir da Revolução Inglesa de 1688. Em 1695, o Parlamento inglês deixou de renovar o *Licensing Act*, que previa a censura prévia.⁷²

A liberdade de expressão no Brasil: o passado condena

A censura no Brasil vem de longe. O primeiro documento a sofrê-la foi a carta de Pero Vaz de Caminha, considerada a certidão de nascimento do que viria a ser um dia o Brasil. Nela, Caminha, escrivão da frota de Cabral, descrevia para o rei D. Manuel as índias nativas, com “suas vergonhas tão nuas”. A carta ficou esquecida por mais de dois séculos na Torre do Tombo, em Lisboa, até vir a ser divulgada pelo padre Manuel Aires do Casal. O padre, no entanto, cortou-lhe alguns trechos, que considerou “indecorosos”.⁷³

Após a vinda da família real portuguesa para o Rio de Janeiro, em 1808, foi criada a Imprensa Régia, à qual incumbia publicar a documentação oficial, obras e livros. Cabia a uma Junta Diretora examinar tudo previamente, sendo vedada a impressão de “papeis e livros cujo conteúdo contrariasse o governo, a religião e os bons costumes”.⁷⁴

Dando um salto no tempo, já no Estado Novo, de Getúlio Vargas, foi criado o Departamento de Imprensa e Propaganda, em

dezembro de 1939. Entre seus objetivos estava “fazer a censura do teatro, do cinema, das funções recreativas e esportivas, da radio-difusão, da literatura social e política e da imprensa”. Alguns anos antes, mas já sob a ditadura de Vargas, teria ocorrido um episódio que entrou para o folclore da luta pela liberdade de expressão no Brasil. O jornalista e humorista Apparício Torelly, o Barão de Itararé, fundador do *Jornal do Povo*, foi sequestrado na sede de sua publicação e espancado em razão de uma série de matérias que vinha publicando. De volta à redação, de onde fora arrancado à força, afixou na porta a tabuleta: “Entre sem bater.”

O período mais recente de censura generalizada se deu sob a ditadura militar, entre 1964 e 1985, especialmente durante a vigência do Ato Institucional nº 5 (1968-1978). O cerceamento à liberdade de expressão recaiu sobre múltiplos domínios da vida intelectual e cultural brasileira. Na *imprensa escrita*, os jornais eram submetidos a censura prévia e, diante do corte dos censores, que se instalavam dentro das redações, viam-se na contingência de deixar espaços em branco ou de publicar poesias e receitas de bolo; apreendiam-se jornais e revistas por motivos políticos (como *Opinião* e *Pasquim*) ou de moralidade (*Ele & Ela*); e boicotava-se a publicidade do jornais que não se curvavam ao governo, para asfixiá-los economicamente (*Correio da Manhã*).

Na *música*, as letras das canções tinham que ser previamente submetidas à Divisão de Censura e Diversões Públicas. Havia artistas malditos, que não podiam gravar ou aparecer na TV, e outros que só conseguiam aprovar suas músicas mediante pseudônimo. Vivia-se um país nas entrelinhas e nas sutilezas. A música *Apesar de você*, de Chico Buarque, chegou a ser liberada, até que alguém se deu conta de que podia haver um protesto embutido em seus versos.

No *cinema*, filmes eram proibidos, exibidos com cortes ou projetados com tarjas que perseguiam seios e órgãos genitais, como ocorreu com o drama *Laranja Mecânica*. Nas *artes*, a peça *Roda Viva*, também de Chico Buarque, teve o teatro invadido e os ato-

res agredidos por um grupo paramilitar, sendo logo em seguida proibida sua encenação em todo o território nacional. O Ballet Bolshoi foi impedido de se apresentar no Teatro Municipal, no Rio de Janeiro, sob a abstrusa invocação de que constituiria propaganda comunista. Na *televisão*, festivais da canção foram vítimas de intervenção governamental, todos os programas, salvo os ao vivo, eram previamente submetidos a exame por censores e a telenovela *Roque Santeiro* foi integralmente vetada para exibição.

O jornalista e escritor Zuenir Ventura fez um levantamento de que, durante os dez anos de vigência do AI 5, cerca de 500 filmes, 450 peças, 200 livros e mais de 500 letras de música sofreram veto.⁷⁵ O ápice do obscurantismo foi a proibição de divulgação de um surto de meningite ocorrido no país. Impediu-se a reação adequada à epidemia, em nome da proteção da imagem do Brasil Grande.

Desde a Independência, todas as Constituições brasileiras, a começar pela de 1824, asseguraram a liberdade de expressão. Desafortunadamente, sempre houve larga distância entre intenção e gesto, num dramático desencontro entre o discurso oficial e o comportamento dos governos. Em nome da segurança nacional, da moral, dos bons costumes, da família e de outros pretextos, sempre foram cerceadas a imprensa, as artes e a literatura. No Brasil, como em todo o mundo, a censura oscila entre o arbítrio, o capricho, o preconceito e o ridículo. Assim é porque sempre foi.

A Constituição de 1988 e a liberdade de expressão

É comum dizer-se que uma nova Constituição é uma reação ao passado e um compromisso para o futuro. Como visto, no tópico anterior, uma das marcas do regime militar foi o longo período de censura à liberdade de expressão em suas diferentes modalidades, aí incluídas a liberdade de imprensa e de criação artística. Não por outra razão, o texto constitucional de 1988 foi verdadeiramente obsessivo ao tratar da matéria, o que fez em uma pluralidade de

dispositivos. Em lugar de assegurar a liberdade de expressão genericamente, vedando a censura e outras intervenções estatais, a Constituição dedicou diversas normas específicas ao tema.

Nessa linha, a Constituição protege expressamente a manifestação de pensamento, a atividade intelectual, artística, e científica, bem como a comunicação e o direito à informação. Apenas veda o anonimato e assegura o direito de resposta. No fundo, as principais limitações à liberdade de expressão estão associadas à proteção de outros direitos, chamados direitos da personalidade, que incluem a imagem, a honra e a privacidade das pessoas. Mesmo nesses casos, como regra, a consequência não é a proibição prévia da manifestação, mas, sim, o dever de pagar uma indenização. No caso da honra, o Código Penal prevê algumas hipóteses em que sua violação será crime.

A proteção ao direito de imagem impede que uma pessoa tenha a sua representação física ou o seu nome utilizado para proveito de terceiros, sem prévia autorização. Dois exemplos de maior visibilidade envolveram a atriz Maitê Proença e a apresentadora Xuxa. Ambas, em épocas diferentes, posaram para uma revista masculina, mediante contrato e remuneração. Outros veículos de imprensa, sem contrato ou autorização, reproduziram as fotos das duas artistas. Foram condenados ao pagamento de indenização pelo uso indevido de imagem.

