

Enio Luiz de Carvalho Biaggi
Lícia Jocilene das Neves
Thiago Loures Machado Moura Monteiro
Vinícius Lott Thibau
(Organizadores)

**DEMOCRACIA, JUSTIÇA E
INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO**

Enio Luiz de Carvalho Biaggi
Lícia Jocilene das Neves
Thiago Loures Machado Moura Monteiro
Vinícius Lott Thibau
(Organizadores)

DEMOCRACIA, JUSTIÇA E INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO

Editora Dom Helder
Belo Horizonte – MG
2022

Escola Superior Dom Helder Câmara

Reitor: Paulo Umberto Stumpf, SJ.

Vice-Reitor: Estevão D'Ávila de Freitas

Pró-Reitoria de Pesquisa

Pró-Reitora de Pesquisa: Beatriz Souza Costa

Secretário Administrativo: Cristialan Belça da Silva

Editora Dom Helder

Coordenador de Editoria: José Adércio Leite Sampaio

Diretora Executiva: Beatriz Souza Costa

Contato: Rua Álvares Maciel, 628, Bairro Santa Efigênia, Belo Horizonte/MG, CEP 30150-250.

Tel.: (31) 2125-8863

Esta obra pode ser acessada gratuitamente, mas são vedadas a sua comercialização, postagem, distribuição, transformação, publicação e reprodução, ressalvada a possibilidade de citação direta ou indireta dos escritos.

Os textos formalizados foram revisados gramaticalmente pelos seus próprios autores, que, também, são responsáveis exclusivos pelo conteúdo dos escritos. Os organizadores do livro não se responsabilizam pelas manifestações, comentários e opiniões dos demais coautores da obra.

T425p. Thibau, Vinícius Lott

Democracia, justiça e instrumentalidade do processo / Vinícius Lott Thibau (org.)
et. al. – Belo Horizonte - MG: Dom Helder, 2022.

167p.

Anais do Seminário Democracia, Justiça e Instrumentalidade do
Processo, 12 de Novembro de 2021.

ISBN: 978-65-991904-9-0

1. Democracia. 2. Justiça. 3. Processos. 4. Direito Fundamental. 5.
Democracia processual.

Belo Horizonte (MG). I. Título. II. Thibau, Vinícius Lott. III. Escola Superior Dom
Helder Câmara. IV Título.

CDU 321.7

Bibliotecário responsável: Lucas Martins de Freitas Junior CRB-6/3621

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	06
--------------------	----

PARTE I - PROCESSO E DEMOCRACIA

1 INSTRUMENTALIDADE E O PROCESSO CIVIL DE RESULTADOS – <i>Vinicius Lott Thibau</i>	08
2 DÉFICITS DEMOCRÁTICOS DO INSTRUMENTALISMO NA JUSTIÇA DO TRABALHO – <i>Thiago Loures Machado Moura Monteiro</i>	18
3 O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA E O EXERCÍCIO DA FISCALIDADE DA ATIVIDADE JUDICIAL – <i>Guilherme Leles Vieira & Vitor Gomes Carvalho</i> ..	33
4 A ATUAÇÃO DE LITIGANTES SEM ADVOGADO NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS E A DEMOCRATICIDADE – <i>Rafaella Ferreira Pacheco & Raquel dos Reis Trindade Ferrer Monteiro</i>	49
5 O ATIVISMO JUDICIAL E A BUSCA PELA EFETIVIDADE – <i>Clara de Freitas Barbosa & João Pedro Gonçalves Ituassú</i>	62
6 A AÇÃO POPULAR COMO UM INSTRUMENTO DEMOCRÁTICO DE PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE CULTURAL QUILOMBOLA – <i>Lucas Tabanez Murta de Souza & Luiz Felipe Radic</i>	72

PARTE II - DIREITO PENAL E JURISPRUDÊNCIA: JUSTIÇA, SEGURANÇA E CORRESPONSABILIDADE DO ESTADO

1 O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO E A PROGRESSÃO DE REGIME NA LEI ANTICRIME: O ISOLAMENTO E A CULTURA DO ENCARCERAMENTO – <i>Enio Luiz de Carvalho Biaggi & Lícia Jocilene das Neves</i>	86
2 A PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA EM PERSPECTIVA: PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA EM CASOS DE GRANDE REPERCUSSÃO MÍDIÁTICA – <i>Anna Luiza de Paula Mendes & Sofya Ferreira Canaverde Linhares</i>	104
3 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E O PRINCÍPIO DO <i>IN DUBIO PRO SOCIETATE</i> : UM CONFLITO À LUZ DO INSTRUMENTALISMO PROCESSUAL – <i>Danielle Monteiro Gonçalves & Suzana Gonçalves Oliveira</i>	116
4 POSSIBILIDADES PARA A CONCESSÃO DE PRISÃO DOMICILIAR ÀS GESTANTES E PUÉRPERAS E EFETIVIDADE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – <i>Amanda Luiza Alves Silva & Mariana Maciel Sena Dutra</i> ...	127

5	CORRESPONSABILIDADE DO ESTADO NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO E A SUA AUSÊNCIA NA GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS CONFORME A FINALIDADE DA PENA – <i>Daniel Lucas da Silva Rocha & Luís Eduardo Costa Lima Garbacio</i>	144
6	A LEGITIMIDADE ATIVA PARA A PROPOSITURA DA AÇÃO PENAL PRIVADA NA INJÚRIA REFLEXA PELA PERSPECTIVA DA INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO: ESTUDO DE CASO – <i>Amanda de Menezes Ferreira & Mell Reis Ferreira</i>	156

APRESENTAÇÃO

Em 12 de novembro de 2021, dois Grupos de Iniciação Científica da Escola Superior Dom Helder Câmara reuniram-se para a exposição oral dos resultados parciais da pesquisa que desenvolveram ao longo do ano.

Participaram do evento intitulado Democracia, Justiça e Instrumentalidade do Processo o Grupo de Iniciação Científica Direito Penal e Jurisprudência: justiça, segurança e corresponsabilidade do Estado, que é liderado pelo Professor Doutor Enio Luiz de Carvalho Biaggi e secretariado pela Professora Mestre Lícia Jocilene das Neves, bem como o Grupo de Iniciação Científica Processo e Democracia, que é liderado pelo Professor Doutor Vinícius Lott Thibau e secretariado pelo Professor Mestre Thiago Loures Machado Moura Monteiro.

O seminário foi realizado por via eletrônica e recebeu integral apoio da Pró-Reitoria de Pesquisa da faculdade. Em cinco horas, aproximadamente, foram apresentados doze trabalhos, que foram produzidos pelos professores que lideram e secretariam os grupos de iniciação científica e, ainda, por dezoito discentes que os integraram no último ano e que, atualmente, cursam a Graduação em Direito na Instituição de Ensino Superior promotora do evento.

Os trabalhos que foram apresentados no seminário Democracia, Justiça e Instrumentalidade do Processo são ofertados à comunidade jurídica, agora, no formato de Anais.

Desejamos a todos uma excelente leitura!

Belo Horizonte, junho de 2022.

Enio Luiz de Carvalho Biaggi

Lícia Jocilene das Neves

Thiago Loures Machado Moura Monteiro

Vinícius Lott Thibau

PARTE I

PROCESSO E DEMOCRACIA

INSTRUMENTALIDADE E O PROCESSO CIVIL DE RESULTADOS

Vinícius Lott Thibau¹

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 AUTONOMIA CIENTÍFICA DO DIREITO PROCESSUAL E O ADVENTO DA INSTRUMENTALIDADE TÉCNICA DO PROCESSO; 3 INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO E A TUTELA JUDICIÁRIA DA SOCIEDADE; 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

Na literatura especializada, é habitual a abordagem do direito processual por três fases. A instrumentalidade do processo é, frequentemente, indicada como a mais qualificada dessas, superando as fases sincretista e autonomista.

Pelos escritos já publicados sobre a temática, a instrumentalidade do processo é apontada como a fase mais avançada porque inaugura uma perspectiva teleológica do sistema processual. Assim é que, por esta, o direito processual civil é compreendido como um sistema que deve produzir resultados práticos mediante acolhimento dos escopos estatais sociais, políticos e jurídico no âmbito da operacionalização fático-normativa.

Para que cumpra os seus objetivos, logo, o processo deve assumir o *status* de um instrumento, que, sendo manejado por magistrados dotados de sensibilidade, intuição e vontade, propicie benefícios à sociedade por via de decisões que positivem as suas aspirações.

Uma pretensão que, pelo seu alinhamento ao paradigma jurídico do Estado Social, que vigorava, no Brasil, quando foi publicada a mais destacada obra nacional destinada à exposição dos fundamentos da instrumentalidade do processo, apresenta-se inacolhível, desde a superação do marco teórico social pela Constituição brasileira de 1988.

¹ Pós-Doutor, Doutor e Mestre em Direito Processual pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor de Direito Processual Civil no Curso de Graduação em Direito da Escola Superior Dom Helder Câmara. Líder do Grupo de Iniciação Científica Processo e Democracia.

2 AUTONOMIA CIENTÍFICA DO DIREITO PROCESSUAL E O ADVENTO DA INSTRUMENTALIDADE TÉCNICA DO PROCESSO

Em 1868, Oskar von Bülow publicou o livro intitulado *Die Lehre von den Processeinreden und die Processvoraussetzungen*, que foi traduzido para o castelhano como *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Neste escrito, afirmou-se que, já no Direito Romano, o processo poderia ser entrevisto como uma relação jurídica e, a partir daí, o processo foi teorizado de modo inovador, se comparada a produção bülowiana com as que se estabeleciam até então.

Isso porque, além de realizar uma análise minuciosa de inúmeros textos romanistas com o objetivo de explicitar o equívoco advindo da afirmação de que a atividade dos juízes instalada à aferição das condições de existência do processo dependeria da provocação das partes, a oferta proposicional de Oskar von Bülow apresentou à comunidade acadêmica o conceito de processo como relação jurídica de direito público.

Com isso, o sincretismo processual, que se estabeleceu, principalmente, a partir do século XIII, foi problematizado por Oskar von Bülow, que enunciou:

Desde que os direitos e as obrigações processuais se dão entre funcionários do Estado e os cidadãos, desde que se trata no processo da função dos oficiais públicos e desde que, também, as partes são levadas em consideração apenas no aspecto de sua vinculação e cooperação com a atividade judicial, essa relação pertence, com toda evidência, ao direito público e o processo resulta, portanto, uma relação jurídica pública.

A relação jurídica processual distingue-se das demais relações de direito por outra singular característica, que pode ter contribuído, em grande parte, para o desconhecimento de sua natureza de relação jurídica contínua. O processo é uma relação jurídica que avança gradualmente e que se desenvolve passo a passo. Enquanto as relações jurídicas privadas que constituem a matéria do debate judicial se apresentam como totalmente concluídas, a relação jurídica processual se encontra em embrião. Esta se prepara por meio de atos particulares. Só se aperfeiçoa com a litiscontestação, o contrato de direito público pelo qual, de uma parte, o tribunal assume a concreta obrigação de decidir e realizar o direito deduzido em juízo e, de outra, as partes ficam obrigadas, para isso, a prestar uma colaboração indispensável e a submeter-se aos resultados desta atividade comum. E também esta ulterior atividade desenvolve-se por uma série de atos separados, independentes e resultantes de outros. A relação jurídica processual está em um constante movimento e transformação. (BÜLOW, 1964, p. 2-3).²

² No original: “Desde que los derechos y las obligaciones procesales se dan entre los funcionarios del Estado y los ciudadanos, desde que se trata en el proceso de la función de los oficiales públicos y desde que, también, a las partes se las toma en cuenta únicamente en el aspecto de su vinculación y cooperación con la actividad judicial, esa relación pertenece, con toda evidencia, al derecho público y el proceso resulta, por lo tanto, una relación jurídica pública. La relación jurídica procesal se distingue de las demás relaciones de derecho por otra singular característica, que puede haber contribuido, en grande parte, a desconocer su naturaleza de relación jurídica continua. El proceso es una relación jurídica que avanza gradualmente y que se desarrolla paso a paso. Mientras que las relaciones jurídicas privadas que constituyen la materia del debate judicial, se presentan como totalmente concluidas, la relación jurídica procesal se encuentra en embrión. Esta se prepara por medio de actos particulares.

É, nesse sentido, que, segundo Santiago Sentís Melendo (1964), Hélio Tornaghi (1987), Niceto Alcalá-Zamora y Castillo (1992), Galeno Lacerda (2006), Ovídio Araújo Baptista da Silva (2006), Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (2010) e Cândido Rangel Dinamarco (2010, t. I), Oskar von Bülow inaugurou a ciência do direito processual.

Até a publicação de *Die Lehre von den Processeinreden und die Processvoraussetzungen*, anunciava-se que o processo “só ostentava existência útil se ligado ao direito substantivo” (MITIDIERO, 2009, p. 30). Após a produção bülowiana de 1868, contudo, tornou-se possível a problematização do sincretismo que marcou o praxismo e o procedimentalismo, que foram assim abordados por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira:

Entre 1250 e 1667, aproximadamente, a aplicação judicial do direito baseava-se na lógica da argumentação cunhada por Aristóteles e reclamava igualdade entre o juiz e as partes (ordem simétrica ou isonômica). O que interessava era o *judicium* e não o processo. O direito processual civil era tratado como algo eminentemente prático, sem qualquer teorização maior. Constituía assunto e interesse da praxe judiciária, não havia ainda regulamentação estatal.

A segunda fase era ainda sincrética, de modo a caracterizar o direito processual como direito adjetivo, sem existência autônoma. Começa aí a intervenção do Príncipe (*Code Luis* de 1667) na esfera processual e uma mudança de perspectiva quanto à lógica mais formalizada (Petrus Ramus ou Pierre de La Ramée) e a ter, em certo momento, um papel completamente passivo (processo liberal do século XIX), em que predomina o positivismo como método de pensamento. O processo é, então, considerado mera sucessão de formalidades, simples forma de resolução de conflitos, mera sequência ordenada de atos. Confundia-se processo com procedimento. A jurisdição tinha como por função a realização de direitos subjetivos, com nítida matriz privatista. A ação era confundida com a *actio*, compreendida como inflamação do próprio direito subjetivo quando violado. O procedimentalismo dominava o horizonte do processo civil, visto como simples apêndice do direito material. Em semelhante ambiente, não estranha que a doutrina tenha lhe dedicado atenção não raro ao final de exposições sobre o direito material. (2010, p. 18-19)

Com efeito, pelos escritos tradicionais de teoria do processo, a produção de Oskar von Bülow proporcionou a instalação da chamada fase autonomista do direito processual, que é, igualmente, rotulada como conceitualista, científicista e processualista (CINTRA, GRIVONER, DINAMARCO, 2004; MITIDIERO, 2009; BOTELHO, 2010; OLIVEIRA, 2010; JOBIM, 2011; GAIO JÚNIOR, 2020). Nessa fase, o processo deixa de ser examinado como mero anexo do direito material e passa a ser estudado como área específica do direito.

Sólo se perfecciona con la litiscontestación, el contrato de derecho público, por el cual, de una parte, el tribunal asume la concreta obligación de decidir y realizar el derecho deducido en juicio, y de otra, las partes quedan obligadas, para ello, a prestar una colaboración indispensable y a someterse a los resultados de esta actividad común. Y también esta ulterior actividad discurre en una serie de actos separados, independientes y resultantes unos de otros. La relación jurídica procesal está en un constante movimiento y transformación.”. (BÜLOW, 1964, p. 2-3)

Conforme aduzem Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (2004), na fase autonomista, o direito processual começou a ser abordado, definitivamente, como ciência, apresentando objeto e método próprios. O processo separa-se, enfim, do direito material e, dessa forma, instaura-se a possibilidade de uma análise detida de seus mais diversos institutos, conceitos e categorias.

Não é por mero acaso, portanto, que *Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen* é tão realçada pelas publicações que tratam das fases do direito processual. É reiterado o registro da sua importância, embora também não seja rara a explicitação da insuficiência do caráter instrumental-técnico do processo de matriz bülowiana.

Para muitos estudiosos, a fase autonomista do direito processual já cumpriu o seu objetivo, motivo pelo qual se faz necessária a sua superação. A instrumentalidade do processo é, habitualmente, apontada como a terceira fase do direito processual e é, frequentemente, elogiada pela atribuição de contornos teleológicos ao processo.

3 INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO E A TUTELA JUDICIÁRIA DA SOCIEDADE

Em 1987, Cândido Rangel Dinamarco publicou a primeira edição da obra intitulada *A instrumentalidade do processo*. Por seus escritos, após examinar as fases do sincretismo e do cientificismo, o autor anunciou a necessidade do direito processual ingressar em seu terceiro momento metodológico, que, segundo esse jurista, avança em prol da construção de um sistema processual hábil a produzir resultados práticos.

De acordo com Cândido Rangel Dinamarco, por já se encontrar estabelecida a ciência do processo na fase autonomista, seria necessário prosseguir, uma vez que o processualista sensível aos grandes problemas jurídicos, sociais e políticos que se instalam no cotidiano não deve se preocupar com investigações destituídas de endereçamento teleológico.

