

**XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI BELÉM – PA**

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

ILTON GARCIA DA COSTA

IRINEU FRANCISCO BARRETO JUNIOR

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direitos e garantias fundamentais II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/CESUPA

Coordenadores: Ilton Garcia Da Costa; Irineu Francisco Barreto Junior – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-852-3

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Desenvolvimento e Políticas Públicas: Amazônia do Século XXI

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Congressos Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Congresso Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Belém, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil



Universidade do Vale do Rio dos Sinos
Belém - Pará - Brasil
<https://www.cesupa.br/>

XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BELÉM – PA

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

Apresentação

O XXVIII Congresso do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito CONPEDI foi realizado no Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA), na cidade de Belém – Pará, entre os dias 13 a 15 de novembro e elegeu o relevante tema "Direito, Desenvolvimento e Políticas Públicas: Amazônia do Século XXI" como eixo norteador dos seus trabalhos. Como de costume o evento propiciou a aproximação entre professores e pesquisadores de diversos Programas de Pós-Graduação em Direito de todo o Brasil.

Com foco na concretização dos Direitos e Garantias Fundamentais, o Grupo de Trabalho foi coordenado por Prof. Dr Ilton Garcia Da Costa, da Universidade Estadual do Norte do Parana (UENP) e Prof. Dr. Irineu Francisco Barreto Junior, do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU-SP).

Os estudos apresentados no GT reiteram a centralidade dos direitos e garantias fundamentais na agenda jurídica contemporânea. Temas clássicos pautados na proteção de valores liberais, como a proteção da privacidade e da liberdade, permearam o grupo de trabalho juntamente com artigos voltados à Seguridade Social, direito à Saúde, Educação e, em consonância com o espírito do tempo, pesquisas que equiparam o direito ao Meio Ambiente aos direitos fundamentais.

Cabe salientar que o GT se insere, dessa forma, na agenda contemporânea de discussões que envolvem a constitucionalização dos direitos e as teorias de ponderação entre princípios e normas fundamentais. Essa abordagem, simultaneamente, expande o escopo dos direitos humanos e admite a presença de desafios à sociedade brasileira, especialmente voltados a oferecer respostas a essas novas demandas, em tempos de crise econômica e efervescência política e social.

Os coordenadores do GT convidam os leitores a conhecer o teor integral dos artigos, com a certeza de profícua leitura, e encerram essa apresentação agradecendo a possibilidade de dirigir os debates entre pesquisadores altamente qualificados.

Prof. Dr. Ilton Garcia Da Costa. Universidade Estadual do Norte do Parana (UENP).

Prof. Dr. Irineu Francisco Barreto Junior. Mestrado em Direito das Faculdades Metropolitanas Unidas - FMU-SP.

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A IMPARCIALIDADE COMO GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: A (NÃO) ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA SALVAGUARDAR O PRINCÍPIO

IMPARCIALITY AS A GUARANTEE OF HUMAN RIGHTS: THE (NOT) ACTING OF THE SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL TO SAVE THE PRINCIPLE

**César Ferreira Mariano da Paz
Frederico Rodrigues Assumpcao Silva**

Resumo

O presente artigo estuda recentes decisões do STF e analisa a sua imparcialidade frente à Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988. Avaliam-se aspectos relacionados ao impedimento e à suspeição, destacando-se os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais sobre o tema. Analisam-se, com destaque, os casos referentes à proibição do exercício do direito à livre manifestação da atividade de comunicação e à prisão após a condenação em segunda instância.

Palavras-chave: Imparcialidade, Doutrina, Jurisprudência, Comunicação, Prisão

Abstract/Resumen/Résumé

This article studies recent decisions of the Supremo Tribunal Federal and analyzes its impartiality in relation to the 1988 Constitution of the Federative Republic of Brazil. We evaluate aspects related to impediment and suspicion, highlighting doctrinal and jurisprudential understandings on the subject. We highlight, in particular, the cases concerning the prohibition of the exercise of the right to free expression of the communication activity and the arrest after the second instance conviction.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Impartiality, Doctrine, Jurisprudence, Communication, Prison

INTRODUÇÃO

A imparcialidade do julgador é um fator fundamental para o exercício regular das atividades jurídicas, tendo como objetivo a preservação da ordem jurídica, bem como a credibilidade do judiciário e, ainda, a paz social. (FRIEDE, 2019)

Mesmo não havendo de maneira expressa na Constituição da República Federativa do Brasil (1988), faz-se notório que seja realizada a imparcialidade do julgador frente aos fundamentos e objetivos previstos no Texto Constitucional, uma vez que destas normas se forma o Estado Democrático de Direito, embasando em fundamentos como a cidadania e a dignidade da pessoa humana.