A honra das pessoas também é protegida pela Constituição e a própria legislação penal trata como crime a prática de calúnia (imputação falsa de um crime), difamação (imputação de fato desabonador) e injúria (ofensa pessoal). Alguns exemplos envolvendo pessoas conhecidas: o jornalista Paulo Henrique Amorim foi condenado criminalmente, por injúria racial, por haver chamado o também jornalista Heraldo Pereira de “negro de alma branca” e dito que não tinha outros atributos que os de ser “negro e de origem humilde”. O deputado federal Alexandre Frota foi condenado, também em processo criminal, por injúria e difamação contra Jean

Wyllys, por havê-lo acusado de pedófilo. Outro caso rumoroso foi a condenação cível do escritor Olavo de Carvalho, em ação movida por Caetano Veloso, também pela acusação de pedofilia.

Por fim, o direito de privacidade (a Constituição se refere a intimidade e vida privada) significa que há um espaço na vida das pessoas que deve ser inacessível ao público, à invasão quer pelo Estado quer por pessoas privadas. Registro aqui dois casos emblemáticos, com resultados opostos. Uma jovem que fazia *topless* na Praia Mole, em Santa Catarina, teve sua foto publicada em jornal de grande circulação. Ao julgar ação judicial em que ela pedia indenização por violação de privacidade (“exibiu os seios para a praia, não para o mundo”), o tribunal entendeu que condutas praticadas no espaço público, como regra geral, não desfrutavam dessa proteção. Já a modelo Daniela Cicarelli obteve êxito ao postular a retirada do YouTube de vídeo com cenas quentes praticadas com o namorado, dentro do mar, em uma praia pública.

O cenário no Brasil, no mundo e os novos desafios

“Em épocas de mentiras generalizadas, dizer a verdade é um ato revolucionário.”

GEORGE ORWELL⁷⁶

Liberdade de expressão e o Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal tem um conjunto amplo de decisões em matéria de liberdade de expressão, sendo que a maior parte de suas intervenções foi no sentido de assegurá-la e de ampliá-la. Em matéria de *liberdade de imprensa*, julgamento emblemático foi o

que considerou inteiramente incompatível com a Constituição de 1988 a Lei de Imprensa do Regime Militar, editada em 1967, e que continuava em vigor em 2009, quando foi repelida.⁷⁷

Em outra decisão, assentou que a crítica dura a pessoas públicas, mesmo que grosseira ou injusta, não deve, como regra, sofrer limitações.⁷⁸ Em dezenas de casos, o STF reformou decisões das instâncias inferiores que limitavam a liberdade de imprensa, como no caso de publicação que foi retirada de circulação por crítica a um Governador de Estado.⁷⁹ Um mau momento do Tribunal, nessa temática, foi a censura imposta à revista eletrônica *Crusoé*, em 2019. A decisão, todavia, foi revogada dias depois.

Em questões envolvendo criação artística, merece registro o julgamento que considerou inconstitucionais dispositivos do Código Civil que exigiam prévia autorização da pessoa ou da família para a publicação de sua biografia.⁸⁰ Sob a vigência desses artigos, foi proibida a circulação de livros que traziam as biografias de Mané Garrincha, Roberto Carlos, Guimarães Rosa, Leila Diniz e Lampião, entre outros. Como intuitivo, a exigência de concordância prévia teria como consequência a produção apenas de biografias *chapa branca*.

Ainda no campo da liberdade de expressão artística, um caso curioso envolveu o diretor teatral Gerald Thomas. Em reação às vaias do público ao final da apresentação de sua montagem da peça *Tristão e Isolda*, o referido diretor subiu ao palco, simulou um ato de masturbação e exibiu as nádegas para uma plateia atônita. Foi denunciado criminalmente pela prática de ato obsceno. O STF, no entanto, extinguiu a ação penal, por considerar que a atitude, inadequada e deseducada como fosse, constituía exercício de liberdade de expressão, tendo em vista tratar-se de uma peça de temática madura, assistida por um público adulto.⁸¹

O STF assegurou, ainda, a exibição do Especial de Natal do Porta dos Fundos, uma sátira que alegadamente teria ofendido o sentimento cristão ao retratar um Jesus *gay*.⁸² O programa havia sido

retirado do ar por decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Também por decisão do Supremo, foi restabelecida a circulação de revista infanto-juvenil que exibia um beijo entre dois homens, e havia sido recolhida por determinação judicial.⁸³ Por fim, já no contexto que combinava liberdade de expressão e de reunião, o Tribunal garantiu o direito de realização da “Marcha da Maconha”, afirmando que a defesa da descriminalização do consumo de determinada substância não constitui incitação à prática de crime.⁸⁴

Nesses debates envolvendo liberdade de expressão, é sempre bom lembrar a advertência sábia de Rosa de Luxemburgo: “A liberdade é sempre a liberdade para quem pensa diferente.”

Liberdade de expressão nos EUA e na Alemanha

Nos Estados Unidos, a Primeira Emenda à Constituição proíbe a edição de leis que restrinjam a liberdade de expressão e de imprensa. Vêm de lá expressões que se integraram à semântica do tema, como “livre mercado de ideias”, em analogia ao livre mercado das economias liberais. Ou, também, a afirmação de que o debate público deve ser “sem inibição, robusto e completamente aberto”. E, ainda, as preocupações com o “efeito silenciador”, que é a consequência de as pessoas terem temor de se manifestarem, pelo risco de sofrerem sanções. A despeito de ser louvada pelos autores e pelos tribunais como um símbolo da cultura e da democracia, a liberdade de expressão nos Estados Unidos não teve uma trajetória linear.

De fato, no primeiro quarto do século, sobretudo em razão da guerra fria e do anticomunismo, diversas decisões limitaram drasticamente a liberdade de expressão política. Assim, sob a tese jurídica de que determinadas manifestações ofereciam “perigo claro e real” (*clear and actual danger*), a Suprema Corte manteve condenações criminais contra militantes socialistas que faziam campanha contra o alistamento militar,⁸⁵ imigrantes russos que protestavam

contra a intervenção americana na Revolução Bolchevique,⁸⁶ militantes⁸⁷ e líderes sindicais que defendiam a substituição do modelo capitalista pelo socialista.⁸⁸ Somente em 1969, essa linha de casos foi superada com a nova tese de que a liberdade de manifestação somente deve ser punida se incitar a prática de atos ilícitos e se houver probabilidade de que eles efetivamente ocorram.⁸⁹ Não deve passar despercebido o fato de que a reversão de entendimento se deu em favor de um líder da Ku Klux Klan, que dirigia ataques ao Presidente, ao Congresso e à Suprema Corte por “protegerem negros e judeus”.

Ao longo do século XX, porém, a liberdade de expressão foi sendo progressivamente expandida, com vedação expressa à censura prévia, salvo ameaça para a segurança nacional.⁹⁰ Em 1971, a Suprema Corte assegurou o direito de os jornais *New York Times* e *Washington Post* publicarem os chamados “Documentos do Pentágono” (*The Pentagon Papers*), relatórios sigilosos acerca da participação americana na Guerra do Vietnam, vazado por um de seus autores.⁹¹ Num dos casos mais emblemáticos em matéria de liberdade de imprensa — *New York Times v. Sullivan*⁹² —, a Suprema Corte estabeleceu critérios bastante rígidos para que um agente público criticado pudesse propor ação contra o jornal: a necessidade de “malícia real” (*actual malice*), compreendida como o conhecimento da falsidade do fato ou negligência grave na sua apuração.