A terceira fase do direito processual – a denominada instrumentalidade do processo – situa o “processo como instrumento predisposto a realização dos objetivos eleitos” (DINAMARCO, 1987, p. 207) pelo Estado. Conforme aduz Cândido Rangel Dinamarco (1987), trata-se de uma fase que propicia a compreensão do processo civil como um sistema que apresenta escopos políticos, sociais e jurídico que devem ser acatados em prol da sociedade.

Assim é que, para Cândido Rangel Dinamarco (1987), no recinto social, o processo deve propiciar a paz social e a educação do povo. No âmbito político, o processo erige-se como uma espacialidade que viabiliza a afirmação da autoridade do Estado, da liberdade dos cidadãos e

da participação dos chamados atores sociais. Por fim, no campo jurídico, o processo deve incrementar a vontade concreta do direito.

Pela perspectiva instrumentalista do processo, busca-se “um sistema processual capaz de servir de eficiente caminho à ‘ordem jurídica justa’.” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2004, p. 41) É o processo um instrumento destinado à atuação da jurisdição, que, por via dos magistrados, deve produzir decisões que gerem benefícios a uma sociedade carecedora de tutela.

Consoante afirmam Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, com a superação da fase autonomista, tornou-se imperioso avançar na abordagem do direito processual, já que:

Faltou, na segunda fase, uma postura crítica. O sistema processual era estudado mediante uma visão puramente introspectiva, no exame de seus institutos, de suas categorias e conceitos fundamentais; e visto o processo costumeiramente como mero *instrumento técnico* predisposto à realização da ordem jurídica material, sem o reconhecimento de suas conotações deontológicas e sem a análise dos seus resultados na vida das pessoas ou preocupação pela justiça que ele fosse capaz de fazer. (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2004, p. 43)

E arrematam:

A fase *instrumentalista*, ora em curso, é eminentemente crítica. O processualista moderno sabe que, pelo aspecto técnico-dogmático, a sua ciência já atingiu níveis muito expressivos de desenvolvimento, mas o sistema continua falho na sua missão de produzir justiça entre os membros da sociedade. É preciso agora deslocar o ponto-de-vista e passar a ver o processo a partir de um *ângulo externo*, isto é, examiná-lo nos seus resultados práticos. Como tem sido dito, já não basta encarar o sistema do ponto-de-vista dos produtores do serviço processual (juízes, advogados, promotores de justiça): é preciso levar em conta o modo como os seus resultados chegam aos *consumidores* desse serviço, ou seja, à população destinatária. (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2004, p. 43)

Em outros termos, por esta noção instrumentalista, o processo deixaria de ser compreendido apenas como um instrumento destinado à prolação de pronunciamentos judiciais destinados ao accertamento ou à satisfação de direitos e assumiria o *status* de instrumento conferido aos juízes para a positivação, por via decisória, dos valores da sociedade que os magistrados devem tutelar.

Pelos fundamentos da instrumentalidade do processo, no momento da atuação do direito, instala-se uma importantíssima missão para o julgador, que deve apreciar:

[...] as provas, intuir o correto enquadramento jurídico e interpretar de modo correto os textos legais à luz dos grandes princípios e das exigências sociais do tempo –, eis

a grande tarefa do juiz, ao sentenciar. Entram aí as convicções sócio-políticas do juiz, que hão de refletir as aspirações da própria sociedade. (DINAMARCO, 1987, p. 274)

Daí, com base nos fundamentos da instrumentalidade do processo, a hipertrofia do juiz é acolhida. Para que seja efetiva a decisão que profere, não é suficiente a aplicação das normas constantes da legislação vigente e regente da situação fática posta em juízo. O magistrado deve sempre realizar o controle dessa legislação em prol do bem comum e, para tanto, deve se guiar pela sua sensibilidade, intuição e vontade.

É que, segundo o magistério de Cândido Rangel Dinamarco, caso o juiz perceba a existência de “um valo entre o texto da lei e os sentimentos da nação, muito profundo e insuperável, perde legitimidade a lei e isso cria clima para a legitimação das sentenças que se afastem do que ela em sua criação veio ditar” (DINAMARCO, 1987, p. 279).

Para Cândido Rangel Dinamarco (1987), que é o mais destacado expoente da instrumentalidade do processo no Brasil, se a decisão judicial contraria a normatividade disposta na legislação, nenhum problema disso decorre. Pelo contrário! Isso ratifica que o processo cumpriu a sua função instrumental com louvor, porque se despiu da roupagem técnico-instrumental e adotou a veste substancial-instrumental.

Afinal, a instrumentalidade do processo é, habitualmente, elogiada por se preocupar “com que o processo tenha plena e total aderência à realidade sócio-jurídica a que se destina, cumprindo sua primordial vocação que é a de servir de instrumento à efetiva realização de direitos” (WATANABE, 2000, p. 21). Pouco importa se a aderência a essa pouco tematizada realidade dá-se mediante a instalação de uma exceção normativa que já se tornou cotidiana, conforme afirmado em escrito anterior (LEAL, THIBAU, 2015).

No final das contas, o que se explicita mesmo por uma análise pormenorizada da instrumentalidade do processo é que, por suas asserções, a ciência do direito processual:

[...] em si, dentro dessa ótica, nada tem a oferecer em termos axiológicos. Não é ela, a ciência, que traz em si mesma premissas para a aplicação da norma processual. Toda a carga axiológica está adstrita ao campo social, e a ciência processual, não obstante o argumento contrário, continua restrita à mera técnica, cuja eleição depende da apreensão, pelo juiz, dos valores reconhecidos pela sociedade. (AMARAL, 2008, p. 30)

Pela instrumentalidade do processo, o magistrado solipsista é que positivará os escopos estatais, valendo-se do processo como método idôneo à tomada de uma decisão fundada em sua sensibilidade, intuição e vontade, que, ao mesmo tempo em que assegurariam a justiça decisória, tornam a tomada de decisão absolutamente imune a qualquer testificação consistente.

É, nesse sentido, que a instrumentalidade do processo apresenta-se muito perigosa para o direito democrático, “em que a relevância da pessoa que decide cede à importância de como se decide” (THIBAU, 2020, p. 11). O protagonismo judicial de viés instrumentalista é nefasto à pretensão de fiscalidade, que se erige como a principal base normativa do paradigma do Estado Democrático de Direito (LEAL, 2008; LEAL, 2013, 2016, 2017; THIBAU, 2018, 2020, 2021), que, desde 1988, está estabelecido, no Brasil, como marco teórico-constitucional.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A opção constitucionalmente exercida por um paradigma é impositiva dos fundamentos que deverão nortear a produção, a aplicação, a modificação, a interpretação e a extinção do direito, apresentando-se frágil qualquer teoria que deixe de considerar os conteúdos informativos da proposição normativa eleita.

Por isso, apesar de muito sedutora, a instrumentalidade do processo não merece acolhimento pela comunidade acadêmica porque, embora se candidate ao enfrentamento dos grandes problemas jurídicos, sociais e políticos que se instalam no cotidiano brasileiro, por se basear no protagonismo de juízes solipsistas, não se alinha à exigência de fiscalidade decisória que marca o direito democrático vigorante, no Brasil, desde 1988.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Guilherme Rizzo. **Cumprimento e execução de sentença sob a ótica do formalismo-valorativo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

BOTELHO, Guilherme. **Direito ao processo qualificado: o processo civil na perspectiva do estado constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BÜLOW, Oskar von. **Die lehre von den processeinreden und die processvoraussetzungen**. Giesen: Emil Roth, 1868.

CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. **Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)**. México: UNAM, 1992, t. II.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, t. I.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. **Instituições de direito processual civil**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2020.

JOBIM, Marco Félix. **Cultura, escolas e fases metodológicas do processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

LACERDA, Galeno. **Teoria geral do processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do processo em crise**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

LEAL, André Cordeiro; THIBAU, Vinícius Lott. A dogmática processual e a exceção cotidiana. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPRO**, Belo Horizonte, ano 23, n. 92, p. 13-29, out./dez. 2015.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. (Coleção Direito e Justiça).

LEAL, Rosemiro Pereira. **A teoria neoinstitucionalista do processo: uma trajetória conjectural**. Belo Horizonte: Arraes, 2013. (Coleção Professor Álvaro Ricardo de Souza Cruz, v. 7).

MELENDO, Santiago Sentís. Palabras del editor. In: BÜLOW, Oskar von. **La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales**. Traducción de Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: EJEA, 1964, p. XI-XIII.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo valorativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo civil e ideologia: o paradigma racionalista**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

THIBAU, Vinícius Lott. Processo e democracia na contemporaneidade. In: THIBAU, Vinícius Lott; MONTEIRO, Thiago Loures Machado Moura (Orgs.). **Democracia processual na contemporaneidade**. Belo Horizonte: Dom Helder, 2020, p. 5-15. Disponível em: <<https://domhelder.edu.br/wp-content/uploads/2020/12/DEMOCRACIA-PROCESSUAL-NA-CONTEMPORANEIDADE.pdf>>. Acesso em: 2 nov. 2021.

THIBAU, Vinícius Lott. “Devido processo” e audiência pública no procedimento de licenciamento ambiental. In: NUNES, Dierle; COSTA, Fabrício Veiga; GOMES, Magno Federici. (Org.). **Processo coletivo, desenvolvimento sustentável e tutela diferenciada dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Fi, 2020, v. 2, p. 86-103. Disponível em: <<https://www.editorafi.org/785processo>>. Acesso em: 2 nov. 2021.

THIBAU, Vinícius Lott. **Garantismo e processualidade democrática**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

TORNAGHI, Hélio. **A relação processual penal**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1987.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. Campinas: Bookseller, 2000.

DÉFICITS DEMOCRÁTICOS DO INSTRUMENTALISMO NA JUSTIÇA DO TRABALHO

Thiago Loures Machado Moura Monteiro³

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 AS FASES METODOLÓGICAS DO PROCESSO; 2.1 FASE SINCRETISTA OU PRAXISTA DO PROCESSO; 2.2 FASE PROCESSUALISTA OU CONCEITUALISTA DO PROCESSO; 2.3 FASE INSTRUMENTALISTA DO PROCESSO; 3 INSTRUMENTALISMO NO DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO; 4 PRINCIPAIS DÉFICITS DEMOCRÁTICOS DO INSTRUMENTALISMO PROCESSUAL; 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

A imagem da Justiça do Trabalho no Brasil é atrelada a ideia de proteção do trabalhador, correlação justificada pela estrutura protetiva do direito material do trabalho, tendo em vista a hipossuficiência do empregado, frente a figura do empregador. Contudo no âmbito do direito processual, prerrogativas inegociáveis para o devido processo legal, como a imparcialidade do magistrado, seriam prejudicadas se a perspectiva protetiva for adotada na esfera do direito processual do trabalho. Além de direitos fundamentais garantidos pela Constituição, como da ampla defesa, contraditório, isonomia, legalidade, e fiscalidade das decisões.

De modo que a visão instrumentalista do processo, de conceber o processo como um mero instrumento para efetivação do direito material, em tese permitiria ao julgador flexibilizar tais direitos processuais fundamentais, em prol da efetividade e busca pela justiça social.

Diante deste aparente paradoxo, entre um dever funcional de proteção, e um dever estrutural de imparcialidade processual, a investigação da presente pesquisa pretende responder ao seguinte problema: Quais os déficits democráticos do instrumentalismo processual na Justiça do Trabalho?

³ Mestre em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável pela Escola Superior Dom Helder Câmara. Pós-graduado em Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Direito Previdenciário pela Universidade FUMEC. Professor de Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho da Escola Superior Dom Helder Câmara. Secretário do Grupo de Iniciação Científica Processo e Democracia.

Para responder ao problema proposto, evidenciam-se como objetivos específicos: compreender as fases metodológicas do processo até o advento do instrumentalismo; analisar como o instrumentalismo é tratado pela doutrina do direito processual do trabalho; apontar os principais déficits democráticos do instrumentalismo no direito processual do trabalho.

Para tanto, utiliza-se como referencial teórico da presente pesquisa, a teoria neoinstitucionalista do processo, apresentada por Rosemiro Pereira Leal. A respeito da metodologia para a pesquisa, utiliza-se abordagem qualitativa, pelo método hipotético-dedutivo, através da técnica de pesquisa bibliográfica.

2 AS FASES METODOLÓGICAS DO PROCESSO

A doutrina diverge em relação as fases metodológicas do processo, entretanto, para fins de recorte metodológico da presente pesquisa aborda-se a divisão em três fases, assim como foi abordado por Jobim (2011), quais sejam: a fase sincretista ou praxista; a fase processualista ou conceitualista e a fase instrumentalista. Na medida em que tal recorte metodológico justifica-se para compreensão adequada do instrumentalismo processual, que será investigado à luz do paradigma do Estado Democrático de Direito.

2.1 Fase sincretista ou praxista do processo

Na primeira fase metodológica do processo, conhecida como sincretista ou praxista, ainda com origens na Idade Média, não há distinção entre direito material e direito processual, de modo que as peculiaridades do direito processual são negligenciadas, por conceber o processo como um mero coadjuvante do direito material. Neste sentido, Jobim destaca que: “[...] é por essa fase que ainda hoje o Direito processual civil é equivocadamente denominado por alguns doutrinadores de direito adjetivo, como se apenas fosse um anexo do Direito material, [...]” (JOBIM, 2011, p. 81).

Dessa forma, a concepção sincretista não reconhecia o processo como uma ciência autônoma, de modo que, “A grande derrocada dessa fase deu-se pelo simples fato de não pensar o processo como ciência autônoma do Direito material, o que viria a ser a grande bandeira levantada pela fase seguinte, chamada de processualista.” (JOBIM, 2011, p. 85).

Assim, uma vez definida a autonomia do direito processual enquanto uma ciência jurídica, faz-se necessário o avanço da pesquisa científica para conceber conceitos específicos

desta ciência, de modo a compreender melhor suas peculiaridades, de tal forma que surge a fase processualista, ou também chamada de conceitualista do processo.

2.2 Fase processualista ou conceitualista do processo

No ano de 1868, Oskar von Bülow merece destaque pela publicação da obra ‘A Teoria das Exceções Processuais e os Pressupostos Processuais’, na qual apresentou importantes contribuições para a segunda fase metodológica do processo. Como explica Alvim (2005), Bülow não criou o conceito de processo como relação jurídica, mas sim desenvolveu a investigação científica em torno de tal premissa, de modo que o “[...] mérito de Bülow foi o de ter sistematizado a relação processual.” (ALVIM, 2005, p. 164).

Na fase conceitualista do processo discute-se distinções pontuais como entre processo e procedimento, bem como o momento exato da formação da relação jurídica processual, e o comportamento dos sujeitos dessa relação, que são: autor, réu e o juiz, sendo o último, o legítimo representante do Estado, com força vinculante, o que confere o caráter publicista do processo. Tais pesquisas tem o objetivo em comum, de ressaltar a autonomia científica do direito processual, de modo que a segunda fase recebe diversas nomenclaturas pelos autores, mas sempre com este objetivo em comum de busca pela autonomia científica do processo, como destaca Jobim ao afirmar que:

Resta evidenciado que as inúmeras nomenclaturas determinam o mesmo objeto (cientificismo, processualismo, conceitualismo ou autonomismo), qual seja a de que se buscava nessa fase a independência do Direito processual do Direito Material pelo fortalecimento de seus conceitos, ganhando, assim, sua autonomia. (JOBIM, 2011, p. 88).

Alvim (2005) destaca algumas características da conceituação de processo como relação jurídica, como na autonomia em relação ao direito de material, o que representa a evolução da fase sincretista, bem como do caráter público dessa relação jurídica, uma vez que a decisão sobre questões processuais não se encontra ao crivo da vontade das partes, mas sim da decisão do julgador. O autor destaca que a “[...] relação material pode ser pública ou privada, conforme regulada pelo direito público ou privado.” (ALVIM, 2005, p. 170), mas a relação jurídica processual por sua vez já é:

[...] essencialmente pública, não podendo assumir o caráter de relação privada, porque dela participa o Estado na sua condição de ente soberano. O processo é o campo propício ao exercício de uma função eminentemente pública, que é a função

jurisdicional. Às vezes, instaura-se uma demanda para resolver sobre uma relação jurídica material de caráter privado, mas a relação jurídica processual, que se forma para permitir ao juiz prolatar uma sentença, é pública, pública também será a relação jurídica processual. Esta será *sempre* pública, porque dela participa o juiz, não no seu nome pessoal e no interesse próprio, mas como representante do Estado. (ALVIM, 2005, p. 170)

Em que pese a segunda fase metodológica do processo ter logrado êxito em promover investigações científicas e importantes discussões conceituais partindo da premissa de concepção autônoma do Direito processual, verifica-se a mesma como uma fase extremamente técnica, não voltada para uma perspectiva finalística de um papel social para o processo, mas sim de uma discussão teórica sobre sua concepção. Desse modo, Jobim resume que a segunda fase metodológica do processo se destinou: “[...], praticamente, a conceituar os institutos processuais, sem a preocupação maior do que o processo pode trazer de benesses ao jurisdicionado ou à sociedade.” (JOBIM, 2011, p. 89).