A fundamentação referente ao desenvolvimento do Estado Democrático de Direito evidencia a formação de uma sociedade livre, justa e solidária e embasada no bem comum de toda a sociedade, protegendo os cidadãos de preconceitos referentes à origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer formas de discriminação. (SOUZA, 2016)

Neste sentido, evidencia-se que, a imparcialidade do julgador configura-se como um princípio constitucional implícito, fundamentando o Estado Democrático de Direito perante a nação, favorecendo o entendimento de que a sua função é de propiciar a defesa dos direitos e deveres de todos os cidadãos; e, o Código de Processo Penal, promove a validade do princípio da imparcialidade quando elenca os art. 252 e 254 e as hipóteses de impedimento e suspeição aptos a afastarem o julgador do processo. Sendo assim, o Decreto-Lei 3.689/1941 em seus art. 252 e 254 estabelece que:

Art. 252. O juiz não poderá exercer jurisdição no processo em que:

I - tiver funcionado seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, como defensor ou advogado, órgão do Ministério Público, autoridade policial, auxiliar da justiça ou perito;

II - ele próprio houver desempenhado qualquer dessas funções ou servido como testemunha;

III - tiver funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito, sobre a questão;

IV - ele próprio ou seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, for parte ou diretamente interessado no feito.

(...)

Art. 254. O juiz dar-se-á por suspeito, e, se não o fizer, poderá ser recusado por qualquer das partes:

I - se for amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer deles;

II - se ele, seu cônjuge, ascendente ou descendente, estiver respondendo a processo por fato análogo, sobre cujo caráter criminoso haja controvérsia;

III - se ele, seu cônjuge, ou parente, consanguíneo, ou afim, até o terceiro grau, inclusive, sustentar demanda ou responder a processo que tenha de ser julgado por qualquer das partes;

IV - se tiver aconselhado qualquer das partes;

V - se for credor ou devedor, tutor ou curador, de qualquer das partes;
VI - se for sócio, acionista ou administrador de sociedade interessada no processo (BRASIL, DECRETO-LEI 3.689, 1941, Art. 252 e 254).

A leitura dos dispositivos acima nos alerta que as hipóteses aptas a afastarem o julgador nos casos de impedimento são objetivas, portanto, fáceis de serem apontadas, a exemplo do parentesco. Por outro lado, as causas que ensejam a suspeição do magistrado são de índole subjetiva, uma vez que não há critérios precisos para apurar, por exemplo, em quais situações o julgador seria ‘amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer das partes’.

No tocante, o objetivo geral do estudo visa analisar a imparcialidade como garantia dos direitos fundamentais referentes a (não) atuação do Supremo Tribunal Federal para salvaguardar o princípio. Os objetivos específicos buscam analisar o impedimento, suspeição e imparcialidade do magistrado; investigar o poder absoluto do Estado e o culto à personalidade do julgador; refletir sob a luz do ordenamento jurídico as teorias de Ferdinand Lassale e Konrad Hesse em relação ao processo inquisidor e o processo acusatório; e, demonstrar como meio de análise as recentes decisões do Supremo Tribunal Federal.

Justifica a escolha do tema em relação a busca por conhecimentos e reflexões frente a imparcialidade do magistrado como garantia dos direitos fundamentais, primando para o entendimento de que, as normas e legislações sejam cumpridas de forma a fazer cumprir a Constituição Federal, permitindo que sejam coibidas as atitudes de abusos e arbitrariedade frente a pressão política e social existente em uma sociedade.

A metodologia que caracteriza o estudo se apresenta como sendo um trabalho de revisão bibliográfica, qualitativa e exploratória. Os instrumentos de pesquisa configuram-se como bibliografias, teses, dissertações e periódicos de diferentes autores e juristas que debatem o tema relacionado a imparcialidade do magistrado no ordenamento jurídico.

Sendo assim, é de suma relevância a explanação referente ao impedimento, suspeição e imparcialidade do magistrado vislumbrando o entendimento frente a estas ações que têm por finalidade garantir a imparcialidade do magistrado no que tange o exercício de sua função de julgar de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro embasado no princípio democrático de garantia de direitos e deveres de todos os cidadãos.

IMPEDIMENTO, SUSPEIÇÃO E IMPARCIALIDADE DO MAGISTRADO

Impedimento e suspeição ensejam a nulidade do processo, uma vez que afasta a necessária imparcialidade do julgador, tema importante conforme lição extraída de julgado do Supremo Tribunal Federal:

(...) entende-se que o juiz natural é aquele regular e legitimamente investido de poderes de jurisdição, munido de todas as garantias inerentes ao exercício do cargo (vitaliciedade, inamovibilidade, irredutibilidade de vencimentos — CF, art. 95, I, II, III), que decide consoantes regras de competência fixadas com base em critérios gerais vigentes ao tempo do fato. O sentido maior da existência desse princípio é o da negação da constitucionalidade de juízos ou tribunais de exceção, impedindo que cortes sejam formadas *ex post facto*, ou que juízes específicos sejam designados para processamento e julgamento de casos específicos, sem que as normas que disciplinam o exercício da jurisdição assim determinem. O que se propugna com a constitucionalização do princípio é a determinação da existência de um juiz constitucionalmente indicado para processamento e julgamento de cada ato/fato que venha a ser apreciado pelo Poder Judiciário. Em outras palavras, o mandamento constitucional impõe a existência de um juiz com jurisdição, competente e prévio. Por outro lado, também, é conteúdo do princípio do juiz natural a própria imparcialidade do juiz, isto é, a concepção de neutralidade e distância entre as partes, haja vista que sua inexistência acarreta a própria desconstrução do conceito de justiça. Tal a importância do processamento e julgamento da causa por um juiz imparcial que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em seu art. 8, 1, assenta essa garantia judicial de forma expressa (...). [HC 114.523, voto do rel. min. Gilmar Mendes, j. 21-5-2013, 2ª T, DJE de 5-6-2013.] (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2017, pp. 123-124).