Fizeram história, também, decisões como as que proibiram a criminalização da queima da bandeira como forma de protesto⁹³ e a controvertida decisão que considerou que a lei que impedia gastos eleitorais por empresas e sindicatos era inconstitucional.⁹⁴ Sob crítica severa de muitos, a Corte considerou que derramar dinheiro em eleições é exercício de liberdade de expressão. No geral, não merecem proteção da Primeira Emenda, de acordo com a Suprema Corte, obscenidade, falsidade deliberada, crimes contra a honra, incitação ao crime e palavras que incitem o ódio e a violência (*fighting words*).

Diferentemente da Constituição americana, que é bem lacônica a respeito, a Constituição alemã, no seu art. 5º, detalha um conjunto de direitos associados à livre manifestação do pensamento: liberdade de expressão, direito à informação, liberdade de imprensa, liberdade de telecomunicação, liberdade de pesquisa, liberdade acadêmica e de educação. Alguns aspectos da experiência histórica alemã, especialmente o trauma do nazismo, levaram a restrições específicas à liberdade de expressão, como a criminalização da negação do holocausto e a proibição de símbolos nazistas. Também as manifestações de ódio (*hate speech*), como racismo e antissemitismo, são interditas e punidas por lei.

Na Alemanha, a liberdade de expressão não tem o caráter preferencial *a priori* frequentemente reconhecido nos Estados Unidos. Além de uma maior ênfase na separação entre o que seja opinião e o que seja fato — informação errada ou falsa não é objeto de proteção⁹⁵ —, a Corte Constitucional realiza um balanceamento frequente entre a liberdade de expressão, de um lado, e, de outro, a dignidade e os direitos da personalidade. Com frequente prevalectimento do direito à honra sobre o direito de criação artística e mesmo sobre o direito de informação. Um precedente emblemático é conhecido como *caso Mephisto*, em que os herdeiros de um ator conseguiram proibir a divulgação de um livro de ficção cujo personagem principal era inspirado na vida do falecido ator e associava o seu sucesso à adesão ao nazismo.⁹⁶ Em outro julgamento, conhecido como *caso dos soldados Lebach*,⁹⁷ a Corte Constitucional impediu, a pedido de um dos envolvidos em um crime, a divulgação de documentário que exibiria a sua imagem.

Algumas questões contemporâneas

Um tema que divide corações e mentes é o das manifestações de ódio, frequentemente referidas por sua identificação em inglês: *hate speech*. O conceito traduz referências ofensivas, discriminatórias ou

depreciativas de grupos minoritários ou vulneráveis. Na Alemanha, como visto, tal forma de expressão não é protegida. No Brasil, tampouco. Decisões do Supremo Tribunal Federal consideraram crime manifestações negacionistas do holocausto ou preconceituosas contra o povo judeu, por constituírem incitação ao racismo.⁹⁸ A mesma linha de entendimento foi adotada relativamente a ameaças, agressões e discriminações contra pessoas da comunidade LGBTI+, ao equiparar a homofobia ao racismo.⁹⁹ Ambas as decisões geraram debates intensos e tiveram votos divergentes.

Outra questão que divide opiniões é a que diz respeito ao chamado *direito ao esquecimento*, isto é, de não ser mencionado em meios de comunicação social ou nos buscadores de notícias na internet por fatos pretéritos desabonadores. Um precedente importante na matéria foi o *caso Doca Street*, julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. O autor de um rumoroso crime passionai ocorrido na cidade de Búzios tentou, sem êxito, impedir a transmissão de programa de televisão retratando o episódio, sob fundamento de que já havia cumprido pena e estava ressocializado. Em outro caso, o Superior Tribunal de Justiça condenou emissora de televisão a pagar indenização por exibir programa acerca da chamada *Chacina da Candelária*, citando o nome de pessoa que veio a ser absolvida da acusação de haver participado do crime. Já o Tribunal de Justiça da União Europeia determinou a retirada do *site* de pesquisas da Google da referência ao fato de que um indivíduo, muitos anos atrás, tivera sua casa vendida em leilão por débito com a Previdência Social. O fundamento da decisão foi a ausência de qualquer interesse público na informação.

Por fim, existem questões associadas à internet e às mídias sociais que começam a desafiar equacionamento e solução. Entre elas, as *campanhas de desinformação*. Em todo o mundo, o tema das chamadas *fake news* tem sido um problema grave, com impacto em áreas e países diversos, inclusive nas eleições americanas, nas da Índia e no Brexit. Notícias fraudulentas são

aquelas criadas e difundidas de forma deliberada, com o objetivo de obter vantagem (política, patrimonial ou moral), causando dano a pessoas, grupos ou instituições.¹⁰⁰ Constituem falhas do mercado digital de livre difusão de informações, ideias e opiniões. Falhas de mercado exigem regulação.¹⁰¹ E, também, autorregulação: cabe prioritariamente às próprias mídias sociais fazerem o controle, não de conteúdo, mas de comportamentos inaceitáveis, como o uso de robôs, contas e perfis falsos, assim como impulsionamentos ilegais. Uma variação desse fenômeno são os ataques à ciência e ao conhecimento estabelecido, com base em superstições, achismos ou concepções pré-iluministas e seus terraplanismos variados.

Há também o *risco da censura privada*. As plataformas tecnológicas — entre as quais WhatsApp, Facebook, Twitter e Instagram — se transformaram em ágoras eletrônicas, constituindo uma gigantesca esfera pública para comunicação e debate. Já se assentou que, como regra geral, o Estado não deve interferir na comunicação social, evitando a censura prévia. O que dizer, porém, em relação à censura privada, que ocorre quando as próprias mídias sociais removem conteúdo? De fato, algum tempo atrás, o Facebook desativou páginas de contas ligadas a um movimento político. Em 2020, o Twitter e o Facebook, por decisão própria, sem ordem judicial, removeram duas postagens do Presidente Jair Bolsonaro, ambas relacionadas à Covid-19, por comentários que contrariavam o consenso científico. Parece fora de dúvida que as redes sociais possam fazer prevalecer os seus Termos de Uso, evitando se tornarem vias de trânsito para conteúdo ilegal ou moralmente indesejável. Como, por exemplo, pornografia infantil, racismo, incitação à violência, terrorismo ou *revenge porn*. Mas, para que tal conduta seja legítima, não constituindo uma violação privada à liberdade de expressão, é imprescindível que seus critérios sejam públicos e transparentes, sem margem à arbitrariedade e à seletividade.