Nessa senda, diante do anseio de se valer da autonomia processual para concretização de valores subjetivos como o de justiça social, a doutrina começa a desenvolver a nova fase metodológica do processo, chamada de instrumentalismo.

2.3 Fase instrumentalista do processo

Na terceira fase metodológica do processo, chamada de fase instrumentalista, o processo “[...] deixa de se preocupar somente com seus pressupostos internos e ganha contornos sociais, políticos e jurídicos na fase instrumentalista, o que se denomina de escopos que devem ser alcançados pelo processo[...].” (JOBIM, 2011, p. 92). Partindo das premissas estabelecidas da fase anterior, como de conceber o processo como uma relação jurídica de caráter público, na qual as partes sujeitam-se ao poder do Estado-juiz, objetiva-se na terceira fase metodológica delimitar os objetivos pela atuação do juiz para com a sociedade.

Assim, ao proferir uma decisão judicial, o juiz deve sopesar os efeitos de sua decisão na sociedade, nos aspectos sociais, políticos e jurídicos, concretizando uma efetividade do provimento jurisdicional para toda a sociedade, e não apenas restrito aos interesses privados das partes do processo. Tal visão ganha solidez na medida em que, na concepção de Bülow, que como dito anteriormente, foi quem sistematizou a compreensão de processo como relação jurídica, o juiz é tido como um sujeito da relação jurídica processual, sendo que as partes - autor e réu – são subordinadas ao juiz, como destaca Raatz, Anchieta e Dietrich:

[...] isso está muito claro no próprio Bülow, a transposição do conceito de processo “do direito privado para o direito público” ligava-se ao reconhecimento de que o Estado-juiz, como parte da relação jurídica processual, estaria numa situação de superioridade em relação às partes (estas a ele subordinadas). (RAATZ; ANCHIETA; DIETRICH, 2020, p. 316).

Nessa senda, o instrumentalismo processual parte de forte influência do pensamento bülowiano, uma vez que em 1868, Oskar von Bülow anunciava em sua obra uma sistematização para o estudo aprofundado do processo como ciência autônoma, mas já em 1885, com o livro *Lei e Magistratura*, Bülow não deixa dúvida quanto a sua intenção de conferir um protagonismo diferenciado ao juiz, posto que “[...] o jurista alemão radicalizou as bases intuitivas, sentimentais e clarividentes da atuação da magistratura, permitindo-lhe controlar todo o direito vigente por via decisória.” (LEAL; THIBAU, 2020, p. 328).

Inclusive de acordo com Bülow (2003), o magistrado cria o Direito pela via decisória, sendo válida a decisão judicial contrária ao disposto na lei, por considerar as peculiaridades do caso concreto, já que o legislador não tem capacidade de prever todos os desdobramentos fáticos possíveis para um caso concreto no momento de elaboração da norma, e o juiz consegue inclusive refletir sobre os impactos de sua decisão para a sociedade como um todo. Neste sentido, Bülow esclarece que:

Então, quando acontece, várias vezes, das decisões dos juízes contrariarem o sentido e a vontade da lei, isso deve ser aceito tranquilamente, como um destino inevitável, como um tributo que os legisladores e juízes prestam à fraqueza do poder de expressão e comunicação humanas. Entretanto, nem essa consideração, nem qualquer artifício jurídico, pode nos deixar desviar da verdade em questão, de que todas as muitas divergências entre as decisões judiciais e os dispositivos legais serão, mesmo assim, confirmadas pelo poder estatal. O Estado é obrigado a suportá-las, bem como dotá-las com o selo da força jurídica. Mesmo a decisão contrária à lei possui força de lei. Ela é, como qualquer decisão judicial, uma determinação jurídica originária do Estado, validada pelo Estado e por ele provida de força de lei. Com isso, não se quer dizer outra coisa além de que o juiz deve ser autorizado pelo Estado a realizar determinações jurídicas, as quais não estão contidas no direito legislado, mas encontradas pelos juízes, por eles criadas, escolhidas e desejadas! (BÜLOW, 2003, p. 37).⁴

⁴ Texto original: “Wenn es nun deshalb oft genug vorkommt, daß richterliche Urtheile dem wahren Sinne und Willen des Gesetzes zuwiderlaufen, so ist dies gewiß ruhigen Muthes als ein unvermeidliches Geschick zu erdulden, als ein Tribut, welchen die Gesetzgeber und Richter der Schwäche des menschlichen Mittheilungs – und Erkenntnißvermögens zollen. Aber weder diese entschuldigende Ueberlegung noch irgend ein juristisches Kunststück kann uns über die offen vorliegende Wahrheit hinweggleiten lassen, daß alle die vielen Abweichungen der richterlichen Rechtssprüche von der gesetzlichen Rechtssatzung dennoch durch die Staatsgewalt rechtlich bestätigt werden. Der Staat ist genöthigt, sie sich gefallen zu lassen, auch sie mit dem Stempel der Rechtskraft zu versehen. Auch das gesetzwidrige Urtheil ist doch rechtsverbindlich. Es ist wie jedes richterliche Urtheil eine von Staat ausgehende, vom Staat gebilligte, vom Staat mit seiner Zwangsgewalt ausgestattete Rechtsbestimmung! Damit ist aber nichts Anderes gesagt, als daß der Richter vom Staate ermächtigt ist, auch solche Rechtsbestimmungen vorzunehmen, die nicht im Gesetzesrecht enthalten, sondern lediglich von Richter gefunden, ja erfunden, von ihm, nicht vom Gesetze gewählt und gewollt sind”.

Diante de todo esse poder do magistrado pela via decisória, o objetivo do instrumentalismo seria que o magistrado se valesse deste poder, para sanar injustiças sociais, na busca da almejada pacificação social, calcado na noção de efetividade para o provimento jurisdicional. Dinamarco (2013), trabalha com a perspectiva de que pelo instrumentalismo o magistrado deve atender aos escopos sociais, políticos e jurídicos pela via decisória.

No escopo social, o foco é pela busca da pacificação social e educação do povo, ressaltando o caráter pedagógico das decisões judiciais. Já no escopo político o processo mostra-se como um meio para afirmação da autoridade estatal, por meio da decisão vinculante do Estado-juiz. Por fim, no âmbito jurídico, o processo visa materializar o que seria a vontade concreta do Direito, uma vez que o juiz deve entender os valores axiológicos da sociedade atual, para decidir em consonância com os anseios da sociedade, e não na ótica desatualizada da época em que a lei foi feita, combatendo-se a figura do juiz como mero reproduzidor do texto legal, e ressaltando o protagonismo do magistrado em busca da paz social. (DINAMARCO, 2013).

De modo que para a efetivação da Justiça, o magistrado usa do processo como um instrumento que atenda a estes escopos sociais, políticos e jurídicos. Apesar de ter uma aparente boa intenção, cumpre ressaltar que o instrumentalismo chancela a atuação judicial para além dos limites da legalidade, na busca de conceitos subjetivos. Basta imaginar o conceito de Justiça mentalizado por autor e réu em uma demanda trabalhista, é provável concluir que um desfecho justo na concepção de uma parte, seria diametralmente oposto a concepção de justiça da parte contrária, logo o objetivo real da parte que aguarda a solução de seu litígio, não seria que a Justiça fosse feita, mas que o conceito do que é justo para a parte seja coincidente com o conceito de Justiça para o magistrado.

Assim o instrumentalismo traduz na realidade, uma grande insegurança jurídica, ao ampliar o escopo jurídico das decisões, para contemplar escopos políticos e sociais, como enfatiza Jobim, ao afirmar que:

Assim, a crítica faz com que o instrumentalismo esvazie o próprio escopo processual de valores, pois concede, ao alargar o campo para outros dois escopos – social e político – força igual ou maior para estes, o que denota um enfraquecimento da própria acepção do que vem a ser processo e da jurisdição, concedendo um amplo poder discricionário a cada juiz que poderá julgar, no mais das vezes, conforme o entendimento que ele próprio tem de determinado fato social, trazendo insegurança ao jurisdicionado. (JOBIM, 2011, p. 94-95).

É curioso, mas a tentativa de aumentar a sensação de segurança jurídica, conferindo maiores poderes ao juiz, no intuito de tentar alcançar maior efetividade do provimento

jurisdicional, na verdade reflete em diminuição concreta da segurança jurídica, conferindo poder desproporcional ao magistrado.

Não obstante todos os riscos inerentes ao instrumentalismo processual, ele é adotado majoritariamente no direito processual do trabalho, como segue demonstrado.

3 INSTRUMENTALISMO NO DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO

Em que pese os riscos demonstrados com o instrumentalismo, a doutrina do direito processual do trabalho o recebe com aclamação, pontuando que a pacificação justa dos conflitos representa um objetivo conceitual do direito processual do trabalho, que por sua vez é conceituado por Leite:

[...] como o ramo da ciência jurídica, constituído por um sistema de valores, princípios, regras e instituições próprias, que tem por objeto promover a concretização dos direitos sociais fundamentais individuais, coletivos e difusos dos trabalhadores e a pacificação justa dos conflitos decorrentes direta ou indiretamente das relações de emprego e de trabalho, bem como regular o funcionamento e a competência dos órgãos que compõem a Justiça do Trabalho. (LEITE, 2019, p. 124).

Nota-se pela citação acima que é considerada natural a menção a busca pela pacificação justa dos conflitos, sem adentrar a polêmica de qual conceito de justiça seria o válido, marca presente na perspectiva instrumental, que confere ao magistrado o poder de definição deste conceito de justiça, diante das peculiaridades do caso concreto. Martins inclusive defende que o direito processual do trabalho deve ser protecionista, ao firmar que:

O verdadeiro princípio do processo do trabalho é o protecionista. Assim como no Direito do Trabalho, as regras são interpretadas mais favoravelmente ao empregado, em caso de dúvida, no processo do trabalho também vale o princípio protecionista, porém analisado sob o aspecto do direito instrumental. (MARTINS, 2001, p. 66).

O autor ressalta que a aplicação do princípio da proteção, no direito processual do trabalho “[...] não quer dizer, portanto, que o juiz seja sempre parcial em favor do empregado, ao contrário: o sistema visa a proteger o trabalhador.” (MARTINS, 2001, p. 66). Todavia parece evidente que se o direito processual tiver por finalidade a proteção do trabalhador, rompe-se o elo da imparcialidade do juiz, ao ponto de inviabilizar direitos processuais garantidos na Constituição, como na ampla defesa. Afinal de contas, o que significa ter o direito de ampla defesa, se no momento da decisão o juiz poderá se valer do instrumentalismo, para adaptar o

direito processual focando em dar efetividade aos direitos do trabalhador, e ainda partindo da premissa de conferir proteção ao trabalhador, por meio do direito processual.

Schiavi adverte que “[...] os princípios constitucionais da isonomia e imparcialidade, aplicáveis ao Processo do Trabalho, impedem que o Direito Processual do Trabalho tenha a mesma intensidade de proteção do trabalhador própria do Direito Material do Trabalho.” (SCHIAVI, 2018, p. 126). O problema central é não ser possível mensurar, em que medida a intensidade de proteção seria adequada, para preservar a imparcialidade do magistrado. De forma perturbadora, verifica-se que a fé dos instrumentalistas na capacidade de discernimento do magistrado para elucidar tais questões, faz com que eles acreditem na preservação da imparcialidade, o que evidencia a imensa discricionariedade do magistrado pela ótica instrumentalista. Na mesma linha de atrelar o conceito de direito processual do trabalho a perspectiva da efetividade, Schiavi dispõe que:

[...] o Direito Processual do Trabalho conceitua-se como o conjunto de princípios, normas e instituições que regem a atividade da Justiça do Trabalho, com o objetivo de dar efetividade à legislação trabalhista e social, assegurar o acesso do trabalhador à Justiça e dirimir, com justiça, o conflito trabalhista. (SCHIAVI, 2018, p. 121).

De tal modo que essa efetividade é conferida por meio da atuação do magistrado, valendo-se do direito processual como um mero instrumento para efetivação do direito material. Essa premissa coloca em dúvida até mesmo a evolução das fases metodológicas do processo, relativizando a autonomia do direito processual em relação ao direito material.

Nessa senda, de forma contraditória, Schiavi afirma que o processo não teria uma importância menor que o direito material, mas que sua finalidade é de materializar o direito material, ao afirmar que:

De outro lado, mesmo sendo um instrumento, ou seja, um método para resolução dos conflitos, não torna o processo menos importante que o direito material, uma vez que é por meio do processo que o direito ganha vida e se torna efetivo, transformando a realidade. De nada adianta o ordenamento jurídico consagrar o direito, se ele não puder ser materializado por meio do processo. (SCHIAVI, 2018, p. 114).

Na mesma linha de raciocínio, Leite ressalta que o “[...] o processo contemporâneo deve estar a serviço do direito material, de modo a propiciar ao cidadão não apenas o acesso à jurisdição, mas, sobretudo, o acesso a uma ordem justa, a fim de que sejam realizados os escopos social, político e jurídico [...]” (LEITE, 2019, p. 62). Tal natureza meramente instrumental do processo é tida com tamanha naturalidade, ao ponto de Leite tratar como sinônimos, o caráter instrumental e processual, ao afirmar que:

Para a eficácia jurídica dos referidos princípios constitucionais fundamentais e específicos, a Carta Republicana de 1988 consagrou outros princípios de natureza instrumental/processual, como o do efetivo acesso à justiça, do devido processo legal (justo) e da duração razoável do processo (CF, art. 5º, XXXV, LIV e LXXVIII). (LEITE, 2020, p. 493)

O caráter instrumental do processo, acaba por conferir contornos extravagantes ao poder do magistrado, como evidencia-se na fala de Schiavi, ao pontuar que:

Diante do caráter publicista do processo de ser um instrumento destinado à justa composição da lide e a produzir resultados efetivos, as regras processuais não são absolutas. Desse modo, deve o juiz conduzir o processo de maneira que ele, efetivamente, seja um instrumento de pacificação social com justiça, dando a cada um o que é seu por direito. (SCHIAVI, 2018, p. 114)

Em outras palavras, partindo do caráter publicista do processo, o magistrado deve partir do seu particular conceito de justiça para o caso concreto, de modo que se torna imprevisível o resultado da lide, tendo em vista que para tal previsão seria necessário conhecer do conceito subjetivo de justiça na mente do julgador. Isso transfere imensa insegurança jurídica ao direito processual do trabalho. Sendo que tal problema não é resolvido pela existência do duplo grau de jurisdição, uma vez que os desembargadores também em sua maioria, partem da percepção instrumentalista do processo.

Ocorre que em um panorama democrático, o próprio caráter publicista do processo, acima tratado como premissa inquestionável, merece ser questionado, como segue demonstrado no próximo capítulo.

4 PRINCIPAIS DÉFICITS DEMOCRÁTICOS DO INSTRUMENTALISMO PROCESSUAL

Sobre o aspecto publicista do processo, Leal e Thibau já destacam que uma vez compreendido o processo como uma relação jurídica “[...] de direito público entre juiz (tribunal), autor e réu, o processo cumpre, com esmero, a sua função de instrumentalizar o exercício do poder pela jurisdição, propiciando o desenvolvimento de uma silenciosa tecnologia de controle e de sacerização da vida.” (LEAL; THIBAU, 2020, p. 338). Este controle ultrapassa os contornos democráticos, uma vez que o magistrado poderia relativizar até mesmo o princípio da legalidade, em busca de seu conceito subjetivo de justiça.

De modo que a concepção instrumentalista do processo, conferindo ao magistrado ampla liberdade de adequar o processo para o atendimento da romantizada efetividade do

provimento jurisdicional, coloca em dúvida preceitos essenciais do próprio Estado Democrático de Direito, como direitos fundamentais na área processual, como a mencionada legalidade, uma vez que o magistrado poderia criar o Direito pela via decisória. Neste aspecto, Leal destaca que:

A nossa Constituição de 1988 (art. 5º, II) adotou integralmente o princípio da legalidade como pressuposto da operacionalização institucional do processo, tal como se vê dos itens LIV e LV do art. 5º. Assim, o devido processo não existe fora da legalidade e a jurisdição é atividade estatal só legitimável pela tutela do processo. (LEAL, 2018, p. 99).

Desse modo, a concepção instrumentalista de que o julgador poderia criar o Direito pela via decisória, decidindo até mesmo de forma contrária a lei, padece de um evidente déficit democrático, ante a violação ao princípio da legalidade.

A adoção da corrente majoritária da doutrina pelo instrumentalismo, explica-se em certa medida, pela legislação infraconstitucional, que recepciona a percepção instrumentalista. Na legislação brasileira, tanto a Consolidação das Leis Trabalhistas- CLT, como Código de Processo Civil- CPC de 2015, são exemplos da presença da concepção instrumentalista do processo, no ordenamento jurídico brasileiro.