Portanto, conforme acima exposto, a imparcialidade do juiz é conteúdo do princípio do juiz natural. Dessa forma, necessariamente deve haver, por parte do julgador, neutralidade e distância em relação às partes, sob o risco de desconstrução do conceito de justiça. Porém, o próprio Supremo Tribunal Federal, mesmo se posicionando de forma veemente em defesa da imparcialidade do julgador, em algumas situações não dá efetividade ao princípio, conforme nota-se na situação abaixo retratada:

A alegação de suspeição ou impedimento de magistrado pode ser examinada em sede de habeas corpus quando independente de dilação probatória. É possível verificar se o conjunto de decisões tomadas revela atuação parcial do magistrado neste habeas corpus, sem necessidade de produção de provas, o que inviabilizaria o writ. (...) São inaceitáveis os comportamentos em que se vislumbra resistência ou inconformismo do magistrado, quando contrariado por decisão de instância superior. Atua com inequívoco desserviço e desrespeito ao sistema jurisdicional e ao Estado de Direito o juiz que se irroga de autoridade ímpar, absolutista, acima da própria Justiça, conduzindo o processo ao seu livre arbítrio, bradando sua independência funcional. Revelam-se abusivas as reiterações de prisões desconstituídas por instâncias superiores e as medidas excessivas tomadas para sua efetivação, principalmente o monitoramento dos patronos da defesa, sendo passíveis inclusive de sanção administrativa. (...) O conjunto de atos abusivos, no entanto, ainda que desfavorável ao paciente e devidamente desconstituído pelas instâncias superiores, não implica, necessariamente, parcialidade do magistrado. No caso, as decisões judiciais foram passíveis de controle e efetivamente revogadas, nas balizas do sistema. Apesar de censuráveis, elas não revelam interesse do juiz ou sua inimizade

com a parte, não sendo hábeis para afastar o magistrado do processo. [HC 95.518, rel. p/ o ac. min. Gilmar Mendes, j. 28-5-2013, 2ª T, DJE de 19-3-2014.] (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2017, p. 596)

Verifica-se, no caso acima, que, embora o Supremo Tribunal Federal tenha reputado como inaceitáveis os comportamentos do magistrado, dignos de ‘inequívoco desserviço e desrespeito ao sistema jurisdicional e ao Estado de Direito’, uma vez que a autoridade do órgão judicante foi utilizada de forma absolutista, arbitrária e abusiva, desfavorecendo o paciente do *habeas corpus*, tais comportamentos, ainda segundo o Supremo, não implicariam, necessariamente, parcialidade do magistrado.

Michel Foucault (2014) traz importante contribuição em relação à parcialidade do magistrado destacando:

O afrouxamento da severidade penal no decorrer dos últimos séculos é um fenômeno bem conhecido dos historiadores do direito. Entretanto, foi visto, durante muito tempo, de forma geral, como se fosse fenômeno quantitativo: menos sofrimento, mais suavidade, mais respeito e “humanidade”. Na verdade, tais modificações se fazem concomitantes ao deslocamento do objeto da ação punitiva. Redução de intensidade? Talvez. Mudança de objetivo, certamente. Se não é mais ao corpo que se dirige a punição, em suas formas mais duras, sobre o que, então, se exerce? A resposta dos teóricos – daqueles que abriram, por vota de 1780, o período que ainda não se encerrou – é simples, quase evidente. Dir-se-ia inscrita na própria indagação. Pois não é mais o corpo, é a alma. À expiação que tripudia sobre o corpo deve suceder um castigo que atue, profundamente, sobre o coração, o intelecto, a vontade, as disposições. (...). O aparato da justiça punitiva tem que se ater, agora, a esta nova realidade, realidade incorpórea (FOUCAULT, 2014, p. 21).

O trecho acima, retirado da obra clássica do autor francês, tem perfeita conexão com o atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal, infelizmente. Ou seja, a arbitrariedade, o abuso e até mesmo o absolutismo do julgador não são vistos como ofensas ao princípio da imparcialidade do juiz e conseqüentemente como prejudiciais ao Estado Democrático de Direito. (SILVA, 2012)

De acordo com Silva; Coelho (2018), a existência de normas de conduta no Estado Democrático de Direito apresenta como finalidade principal a harmonização da sociedade, o que requer o equilíbrio refere aos interesses individuais e sociais, por isso, há a necessidade de estabilidade no sistema normativo para que a finalidade real do Estado seja atingida.

Para tanto, enfatizando a necessidade de coibir o abuso e a arbitrariedade do julgador, faz-se relevante o entendimento frente o poder absoluto do Estado e o culto à personalidade do julgador, permitindo o entendimento da relevância de não admitir o descumprimento das legislações e normas que configuram como a concretização da evolução do Direito ao longo da história da humanidade.