Acrescenta-se, ainda, já o *ataque às instituições*. Em junho de 2020, o Supremo Tribunal Federal considerou legítima a continuidade de um inquérito que apurava ataques e ameaças ao Tribunal e seus Ministros, bem como a outras instituições constitucionais. Tratava-se, na verdade, de comportamento massivo de grupos radicais, orquestrados e financiados com o propósito de desestabilização da democracia e viabilização de uma ruptura institucional. O Tribunal assentou que manifestações que visam a abalar a independência do Poder Judiciário, pela via da ameaça aos membros do Supremo Tribunal Federal e a seus familiares, atentam contra os Poderes instituídos, contra o Estado de direito e contra a democracia.¹⁰²

CAPÍTULO 3 POBREZA E DESIGUALDADE:

A causa inacabada da humanidade

“‘Erradicar a pobreza’ e ‘reduzir as desigualdades sociais’ são objetivos da República Federativa do Brasil.”

CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 1º, III

No passado, à exceção de elites diminutas, todos eram igualmente pobres. Até por volta de 1800, fazia pouca diferença em que parte do mundo uma criança nascesse: sua chance de morrer antes dos 5 anos era próxima de 50%. Mesmo que sobrevivesse, a existência era curta para todos: a expectativa de vida girava em torno de 35 anos. Nos últimos dois séculos, a humanidade experimentou vertiginoso progresso econômico, científico e social. Multidões deixaram de ser pobres. Deixaram de ser iguais. A constatação não deixa de ser desconcertante: a desigualdade foi impulsionada pelo progresso. Pela distribuição desigual dos seus frutos. Nos dias de hoje, o lugar onde você nasce pode ser o principal fator definidor do seu futuro.¹⁰³

CAPÍTULO 2

INTERRUPÇÃO DA GESTAÇÃO

Por que a criminalização do aborto é uma política errada

“Se os homens engravidassem, o aborto já não seria tratado como crime há muito tempo.”¹³⁶

Uma das questões mais divisivas nas sociedades contemporâneas diz respeito ao tratamento jurídico do aborto, isto é, da interrupção voluntária da gestação por uma mulher. Trata-se, essencialmente, de definir se ele deve ser tratado como crime ou não. O tema mexe com convicções religiosas e filosóficas profundas e, não por acaso, costuma produzir posições extremas e apaixonadas.

Desde os anos 70 do século passado, essa é uma questão recorrentemente levada aos Tribunais Constitucionais e às Cortes Supremas. O movimento feminista se articulou e se organizou ao longo dos anos 60, reivindicando liberdade sexual, igualdade de direitos e o fim das discriminações sociais e legais em desfavor das mulheres. O direito de uma mulher interromper a gestação passou a ser

uma das bandeiras do movimento. Duas decisões da década de 70 — uma da Suprema Corte americana e outra da Corte Constitucional alemã — deram o tom do debate inicial na matéria.

Nos Estados Unidos, a decisão em *Roe v. Wade*, de 1973, assegurou o direito de interromper a gestação durante o primeiro trimestre, invocando a autonomia da mulher e razões de saúde pública. Considerou inconstitucionais, portanto, leis estaduais que criminalizavam o aborto nos três primeiros meses, quando o feto ainda não era viável sem o corpo da mãe. Na Alemanha, as coisas se passaram com sinal trocado: em decisão de 1975, a Corte considerou que a lei votada pelo Parlamento permitindo o aborto violava o dever do Estado de proteção da vida. Consequentemente, considerou inconstitucional a descriminalização.

Nos anos 90, as duas Cortes reviram em maior ou menor medida suas posições, aproximando-as. Na Alemanha, em julgamento realizado em 1993, a Corte Constitucional reafirmou sua posição em favor da proteção da vida, mas entendeu que a criminalização não era necessária. Assim, aceitou a sua substituição por aconselhamento profissional visando a dissuadir a mulher de interromper a gestação. Porém, assegurou a ela a palavra final.

Nos Estados Unidos, por sua vez, ao julgar o caso *Planned Parenthood v. Casey*, em 1992, a Suprema Corte introduziu um novo conceito, o de “ônus indevido” (*undue burden*), como teste para aferir a legitimidade de leis estaduais restritivas do aborto. Considerou legítima, assim, a exigência de que, anteriormente à interrupção da gestação, a mulher se submetesse a aconselhamento no sentido de mantê-la. Mas considerou ilegítima a previsão de que o parceiro da mulher fosse previamente notificado.

Ao longo dos anos, praticamente todos os países democráticos desenvolvidos descriminalizaram a interrupção da gestação no primeiro trimestre ou nas primeiras 12 semanas. Entre eles, Alemanha, Austrália, Canadá, Dinamarca, Estados Unidos, França, Noruega, Reino Unido, Suíça e praticamente todos os demais países da Eu-

ropa, inclusive os mais católicos, como Itália, Espanha e Portugal. Malta e a Santa Sé são exceções. Na China é igualmente permitido.

Por duas vezes a questão do aborto cruzou meu caminho profissional. Em 2004, como advogado, propus uma ação perante o Supremo Tribunal Federal, em nome da Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde. Nessa ação, postulava-se o direito de uma mulher interromper a gestação após detectar, em exame próprio, que o feto era anencéfalo, isto é, por uma deficiência no fechamento do tubo neural, seu cérebro não se formava. Trata-se de anomalia que tornava o feto incompatível com a vida extrauterina. O diagnóstico é feito no terceiro mês e pedia-se o reconhecimento do direito da mulher de não levar a gestação a termo. Após muitas idas e vindas, o caso foi jugado em 2012, tendo sido acolhido o pedido.

Na segunda vez que o tema do aborto cruzou meu caminho profissional eu já era Ministro do Supremo. Tratava-se de um *habeas corpus* requerido em favor de médico e de enfermeira presos preventivamente pela prática de aborto consentido. Votei pela concessão de liberdade aos acusados, por entender incompatível com a Constituição a criminalização do aborto até a 12ª semana de gestação. Fui acompanhado pela Ministra Rosa Weber e pelo Ministro Edson Fachin, e este ficou sendo o entendimento prevalecente na 1ª Turma do STF.

Apresento a seguir minhas razões em defesa da descriminalização da interrupção da gestação no primeiro trimestre. Cabe enfatizar, logo no início, que ser a favor de não se tratar o aborto como crime não se confunde com a defesa da prática. É possível ser contra, pregar contra, não praticar e, ainda assim, não achar que quem pense e aja diferentemente deva ser condenado criminalmente e preso.

Premissas fáticas

Minha visão nessa matéria se assenta sobre três premissas. A primeira: o aborto é uma prática que se deve procurar evitar, pelas complexidades físicas, psíquicas e morais que envolve. Por isso

mesmo, é papel do Estado e da sociedade atuar nesse sentido, mediante oferta de educação sexual, distribuição de meios contraceptivos e amparo à mulher que deseje ter o filho e se encontre em circunstâncias adversas. Portanto, ao se afirmar aqui a incompatibilidade da criminalização com a Constituição, não se está a fazer a defesa da disseminação do procedimento.