Na CLT, destaca-se por exemplo, a redação do artigo 8º da CLT, incluindo nas fontes de integração da Justiça do Trabalho, para preenchimento de eventuais lacunas, a possibilidade de utilizar de equidade e costumes, conferindo grande discricionariedade ao magistrado.

Já na redação do art. 852-I, §1º, a CLT dispõe que: “O juízo adotará em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e as exigências do bem comum” (BRASIL, 1943), a subjetividade do critério de solução de conflitos mostra-se evidente, já que o juiz, no seu solipsismo decisório, vai tomar a decisão que considerar subjetivamente mais justa para o caso, visando atender escopos que ultrapassam a dimensão simplesmente jurídica.

Já no CPC de 2015, destaca-se a redação do artigo 8º, ao afirmar que na aplicação do ordenamento jurídico, “[...] o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.” (BRASIL, 2015), evidencia-se que pela literalidade do CPC, a atuação do magistrado vai além do escopo simplesmente jurídico, devendo perseguir a efetividade no espaço político e social, como indicam os instrumentalistas.

Todavia, em que pese as disposições nas leis infraconstitucionais reforçarem as premissas instrumentalistas, cumpre ressaltar que desde 1988, foi instituído no Brasil, o Estado Democrático de Direito, com direitos fundamentais tutelados expressamente na Constituição,

como ao contraditório e ampla defesa, sendo que o respeito do magistrado ao devido processo legal, não pode ser entendido como uma possibilidade aleatória, mas sim como um direito fundamental no Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, partindo da premissa da teoria neoinstitucionalista do processo apresenta-se o processo como:

[...] uma instituição jurídico-linguística autocrítica de criação, atuação, modificação e extinção de direitos e deveres (de lege lata e de lege ferenda), compondo-se dos institutos do contraditório, ampla defesa e isonomia, como juízos lógico-argumentativos biunívocos, respectivamente, à vida, liberdade e dignidade-igualdade humanas, assume denominações direcionadas à implantação e operacionalização (implementação) do paradigma processual de Estado de Direito Democrático numa intradiscursiva concepção constitucional pós-moderna desvinculada das ideologias paideicas e iluministas.(LEAL, 2018, p. 60-61)

Tal concepção neoinstitucionalista do processo justifica-se, na medida em que o instrumentalismo é decorrente do paradigma de Estado Social, no qual faz-se necessária uma forte intervenção Estatal em todos os aspectos da sociedade, incluindo no Poder Judiciário, por meio do Estado-juiz, tendo uma relação paternalista com o cidadão. Enquanto no paradigma de Estado Democrático de Direito, diante dos direitos fundamentais garantidos na Constituição, faz-se necessário a instituição de mecanismos para uma constante participação popular em todas as tomadas de decisão, inclusive no âmbito processual, deixando a visão de controle do Estado-juiz, para uma dimensão de autonomia das partes, respeitando os direitos fundamentais inerentes ao processo, como ampla defesa, contraditório, isonomia e legalidade.

Neste sentido, o devido processo legal deve ser compreendido como um “[...] conjunto de procedimentos e atos procedimentais legiferativamente criados e regidos pelo devido processo para operar, fiscalizar e assegurar direitos e deveres contidos no discurso coinstitucional.” (LEAL, 2018, p. 61)

Assim a visão instrumentalista do processo, vulnerabiliza direitos fundamentais, ao conferir poderes em demasia ao magistrado, que fica inalcançável pela fiscalidade, pois como fiscalizar o mérito de uma decisão judicial, se ela foi tomada com base no conceito subjetivo do magistrado de justiça? A simples existência de um duplo grau de jurisdição apenas mascara a ausência de fiscalidade, pois se o Tribunal analisa a decisão partindo de uma visão instrumentalista, tal análise não será pautada na legalidade, mas sim avaliar se o conceito de justiça dos desembargadores coincide ou não com o conceito do magistrado de 1º grau.

O déficit democrático do instrumentalismo, por este comprometimento da fiscalidade, mostra-se evidente na medida em que a fiscalidade assegura “[...] a todos uma refutabilidade

argumentativa como testabilidade (falseabilidade) permanente de eficiência sistêmica a prevenir dogmatizações decisórias fundadas na razão a priori dos operadores do ordenamento jurídico vigente.” (LEAL, 2017, p. 214).

Neste sentido, o déficit democrático do instrumentalismo evidencia-se, uma vez que “[...]espaços deliberativos que não contam com o devido balizamento processual (inclusão e fiscalização democrática pelas partes interessadas e legítimas) não se legitimaram com o necessário status de Direito Democrático [...].” (CARVALHO, 2018, p. 137).

Apesar de belo e aparentemente bem intencionado, o discurso de busca pela efetividade das decisões judiciais, tomado como o objetivo central do instrumentalismo processual, “[...] acaba por eternizar o exercício de uma jurisdição autorizada a maleabilizar técnicas processuais e garantias processuais em nome da promoção e efetivação, pela atividade do juiz, do utópico escopo magno da pacificação social.” (CARVALHO, 2018, p. 145).

A maleabilidade de técnicas processuais para a busca da Justiça, por sua vez, compromete a solidez do Estado Democrático de Direito, de modo estrutural, ao legitimar uma usurpação de competência legislativa para o Poder Judiciário, comprometendo a separação dos poderes.

Tais possibilidades decorrentes do instrumentalismo, partem da premissa de que o juiz deve assimilar a decisão judicial como uma tarefa solitária, deixando as partes em um cenário de segundo plano, o que acaba por reduzir o direito de contraditório, ao direito de se manifestar, mas não necessariamente ter seu argumento avaliado na tomada de decisão. Sendo que:

[...] enquanto perdurar a noção de jurisdição como atividade solitária do juiz em dizer (ou ditar) o direito ao caso concreto, automaticamente veda-se a participação dos interessados nos discursos de formação das decisões judiciais, ou seja, sempre haverá um deficit democrático que deixará a atividade de interpretação, aplicação e construção do direito depositada solitariamente nas mãos dos juízes [...] (CARVALHO, 2018, p. 153).

Percebe-se assim que pela visão instrumentalista de processo, déficits democráticos evidenciam-se especialmente pelos seguintes fatores: a mitigação de direitos processuais fundamentais do processo democrático, como ampla defesa e contraditório, diante de uma ditadura do Poder Judiciário, com suas decisões solipsistas; a impossibilidade de fiscalidade plena das decisões judiciais, por serem lastreadas em premissas subjetivas do julgador, e não na legalidade e no devido processo legal, e o comprometimento da imparcialidade, por colocar o direito processual do trabalho a serviço do direito material do trabalho, que é estruturado pelo princípio da proteção ao trabalhador.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em que pese a concepção instrumentalista do processo é adotada de forma majoritária pela doutrina do direito processual do trabalho, verifica-se a incompatibilidade de tal concepção, com o Estado Democrático de Direito.

Uma abordagem diante da teoria neoinstitucionalista do processo, evidencia os déficits democráticos do instrumentalismo, pelo desrespeito de direitos fundamentais do processo democrático, como da imparcialidade do julgador, bem como do direito das partes a ampla defesa, contraditório, isonomia, bem como ao direito de todos, quanto a fiscalidade plena das decisões judiciais, como pilar do processo democrático.

REFERÊNCIAS

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria geral do processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BRASIL. **Decreto-lei nº 5.452**, de 1º de maio de 1943. Institui a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acessado em: 28 de out. de 2021.

BRASIL. **Lei 13.105**, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acessado em: 28 de out. de 2021.

BÜLOW, Oskar von. Gesetz und richteramt. In: BÜLOW, Oskar von. **Juristische zeitgeschichte** – kleine reihe – klassische texte. Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag GmbH, 2003, v. 10, p. 1-43.

CARVALHO, João Carlos Salles de. **Pedagogia Judicial e Processo Democrático: A fala processual como exercício de cidadania**. Belo Horizonte: D' Plácido, 2018.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do Processo**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

JOBIM, Marco Félix. **Cultura e fases metodológicas do processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

LEAL, André Cordeiro; THIBAU, Vinícius Lott. Pandemia e as matrizes publicísticas do processo civil. **Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva**, Belo Horizonte, n. 42, p. 327-340, set./dez., 2019. Disponível em: <<https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/n-42-pandemia-e-as-matrizes-publicisticas-do-processo-civil/>>. Acesso em: 10 out. 2021.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. 14. ed. São Paulo: Thomson-IOB, 2018.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito do Trabalho**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito processual do trabalho**. 16ª. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

RAATZ, Igor; ANCHIETA, Natascha; DIETRICH, William Galle. Processualismo científico e “fases metodológicas do processo”: a tática erística do adjetivo científico e das “novas fases metodológicas”. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, n. 3, p. 296-327, set./dez., 2020. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/54206/34885>>. Acesso em: 10 out. 2021.

SCHIAVI, Mauro. **Manual de Direito Processual do Trabalho**. 14ª ed. São Paulo: Ltr, 2018.

O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA E O EXERCÍCIO DA FISCALIDADE DA ATIVIDADE JUDICIAL

Guilherme Leles Vieira⁵

Vitor Gomes Carvalho⁶

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 BREVES APONTAMENTOS PARADIGMÁTICOS: DO ESTADO SOCIAL AO ESTADO DEMOCRÁTICO; 3 O PROCESSO COMO INSTRUMENTO DA JURISDIÇÃO; 4 FISCALIDADE E PROCESSO DEMOCRÁTICO; 5 O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA NO EXERCÍCIO DA FISCALIDADE; 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 ao prever, tanto em seu preâmbulo, quanto em seu artigo 1º, a instituição de um Estado Democrático de Direito inaugura um período de intensas modificações no modo de atuação estatal, estabelecendo balizas, delimitando competências e funções das instituições públicas e, principalmente, introduzindo, uma nova metodologia de interlocução entre Estado e cidadão.

Referido paradigma, que, no Brasil, encontra-se em um processo de consolidação, objetiva a participação do cidadão de forma mais incisiva e efetiva nos rumos adotados pelo Poder Público, na medida em que faz com que a população seja coautora das decisões estabelecidas pelo Estado. Nessa perspectiva participativa, é valioso mencionar que o Estado Democrático carrega, em seus fundamentos, a possibilidade de fiscalização das atividades públicas que deve ser conferida à sociedade. Todavia, para além da sociedade, as próprias instituições devem agir, internamente, de forma diligente, fiscalizando e visando coibir eventuais excessos que sejam cometidos no âmbito da própria estrutura estatal.

⁵ Graduando em Direito pela Escola Superior Dom Helder Câmara. Integrante do Grupo de Iniciação Científica Processo e Democracia – ano 2, liderado pelo Professor Doutor Vinícius Lott Thibau e secretariado pelo Professor Mestre Thiago Loures Machado Moura Monteiro.

⁶ Graduando em Direito pela Escola Superior Dom Helder Câmara. Integrante do Grupo de Iniciação Científica Processo e Democracia – ano 2, liderado pelo Professor Doutor Vinícius Lott Thibau e secretariado pelo Professor Mestre Thiago Loures Machado Moura Monteiro.

Diante disso, o presente artigo pretende analisar a fiscalização interna do Poder Judiciário pelo Conselho Nacional de Justiça, levando em conta o paradigma vigente. Para tanto, em um primeiro momento será realizada uma abordagem paradigmática com fins de situar o momento de surgimento do publicismo processual até os dias atuais. Em sequência, realizar-se-á uma abordagem aprofundada acerca do modelo de processo como instrumento da jurisdição, cuja manifestação inicial ocorreu no paradigma do Estado Social, tendo como principal difusor o autor alemão, Oskar Von Bulow.

Após essa exposição, será realizada uma correlação entre fiscalidade e processo democrático, visando enfrentar frontalmente as mazelas encontradas no modelo processual bülowiano. Por fim, chegar-se-á à análise da atuação do Conselho Nacional de Justiça, interrogando se suas atribuições têm sido cumpridas, dada a incompatibilidade do modelo de processo consagrado pelo Direito vigente, que concede aos magistrados uma atuação que, por vezes, extrapola a legalidade, permitindo decisões solipsistas, e fundamentadas por conceitos jurídicos indeterminados.

2 BREVES APONTAMENTOS PARADIGMÁTICOS: DO ESTADO SOCIAL AO ESTADO DEMOCRÁTICO

Para abordar a temática pretendida é mister analisar os paradigmas do Estado Social e do Estado Democrático de Direito. Antes, porém, cabe realizar um apontamento básicos acerca do uso da terminologia paradigma que, segundo Vinícius Lott Thibau, o termo é utilizado “com a significação de “teoria no sentido lato”, isto é, uma teoria que, uma vez institucionalizada e enquanto vigente, apresenta-se como reguladora de outras teorias que lhe guardam correspondência e afinidade científica” (THIBAU, 2008, p. 322-323).

Dito isso, tem-se que com o declínio do paradigma do Estado Liberal, o Estado, sob o pretexto de corrigir as desigualdades existentes, passa a atuar de forma positiva, abrolhando uma intervenção, tanto no aspecto social, quanto no aspecto econômico. Segundo André Del Negri (2017, p. 34), “O Estado abandonou sua posição de espectador, passando a interferir nos serviços públicos com uma linha de crescimento constante nos empregos e nos impostos arrecadados, ocasionando, conseqüentemente, um maior “bem-estar” à sociedade.”

O Estado, então, insere-se no paradigma Social e passa a ser sinônimo de Estado Total, pois a máquina estatal passa a intervir e se ocupar com todos os assuntos da seara econômica, social, política e, como será demonstrado em capítulo próprio deste artigo, do âmbito jurídico,

influenciando diretamente na estrutura processual. Acerca dessa totalização, Vinícius Lott Thibau afirma que o Estado:

[...] no marco teórico social erige-se como ator privilegiado, regulador e compensador das contingências políticas, sociais, jurídicas e, principalmente, econômicas, por via de técnicas intervencionistas preventivas ou reativas, que se explicitam no âmbito das funções executivas, legislativas e judiciárias.” (2015, p. 241)

Toda essa intervenção permitiu que o Estado assumisse um papel paternalista, criando um vínculo de subordinação, em que os cidadãos figuravam como dependentes da atuação estatal. As medidas assistencialistas implementadas pelo Estado Social fizeram aumentar a crença de que o Estado seria o responsável ideal para a condução do destino dos cidadãos e pela tomada de decisões relevantes. Esse contexto de dependência implicou em um comodismo e, conseqüentemente, em uma ausência de fiscalização do Poder Público (MONTEIRO, 2020).

Nessa perspectiva, percebe-se que a ruína do Estado Social decorreu do seu excessivo poder, conquistado através de uma técnica de alienação pautada na concessão de direitos, que eram enxergados como um favor prestado pelo Poder Público. Tal poder, fez com que os indivíduos tivessem seus destinos definidos, não por si mesmos, mas pelo Estado, pois era este quem conhecia o ideal de justiça e de bem-estar para o cidadão. O controle estatal, portanto, impediu o desenvolvimento do pluralismo existente na sociedade e, principalmente, a autodeterminação dos indivíduos (THIBAU, 2008). Assim, como a vontade do indivíduo deveria ser, necessariamente, a vontade estatal, esse paradigma perde seus sustentáculos.

Buscando uma alternativa para a adoção de um novo paradigma, começa a ser idealizado o Estado Democrático de Direito, cujo um dos objetivos seria otimizar aspectos positivos do Estado Liberal e do Estado Social. No Estado Democrático o *modus operandi* estatal ganha uma renovação, reduzindo a intervenção massiva existente no paradigma anterior, restringindo a interferência econômica e permitindo uma igualdade de participação diferente da existente no Estado Liberal (CASTRO, 2010).

No Brasil, por exemplo, esse paradigma foi instituído pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que, em seus primeiros artigos traz uma preocupação com a dignidade humana, livre iniciativa, pluralismo político, bem como com os valores sociais do trabalho. Percebe-se que o diploma constitucional estabelece balizas para que as causas que deterioraram os paradigmas anteriores não se façam presentes novamente.

Ainda sobre a carta constitucional de 1988, nota-se que esta, diferentemente das Constituições Sociais, coloca o indivíduo como capaz de definir seu próprio destino, tornando inadequada uma relação de subordinação entre cidadão e Estado. Os princípios da igualdade e

da liberdade, por exemplo, demonstram que a atuação estatal deve se restringir à previsão legal, bem como torna-se inadmissível distinções entre sujeitos, seja qual for sua posição econômica, social ou política ocupada.

A ausência de subordinação e da ideia de clientelismo concede ao cidadão um poder de fiscalizar, bem como de participar das decisões estatais (THIBAU, 2015). Como a Constituição democrática fixa os limites de atuação do Estado, cabe ao cidadão verificar se as disposições constitucionais estão sendo efetivamente cumpridas. Essa fiscalização, no paradigma democrático, além de pertencer ao cidadão, pode se fazer presente no âmbito interno da atuação pública, por meios de órgãos de controle. Assim, diferentemente do Estado Social, o Estado Democrático torna-se fiscalizável, externa e internamente.