O PODER ABSOLUTO DO ESTADO E O CULTO À PERSONALIDADE DO JULGADOR

O suplício, que nos tempos da Idade Média atingia o corpo do condenado/paciente/demandado, atualmente alcança o coração, o intelecto, à vontade, as disposições do sujeito, pois o comportamento declaradamente abusivo do julgador não implica, necessariamente, em sua parcialidade, conforme entende o Supremo Tribunal Federal. (SEVERO, 2017)

A arbitrariedade que ocorria por meio do poder monárquico apresentava-se como característica marcante da Idade Média, ressaltando a ausência de direitos dos cidadãos, uma vez que, o abuso do julgador não era contestado em razão das ações existentes, que o colocava como sendo o recurso final de julgamento. (FRIEDE, 2019)

Salienta-se que, por meio da evolução da sociedade civil e do próprio ordenamento jurídico, o abuso de poder do julgador passou a ser limitado por legislações que buscavam garantir os direitos dos cidadãos, permitindo-lhes a defesa e o cumprimento dos deveres que passou a ser destacado embasado nos conceitos de democracia e de um Estado soberano baseado em leis.

O Estado, então, volta a ter uma espécie de poder absoluto, corroborando-se, também no Brasil, a teoria defendida por Levitsky; Ziblatt (2018), segundo a qual há uma deterioração dos sistemas democráticos ao redor do mundo:

Há uma percepção crescente de que a democracia está recuando em todo o mundo. Venezuela, Tailândia, Turquia, Hungria, Polônia. *Larry Diamond*, talvez a mais notável autoridade em democracia no mundo, acredita que entramos num período de recessão democrática. Antes da eleição de Donald Trump, afirmações sobre recessão democrática global eram exageradas. O número de democracias cresceu dramaticamente entre os anos 1980 e 1990, chegando ao auge em 2005 e permanecendo estável desde então. Retrocessos dão manchete e capturam nossa atenção, mas para cada Hungria, Turquia e Venezuela há uma Colômbia, um Sri Lanka ou uma Tunísia – países que se tornaram mais democráticos ao longo de uma década. A vasta maioria das democracias do mundo – de Argentina, Brasil, Chile, Peru até Grécia, Espanha, República Checa e Romênia, passando por Gana, Índia, Coreia do Sul e África do Sul – permanece intacta. E embora democracias europeias possam estar enfrentando muitos problemas, de economias frágeis ao ceticismo da União Europeia e à reação anti-imigração, há pouca evidência em qualquer delas do tipo de corrosão fundamental de normas que temos visto nos Estados Unidos (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 194).

A primeira percepção dos autores supracitados, de que a democracia está recuando em todo o mundo, é também um sentimento compartilhado por diferentes autores que discutem a democracia no mundo. Por outro lado, a afirmação de que a democracia no Brasil permanece

intacta não é verdadeira quando se verificam abusos e arbítrios provenientes do órgão julgante, ou seja, do órgão que em tese seria a *ultima ratio* para a proteção do Estado Democrático de Direito.

A permissão velada e até mesmo explícita, para que os julgadores possam praticar arbítrios quando do julgamento de outros cidadãos, promove a reflexão da regressão histórica para a época em que se admitia o processo inquisitorial, em detrimento do modelo acusatório atualmente vigente e que deveria ser seguido nos termos da Constituição de 1988, conforme relata Ommati (2017):

(...) a ideia de horizontalização da justiça criminal significa a tese de que crime e criminoso somente existem após o desenvolvimento válido e regular do processo penal em que sejam garantidos todos os direitos ao acusado na construção do provimento jurisdicional. (...) É por força desse conjunto de direitos fundamentais assegurados no processo penal que a doutrina mais contemporânea do processo penal vem afirmando que a Constituição de 1988 instituiu um modelo predominantemente acusatório de processo penal, substituindo o modelo anterior, predominantemente inquisitório. (...). Assim, o modelo acusatório é o único compatível com uma democracia constitucional como a brasileira. (OMMATI, 2017, p. 218)

A relevância da reflexão referente à democracia e o modelo acusatório se expressa, pois atualmente se tem confundido em nosso país o papel do julgador e de toda a estrutura que o cerca com a atuação típica de um super-herói apto a combater todos os males presentes na sociedade. Não cabe ao órgão julgante, personificado pelo julgador, a busca pela justiça a qualquer custo. Ou seja, deve ser seguido o modelo acusatório, conforme previsto no Texto Constitucional e também no Código de Processo Penal. Cada um deve cumprir o seu papel, sob o risco de sepultar os princípios que fundamentam o Estado Democrático de Direito. Por isso, Souza (2012) comenta que:

Consoante o ordenamento jurídico delineado por nossa Carta Política, em síntese, menciona-se a necessidade de respeito aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, da publicidade, da motivação e da recorribilidade. Ainda, consoante o princípio da presunção de inocência, destaca-se que o ônus probatório é da Administração, vedadas provas ilegítimas, como interceptações telefônicas ou quebras de sigilos sem autorização judicial, sendo facultado ao imputado o direito de produzir provas, como perícias e apresentação de declarações escritas.

(...) um importante aspecto a ser referenciado é a indispensabilidade de reestruturação dos órgãos administrativos, quer de apuração, quer de julgamento, com vistas à sua imparcialidade e independência. (SOUZA, 2012, p. 153).