A segunda premissa é que a criminalização não diminui o número de abortos. É fato reconhecido amplamente que as taxas de aborto nos países onde esse procedimento é permitido são muito semelhantes àquelas encontradas nos países em que ele é ilegal. Estudo do Guttmacher Institute e da Organização Mundial da Saúde demonstra que a criminalização não produz impacto relevante sobre o número de abortos realizados. Na verdade, o que a criminalização de fato afeta é a quantidade de abortos seguros e, consequentemente, o número de mulheres que têm complicações de saúde ou que morrem devido à realização do procedimento. Não se trata, portanto, de uma questão de direito penal, mas de saúde pública.

Por fim, em terceiro lugar, a criminalização produz impacto grave e desproporcional sobre as mulheres pobres. Tratar a interrupção da gestação como crime, nas primeiras semanas de gravidez, afeta, sobretudo, as mulheres pobres, que não têm acesso a médicos e clínicas particulares nem podem se valer do sistema público de saúde para receber orientação, medicação ou realizar o procedimento adequado. Não raro, mulheres pobres precisam recorrer a estabelecimentos clandestinos, sem infraestrutura ou assepsia, ou, pior ainda, se automedicam, utilizando meios precários e primitivos, com elevado risco de lesões, mutilações e morte. Esse é apenas mais um capítulo da perversidade e da indiferença com que o país trata a sua gente humilde.

Eu já vi — ninguém me contou — gente que faz o discurso pela criminalização, mas não hesitou em incentivar a filha a interromper a gestação indesejada.

Desrespeito a direitos fundamentais da mulher

Quando o Estado opta por mandar a polícia, o promotor ou o juiz obrigarem uma mulher a permanecer grávida do filho que ela não quer ter — não quer porque, geralmente, não pode —, viola uma série de direitos constitucionais. O primeiro é a liberdade individual, que assegura a todas as pessoas autonomia para fazer suas escolhas existenciais básicas, como a de ter ou não um filho. Em segundo lugar, vem o direito à igualdade: já que homens não engravidam, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria. Também os direitos sexuais e reprodutivos estão em questão: tal como os homens, mulheres também têm direito a uma vida sexual ativa e prazerosa, sem o ônus de suportar, frequentemente sozinha, o peso de uma gravidez indesejada.

A questão dos direitos do feto e do nascituro. Resta, por fim, a delicada questão relativa à situação moral e jurídica do feto. A legislação brasileira protege os direitos do nascituro. Além disso, para muitos, existe vida desde a concepção. Para outros, um pequeno aglomerado de células em fase de multiplicação, sem sistema nervoso ou vestígio de consciência, não deve ser equiparado à vida. Não há solução correta para esse problema: ela sempre dependerá das convicções religiosas e filosóficas de cada um. Mas que existe uma vida potencial é inegável. E esta vida deve estar protegida quanto a qualquer intervenção de terceiros.

A pergunta intrincada aqui é: essa regra vale para a mãe, que terá que suportar todas as consequências físicas e psicológicas de uma gravidez, mais a responsabilidade pela criação da criança? Se afastarmos as respeitáveis convicções religiosas de cada um — que são legítimas, mas não podem prevalecer no espaço público —, a resposta é negativa. Um dos pilares da ética moderna, concretado desde o Iluminismo, é o imperativo categórico de Kant, que em uma de suas formulações assenta: toda pessoa é um fim em si mesma, e não um meio para a realização de projetos alheios ou da sociedade.

Se adotarmos essa premissa ética, a resposta é relativamente simples: se o feto não tem como se desenvolver por conta própria — e enquanto assim for —, se ele depende inteiramente do corpo da mãe, há de ser dela a decisão final. Do contrário, a mãe terá deixado de ser um fim em si mesma e passado a ser um meio para a realização de projeto alheio. Tal constatação não retira a possibilidade de se discutir o mérito da decisão da mulher. Mas, inequivocamente, estabelece que a decisão é dela.

A tradição judaico-cristã condena o aborto. Deve-se ter profundo respeito pelo sentimento religioso das pessoas. E, portanto, é plenamente legítimo ter posição contrária ao aborto, não o praticar e pregar contra a sua prática. Mas será que a regra de ouro, subjacente a ambas as tradições — tratar o próximo como desejaria ser tratado — é mais bem cumprida atirando ao cárcere a mulher que passe por esse drama? Pessoalmente, não creio. Portanto, sem abrir mão de qualquer convicção, é perfeitamente possível ser simultaneamente contra o aborto e contra a criminalização.

Em suma: numa sociedade aberta e democrática, alicerçada sobre a ideia de liberdade individual, não é incomum que ocorram desacordos morais razoáveis. Vale dizer: pessoas esclarecidas e bem-intencionadas têm posições diametralmente opostas. Nesses casos, o papel do Estado não é o de escolher um lado e excluir o outro, mas assegurar que cada um possa viver a sua própria convicção.

CAPÍTULO 3

DROGAS

A guerra perdida: como virar o jogo

“As drogas já destruíram muitas vidas, mas as políticas equivocadas sobre drogas destruíram muito mais.”

KOFI ANNAN, EX-SECRETÁRIO GERAL DA ONU¹³⁷

Precisamos falar sobre drogas. Começo lembrando uma das guerras que aterrorizaram a Rocinha, no Rio de Janeiro, maior favela da América Latina. Uma guerra perdida. Tratava-se de mais uma disputa entre quadrilhas pelo controle do tráfico, o que impediu a vida normal daquela comunidade por dias consecutivos. Escolas e comércio foram obrigados a fechar as portas por diversas vezes, ao som de tiros que vinham de todos os lados. Uma turista espanhola morreu, atingida por um disparo. Além da guerra, também as balas são perdidas por ali.

Há décadas se pratica no Brasil o mesmo tipo de política de enfrentamento contra drogas. Polícia, armamento, mortes e muitas prisões. Não é preciso ser *expert* no assunto para reco-

nhecer o óbvio: não tem dado certo. O tráfico e o consumo, ao longo do tempo, só aumentaram. Atribui-se a Einstein uma frase que aparentemente não é dele, mas que se aplica bem ao caso: insanidade é fazer repetidamente a mesma coisa e esperar resultados diversos. Não há solução juridicamente simples nem moralmente barata para o problema das drogas. Trata-se de um domínio em que são inevitáveis algumas *escolhas trágicas*.¹³⁸ Todas têm custo. Porém, virar as costas a um problema não faz com que ele vá embora. E mais: em uma democracia, nenhum tema é tabu. Tudo pode e deve ser discutido à luz do dia.

Em um caso ainda em discussão perante o Supremo Tribunal Federal, votei pela inconstitucionalidade da criminalização do porte de maconha para consumo próprio. O julgamento foi suspenso e a questão continua indefinida. Além disso, propus a abertura de um debate amplo sobre a legalização de drogas. Primeiro da maconha e, se funcionar, também da cocaína. O consumo de drogas ilícitas é um problema de saúde pública, e não de repressão penal.¹³⁹ Os diferentes países do mundo tratam de maneira bem diversa o tema das drogas, sua produção, distribuição e consumo. Em alguns deles, aplica-se a pena de morte, como na Indonésia, nas Filipinas e em Cingapura. Outros praticam, de longa data, políticas públicas de descriminalização, como é o caso da Holanda.