Nessa perspectiva, percebe-se que o paradigma democrático promoveu intensas modificações nas relações que envolvem o Poder Público. Todavia, muitas dessas alterações carecem de implementação pois, ainda que o paradigma atual esteja vigente há mais de 30 anos, traços fortes do Estado Social ainda são predominantes no Brasil. A legislação processual vigente e, conseqüentemente a visão processual dominante, por exemplo, contém inúmeros resquícios do paradigma social. Por essa razão, o capítulo seguinte desse artigo fará uma exposição deste modelo e, na sequência, apontará suas incongruências com o Estado Democrático de Direito.

3 O PROCESSO COMO INSTRUMENTO DA JURISDIÇÃO

Antes de abordar a ideia que intitula o capítulo e para possibilitar uma compreensão mais aprofundada de tal, é fundamental entender previamente as três grandes fases metodológicas do processo, explicadas adiante com base nas lições do professor Marco Félix Jobim no livro “Cultura, escolas e fases metodológicas do processo”.

A primeira fase, denominada de praxista ou sincretista, dispunha que o Direito processual nada mais seria do que o Direito material posto em ação. Assim, seria impossível fazer uma clara separação entre ambos, dada sua relação de interdependência. Semelhante à concepção dos autores que consideram o processo como um apêndice do Direito material, chamando este de substantivo e aquele de adjetivo.

Eis que em meados do século XIX, inicia-se a derrocada da fase sincretista, que passa a ceder lugar a uma nova, embrião da ciência processual, conhecida como processualismo, cientificismo ou autonomismo. Sua essência é oposta à fase que sucedeu, na medida em que passa a enxergar o processo como uma ciência autônoma ao direito material nele inserido.

O processualismo ganha vida em 1868, na obra de Oscar Von Bülow, nomeada de “*Teoria das Exceções Processuais e dos Pressupostos Processuais*”. O livro apresenta o objeto do novo ramo científico, a relação jurídico-processual, sistematizando ainda, os seus pressupostos. A partir disto, torna possível conceituar, exaustivamente, os vários institutos processuais e a embrionária ciência, passa a tomar corpo, concebendo-se o recém-nascido ramo do direito.

Acontece, que em dado momento, seria inevitável a percepção de que a tal fase dos conceitos já se encontraria suficientemente desenvolvida, a ponto de reconhecer-se estagnada. Neste contexto e buscando uma perspectiva mais pragmática do processo, chega-se à sua terceira fase metodológica, o instrumentalismo, altamente prestigiado no direito brasileiro contemporâneo.

O início de sua manifestação no Brasil é viabilizado por Liebman, que ao chegar no território brasileiro em 1939, observando o arcaico funcionamento do processo civil, passa a pensar em um novo modelo, que superasse o exacerbado formalismo da fase processualista.

A sistematização do instrumentalismo, foi dada pela escola Paulista de Processo Civil e teve como um de seus principais expoentes, o escritor do livro, “*A instrumentalidade do processo*”, Cândido Rangel Dinamarco. Segundo o autor, o processo deveria deixar de se preocupar meramente com sua perspectiva jurídica, pela persecução da “vontade concreta do direito”, e a abranger também escopos externos, sendo-os: sociais, com a persecução da paz social e educação do povo; e políticos, a partir da afirmação da autoridade do Estado, liberdade dos cidadãos e participação de atores sociais; (DINAMARCO, 2013)

Nessa vertente, a fase instrumental muda o foco da ontologia do processo, vista como já exaurida a partir da melindrosa conceituação de seus institutos, para sua deontologia e teleologia. Passa-se por uma reflexão ética e pela investigação de sua finalidade, que começa a adotar como valor central a efetividade, a práxis jurisdicional como instrumento destinado não só a alcançar o direito material buscado pelo jurisdicionado, mas também de trazer benefícios à sociedade e ao Estado.

Em verdade, não obstante o instrumentalismo processual se apresentar como algo inovador, suas bases já foram introduzidas séculos antes por Oscar Von Bülow. Primeiramente, de maneira sutil, pela já referida obra de 1868 e alguns anos depois, de forma mais patente no livro “*Gesetz und richteramt*”, cuja tradução pode ser compreendida como “Lei e magistratura”.

No trabalho de 1868, o autor alemão ficou conhecido pela ideia central de conceber o processo como uma relação jurídica de direito público, distinta da relação de direito material discutida em juízo, possibilitando sua construção como uma ciência autônoma. A relação

processual se daria entre autor, réu e juiz, este, representando o próprio Estado soberano no exercício da jurisdição, pelo que também poderia ser chamado de Estado-juiz. Ele possui o dever de discutir e realizar o direito disputado, enquanto as partes, o de cooperarem com a atividade judicial e se vincularem às decisões proferidas.

Bülow se preocupou também em criticar alguns conceitos e terminologias herdados do direito medieval e tidos por ele como errôneos, dentre os quais se destaca a expressão exceções processuais, que dá nome ao livro. A locução origina-se do vocábulo *exceptio*, utilizado pelos romanos para se referir à argumentação fático-jurídica que o réu poderia utilizar em sua defesa.

Para o escritor, seria um equívoco se falar em exceções processuais. Primeiro, porque as exceções seriam um instituto de Direito material, representando uma contradição em termos. Depois, porquanto condicionaria o magistrado a que fossem apresentadas pelo demandado para que, só assim, se pudesse verificar a eventual existência de algum impedimento à relação jurídica processual. Segundo ele, deveria ser o oposto, com a participação ativa do juiz, principalmente considerando-se que a maioria dos requisitos constitutivos dessa relação, que é pública, seriam absolutos. Assim, para demonstrar seu controle pelo Estado-juiz, propõe a substituição da nomenclatura pelo termo pressupostos processuais. (LEAL, 2018)

Partindo do sustentáculo trazido por sua publicação anterior, em “*Gesetz und richteramf*”, Bülow dedica seus escritos a abordar a importância do trabalho da magistratura para o direito, concebendo o juiz como um legislador do caso concreto, posto que a lei, abstratamente construída pelo Poder Legislativo, encontrar-se-ia inacabada enquanto não proferida uma decisão judicial, determinando um comando legal, dotado de poder estatal. Não satisfeito, sustenta ainda que o magistrado teria autoridade para, até mesmo, conforme sua vontade, contrariar o que dispõe a legislação. É o que deixa bem claro o seguinte trecho:

Então, quando acontece, várias vezes, de as decisões dos juízes contrariarem o sentido e a vontade da lei, isso deve ser aceito tranquilamente, como um destino inevitável, como um tributo, o qual os legisladores e juízes prestam à fraqueza do poder de expressão e comunicação humanas. Entretanto, nem essa consideração escusante, nem qualquer artifício jurídico, pode nos deixar desviar da verdade em questão, de que todas as muitas divergências sobre as decisões judiciais de dispositivos legais, serão, mesmo assim, confirmadas pelo poder estatal. O Estado é obrigado a suportá-las, bem como dotá-las como o selo da força jurídica. Mesmo a decisão contrária à lei possui força de lei. Ela é, como qualquer decisão judicial, uma determinação jurídica originária do Estado, validada pelo Estado e por ele provida de força de lei. **Com isso, não se quer dizer outra coisa do que o juiz ser autorizado pelo Estado a realizar determinações jurídicas, as quais não estão contidas no direito legislado, mas sim encontradas pelos juízes, por eles criadas, escolhidas e desejadas.** (2003, p. 37, apud MUNDIM, 2016, p. 49)

Dinamarco, valendo-se de argumentação semelhante, destaca o protagonismo judicial em face à quase impotente letra da lei:

Além disso, esses preceitos abstratos e genéricos são construídos com vista a situações normais previstas e a partir de hipóteses absolutamente claras a quem as estabelece; a realidade da vida que chega ao juiz, no drama de cada processo, é muito mais complexa e intrincada, solicitando dele uma sensibilidade muito grande para a identificação dos fatos e enquadramento em categorias jurídicas, para a descoberta da própria verdade quanto às alegações de fato feitas pelos litigantes e sobretudo para a determinação do preciso e atual significado das palavras contidas na lei. Examinar as provas, intuir o correto enquadramento jurídico e interpretar de modo correto os textos legais à luz dos grandes princípios e das exigências sociais do tempo — eis a grande tarefa do juiz, ao sentenciar. Entram aí as convicções sócio-políticas do juiz, que não de refletir as aspirações da própria sociedade; o juiz indiferente às escolhas axiológicas da sociedade e que pretenda apegar-se a um exagerado literalismo exegético tende a ser injusto, porque pelo menos estende generalizações a pontos intoleráveis, tratando os casos peculiares como se não fossem portadores de peculiaridades, na ingênua crença de estar com isso sendo fiel ao direito. (2013, p. 131-132.)

Destarte, demonstram-se pertinentes as aproximações realizadas entre as obras de Bülow e a teoria da instrumentalidade do processo na concepção de Dinamarco. Apesar de não serem idênticas, guardam significativas semelhanças, pois apesar de se distanciarem no tempo, partem da mesma concepção paradigmática, qual seja, a do Estado Social.

4 FISCALIDADE E PROCESSO DEMOCRÁTICO

É de suma importância para o estudo do processo civil conhecer tanto a obra bülowiana, quanto a teoria da instrumentalidade. Isto porque, esta, é adotada pela maioria dos processualistas brasileiros e aquela, considerada internacionalmente como base das ciências processuais, das quais Bülow é conhecido como fundador. Contudo, mesmo à vista disso, tais concepções não são imunes a críticas. A partir da breve introdução aqui realizada, já é possível se deparar com certa problematização, destacando-se o que André Cordeiro Leal denominou de “Paradoxo de Bülow”, no livro *“Instrumentalidade do processo em crise”*.

Ora, se o processo é uma relação jurídica de direito público, cuja formação e existência é controlada pelo magistrado, com vinculação das partes a este, para que possa, no caso concreto, criar o direito por via decisória, com a possibilidade, inclusive, de contrariar o sentido da lei, então, em síntese, é ele quem controla todo o direito.

Esta ideia se torna ainda mais inquietante quando se sabe que Bülow foi considerado por Karl Larenz como precursor da Escola do Direito Livre. Segundo esta corrente, diante das diversas possíveis significações de um texto legal, o juiz deveria se valer da sua vontade,

sentimento e intuição como soluções à pluralidade de interpretações. Movimento este que, diga-se de passagem, serviu de base ao regime nazista, a partir de um julgador, alegadamente, captador dos valores do povo alemão.

Destarte, partindo-se destas premissas, torna-se impossível controlar a atividade judicial, da qual todo o direito encontrar-se-ia subordinado. Leal conclui que, portanto, Bülow não fundou a ciência processual atual, mas criou uma “vertente tecnológica da jurisdição como atividade do juiz” (2008, p. 65). Assim, é nítida a aproximação destas ideias com a noção de processo como instrumento da jurisdição, ainda que esta última se encontre velada sob as tentadoras finalidades de pacificação social e efetividade do ponto de vista pragmático.

No paradigma do Estado Democrático de Direito, porém, não deveria ser possível contemplar a existência de um magistrado que, amparado de plenos poderes estatais, possa agir como um justiceiro, mesmo quando dotado das melhores intenções. Ademais, é paradoxal a concepção de que o processo possa ser instrumento do poder e simultaneamente seu limitador.

Segundo Roberta Maia Gresta: “o instrumentalismo remete à escolha paradigmática de uma teoria a partir de sua funcionalidade e não da investigação de suas premissas, sendo preferível aquela que “dê conta adequadamente daquilo de que deve dar conta”. Para ela, sob esta perspectiva, a funcionalidade do processo se dá pela possibilidade de o “juiz reproduzir no caso concreto, de forma rápida e simplificada, a noção de bem-estar coletivo projetada pelo Estado Social.” (2014, p. 128)

Sob a ótica democrática, tal compreensão torna-se extremamente questionável. Isso porque, ao se partir de um prisma consequencialista, dar-se-á juridicamente primazia àquilo que é subjetivamente útil sob a perspectiva do magistrado, em detrimento à observância das garantias processuais objetivamente previstas na Constituição, já que podem constituir um indesejado óbice à efetividade tanto almejada. Bem como pelos contornos amplamente subjetivos dados pela utilização de conceitos jurídicos e meta-jurídicos indeterminados, tal como pacificação social, interesse público, bem comum e justiça, para a definição de uma finalidade processual, que em última análise, se traduzirá na vontade do Estado-juiz.

As atribuições aqui trazidas, infelizmente, ultrapassam um ângulo meramente teórico, tendo um intenso impacto na realidade. A legislação processual brasileira por exemplo, é profundamente impregnada com a visão instrumentalista, como é possível notar pela redação do art. 8º do Código de Processo Civil de 2015, o qual dispõe que: “Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.” (BRASIL, 2015)

Em comentário sobre o referido dispositivo legal, Luís Gustavo Reis Mundim observa:

Ora, ao adotar esses conceitos abertos, o Novo Código de Processo Civil permite que a autoridade preencha seus significados e esta é que será responsável por saber quais os fins sociais, o que é o bem comum e a dignidade da pessoa humana, escolhendo o que é melhor para toda a sociedade. (2016, p. 64)

Em conclusão, pode-se dizer que as supramencionadas teorias acabam por fornecer alicerces a uma autocracia judicial. Concebe-se o processo como um instrumento da jurisdição, colocando à disposição da conveniência do julgador poderes para que possa decidir de modo solipsista, propiciando no caso concreto, conforme entender mais eficiente, a resolução do conflito e a concreção de objetivos político-sociais, presentes ou não na legislação, a partir de critérios extrassistêmicos de conteúdo indeterminado, a serem extraídos do seio da sociedade, lhe conferindo assim, uma suposta legitimidade decisória.

Diante da problemática abordada, é inevitável perscrutar sobre a possibilidade de superação deste modelo, a fim de harmonizar o exercício da função jurisdicional, com o paradigma do Estado Democrático de Direito. É certo que o protagonismo judicial da forma tal qual contemplada na atual, mas paradoxalmente obsoleta, hermenêutica processual, constitui um vasto empecilho à construção de uma processualidade democrática.

Ponderando sobre isto, diversos autores vêm apresentando “propostas teóricas de superação do autoritarismo decisional” (GRESTA, 2014, p. 134). Contudo, é inviável abordar tais teorias neste breve escrito. O que se tem em vista, é examinar uma possibilidade de efetivação no plano fático destas aspirações democráticas hipotéticas. Isto porque, a limitação destas proposições a um ambiente exclusivamente acadêmico poderia esvaziar sua importância e a ausência de meios de combate aos vieses autoritários da jurisdição, acabaria tornando-se sinônimo de condescendência aos mesmos.

Assim sendo, será arguida a possibilidade da atuação de um órgão interno de controle do judiciário para além dos próprios Tribunais, como instituição garantidora da participação cidadã nos procedimentos judiciais. Bem como se este permitiria uma ampla fiscalização à fiel observância pelo magistrado, aos princípios institutivos do processo, tanto na condução do procedimento, quanto em suas decisões.

5 O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA NO EXERCÍCIO DA FISCALIDADE

A Emenda Constitucional n° 45, de 30 de dezembro de 2004, promoveu diversas alterações no texto constitucional, principalmente no que diz respeito à organização do Poder

Judiciário. Dentre essas modificações, cabe citar a criação do Conselho Nacional de Justiça, cujo regramento encontra-se delimitado no artigo 103-B, da Constituição Federal de 1988. O CNJ é composto por 15 membros, que possuem mandato de 2 anos, com possibilidade de recondução por igual período, sendo eles o Presidente do Supremo Tribunal Federal, que atua como presidente do Conselho, Ministros de Tribunais Superiores, desembargador de Tribunal de Justiça, juízes federais, juízes do trabalho, membros do Ministério Público, advogados e cidadãos.

A competência do Conselho Nacional de Justiça está delimitada no §3º, do artigo 103-B, segundo o qual compete ao Conselho, dentre outras funções estabelecidas nos incisos do referido dispositivo, controlar a atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário, verificar o cumprimento dos deveres funcionais dos juízes e das atribuições conferidas pelo Estatuto da Magistratura. Dada a ampla competência desse órgão do Poder Judiciário, cabe destacar, para correlacionar com a temática do presente trabalho, a função prevista no inciso III, que indica que cabe ao CNJ receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário.

Nesse sentido, é mister analisar conjuntamente o Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça que prescreve como integrante do referido Conselho a Corregedoria Nacional de Justiça. Esse órgão, cuja função é exercida por um Ministro do Superior Tribunal de Justiça, está intimamente ligado a um controle interno da atividade jurisdicional, na medida em que recebe reclamações e denúncias relativas a juízes, tribunais e demais servidores do Poder Judiciário. Caso essas reclamações e denúncias sejam admitidas, após um juízo de admissibilidade, é função do Corregedor Nacional de Justiça processar os fatos levados ao conhecimento do Conselho com fins de apurar eventuais práticas de infrações no exercício da atuação judiciária.