A doutrina acima exposta, embora tenha como contexto os anos anteriores a 2013, não poderia ser mais atual. O que se espera em um Estado que tenha como fundamento constitucional o princípio da dignidade da pessoa humana e no qual o princípio de juiz natural

também esteja previsto em sede constitucional? A resposta deveria ser imparcialidade e independência dos órgãos judicantes. Porém, infelizmente, o que é presenciado é o culto à personalidade de um ex-julgador que condenou em primeira instância um ex-presidente. A maior parte daqueles que defendiam o ex-julgador continuaram a fazê-lo, ainda que o mesmo tenha atropelado os princípios que regem o processo penal e a Constituição da República, conforme se depreende da reportagem abaixo:

As manifestações do último dia 30 tiveram como principal objetivo a defesa de Sergio Moro. Em Brasília, um enorme boneco de Super-Homem com o seu rosto foi inflado na frente do Congresso. Símbolo da Lava-Jato, que representa um marco na história da luta anticorrupção no país, o ex-juiz vem sofrendo sérios arranhões na imagem desde que os diálogos entre ele e membros da força-tarefa vieram a público revelando bastidores da operação. As conversas ocorridas no ambiente de um sistema de comunicação privada (o *Telegram*) e divulgadas pelo site *The Intercept* Brasil mostraram que, no papel de magistrado, Moro deixou de lado a imparcialidade e atuou ao lado da acusação. As revelações enfraqueceram a imagem de correção absoluta do atual ministro de Jair Bolsonaro e podem até anular sentenças. Só uma pequena parte do material havia sido divulgada até agora — e ela foi suficiente para causar uma enorme polêmica. Em parceria com o site, VEJA realizou o mais completo mergulho já feito nesse conteúdo. Foram analisadas pela reportagem 649 551 mensagens. Palavra por palavra, as comunicações examinadas pela equipe são verdadeiras e a apuração mostra que o caso é ainda mais grave. Moro cometeu, sim, irregularidades. Fora dos autos (e dentro do *Telegram*), o atual ministro pediu à acusação que incluísse provas nos processos que chegariam depois às suas mãos, mandou acelerar ou retardar operações e fez pressão para que determinadas delações não andassem. Além disso, revelam os diálogos, comportou-se como chefe do Ministério Público Federal, posição incompatível com a neutralidade exigida de um magistrado. Na privacidade dos *chats*, Moro revisou peças dos procuradores e até dava bronca neles. “O juiz deve aplicar a lei porque na terra quem manda é a lei. A justiça só existe no céu”, diz Eros Grau, ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, falando em tese sobre o papel de um magistrado. “Quando o juiz perde a imparcialidade, deixa de ser juiz.” (GREENWALD *et al*, 2019).

O intuito em relação à citação referente à reportagem que repercutiu nacional e internacionalmente, entretanto, é demonstrar a fragilidade do sistema acusatório teoricamente vigente no ordenamento jurídico brasileiro. E se na prática a teoria é outra, que se mude a prática! (DWORKIN, 2005). Que seja seguido o sistema acusatório!

Importante ressaltar que num Estado onde o herói é um ex-julgador que atropela o sistema constitucionalmente e processualmente previsto para condenar uma liderança política, vige qualquer regime, exceto uma democracia. E parafraseando expressão atribuída a Winston Churchill, ‘a democracia é a pior forma de governo, com exceção de todas as demais’. (FRIEDE, 2019)

Infelizmente vive-se em tempos obscuros. E não interessa a nenhum cidadão bem intencionado que se deixe de combater a corrupção. Mas tal combate não pode ser corrosivo, corrompido, corrupto. O órgão judicante não pode utilizar o poder que lhe é atribuído para

atropelar o sistema acusatório constitucionalmente estabelecido sob o pretexto de se combater a corrupção. (SEVERO, 2017)

A corrupção deve ser enfrentada, dentro da lei. Porém, a situação que se apresenta, na qual diversos órgãos e instituições ignoram as arbitrariedades perpetradas por alguns detentores e até mesmo ex-detentores da função judicante, não merece prosperar.

Evidenciando que, as determinações jurídicas referentes ao controle do abuso e das arbitrariedades precisam ser efetivadas de forma a promover o cumprimento do ordenamento jurídico que visa garantir os direitos individuais e coletivos de todos os cidadãos. (BECHO, 2011)

Neste sentido, aprofundando a questão referente ao sistema acusatório que caracteriza uma nação democrática como meio de promover a justiça de forma a julgar de maneira clara os atos, faz-se relevante promover a reflexão sobre duas teorias referentes aos juristas Ferdinand Lassale e Konrad Hesse, que disserta de forma clara sobre as ponderações referentes ao sistema acusatório ponderando sobre a sua relevância para o ordenamento jurídico.

O EMBATE ENTRE AS TEORIAS DE *FERDINAND LASSALE* E *KONRAD HESSE*

A situação atual do país no que diz respeito à prevalência ou não do sistema acusatório, constitucionalmente previsto, conforme mencionado, nos remete a um antigo embate travado entre os estudiosos *Konrad Hesse* e *Ferdinand Lassale*.