O tema é extremamente delicado e sua disciplina depende de decisões do Poder Legislativo. Porém, como a questão das drogas tem impacto profundo sobre o sistema de justiça criminal, é legítimo que um ministro da Suprema Corte participe do debate público a respeito. Apresento, assim, as minhas razões.

Premissas fáticas e filosóficas para uma política de legalização

Há, em primeiro lugar, três premissas fáticas e filosóficas para a política de legalização. Primeira premissa: *drogas são uma coisa ruim*, salvo quando utilizadas para fins medicinais. O consumo de drogas ilícitas tem efeitos potencialmente deletérios sobre a saúde física e mental dos usuários. Diante disso, o papel da sociedade e do Estado deve ser o de desincentivar o consumo, tratar os dependentes e combater o tráfico. Portanto, nenhuma das ideias a seguir veiculadas deve ser interpretada como um estímulo ao consumo. Pelo contrário, o que se está procurando desenvolver é uma forma mais eficaz de se enfrentar o problema, de modo a proteger a saúde pública e diminuir a violência associada ao tráfico. O tratamento do tema, até aqui, como bem registrado por Pedro Abramovay, bem se amolda a uma “marcha da insensatez”.¹⁴⁰

Segunda premissa: *a guerra às drogas fracassou*. Como se descreveu anteriormente, desde a década de 70 adotou-se uma política de dura repressão à cadeia de produção, distribuição e fornecimento de drogas ilícitas, assim como ao consumo. Foram dispendidos bilhões de dinheiros com o enfrentamento policial e militar das drogas, com dezenas de milhares de mortos e centenas de milhares de pessoas encarceradas. A despeito disso, o consumo só fez aumentar e a violência e a criminalidade associadas ao tráfico explodiram em diferentes partes do mundo, especialmente na América Latina. Insistir no que não funciona, depois de tantas décadas, é uma forma de fugir da realidade. É preciso ceder aos fatos. As certezas equivocadas foram bem retratadas em um belo poema de Bertold Brecht, intitulado “Louvor à dúvida”: “Não creem nos fatos, creem em si mesmos. / Diante da realidade, são os fatos que devem neles acreditar.”

Terceira premissa: *a política de repressão total não é capaz de realizar o objetivo de proteção da saúde pública*. Embora este seja o fim legitimador do controle de drogas, as preocupações com a saúde

pública acabam assumindo uma posição secundária em relação às políticas de segurança e à aplicação da lei penal. De fato, a repressão penal exige recursos cada vez mais abundantes, drenando os investimentos em prevenção, educação e tratamentos. E o pior: a criminalização de condutas relacionadas ao consumo de drogas promove a exclusão e a marginalização dos usuários, dificultando o acesso ao tratamento e potencializando os danos à saúde associados ao consumo de substâncias entorpecentes, como a transmissão de HIV e de Hepatite C no uso de drogas injetáveis de modo inseguro.

Em suma, como bem lembrou o economista liberal norte-americano Milton Friedman, insuspeito de exageros progressistas, a principal consequência da criminalização é assegurar o monopólio dos traficantes.¹⁴¹ Pior que isso: a criminalização absoluta produziu um poderoso mercado negro e fortaleceu o crime organizado.

Finalidades visadas com uma política de legalização

A meu ver, são três as finalidades que devem ser buscadas mediante uma política de legalização. A primeira: *quebrar o poder do tráfico*. O tráfico exerce poder político e econômico em grande parte das comunidades pobres brasileiras, dominando-as, explorando-as e oprimindo-as. O poder do tráfico advém da ilegalidade. Uma das maiores violações a direitos humanos no Brasil é o fato de que o tráfico impede que uma família pobre eduque seus filhos em uma cultura de licitude e honestidade. O tráfico coopta, intimida e exerce uma concorrência desleal com qualquer outra atividade lícita. Sem falar na violência que a disputa por poder e as ações das facções criminosas produzem. Nos Estados Unidos e na Europa, a maior preocupação se dá em relação ao usuário. No Brasil, ela deve recair sobre o poder do tráfico. Ninguém deve ser indiferente à sorte de um jovem de classe média alta que sucumba a uma overdose. Porém, mal ou bem, ele fez uma escolha. Trágica mesmo é a morte de uma criança, por bala

perdida, na guerra sem fim que se trava nos morros. Essa é a vítima inocente.

Segunda finalidade: *evitar a inútil superlotação dos presídios, que destrói vidas, prejudica a sociedade e não produz qualquer resultado.* Entre 25 e 30% da população carcerária brasileira está presa por delitos associados ao tráfico. É algo próximo a 200 mil pessoas. A política de encarceramento atinge, sobretudo, jovens que atuam como mulas, “aviões”, “vapores” e pequenos traficantes, muitas vezes primários e de bons antecedentes. No tocante às mulheres, a tragédia é ainda mais grave: 63% delas estão presas por delitos dessa natureza. Além do investimento para criar vagas, o custo mensal de um preso é em torno de 3 mil reais.¹⁴² Na prática, o encarceramento não traz benefício para a ordem pública, funcionando como uma verdadeira “escola do crime”. Ao saírem, esses jovens que não eram violentos ou perigosos estabeleceram conexões com grandes criminosos e com facções. A taxa de reincidência é enorme. E, culminando a insensatez: no dia seguinte de sua prisão, cada um deles já foi substituído por outro, na mesma função. Há um exército de reserva. Em suma, a política de encarceramento destrói vidas, custa caro, gera delinquentes mais perigosos e não produz qualquer impacto sobre o tráfico.

Terceira finalidade: *permitir o tratamento dos dependentes pelo sistema público de saúde.* A criminalização, como já assinalado, tem duas consequências gravosas à saúde pública: drena a parte mais substancial dos recursos em favor da repressão, e não das políticas de prevenção e recuperação, e afasta os dependentes do tratamento necessário, em razão do estigma e das consequências penais a que ficam sujeitos. Vale assinalar que em Portugal, onde se descriminalizou o consumo, houve aumento no número de toxicodependentes em tratamento e houve redução da infecção de usuários de drogas pelo vírus HIV.

Meios a serem utilizados para a política de legalização

Por fim, qualquer política pública nessa área deverá ser planejada com cautela e profissionalismo, ser implementada progressivamente e beneficiar-se da experiência de outros países do mundo. A ideia que se propõe ser testada é a da legalização da maconha, o que inclui regular a produção, a distribuição e o consumo. Naturalmente, deverá haver fiscalização e monitoramento estritos, com proibição de venda a menores, restrição drástica à publicidade, recolhimento de tributos (com proporcionalidade, para que não haja estímulo ao tráfico e ao contrabando), cláusulas de advertência, contrapropaganda e ampla circulação de informações. Um tratamento, portanto, análogo ao que é dado ao cigarro. A propósito, o consumo de cigarro caiu a menos da metade nas últimas duas décadas (caiu, na verdade, 65%), segundo dados do Instituto Nacional do Câncer (INCA).¹⁴³ O combate à luz do dia, com ideias e informação, trouxe resultados muito melhores do que a criminalização.