Naturalmente, ao se pensar em formas de se questionar a atuação de um magistrado no exercício da função jurisdicional, o meio recursal é um dos primeiros a se vir em mente. De fato, tal raciocínio demonstra certa pertinência com o conceito de recurso, o qual segundo Humberto Theodoro Júnior é o: “meio ou remédio impugnativo apto para provocar, dentro da relação processual ainda em curso, o reexame de decisão judicial, pela mesma autoridade judiciária, ou por outra hierarquicamente superior, visando a obter-lhe a reforma, invalidação, esclarecimento ou integração.” (2017, p.1161)

No âmbito do CNJ, os expedientes destinados a processar reclamações contra membros e órgãos do Poder Judiciário, são denominados procedimentos disciplinares. Dentre estes,

destaca-se a Reclamação Disciplinar, cuja tramitação se dá na Corregedoria Nacional de Justiça e possibilita a aplicação de sanções administrativas, caso apurada eventual infração disciplinar.

Por conseguinte, já se mostra conceitualmente perceptível a diferença entre os procedimentos disciplinares do CNJ e os recursos. Primeiro, pela ausência de um órgão judicial, no exercício da função jurisdicional, atuando dentro da mesma relação jurídico processual. Depois, porque há uma diferenciação de objeto, o recurso se pretende à tutela de um direito subjetivo da parte, ou ainda, à análise da interpretação, aplicação e vigência das normas, partindo-se da busca pela reforma ou anulação da decisão judicial. A Reclamação Disciplinar, por sua vez, visa a averiguação de falta disciplinar por parte do magistrado. Contudo, o diferencial de maior relevância para os fins desta pesquisa, é encontrado a partir do exame dos fundamentos para a previsão recursal.

A doutrina processual repetidamente elenca a falibilidade humana e o inconformismo como motivos para a existência do direito de recorrer. Qualquer pessoa está sujeita a erros e o recurso é o meio técnico adequado à demonstração do descontentamento das partes com os possíveis equívocos judiciais. Estes dividem-se em vícios de juízo (*error in iudicando*) e de procedimento (*error in procedendo*). Os primeiros, dizem respeito aos fatos e fundamentos jurídicos do juízo decisório e os últimos, ao próprio exercício da atividade jurisdicional na condução do procedimento e estruturação da decisão. Em outras palavras, a irresignação manifesta no recurso pode advir tanto do “que” quanto do “como” se decide.

Pensar na possibilidade de se aferir objetiva e precisamente o acerto do conteúdo de uma decisão, é decerto uma concepção utópica. Não é razoável exigir que os juízes sempre cheguem a um julgamento “justo”, sobretudo pela indeterminação do conceito de justiça. Nada obstante, não é só desejável, como imprescindível que haja por ele, durante todo o processo prévio ao juízo decisório, observância às garantias processuais objetivamente previstas no ordenamento jurídico. É nesse âmbito que os procedimentos disciplinares podem ter primazia de sucesso sobre os recursos.

Parcela da doutrina ao tratar sobre os fundamentos de existência do direito recursal, costuma tratar sobre uma utilidade preventiva do mesmo. Renato Brasileiro de Lima, ao abordar a falibilidade humana, expõe bem em que consiste a ideia:

[...] De mais a mais, não há como negar que a previsão legal dos recursos também funciona como importante estímulo para o aprimoramento da qualidade da prestação jurisdicional. Afinal, a partir do momento em que o juiz tem conhecimento de que sua decisão está sujeita a um possível reexame, o qual é feito, em regra, por órgão jurisdicional diverso e de hierarquia superior, composto por juízes dotados de larga experiência, isso serve como estímulo para o aprimoramento da função judicante, atuando como fator de pressão psicológica para que o juiz não cometa arbitrariedades

na decisão da causa. Deveras, fosse o juiz sabedor, de antemão, que sua decisão seria definitiva e imodificável, porquanto não cabível a interposição de recurso, isso poderia dar margem a excessos na condução do processo. Haveria, assim, uma natural tendência para que o magistrado se acomodasse, deixando de lado os estudos, com evidente prejuízo à qualidade da prestação jurisdicional; (2016, p. 2187)

Contudo, imaginar que a possibilidade de revisão ou anulação de seus julgados constitua motivo de dissuasão aos arbítrios do magistrado ou de incentivo a uma atuação mais diligente, é uma visão no mínimo ingênua. Isso por um motivo simples: não há consequências diretas para ele. Assim, em tese, seria possível que o juiz permanecesse agindo como bem entenda e o respeito aos princípios processuais se revestiria, em última análise, de um caráter meramente recomendatório.

Ademais, tem-se que o controle realizado pelo CNJ caracteriza-se por ser interno, pois é um controle do Poder Judiciário, pelo próprio Judiciário, na figura do Conselho Nacional de Justiça. Não se trata, portanto, de um órgão de controle externo, realizado por instituições autônomas, independentes e sem vínculo direto com o Poder Judiciário (GOZETTO, NASCIMENTO FILHO, 2015). Diante desse contexto, verifica-se uma debilidade do controle interno, tal como se observa no denominado “paradoxo de Bülow”.

A existência de um órgão, composto, em sua maioria, por magistrados, que tem como uma de suas funções fiscalizar, processar e punir eventuais abusos e irregularidades praticados por integrantes do Poder Judiciário, pode esconder um corporativismo e alcançar objetivos diversos daqueles constitucionalmente previstos, tornando a atividade judicial infiscalizável. Assim, considerando que em um Estado Democrático de Direito é imprescindível a observância de princípios como a isonomia, não é tolerável que um órgão de controle não possua uma atuação efetiva e não coíba abusos cometidos no exercício da função judicial, haja vista que toda atuação estatal deve obediência aos preceitos constitucionais.

O que se contesta, portanto, é que, sendo ineficaz o órgão de controle interno, o Estado perde um mecanismo de autocontrole, o que permite que se coloque em posição superior e permaneça reproduzindo uma violência institucional contra o cidadão. André Del Negri, acerca da fiscalidade da atuação estatal pontua que: “[...] a questão é saber se existem meios e instituições para fiscalizar a atuação do Estado para que ele não atue como um Estado absoluto, verticalista e, portanto, ditatorial” (DEL NEGRI, 2017, p. 34).

Nesta conjuntura, o CNJ, em teoria, a partir da Constituição, se mostraria capaz de exercer de forma concreta e efetiva uma função fiscalizatória e de controle sobre os integrantes do Poder Judiciário, ao prever sanções às arbitrariedades e violações às garantias constitucionais do processo. Teria ainda potencial para se demonstrar como instituição

garantidora da participação cidadã no exercício da fiscalidade, na medida em que recebe reclamações e denúncias de qualquer pessoa ou entidade com interesse legítimo no bom funcionamento dos órgãos judiciários.

Todavia, em termos práticos, o que se observa é que, sendo dominante a teoria instrumentalista do processo, a atuação dos órgãos do Poder Judiciário ainda se mantém vinculada a elementos fortes do Estado Social, o que impede uma efetivação do preceito democrático constitucionalmente estabelecido. Isso significa que, enquanto existir uma inadequação da teoria processual adotada com o paradigma vigente, a atividade do Conselho Nacional de Justiça não será efetivamente de fiscalização do Judiciário.

Fato é que, sob a ótica da teoria instrumentalista, muitas atitudes adotadas por juízes, ainda que contrariem princípios democráticos, como a ampla defesa, a isonomia e o contraditório, são consideradas admissíveis, sob o pretexto de atingimentos de fins sociais pela via decisória. Nesse contexto, o Conselho Nacional de Justiça, igualmente contaminado pelo instrumentalismo processual, acaba por normalizar eventuais posturas autocráticas de magistrados que decidem, por conta própria e baseados em sua vontade e intuição, o destino dos cidadãos.

Diante disso, percebe-se a necessidade de uma completa reformulação da teoria processual, seja a partir da doutrina, do próprio Poder Judiciário e até mesmo por parte dos cidadãos. É preciso que o autoritarismo judicial, o primado da vontade do magistrado e o corporativismo estatal ceda lugar a características verdadeiramente democráticas. Somente com essa superação teórica é que se alcançará o amoldamento das funções do Conselho Nacional de Justiça com o Estado Democrático de Direito e o aprimoramento da fiscalidade judicial.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar da consolidação de um Estado Democrático de Direito na Constituição Federal de 1988, no atual contexto brasileiro, ainda perseveram uma série de resquícios paradigmáticos teoricamente superados. Destes, há especial destaque àqueles concernentes ao Estado Social, a partir do estabelecimento de vínculos inquebrantáveis de paternalismo e subordinação dos cidadãos ao Poder Público.

Tais manifestações, se dão de forma ainda mais perceptível em teorias processuais até hoje predominantes. Nestas, prevalece a tentativa de legitimar uma atividade solipsista e infiscalizável de um juiz iluminado, representante do próprio Estado soberano, na busca por objetivos de alto grau de abstração, os quais justificariam uma atuação tão ampla, que nem

mesmo as garantias processuais constitucionais poderiam limitar, tendo em vista um processo designado como mero instrumento para alcançá-los.

Neste contexto, o Conselho Nacional de Justiça apresentar-se-ia como um caminho rumo à busca pela efetivação de uma processualidade democrática, permitindo controle e fiscalização do até então irrefreável Poder Judiciário. Contudo, as raízes da instrumentalidade do processo alastram-se de maneira tão profunda nas instituições e mentalidade coletiva, que inutilizam quaisquer mecanismos de sanarem um problema que sequer é conhecido ou visto como tal.

À vista disso, conclui-se que a única forma superação do autoritarismo decisional, está no combate às teorias que o alicerçam, de maneira que qualquer mecanismo isolado de enfrentamento pragmático a este impasse, estará inerentemente fadado ao fracasso.

REFERÊNCIAS

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

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 24 out. 2021.

BRASIL. Portaria n. 211, de 10 de agosto de 2009. **Regulamento Geral da Corregedoria Nacional de Justiça**. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/corregedoriacnj/regulamento-geral-da-corregedoria-nacional-de-justica/>>. Acesso em: 24 out. 2021.

BRASIL. **Resolução n. 67**, de 3 de março de 2009. Aprova o Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça e dá outras providências. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/files/compilado14010420210324605b4620cc1d7.pdf>>. Acesso em: 05 set. 2021.

BÜLOW, Oscar Von. **Gesetz und Richteramt**: Statutory Law and the Judicial Function. Oxford: Oxford University, 1995.

BÜLOW, Oscar Von. **La Teoria de las Excepciones Processales y de los Presupuestos Processales**. Buenos Aires: EJE, 1964.

CASTRO, Bernardo Vassale de. A participação social no processo legislativo e o desenvolvimento sustentável. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 7, n. 13/14, p. 213-239, jan/dez. 2010. Disponível em: <<http://revista.domhelder.edu.br/index.php/veredas/article/download/106/155>>. Acesso em: 8 ago. 2021.

DEL NEGRI, André. **Controle de Constitucionalidade no processo legislativo**. Belo Horizonte: D' Plácido, 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

GOZETTO, A. C. O, DO NASCIMENTO FILHO, K. N.. **Elementos estruturantes do Conselho Nacional de Justiça: Controle interno ou externo?** In: SILVEIRA, Vladmir Oliveira da. (Org.). III Seminário de Pesquisa em Direito UNINOVE. 1. ed. São Paulo: UNINOVE. 2015. v. 1, p. 11-18. Disponível em:

<http://docs.uninove.br/arte/email/pdf/Miolo_III_Seminario_Uninove_rev.pdf> Acesso em: 07 set. 2021.

GRESTA, Roberta Maia. **Ação Temática Eleitoral**: proposta para a democratização dos procedimentos judiciais eleitorais coletivos. Tese (Mestrado em Direito Processual) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, p. 257. 2014.

JOBIM, Marco Félix Jobim. **Cultura, Escolas e Fases Metodológicas do Processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

LEAL, André Cordeiro. **A instrumentalidade do processo em crise**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2018.

LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal**: volume único. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

MONTEIRO, Thiago Loures Machado Moura. Audiências virtuais na justiça do trabalho frente ao processo democrático. *In*: THIBAU, Vinícius Lott; MONTEIRO, Thiago Loures Machado Moura (Org.) **Democracia processual na contemporaneidade**. Belo Horizonte: Dom Helder, 2020, p. 16-37.

MUNDIM, Luís Gustavo Reis. O paradoxo de Bülow no Novo Código de Processo Civil: os artigos 8º e 140 como homologadores do solipsismo judicial. *In*: FREITAS, Sérgio Henriques Zandona et al. (Org.). **Jurisdição e Técnica Procedimental**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 45-80, v. 6.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: volume 3. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

THIBAU, Vinícius Lott. Os paradigmas jurídico-constitucionais e a interpretação do direito. **Meritum** - Revista de Direito da FCH/FUMEC. Belo Horizonte, vol. III, n. I, jan./jun. 2008.

THIBAU, Vinícius Lott. Processo e mercado. *In*: SILVA, Michael César (Org.). **Transformações do direito na contemporaneidade**: reflexões sobre direito, mercado e sustentabilidade. Belo Horizonte: Centro Universitário Newton Paiva, 2015, p. 231-251. v. I.

A ATUAÇÃO DE LITIGANTES SEM ADVOGADO NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS E A DEMOCRATICIDADE

Rafaella Ferreira Pacheco⁷
Raquel dos Reis Trindade Ferrer Monteiro⁸

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 BREVE COMPREENSÃO DO PROCESSO NOS PARADIGMAS JURÍDICOS CONSTITUCIONAIS; 3 O ACESSO À JUSTIÇA E A ATUAÇÃO SEM ADVOGADO; 4 OS JUIZADOS COMO REPRODUÇÃO DA IDEIA ANTIDEMOCRÁTICA DE PROCESSO COMO INSTRUMENTO; 5 CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

O Estado Democrático de Direito foi instituído no Brasil por meio da Constituição da República de 1988 e representou um marco para a democraticidade no país. A Carta Magna estabeleceu diretrizes e parâmetros constitucionais, os quais visam garantir a concretização de direitos fundamentais a todos. Dentre esses direitos, encontra-se o acesso à justiça, de maneira que a inafastabilidade da jurisdição é um princípio positivado no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição (1988), o qual assevera: “XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Nesse sentido, ao encontro do princípio do acesso à justiça e da celeridade processual, verifica-se a insurgência dos Juizados Especiais Cíveis, os quais foram criados na tentativa de solucionar a questão da morosidade do Judiciário e dessa forma, propiciar a prestação jurisdicional à uma maior quantidade de pessoas em um tempo razoável. Aliado a isso, nota-se também a tentativa de facilitar o acesso ao Poder Judiciário, uma vez que o seu acesso é um direito de todos, por meio de instrumentos processuais, como a permissão da litigância nos Juizados por partes sem advogado.

⁷ Graduanda em Direito pela Escola Superior Dom Helder Câmara. Integrante do Grupo de Iniciação Científica Processo e Democracia – ano 2, liderado pelo Professor Doutor Vinícius Lott Thibau e secretariado pelo Professor Mestre Thiago Loures Machado Moura Monteiro.

⁸ Graduanda em Direito pela Escola Superior Dom Helder Câmara. Integrante do Grupo de Iniciação Científica Processo e Democracia – ano 2, liderado pelo Professor Doutor Vinícius Lott Thibau e secretariado pelo Professor Mestre Thiago Loures Machado Moura Monteiro.

No que diz respeito à atual distribuição da justiça, verifica-se que o que a sociedade mais deseja, é ter acesso facilitado ao poder judiciário com a solução rápida de seus litígios, uma vez que a demora causada pelo acúmulo de demandas, representa indesejável entrave à pacificação social, a qual é objetivo primordial do nosso ordenamento jurídico. (CAMPOS; FERREIRA, 2011, p. 01).

A atuação em um litígio sem advogado, representa também, uma tentativa de acesso à justiça mais ampla, uma vez que a obrigatoriedade de um procurador constituído nos autos, apesar da existência da justiça gratuita e dos defensores públicos, apresenta-se como um entrave a propositura de uma demanda por muitas pessoas, que veem o processo judicial como um procedimento muito burocrático, o que impossibilita o seu acesso ao Judiciário em questões litigiosas, as quais seria realmente necessária a tutela do Direito Democrático.

Entretanto, cumpre analisar, se, tais mecanismos criados pelo legislador, como a Lei 9.099/95, alcançam os seus objetivos e à que custo. A falta de defesa técnica pode representar, além da possibilidade de acesso ao Judiciário, uma desvantagem para a parte em determinado procedimento, uma vez que ela pode estar litigando em face de uma pessoa com um advogado devidamente constituído nos autos. Dessa forma, os princípios norteadores do processo, como a paridade de armas e o devido processo podem restar prejudicados, de maneira que a insurgência de novos institutos não pode representar a sua mitigação ou supressão.

Assim, o tema do presente artigo envolve a análise da atuação de litigantes sem advogado no Juizado Especial Cível, com o objetivo de verificar se esse mecanismo criado com o objetivo de facilitar o acesso à justiça se coaduna com o Estado Democrático de Direito e em que medida os Juizados Especiais se tornam apenas um instrumento de direito público, como uma ferramenta para o Judiciário desafogar as suas demandas sem promover a adequada busca por efetivação de direitos fundamentais, assim como entende o processo Oskar von Bülow.