Konrad Hesse (1991) defendia que a Constituição teria uma força normativa. Ou seja, o texto constitucional teria diretivas que deveriam ser buscadas pelo Estado e pelos cidadãos. Conforme afirma o autor:

(...) a força normativa da Constituição não reside, tão-somente, na adaptação inteligente a uma dada realidade. A Constituição jurídica logra converter-se, ela mesma, em força ativa, que se assenta na natureza singular do presente (*individuelle Beschaffenheit der Gegenwart*). Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional –, não só a vontade de poder (*Wille zur Macht*), mas também a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*). (HESSE, 1991, p. 15)

Konrad Hesse (1991) ressaltou a importância da vigência normativa da Constituição. Ou seja, para que a Constituição tenha força normativa, uma mudança da circunstância fática

não deveria sacrificar uma proposição constitucional, pois dessa forma haveria a supressão do próprio direito. Assim, em havendo uma mudança de situação capaz de suprimir a força normativa da Constituição, seria inevitável uma revisão constitucional, pois apenas dessa forma a Constituição manteria sua estabilidade.

Para Lassale (2014), na hipótese de os fatores reais do poder que regem uma nação não se submeterem às regras previstas no texto constitucional, esta constituição seria apenas uma folha de papel. Segundo o autor,

Os problemas constitucionais não são problemas de direito, mas do poder; a verdadeira Constituição de um país somente tem por base os fatores reais e efetivos do poder que naquele país vigem e as constituições escritas não têm valor nem são duráveis a não ser que expressem fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social; eis aí os critérios fundamentais que devemos sempre lembrar. (...) existem outros valores, como as organizações dos funcionários públicos, etc., que podem ser considerados também como forças orgânicas do poder de uma sociedade. (LASSALE, 2014, p. 45).

Ou seja, segundo Lassale (2014), não havendo correspondência entre a constituição escrita e a realidade, o que se poderia chamar ‘Lei Maior’ de um país não seria outra coisa senão uma simples folha de papel, pois a vida real – os fatores reais do poder – não seria compatível com o texto da Constituição.

Tendo como base a atual situação no Brasil fornece razão ao sentido sociológico de Constituição defendido por Ferdinand Lassale. Atualmente os fatores reais de poder ignoram o Texto Constitucional e fazem valer uma situação na qual a imparcialidade do julgador tem menos importância que a necessidade de resposta no combate à corrupção. Ou seja, atropelam-se os direitos e garantias fundamentais para que se possa julgar e condenar todos aqueles apontados como malfeitores políticos, mesmo que o próprio órgão judiciário tenha que deixar de observar um dos princípios mais relevantes do processo penal: a imparcialidade do magistrado. (SILVA; COELHO, 2018)

Neste sentido, enfatiza-se o fato de necessidade de revisar as ações que são impetradas frente ao julgamento que deve transcorrer embasado nos princípios fundamentais que regem o ordenamento jurídico, propiciando o princípio da imparcialidade do magistrado em decorrência dos fatos e atos julgados, permitindo a defesa dos acusados e não cedendo as pressões sociais que na maioria das vezes, buscam a condenação de qualquer maneira. (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018)

Evidenciando as recentes decisões realizadas pelo Supremo Tribunal Federal, faz-se relevante a análise frente à evolução em relação às concepções que norteiam o ordenamento jurídico, primando pela análise referente às ações realizadas pelo STF.

RECENTES DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A recente democracia brasileira, conquistada a duras penas depois de vinte e um anos de ditadura militar, parece estar momentaneamente embriagada em virtude da projeção de líderes consagrados pelas redes sociais. É importante que se saiba que o Direito, ao contrário do futebol, não tem apenas dezessete regras; e por isso não basta ao cidadão saber os nomes dos onze ministros que compõem o Supremo Tribunal Federal para ter elementos necessários para concluir se uma condenação é constitucional ou não. Por outro lado, o Direito não é tão complexo a ponto de que não se possa compreender que a principal regra deriva do Texto Constitucional; e que essa regra merece respeito e consideração, principalmente do órgão judiciário, que em todas as instâncias tem o dever principal de proteger os cidadãos dos arbítrios praticados em detrimentos dessa mesma Constituição. (BECHO, 2011)

A discussão acerca de preferências políticas não deve contaminar a essência do Direito, o respeito à Constituição. O que falta atualmente aos cidadãos e aos órgãos que compõem as estruturas do poder é saber diferenciar preferência política e Direito. Ou seja, não interessa o espectro político-ideológico a que pertença determinada liderança, pois esta liderança deve tratar e ser tratada conforme os ditames constitucionais. (SOUZA, 2016)

Não se pode permitir que uma figura alçada à condição de super-herói tenha a permissão de utilizar o processo penal de forma inquisitorial para enfrentar um desafeto político, condenando-o. Tal comportamento deveria ser registrado apenas nos filmes que retratam os tempos de absolutismo. E infelizmente o comportamento do Supremo Tribunal Federal em nada colabora para trazer luzes à atual conjuntura. (FRANCISQUINI, 2014)

O Supremo Tribunal Federal atuou politicamente como guardião da Constituição Federal do Estado Democrático de Direito em dois casos que apresentou grande repercussão. O primeiro caso refere-se à proibição de entrevista de Luís Inácio Lula da Silva às vésperas da eleição presidencial em 2018. Abaixo os argumentos que embasaram a decisão monocrática do Ministro Luiz Fux:

(...). Sabe-se que o “mercado livre de ideias”, primeiramente referido por Oliver Wendell Holmes Jr. no caso *Abrams v. United States*, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 1919, possui falhas tão deletérias ao bem-estar social quanto um mercado totalmente livre de circulação de bens e serviços. Admitir que a transmissão de informações seria impassível de regulação para a proteção de valores comunitários equivaleria a defender a abolição de regulações da economia em geral. Por essa razão, Richard Posner já defendia a necessidade de regulação da liberdade de expressão, sempre que remediar de forma eficiente os riscos de divulgação de informações nocivas. No caso em apreço, há elevado risco de que a divulgação de entrevista com o requerido Luiz Inácio Lula da Silva, que teve seu registro de candidatura indeferido, cause desinformação na véspera do sufrágio, considerando a

proximidade do primeiro turno das eleições presidenciais. Por conseguinte, determino que o requerido Luiz Inácio Lula da Silva se abstenha de realizar entrevista ou declaração a qualquer meio de comunicação, seja a imprensa ou outro veículo destinado à transmissão de informação para o público em geral. Determino, ainda, caso qualquer entrevista ou declaração já tenha sido realizada por parte do aludido requerido, a proibição da divulgação do seu conteúdo por qualquer forma, sob pena da configuração de crime de desobediência (art. 536, § 3º, do novo Código de Processo Civil e art. 330 do Código Penal). (STF, SL 1178 PR, 2019)

O Ministro defende a regulação da mídia sob o argumento de que o mercado livre de ideias seria tão falho quanto um mercado livre de circulação de bens e serviços; argumenta que o tema é ainda mais relevante durante o período que antecede o pleito eleitoral, haja vista que o eleitor deve ficar resguardado de informações falsas ou imprecisas que protegeriam o bom funcionamento da democracia.

O primeiro argumento poderia fazer sentido caso houvesse a regulação do mercado de ideais. Por enquanto não há e nem poderia haver. O que atualmente vige é o inciso IX do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, *in verbis*: “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença” (BRASIL, CONSTITUIÇÃO, 1988, art. 5º, inciso IX)

O Ministro do Supremo Tribunal Federal atropelou a Constituição ao invés de defendê-la, contrariando o seu papel de guardião. Ou seja, o Texto Constitucional é bastante claro no sentido de vedar qualquer censura ou licença prévia para a livre expressão da atividade de comunicação. Qualquer decisão ou argumento em sentido contrário, portanto, deveria ser considerado inconstitucional. Porém, o próprio guardião da Constituição não a resguardou, transformando-a, pelo menos nessa situação, numa folha de papel, conforme lição de Ferdinand Lassale. (BECHO, 2011)

O segundo argumento, qual seja, de que o eleitor deveria ficar resguardado de informações falsas ou imprecisas que protegeriam o bom funcionamento da democracia, parte de algumas premissas perigosas: a de que a entrevista seria permeada de informações falsas e imprecisas; a de que essas informações, por serem falsas ou imprecisas, não protegeriam o bom funcionamento da democracia; e a de que o eleitor deveria ficar resguardado desse tipo de situação.

Ainda que sejam boas as intenções do Ministro no intuito de proteger a democracia, não se pode admitir que o eleitor devesse ficar privado dos meios de comunicação para exercer o seu direito de voto. Nessa hipótese também deveria ser proibida a circulação de mensagens instantâneas que tivessem conteúdo político. Ou o que se tem é uma democracia ou um regime autocrático, não existe meio termo. Sendo assim, se estabelece a crítica o

posicionamento do Supremo Tribunal Federal como instituição que deveria ser a principal responsável por salvaguardar a democracia. O que ocorreu foi à subversão da teoria presente na Constituição. (FRANCISQUINI, 2014)

Nesse primeiro episódio parece haver uma atuação política e desconectada de qualquer tipo de imparcialidade, uma vez que houve o afastamento do próprio Texto Constitucional sob o argumento de defender a livre manifestação de voto pelo eleitor.

Um segundo episódio recente em que o STF vem atuando com viés também político diz respeito à decisão sobre a prisão em segunda instância. Sob o argumento de combate à corrupção, se tem admitido que a execução da pena tivesse início após a condenação em segunda instância, ainda que a ação não tenha transitado em julgado, ou seja, ainda que não tenham sido esgotados todos os meios recursais a que tenha direito a parte condenada. Embasando nas publicações do Supremo Tribunal Federal (2019), relata-se que:

Por maioria, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu que o artigo 283 do Código de Processo Penal (CPP) não impede o início da execução da pena após condenação em segunda instância e indeferiu liminares pleiteadas nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 43 e 44.

O Partido Nacional Ecológico (PEN) e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), autores das ações, pediam a concessão da medida cautelar para suspender a execução antecipada da pena de todos os acórdãos prolatados em segunda instância. Alegaram que o julgamento do Habeas Corpus (HC) 126292, em fevereiro deste ano, no qual o STF entendeu possível a execução provisória da pena, vem gerando grande controvérsia jurisprudencial acerca do princípio constitucional da presunção de inocência, porque, mesmo sem força vinculante, tribunais de todo o país “passaram a adotar idêntico posicionamento, produzindo uma série de decisões que, deliberadamente, ignoram o disposto no artigo 283 do CPP”.