Além de Portugal e Holanda, já citados, outros países têm seguido o caminho da descriminalização, como Espanha e Uruguai. E, nos Estados Unidos, onde a decisão cabe aos estados e não ao governo central, muitos já seguiram esse caminho, como Colorado, Califórnia, Nova York e Massachusetts. Defendo o mesmo caminho para o Brasil. Se os resultados forem positivos, será o caso de se considerar a extensão a outras drogas. Não é possível ter certeza de que uma política progressiva e cautelosa de descriminalização e legalização será bem-sucedida. O que é possível afirmar é que a política atual de criminalização não deu certo. É preciso arriscar, sob pena de nos acomodarmos com um estado de coisas muito ruim. Como disse o navegador brasileiro Amyr Klink: “O maior naufrágio é não partir.”

CAPÍTULO 4

DIREITOS LGBTI+ E UNIÕES HOMOAFETIVAS

O que vale a vida são nossos afetos

“As pessoas têm o direito de ser iguais, quando a diferença as inferioriza. E de ser diferentes, quando a igualdade as descaracteriza.”

BOAVENTURA SOUZA SANTOS

Saindo do armário

Nas últimas décadas, superando séculos de discriminação e preconceito, milhões de pessoas em todo o mundo deixaram de ocultar a sua orientação sexual e, corajosamente, saíram do armário. Desafiando valores convencionais e tradições, parceiros do mesmo sexo assumiram publicamente suas relações, reescrevendo a história da sexualidade e da liberdade individual. O termo *homoafetivo* foi um achado, por ser bastante mais expressivo do que homossexual, na medida em que uma parceria afetiva é feita de

muito mais do que sexo. O mundo, que já assistira a liberação das mulheres e as ações afirmativas para negros, celebrava a vitória de uma nova causa, a do amor *gay*. Tabus arcaicos começavam a ser derrotados pelo espírito do tempo.

A progressiva aceitação social dessa nova realidade passou a exigir respostas da legislação. Mas simplesmente não havia regras jurídicas contemplando as uniões de pessoas do mesmo sexo. Tal lacuna dava lugar a muitas incertezas para os parceiros de tais relações, que não tinham clareza quanto aos seus direitos e obrigações. Algumas dúvidas que surgiam: os parceiros homoafetivos tinham direito de herdar um do outro ou, por ocasião da morte, os seus bens revertiam integralmente para a família do falecido? Em caso de separação, como deveria ser partilhado o patrimônio adquirido durante a convivência comum? No caso de um casal *gay*, era possível incluir o parceiro como dependente no plano de saúde e na aposentadoria complementar da empresa?

Para responder a essas e muitas outras questões, era necessária uma legislação que disciplinasse o tema. Porém, como sucedeu em outras partes do mundo, o Poder Legislativo não conseguiu produzir consensos ou maioria consistente na matéria. E, conseqüentemente, não se aprovou lei alguma. Restou, assim, o Poder Judiciário como única alternativa para equacionar situações que se repetiam. Foi nesse contexto que, em fevereiro de 2008, militantes da causa, simpatizantes e procuradores da República articularam uma ação a ser proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e me procuraram para ser o advogado. Aceitei o encargo e, na ação apresentada, o pedido formulado foi no sentido de que as uniões homoafetivas recebessem o mesmo tratamento jurídico das uniões estáveis heterossexuais. De fato, após a Constituição de 1988, uma legislação específica passou a prever que um homem e uma mulher que vivessem conjugalmente, mesmo sem haverem se casado, constituíam uma união estável, com um regime jurídico próprio.

Quando a ação foi proposta, a perspectiva de êxito era improvável, à vista da cultura machista prevalecente à época e de um papel mais tímido tradicionalmente reservado ao Judiciário. Cabe registrar que o preconceito, tanto o ostensivo quanto o dissimulado, se ocultava por trás do argumento formal de que somente o Poder Legislativo poderia ter tal iniciativa. Como havia certeza de que o Congresso não aprovaria a união de pessoas do mesmo sexo, essa posição aparentemente neutra significava, na verdade, adesão à impossibilidade de legitimação jurídica das uniões homoafetivas. Muita gente que posava de progressista disfarçou o preconceito por trás desse biombo.

O reconhecimento das uniões homoafetivas

A ação veio a ser finalmente julgada em maio de 2011. Da tribuna do STF, à época como advogado, procurei demonstrar aos ministros que se estava diante de um momento histórico: o embate entre o avanço civilizatório *versus* uma visão intolerante e antiga, que empurrava pessoas para a clandestinidade e para a incompletude. E enfatizei: o que vale a vida são os nossos afetos. Impedir uma pessoa de colocar o seu amor e a sua sexualidade onde mora o seu desejo é privá-la de uma dimensão essencial da sua existência. A afetividade é uma das energias mais poderosas do universo. Por que interditar o direito de duas pessoas se amarem? Naquela ocasião, lembrei que o amor homossexual foi vítima de preconceitos, discriminações e perseguições desde o início dos tempos.

Rememorei três exemplos emblemáticos. O primeiro: em 1521, as Ordenações Manuelinas, o mais antigo Código Penal aplicado no Brasil, previa a pena de morte na fogueira, confisco de bens e a infâmia sobre os filhos e descendentes dos condenados por homossexualismo. Outro exemplo: em 1892, Lord Alfred Douglas, amante de Oscar Wilde, escreveu o poema *Dois amores*, que termina com a frase célebre “O amor que não ousa dizer seu nome”, no qual estava

implícita a paixão homossexual de ambos. O poema foi utilizado no julgamento em que Wilde foi condenado a dois anos de prisão com trabalhos forçados. Por último, na década de 70, um soldado americano, que havia sido condecorado na guerra do Vietnam, foi expulso das Forças Armadas quando descobriram que ele era *gay*. Na ocasião, ele produziu uma frase antológica: “Por matar dois homens, recebi uma medalha. Por amar outro, fui expulso das Forças Armadas.”

A história da humanidade é a história da superação do preconceito, da progressiva inclusão social de todos. E, a cada tempo, as pessoas precisam escolher de que lado desejam estar. Ao concluir a sustentação oral naquele julgamento, falei do papel do Supremo Tribunal Federal na construção de um tempo de tolerância, fraternidade e delicadeza. *Um tempo em que todo amor possa ousar dizer seu nome*. O Tribunal não faltou ao seu encontro com a história. E a história reconheceu a virtude daquela decisão, declarando-a patrimônio imaterial da humanidade.¹⁴⁴ Tudo foi ajudado pela excepcional sensibilidade do relator, meu querido amigo Carlos Ayres Britto, a quem vim a suceder no Tribunal.