Diante do exposto, verifica-se como problema da referida pesquisa, responder ao seguinte questionamento: A atuação das partes sem advogado reproduz uma ideia antidemocrática de processo? Para responder ao problema proposto, destacam-se os seguintes objetivos específicos: discorrer brevemente sobre as teorias do processo nos paradigmas jurídicos constitucionais; apresentar a teoria do processo como relação jurídica; tratar sobre a instrumentalidade do processo na visão do estudioso Oskar von Bülow; apresentar o Juizado Especial Cível e a possibilidade de atuação sem advogado; verificar a utilização dos Juizados Especiais como uma reprodução de uma ideia antidemocrática de processo.

Para tanto, utiliza-se como referencial teórico da presente pesquisa, a teoria do processo como relação jurídica, presente, principalmente, no livro “Teoria das Exceções Processuais e os Pressupostos Processuais de Oskar von Bülow. No que tange à metodologia para a pesquisa,

utiliza-se a abordagem qualitativa, pelo método hipotético-dedutivo, através da técnica da pesquisa bibliográfica.

2 BREVE COMPREENSÃO DO PROCESSO NOS PARADIGMAS JURÍDICOS CONSTITUCIONAIS

A percepção da ideia de processo nos três grandes paradigmas jurídicos constitucionais da contemporaneidade é essencial para o claro entendimento da importância do último, o Estado Democrático de Direito, uma vez que ele representa o ponto de equilíbrio dos paradigmas e é composto pelo que se percebeu como correto e benéfico em cada um deles. Diante disso, para compreender o porquê o sistema dos Juizados Especiais aproxima-se da ideia de processo durante o paradigma do Estado Social, apesar de estar inserido e ter sido constituído no Estado de Direito, é importante entender o panorama geral desses três momentos, o processo no Estado Liberal, Social e Democrático de Direito.

O paradigma constitucional do Estado Liberal era voltado eminentemente para o indivíduo. Nesse sentido, o entendimento que prevalecia era o de que o governo deveria intervir o mínimo possível na vida privada de seus cidadãos, protegendo os seus direitos individuais, de maneira a garantir a liberdade para que pudessem agir da forma mais ampla possível, desde que tais ações não violassem o direito alheio. Consequentemente, o processo durante a permanência desse paradigma também possuía tais características individualistas, sendo considerado simplesmente como coisa das partes, de maneira que, o juiz, possuía um caráter de mero intermediador, excessivamente passivo e alheio à demanda e à prestação jurisdicional.

Nesse sentido, o modelo liberal (italiano, francês e alemão) não subordinava a admissão da demanda a qualquer espécie de aprovação pelo juiz. A tutela judiciária era entendida como um serviço necessário feito pelo Estado aos cidadãos; qualquer particular encontrava, pois, proteção dos seus alegados direitos; a demanda judicial era, desse modo, domínio do particular, que poderia “jogá-la” como quisesse, para fins privados, seja de modo temerário, seja como instrumento de negócios privados estranhos ao processo. (RAATZ, 2019, p. 64).

Tal concepção, entretanto, muda de forma radical com a insurgência do Estado Social, o qual adveio de uma enorme pressão das massas, das camadas até então desvalorizadas e excluídas da sociedade, as quais urgem por direitos protetivos, como direito do trabalho, previdência, educação e maior acesso a políticas públicas que proporcionam dignidade à pessoa humana. Nesse âmbito, o Estado passa a ser mais intervencionista, paternalista, colocando várias searas estratégicas do poder público sob sua constante administração e vigilância.

De maneira análoga, o processo nessa época também adquiriu tais características, passando a ser entendido como instrumento de direito público, principalmente a partir dos estudos de Oskar von Bülow e a publicação de sua obra, “Teoria das Exceções processuais e os Pressupostos processuais”. Na referida obra, o doutrinador estabelece o processo como ciência autônoma, sendo considerado inclusive o criador da ciência processual, inovando ao trazer maior importância ao processo, que até então era negligenciado, uma vez que o direito material era o que possuía destaque nas discussões judiciais.

Na proposta apresentada por Bülow, o processo seria um instrumento de direito público, de maneira que, o juiz, como representante do Estado, teria a função de atuar ativamente no processo, inclusive no que tange à fase probatória com vistas a atingir a verdade real e a busca pela justiça. Cumpre ressaltar ainda, que existiria uma relação de direito público, na qual as partes se encontrariam em posição hierarquicamente inferior em relação ao magistrado, de forma que estariam submetidas a ele e à suas decisões solipsistas.

Por conseguinte, em uma visão instrumentalista do processo, a qual é a defendida por Bülow, o processo civil serviria como um mecanismo para que as partes pudessem atingir a prestação jurisdicional pretendida. Isto posto, não só as partes, mas o próprio juiz teria tal visão, de maneira que o processo seria meramente uma forma de se atingir a justiça no caso concreto e a pacificação social, tendo ele mesmo, o magistrado, um forte papel a desempenhar nessa busca.

Diante do exposto, tal noção não se coaduna com o entendimento do processo em um Estado Democrático de Direito, uma vez que, nesse paradigma, a preservação e garantia de direitos processuais constitucionais, como a ampla defesa, o contraditório, a isonomia e o devido processo legal são essenciais para a salvaguarda da democracia. Assim, a ampla oportunidade de participação popular também é extremamente relevante nesse âmbito, por meio de institutos como a fiscalidade, visto que garantem a democraticidade do processo e por conseguinte, possibilitam efetivação de direitos fundamentais.

No que tange à possibilidade trazida pelos Juizados Especiais referente à litigância sem a constituição nos autos de um procurador com capacidade postulatória, cumpre verificar se, a partir dessa permissiva, não se estaria colocando em risco direitos fundamentais, como a isonomia, uma vez que caso a parte contrária esteja constituída por um advogado, a discrepância no que tange à defesa técnica seria evidente, o que poderia causar gravames ao autor ou réu da demanda sem tal assistência.

À vista disso, a atuação do juiz que visa equilibrar tais desigualdades, atuando de forma intervencionista no processo, com vistas a proporcionar uma parte, em detrimento da outra,

acesso à algumas informações, com objetivo de melhor instruí-la e ampará-la dentro do processo, encontra-se em desacordo com a função do juiz e seu caráter em um Estado Democrático de Direito. Isso ocorre, uma vez que, diferentemente do que é posto na teoria instrumentalista do processo, o juiz deve aplicar a lei, de acordo com ditames estabelecidos pela Constituição, de maneira a se manter imparcial e garantir a correta observância de todos os princípios processuais constitucionalmente estabelecidos para todas as partes.

Por conseguinte, o juiz não deve atuar de acordo com as suas noções de justiça, igualdade, ou verdade, de forma que, não deve agir ativamente no processo com vistas a minimizar tais desigualdades e injustiças, as quais não encontra amparo legal e constitucional para sustentá-la. Tal aceitação de uma postura perceptivelmente discricionária do magistrado, em determinadas situações poderia representar a busca por justiça, entretanto, em outras, abriria margem para decisões autoritárias e em desacordo com o Direito, por isso, não podem ser admitidas em nenhuma circunstância.

Dessa forma, a litigância de uma parte sem a presença de um advogado deve ser pensada para que não se dependa do juiz para corrigir uma eventual desigualdade processual, uma vez que ele, como magistrado inserido em um processo democrático não possui tal atribuição. Portanto, é necessário analisar de maneira pormenorizada, o que será feito mais adiante e em que medida tal desequilíbrio na relação é capaz de por em risco direitos fundamentais dos indivíduos.

3 O ACESSO À JUSTIÇA E A ATUAÇÃO SEM ADVOGADO

O acesso à justiça é um direito fundamental garantido pela Constituição Federal de 1988, sendo este expresso por meio do art. 5º, inciso XXXV da Carta Magna. De acordo com Cappelletti e Garth (1988), o termo “acesso à justiça” possui dificultosa definição, sendo que este é utilizado para determinar duas funções elementares do sistema jurídico. A primeira função seria de permitir o acesso igualitário a todos os indivíduos que almejam propor suas demandas ao sistema judiciário, e a segunda trata-se do auferimento de resultados que sejam justos tanto pelo viés social, quanto pelo individual.

Prosseguindo, os autores afirmam o acesso à justiça como sendo essencial e deve “ser encarado como requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 12). Diante disso, tem-se os Juizados Especiais Cíveis,

instituídos pelas Lei nº 9.099/95, como uma forma de ampliar o acesso dos cidadãos aos órgãos do poder judiciário.

A Constituição Federal de 1988, conforme aponta Vieira e Guedes (2011), inspirou-se na Lei nº 7.244 de 1984, a qual previa acerca da criação e regulamentação dos Juizados Especiais de Pequenas Causas, sendo este competente para julgar causas cujo valor não ultrapassasse 20 (vinte) salários-mínimos. Tais juizados visavam sobretudo a conciliação como medida eficaz e célere para a resolução das demandas. Dessa forma, a CF/1988 considerando o benefício trazido por tais juizados, repetiu a previsão anterior para a criação de um juizado competente para julgar determinadas demandas a depender do critério escolhido. De acordo com Vieira e Guedes (2011, p. 24) “Há a previsão de dois Juizados na Constituição Federal de 1988: um especializado em razão do valor da causa (artigo 24, inciso X) e outro em razão da matéria (artigo 98, inciso I).”

Dessa forma, a promulgação da Lei nº 9.099/95, conforme determinada pela Constituição, deu-se no intuito de proporcionar maior acessibilidade aos cidadãos para a resoluções de seus litígios. Insta-se esclarecer que, não obstante a Constituição de 1988 fazer menção aos juizados de pequenas causas e juizados especiais, estes não se tratam de órgãos distintos, dessa forma segundo aponta Theodoro Júnior:

A Lei nº 9.099, ao regulamentar a Constituição, deu razão à doutrina exposta, pois unificou sob o rótulo de Juizado Especial tanto a matéria das causas de pequeno valor como das de menor complexidade, de maneira a evidenciar que o art. 24, X, e o art. 98, I, realmente cuidavam da mesma figura jurídica sob rótulos diferentes. (THEODORO JÚNIOR, 2020)

O processo no sistema dos Juizados Especiais é orientado pelos princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade processual, conforme disposto no art. 2º da Lei nº 9.099/95. Assim, tem-se que em razão de tais princípios é admissível o instituto do *jus postulandi*, sendo este definido pelo direito concedido à parte de postular em juízo sem que esteja representada por advogado.

Dessa forma, será possível o ajuizamento da ação no órgão jurisdicional pela própria parte, dispensando-se a atuação do advogado. Conforme aponta Anjos e Martins (2013, p. 1.580) o “Jus Postulandi nos Juizados Especiais Cíveis, neste caso específico, pode pertencer exclusivamente ao cidadão, não sendo necessária a assistência técnica obrigatória de Advogado/Profissional”.

A lei dos juizados especiais prevê expressamente no caput do seu art. 9º a possibilidade de a parte ingressar com a demanda em juízo sem a representação do advogado, desde que o

valor da causa não ultrapasse a quantia de 20 (vinte) salários mínimos. De acordo com Anjos e Martins, essa facultatividade garantida à parte tem o intuito de

[...] garantir o acesso à Justiça sem embaraços ao cidadão, possibilitando que, sem a necessidade de pagamento de custas processuais ou honorários advocatícios, pudesse o jurisdicionado postular de forma simplificada e gratuita o seu pleito perante o Poder Judiciário [...]. (ANJOS; MARTINS, 2013, p. 1.580)

Á vista disso, é mister ressaltar que a Constituição Federal de 1988 expõe em seu art. 133 que o advogado é indispensável à administração da justiça, e no mesmo sentido dispõe o art. 2º, caput do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil – Lei nº 8.906/94. Assim, tem-se a consolidação do princípio da indisponibilidade do advogado, uma vez que o advogado possui capacidade postulatória plena corroborando com a tutela dos direitos das partes.

No entanto, malgrado a instituição do princípio supramencionado, admite-se que a parte possa ingressar em juízo sem que esteja assistida por advogado, haja vista que conforme salienta Ferreira e Campos, apesar da patente relevância do princípio da indisponibilidade do advogado,

[...] este não é absoluto, sendo que em determinadas ocasiões definidas em lei, confere-se à pessoa que não tem conhecimento técnico o direito de postular em juízo por conta própria, sem a participação de advogado, como ocorre na justiça voluntária, no “habeas corpus”, no direito do trabalho e nos juizados especiais cíveis e federais. (FERREIRA; CAMPOS, 2011, p. 3)

Corroborando com esse entendimento a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 1127-8, a qual firmou a inconstitucionalidade do inciso I do art. 1º da Lei nº 8.906/94 o qual dispunha como sendo atividade privativa do advogado “a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e aos Juizados Especiais” (BRASIL, 1994). Assim, a decisão do plenário declarou prejudicado o pedido quanto a inconstitucionalidade da expressão “Juizados Especiais” e julgou procedente a inconstitucionalidade do termo “qualquer”.

Diante disso, afirma Vieira e Guedes (2011, p.27) que a referida decisão do STF “tornou-se um grande marco para a discussão acerca da inconstitucionalidade do *jus postulandi* nos Juizados, [...]no sentido de declarar válida a norma estabelecida pelo legislador.”

Por fim, destaca-se ainda que a possibilidade do exercício do *jus postulandi* pelas partes sofreu críticas por parte da doutrina, haja vista que pauta-se somente no critério econômico, sendo que, conforme Vieira e Guedes (2011, p. 26) “a não obrigatoriedade da presença do advogado não deveria estar ligada ao elemento quantitativo, mas sim à complexidade da demanda”. De forma que, mesmo a causa possuindo pequena aferição

econômica, tal critério por si só não é determinante acerca da complexidade do litígio, sendo que em muitos casos a ausência do advogado pode acarretar em prejuízos à parte, haja vista que esta não possui o conhecimento jurídico suficientemente à compreensão inequívoca de todos os aspectos da demanda.

4 OS JUIZADOS COMO REPRODUÇÃO DA IDEIA ANTIDEMOCRÁTICA DE PROCESSO COMO INSTRUMENTO

O sistema dos juizados especiais, embora tenha sido criado após a Constituição Federal de 1988, possui um forte viés atrelado aos elementos basilares do paradigma jurídico do Estado Social. Conforme aponta Thibau (2008, p. 333), o Estado Social atua de maneira “intervencionista no objetivo de também garantir direitos sociais e econômicos aos cidadãos”.

Diante disso, torna-se evidente o alinhamento da Lei nº 9.099/95 com os objetivos traçados pelo Estado Social, haja vista que a referida lei veio no sentido de proporcionar um maior acesso à justiça, principalmente às parcelas menos favorecidas da sociedade, no intuito de desburocratizar o procedimento e torná-lo mais célere. Dessa forma é possível afirmar que houve uma “sumarização da cognição implantadas pelo legislador, na necessidade de celeridade e maior acesso à tutela legal” (SOUSA, 2011, p. 35).

Conforme exposto anteriormente, o processo no paradigma do Estado Social é marcado pela instrumentalidade, ou seja, o processo é considerado um mero instrumento da jurisdição, por meio do qual a Estado, representado pela figura do juiz, exerce a tutela dos direitos daqueles que postulam em juízo. Dessa forma, depreende-se o processo como sendo um instrumento utilizado pelo magistrado, que visa atender às finalidades pretendidas pelo Estado Social, qual seja, o proferimento de decisões justas que corroborem à pacificação social.

A característica do processo como instrumento é demonstrada segundo Dinamarco (2013, p. 178), sendo que esta é “teleológica por definição e o método teleológico conduz invariavelmente à visão do processo como instrumento predisposto à realização dos objetivos eleitos”. Tem-se, dessa forma, que o magistrado, visando a concretização de tais objetivos, deve atuar de maneira incisiva no processo, intervindo sempre que necessário e conduzindo o processo no sentido de sempre proporcionar um resultado justo aos litigantes.

No entanto, essa função desempenhada pelo juiz não se alinha ao paradigma do Estado Democrático, haja vista que, a busca pela justiça, por parte do magistrado e a função de dizer o direito no caso concreto, visando atingir os objetivos traçados, por vezes, proporciona demasiada discricionariedade, sendo que este poderá decidir conforme os seus próprios valores

e acepções do seja um provimento jurisdicional justo. Nesse sentido, a concentração de poderes nas mãos dos magistrados, sendo as partes consideradas apenas pelo viés de serem propulsoras da atividade jurisdicional do Estado, pode acarretar em violações aos direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos.

Em se tratando do *jus postulandi* no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis, destaca-se a função atrelada ao magistrado de proteção e auxílio à parte mais vulnerável, bem como de equilibrar as desigualdades. Tal afirmação depreende-se do disposto no §2º do art.9 da Lei nº 9.099/95, ao atribuir ao magistrado a função de alertar as partes acerca da necessidade da atuação do advogado na demanda.