O caso começou a ser analisado pelo Plenário em 1º de setembro, quando o relator das duas ações, ministro Marco Aurélio, votou no sentido da constitucionalidade do artigo 283, concedendo a cautelar pleiteada. Contudo, com a retomada do julgamento na sessão desta quarta-feira (5), prevaleceu o entendimento de que a norma não veda o início do cumprimento da pena após esgotadas as instâncias ordinárias. (STF, 2019).

A decisão acima, tomada pela corte que tem o dever de resguardar o Texto Constitucional, é absolutamente contrária ao disposto na Constituição da República Federativa do Brasil, conforme artigo 5º, inciso LVII, *in verbis*: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. (BRASIL, CONSTITUIÇÃO, 1988, art. 5º, inciso LVII)

Ou seja, já que ninguém pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, qualquer espécie de prisão que não seja cautelar estará contaminada de inconstitucionalidade. Verifica-se que, a ocorrência das arbitrariedades no ordenamento jurídico brasileiro se destaca, podendo ser analisadas de maneira a não

possibilitar o entendimento do cumprimento do Texto Constitucional, o que fere os princípios que regem o Estado Democrático de Direito.

Portanto, faz-se relevante a abertura de novos debates frente a realidade apresentada em relação aos julgamentos realizados no Brasil, primando para que se faça cumprir a lei que rege o país, buscando julgar embasando-se nos princípios essenciais, o que permite a garantia da defesa dos direitos e deveres dos cidadãos, sem que ocorram equívocos que levam ao abalo da cidadania e da democracia.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme visto acima, a imparcialidade do julgador deveria ser condição essencial para o exercício regular da atividade judicante, em especial quando a instância judicante é o Supremo Tribunal Federal. A atuação parcial e com viés político, sem a observância dos princípios e regras constitucionais, deturpa a ordem jurídica e a credibilidade do judiciário e, conseqüentemente, a paz social.

A Constituição de 1988 nos apresenta a imparcialidade do julgador como princípio implícito decorrente dos seus próprios fundamentos e objetivos, uma vez que a República constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos, dentre outros, a cidadania e a dignidade da pessoa humana e tem como escopos fundamentais construir uma sociedade livre, justa e solidária e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Entretanto, a recente atuação do Supremo Tribunal Federal não tem levado em consideração a imparcialidade prevista na Constituição, o que nos faz observar, ou melhor, concluir que nos restam duas alternativas: ou se respeita a Constituição; ou se muda a Constituição. Ou adotamos a solução de Konrad Hesse ou nos conformamos com a teoria de Ferdinand Lassale, desprezando o Texto Constitucional e contentando-nos com uma bela folha de papel. Cabe a nós brasileiros essa decisão. Preferimos o respeito à Constituição: é o caminho mais adequado para a efetiva implantação em nosso país do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BECHO, Renato Lopes. Duração razoável do processo de execução fiscal. Artigo Original. **Revista TRF**, 3ª Região, n.110, nov/dez. 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa** do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de Outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em 12 de julho de 2019.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Tradução: Raquel Ramallete. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014.

FRANCISQUINI, Renato. **Democracia, liberdade de expressão e o valor equitativo das liberdades comunicativas**. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo, USP, São Paulo, 2014.

FRIEDE, Reis. **Da imparcialidade do julgador à luz do novo código de processo civil**. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Rio de Janeiro. Ano 13. Volume 20. Número 1. Janeiro a Abril de 2019. Periódico Quadrimestral da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ Patrono: José Carlos Barbosa Moreira (in mem.). ISSN 1982-7636. p. 442-476.

GREENWALD, Glen; GHIROTTI, Edoardo; MOLICA, Fernando; RESENDE, Leandro; PADUAN, Roberta. **Novos diálogos revelam que Moro orientava ilegalmente ações da Lava Jato**. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/politica/dialogos-veja-capa-intercept-moro-dallagnol/>. Acesso: 12 de julho de 2019. Publicado: 05 de jul de 2019.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

LASSALE, Ferdinand. **A essência da constituição**. 9. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2014.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Tradução: Renato Aguiar. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

OMMATI, José Emílio Medauar. **Uma teoria dos direitos fundamentais**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

SEVERO, Débora. Perspectivas sociojurídicas sobre o encarceramento feminino. Artigo Original. **Revista de Monografia Jurídica**. Brasília, v.2, n.2, 2017.

SILVA, Diogo Henrique Dias; COELHO, Thiago Gomes. **A imparcialidade do juiz no contexto do Estado Democrático de Direito: uma reconstrução possível?** Artigo Original, 2018. Disponível em: <http://periodocos.pucminas.br/index.php/DireitoSerro/article/download/1283/6520>. Acesso em 15 de agosto de 2019.

SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito penal econômico**: fundamentos, limites e alternativas. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

SOUZA, Jamerson Murillo Anunciação de. **Tendências ideológicas do conservadorismo**. Tese de Doutorado. Universidade Federal de Pernambuco. Recife, PE, 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL STF. **Coletânea temática de jurisprudência**: direitos humanos. Brasília, 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL STF. **Coletânea temática de jurisprudência**: direito penal e processual penal. Brasília, 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL STF. **Notícia STF**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>. Acesso em: 13 de julho de 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF – **Suspensão de liminar**: SL 1178 PR - PARANÁ. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15338761821&ext=.pdf>. Acesso em: 13 julho de 2019.