Os fundamentos do pedido formulado na ação eram relativamente óbvios: a homossexualidade é um fato da vida, a existência de relações homoafetivas é uma decorrência natural desse fato, e não há como o ordenamento jurídico ignorar essa realidade e deixar de disciplinar suas consequências. E, ao fazê-lo, deve aplicar os princípios constitucionais pertinentes, a saber: o da *igualdade*, pelo qual as pessoas não devem ser discriminadas sem um fundamento legítimo, sendo que a orientação sexual não é um deles; o da *liberdade individual*, em razão da qual as pessoas têm direito à autodeterminação e podem fazer as suas escolhas individuais sem imposições externas ilegítimas; e o da *dignidade humana*, que se assenta sobre a compreensão de que todas as pessoas são um fim em si mesmas, e não um meio para a realização de interesses alheios ou de metas coletivas.

Não é fora de propósito relembrar que as uniões estáveis heterossexuais também levaram séculos para ser adequadamente reconhecidas pelo direito. A mulher não casada, que vivesse uma relação conjugal com um homem, era vista como algo próximo a uma prostituta e a ela não se atribuíam direitos. Aos poucos os tribunais foram reconhecendo o direito de participação no patrimônio obtido com o esforço comum e à partilha dos bens. Mas foi só com a Constituição de 1988 que essas uniões estáveis vieram a ser reconhecidas como entidades familiares legítimas, com direitos e deveres análogos aos do casamento. No histórico julgamento de maio de 2011, em surpreendente e bem-vinda unanimidade, o Supremo Tribunal Federal equiparou as uniões homoafetivas às uniões estáveis tradicionais¹⁴⁵.

Pouco mais de um ano depois da publicação da decisão, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou importante resolução, não apenas prevendo a conversão das uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo em casamento, como também permitindo a habilitação direta para o casamento. Casamento civil, naturalmente, porque as religiões têm o direito de disciplinar a questão de acordo com os seus dogmas e postulados. Mas a verdade é que uma revolução profunda de costumes ocorreu com a decisão do Supremo e a resolução do CNJ. O Brasil foi um dos pioneiros na quebra desse tabu, ainda em 2011. Nos Estados Unidos, o reconhecimento do casamento entre pessoas do mesmo sexo só veio em junho de 2015, com o julgamento do caso *Obergefell v. Hodges*.

Outras conquistas importantes

Sobrevieram algumas outras conquistas importantes para a comunidade LGBTI+. Destaco três delas.

Adoção por casais homoafetivos. A possibilidade foi assentada em decisão do Superior Tribunal de Justiça, relatada pelo

Ministro Luís Felipe Salomão, pela qual o critério que deve reger a adoção é o melhor interesse da criança, e não a orientação sexual dos candidatos a adotantes. Com esse fundamento, em decisão unânime, legitimou-se a adoção de uma criança por um casal formado por duas mulheres. Esse caso específico não chegou ao Supremo Tribunal Federal. Aliás, não existe uma decisão do Plenário do STF sobre a matéria. Porém, uma decisão individual da Ministra Carmen Lúcia, em processo no qual se recorria de uma decisão da Justiça do Estado do Paraná, reiterou esse entendimento. Não houve recurso dessa decisão e a discussão não voltou a ser suscitada perante o Tribunal, sendo certo que casais homoafetivos vêm adotando regularmente pelo Brasil afora. E é bom que seja assim. O que faz diferença na vida de uma criança é um ambiente de respeito e afeto. Acreditar que albergues ou mesmo a rua possam ser opções melhores é uma visão que não se sustenta por nenhum critério.

Autorização para a pessoa transgênero alterar o prenome e o gênero constantes do registro civil. Uma breve nota terminológica é importante aqui para distinguir sexo, gênero e orientação sexual. *Sexo* é uma condição física, biológica, que distingue homem e mulher por características que incluem genitais e órgãos reprodutivos. *Gênero* diz respeito à autopercepção do indivíduo, ao sentimento de pertencimento ao universo feminino, masculino ou a nenhuma dessas determinações tradicionais. A *orientação sexual*, por sua vez, está associada à atração física, ao desejo de cada um. É aqui que a pessoa pode ser heterossexual, homossexual ou bissexual. *Transgênero* ou *transsexual* — não há consenso sobre a terminologia — é a pessoa que não se identifica plenamente com o gênero atribuído ao seu sexo biológico. O Supremo Tribunal Federal decidiu que tais pessoas têm o direito à alteração do prenome e da classifi-

cação de gênero perante o registro civil, independentemente de cirurgia de redesignação de sexo.

Criminalização da homofobia. A homofobia e a transfobia significam a violência física ou psicológica contra uma pessoa, respectivamente em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero. Tais condutas se manifestam em agressões, ofensas e atos discriminatórios. Já não se está falando aqui apenas do direito de membros da comunidade LGBTI+ de viverem sua liberdade sexual, mas de preservarem sua integridade física e psíquica, quando não a própria vida. A Constituição, por sua vez, determina a edição, pelo Congresso Nacional, de lei destinada a punir qualquer discriminação atentatória a direitos e liberdades fundamentais. Como lei criminalizando a homofobia jamais veio a ser editada pelo Poder Legislativo, o STF reconheceu a omissão existente e determinou que se aplicasse aos atos de homofobia e transfobia a lei que pune o crime de racismo.

Este é um breve relato dos sofrimentos, lutas e vitórias judiciais da comunidade LGBTI+ na busca por respeito, consideração e igualdade. Um esforço pela superação de preconceitos, discriminação e violências, para que todas as pessoas, independentemente da sua orientação sexual ou identidade de gênero, tenham o direito de buscar a própria felicidade e viver o seu ideal de vida boa. Ser *gay* não é uma escolha livre, mas um fato da vida. Um destino. Uma vontade da criação. Discriminar uma pessoa por essa razão é o mesmo que discriminar alguém por ser negro, judeu, mulher ou latino-americano. Vale dizer: não há cientificidade nem racionalidade. É só uma derrota do espírito.

CAPÍTULO 5 RACISMO

Dívidas históricas, ações afirmativas e os caminhos da igualdade racial

“No Brasil, sempre houve cotas. Até muito recentemente, eram de 100% em favor dos brancos.”

PAULO BARROZO¹⁴⁶

*Colonialismo e escravidão*¹⁴⁷

A colonização do Brasil teve início em 1530, com Martim Afonso. Pouco depois, os primeiros escravos africanos começaram a chegar em 1535. Em 1672, a cidade do Rio de Janeiro tinha 4 mil habitantes brancos e 20 mil africanos. Já se vê daí o peso que os negros escravizados tiveram na construção da nossa nacionalidade.¹⁴⁸ Pela época da independência, praticamente todos os brasileiros livres eram donos de escravos. O Brasil foi o país do hemisfério ocidental que mais recebeu cativos: quase 5 milhões, sendo 80% originários de Angola. Em razão da resistência dos senhores de engenho e dos barões do café,