Conforme salienta Tartuce (2015), “a complexidade do sistema jurídico pode complicar a situação do litigante sem patrocínio técnico a ponto de ensejar considerável vulnerabilidade processual”. Por conseguinte, tem-se que a dispensa ao advogado na tentativa de proporcionar um maior cesso à justiça, tendo em vista sobretudo, o fator econômico, isentando-se ao pagamento de honorários, acaba por gerar prejuízos ao litigante, colocando-o em posição de patente desequilíbrio no ambiente processual. Visando a proteção dos sujeitos que exercem o *jus postulandi*, o legislador atribuiu ao magistrado o dever de zelar pelos interesses das partes, intervindo e recomendando sempre que necessário, a conveniência da representação por advogado. No entanto, conforme já exposto, esse ativismo judicial oriundo da percepção do processo como instrumento, também é capaz de trazer prejuízos, dando abertura para que o magistrado possa praticar arbitrariedades.

Nesse viés, Castro e Castro apontam a ineficiência do acesso a justiça por meio do exercício do *jus postulandi*, segundo os autores,

O acesso à justiça, quando visto sob a perspectiva do sistema do *jus postulandi*, carece da efetividade, visto que quando se deparam com as peculiaridades processuais como os atos, procedimentos, linguagem técnica, desigualdade processual com a parte que é representada por advogado, além de questões inerentes às próprias partes como falta de escolaridade e conhecimento técnico, demonstram sua fragilidade. (CASTRO; CASTRO, 2020, p. 8)

No mesmo sentido, entende Tartuce (2015) que aqueles que postulam sem advogado perante os Juizados Especiais encontram diversos entraves em razão do desconhecimento acerca do trâmite processual e pela linguagem técnica utilizada na seara jurídica. Prossegue o autor afirmando que o procedimento nos juizados embora pressuponha a simplicidade e linguagem acessível, em razão dos seus princípios instituidores, em grande parte das vezes essas diretrizes não são adotadas. Dessa forma, conclui afirmando que:

[...] apesar da alegada busca de facilitação do acesso à justiça, é fato que, sem boa informação, acessar o processo sem respaldo técnico pode tornar a experiência infrutífera e frustrante. Como em outras searas, no âmbito dos Juizados a participação do advogado tem o potencial de breçar eventuais irregularidades cometidas pelo Estado. (TARTUCE, 2015)

Ressalta-se que, conforme o disposto no §1º do art. 9º da Lei nº 9.099/95, a parte poderá requerer assistência judiciária caso a outra parte esteja acompanhada de advogado ou se o réu for pessoa jurídica ou firma individual. No entanto, “observa-se que na prática a parte que ingressa no judiciário sem um advogado dificilmente obterá assistência judiciária durante o curso do processo, revelando assim uma falha do sistema” (ROCHA, 2012). Diante disso, percebe-se que a falta de defesa técnica conferida ao litigante, acaba por ferir garantias constitucionais da ampla defesa e da isonomia, haja vista que o cidadão comum não possui os conhecimentos e capacidades necessárias para defender adequadamente os seus interesses em juízo.

Também, é possível afirmar que a atuação sem advogado pode ferir o devido processo legal, haja vista que o acesso à justiça não deve ser considerado apenas sobre a perspectiva de oferecer maiores possibilidades aos cidadãos de propor demandas ao Poder Judiciário. O acesso à justiça deve englobar a efetividade do processo e a tutela aos direitos dos postulantes, visando a realização das garantias constitucionais em juízo. Dessa forma, aponta Guedes que:

O acesso à justiça, portanto, deve ser entendido não apenas como a forma de o tutelado levar a sua pretensão para análise do Judiciário, mas como a efetivação de um processo justo e igualitário. É a garantia do gozo de direitos fundamentais e está essencialmente ligado à manutenção do Estado Democrático de Direito. (GUEDES, 2011, p. 30)

Portanto, verifica-se que o *jus postulandi*, nos moldes previstos pela lei dos Juizados Especiais, acaba por promover a percepção do processo como instrumento da jurisdição e, dessa forma, propaga diretrizes que se desalinham ao paradigma do Estado Democrático de Direito.

5 CONCLUSÃO

Diante do exposto, verifica-se que, em que pese a lei que instituiu o sistema dos Juizados Especiais Cíveis (Lei 9.099/95) no ordenamento jurídico brasileiro possuía como escopo um maior acesso da população ao Judiciário e visava a celeridade processual, por meio da resolução de conflitos a partir da autocomposição, percebe-se que, na prática, ela se mostrou como sendo

uma norma que instituiu um procedimento que coloca em risco os direitos fundamentais dos cidadãos.

Dessa forma, o entendimento da utilização do processo como instrumento para se atingir a pacificação social, assim como entendem doutrinadores como Oskar von Bülow e Cândido Rangel Dinamarco, vai de encontro com os ditames propostos por um Estado Democrático de Direito, de maneira que não devem ser utilizados, sendo o sistema dos Juizados Especiais, um desses instrumentos.

A partir da pesquisa, por conseguinte, constatou-se que alguns aspectos no que se refere ao procedimento dos Juizados Especiais, guardavam relação com a ideia de processo instituída no Estado Social, o qual se afasta da noção de democraticidade e devido processo legal na contemporaneidade. Dentre eles, encontra-se a possibilidade de postulação nos Juizados sem estar acompanhado de um advogado.

Tal determinação, apesar de teoricamente benéfica, gera diversos prejuízos aos demandantes, os quais restam carentes de assistência jurídica adequada, tendo em vista que o Direito possui inúmeras expressões de difícil compreensão e regras processuais complexas que o permeiam. Ademais, tal possibilidade referente ao *jus postulandi*, incumbe ao magistrado possuir uma atuação mais ativa dentro do processo, visando diminuir as disparidades entre as partes e garantir a isonomia. Contudo, uma atuação positiva do julgador não se coaduna com as suas funções dentro de um Estado Democrático de Direito, de maneira que a sua imparcialidade poderia se encontrar prejudicada.

À vista disso, a atuação de uma das partes sem advogado ou até mesmo as duas é questionável dentro de um paradigma jurídico constitucional democrático, como o que foi instituído pela Constituição da República em 1988, o qual estamos inseridos. Nesse sentido, é imperioso destacar que, o critério referente ao valor da causa para determinar os litígios passíveis de atuações sem o *jus postulandi* não é adequado, tendo em vista que o aspecto econômico não representa necessariamente a complexidade da causa, de maneira que, muitos indivíduos podem ser prejudicados em seus direitos por tal estipulação.

REFERÊNCIAS

ANJOS, Queila Jaqueline Nunes; ANJOS, Ester Docas. Teoria da argumentação jurídica em Manuel Atienza e acesso à justiça: uma análise do jus postulandi nos juizados especiais cíveis. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, v.8, n.3, p. 1577-1602. 2013. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/viewFile/5419/2844>>. Acesso em: 27 out. 2021.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição de República Federativa do Brasil. Brasília, **Constituição**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27 out. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.906**, de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18906.htm>. Acesso em: 27 out. 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.099**, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em: 27 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1127/DF. Relator: Marco Aurélio. **Diário de Justiça Eletrônico**, 11 de junho de 2010. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1597992>>. Acesso em: 27 out. 2021.

CASTRO, Jéssica Ribeiro; CASTRO, Javan Ribeiro. Direito Humano e Fundamental do acesso à justiça: análise do jus postulandi e a indispensabilidade do advogado sob a perspectiva dos direitos da personalidade. **Research, Society and Development**, v. 9, n. 12, p. 1-10, 2020. Disponível em: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwi7g8X97_fzAhXuHLkGHX1yCHQQFnoECAQQAQ&url=https%3A%2F%2Fsdjournal.org%2Findex.php%2Frsd%2Farticle%2Fdownload%2F11196%2F10007%2F150767&usg=AOvVaw352DH32UfjIsvkqZp_up24>. Acesso em: 27 out. 2021.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

FERREIRA, Rafaela Andrade; CAMPOS, Carolina Lopes Cançado. Da ausência de defesa técnica nos juizados especiais cíveis. **Revista Jurídica**, Belo Horizonte, v. 2, n. 1, p. 1-17, 2011. Disponível em: <<http://periodicos.redebatista.edu.br/index.php/RJ/issue/view/21>>. Acesso em: 27 out. 2021.

RAATZ, Igor. **Autonomia privada e processo: liberdade, negócios jurídicos processuais e flexibilização procedimental**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

ROCHA, Anabel Aparecida. A relevância do papel do advogado nos Juizados Especiais Cíveis. **Caderno Virtual IDP**, Brasília, v. 2, n. 25. 2012. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/view/819>>. Acesso em: 27 out. 2021.

SOUSA, Michele Faria. O procedimento dos Juizados Especiais Cíveis e efetividade do processo. **Libertas**, Belo Horizonte, v. 2, n. 1, p. 27-38, 2011. Disponível em: <<http://famigvirtual.com.br/famig-libertas/index.php/libertas/article/view/18>>. Acesso em: 27 out. 2021.

TARTUCE, Fernanda. Reflexões sobre a atuação de litigantes vulneráveis sem advogado nos Juizados Especiais Cíveis. **Revista do Advogado**, São Paulo, v. 35, n. 127, p. 47-58, ago.2015. Disponível em: <<http://www.fernandatartuce.com.br/wp-content/uploads/2016/07/Vulnerabilidade-de-litigantes-sem-advogado-nos-Juizados.pdf>>. Acesso em: 27 out. 2021.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual**. 54. Rio de Janeiro: Forense, 2020, v. 2. [E-book]

THIBAU, Vinicius Lott. Os paradigmas jurídico-constitucionais e a interpretação do Direito. **Meritum: Revista de Direito da FCH/FUMEC**, Belo Horizonte, v. III, n. I, p. 317-354, jan./jul. 2008. Disponível em: <<file:///C:/Users/dosre/Downloads/Dialnet-OsParadigmasJuridicoconstitucionaisEAInterpretacao-4048482.pdf>>. Acesso em: 27 out. 2021.

VIEIRA, Breno Arruda; GUEDES, Roberta Valéria. O aspecto constitucional da indispensabilidade do advogado face ao Jus Postulandi dos juizados especiais cíveis. **Outras Palavras**, v. 7, n. 1, p. 22-33, jun. 2011. Disponível em: <<http://revista.faculdadeprojecao.edu.br/index.php/Projecao5/article/view/222>>. Acesso em: 27 out. 2021.

O ATIVISMO JUDICIAL E A BUSCA PELA EFETIVIDADE

Clara de Freitas Barbosa⁹
João Pedro Gonçalves Ituassú¹⁰

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 PARADIGMAS JURÍDICO-CONSTITUCIONAIS; 3 A TEORIA INSTRUMENTALISTA E A EFETIVIDADE DO PROCESSO; 4 ATIVISMO JUDICIAL E DEMOCRACIA PROCESSUAL; 5 CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

O juiz ocupa papel indispensável no que diz respeito à garantia da tutela jurisdicional na sociedade, aliado aos outros sujeitos do processo. Em contratempo e simultaneamente, a produção de provas é dever das partes para a melhor exposição dos fatos, permitindo ao julgador uma contemplação ampla de ambos os lados para que seja possível efetuar a escolha mais adequada e solucionar o litígio.

O presente artigo possui como objetivo a investigação acerca da atuação positiva do juiz no processo decisório, sua busca pela efetividade processual e as consequências desse posicionamento de relativa e considerável influência. A partir disso, fora realizada uma breve análise histórica acerca dos paradigmas constitucionais, mais especificamente aqueles presentes no Estado Liberal, Social e do Estado Democrático de Direito, bem como sua relação com o comportamento do juiz no processo.

A partir disso, será examinada a teoria instrumentalista do processo, o desempenho atuante do magistrado, além da sua posição frente às partes no fito garantista de justiça e paz social. Em sequência, será investigado o conceito de efetividade e sua relação com a teoria instrumentalista, em especial aqueles fatos expostos por Cândido Rangel Dinamarco (2009). Desse modo, o intuito é demonstrar as graves e marcantes consequências do ativismo judicial

⁹ Graduanda em Direito pela Escola Superior Dom Helder Câmara. Integrante do Grupo de Iniciação Científica Processo e Democracia – ano 2, liderado pelo Professor Doutor Vinícius Lott Thibau e secretariado pelo Professor Mestre Thiago Loures Machado Moura Monteiro.

¹⁰ Graduando em Direito pela Escola Superior Dom Helder Câmara. Integrante do Grupo de Iniciação Científica Processo e Democracia – ano 2, liderado pelo Professor Doutor Vinícius Lott Thibau e secretariado pelo Professor Mestre Thiago Loures Machado Moura Monteiro.

e da teoria instrumentalista, que evidenciam a incompatibilidade com o paradigma do Estado Democrático de Direito e a consequente inviabilização da democracia processual em se tratando de um contexto com figura central apontada para o juiz instrumentalidade do processo.

Adotou-se o método hipotético-dedutivo, a partir de uma pesquisa qualitativa, explicativa, bibliográfica e documental. Além disso, utilizou-se como ferramenta a coleta de dados através da análise doutrinária e de artigos científicos.

2 PARADIGMAS JURÍDICO-CONSTITUCIONAIS

Com o advento do Constitucionalismo, a interpretação do Direito passou a ter importante papel na compreensão e entendimento da sociedade. De acordo com Rosemiro Pereira Leal, o paradigma é caracterizado como um “referente jurídico-teórico fundante da normatividade (paradigma), que é o ponto conceitual da identidade, hermenêutica do sistema e da legitimidade de enunciação, positivação, recriação e aplicação do direito adotado.” (2018, p. 98). Nesse sentido, no anseio de que se assimile mais claramente referida correlação, serão abordados três paradigmas jurídicos, sendo eles o do Estado Liberal, do Estado Social e do Estado Democrático de Direito.

O paradigma do Estado Liberal surgiu como uma reação contrária ao período absolutista, com uma atuação resistente da monarquia, na qual o poder se encontrava nas mãos do rei, que, à sua época e cenário, era tido como detento de sabedoria absoluta. Assim, “O paradigma jurídico-constitucional do Estado Liberal pretendeu, antes de tudo, impedir a interferência estatal que se colocava como óbice à atuação dos indivíduos na condução de seus interesses” (THIBAU, 2008, p. 332). A partir disso, o processo no Estado Liberal era caracterizado pela atuação do magistrado de maneira passiva, complacente e rigorosamente restrita, sem que houvesse influência às partes, tendo-se por consagrados os direitos fundamentais da liberdade e autonomia individual.

Em oposição ao papel espectador do juiz, o paradigma do Estado Social (*Welfare State*) foi caracterizado pela significativa intervenção do juiz no processo, de modo a garantir a busca pela justiça, fundada na receptação dos direitos sociais indispensáveis ao indivíduo. Em consonância, dispõe Vinícius Lott Thibau (2008, p. 337), “no Estado Social, cabe ao juiz, enfim, no exercício da função jurisdicional, uma tarefa densificadora e concretizadora do Direito, a fim de se garantir, sob o princípio da igualdade materializada, ‘a Justiça no caso concreto’.”. Desse modo, o juiz passou a impactar a própria natureza de mérito do processo por meio da produção de provas *ex officio*, auxiliando as partes quando lhe aparentasse ser conveniente,

tendo em vista ser o magistrado o principal sujeito da relação processual, aquele capaz de decidir da maneira mais justa para todos.

O paradigma do Estado Democrático de Direito surgiu logo após, tendo seu ápice posteriormente ao fim da Segunda Guerra Mundial, contando com a necessidade global de busca pela paz, sobrevivência e salvaguarda dos direitos fundamentais. A partir disso, os Estados passaram a adotar em seus ordenamentos jurídicos internos a adequação de direitos sociais e individuais, como o princípio da dignidade da pessoa humana, igualdade, saúde, propriedade, dentre outros. Baseado nesse modelo, o Estado, por meio do avanço e desenvolvimento do capitalismo, integrou a gestão econômica e social da população, nesse ínterim expõe Gabriela Neves Delgado (2012, p. 24):

[...] a instauração de um Estado forte e intervencionista, capaz de garantir direitos e restabelecer a economia, foi a alternativa encontrada pelos países do capitalismo central para sobreviverem à devassa da sangrenta Segunda Grande Guerra Mundial e resgatarem, sob nova ótica, a dinâmica capitalista.

Não obstante, na mesma perspectiva:

Esse é o grande avanço teórico proporcionado pelo paradigma do Estado Democrático de Direito, em que a relevância da pessoa que decide cede à importância de como se decide. O Estado Democrático de Direito é democrático exatamente por não acolher a possibilidade de que o direito seja produzido, interpretado, aplicado, modificado ou extinto, de modo solipsista, por uma autoridade estatal (THIBAU, 2020, p. 11).

O Estado, portanto, buscou o equilíbrio entre o Estado Liberal e Estado Social, no qual deve haver uma intervenção estatal em busca da igualdade material entre diferentes partes da sociedade, sem que isso influencie significativamente na autonomia individual e privada das pessoas. Tais direitos indispensáveis e relevantes do Estado Liberal (autonomia, liberdade contratual e propriedade privada) foram colocados em grau de equiparação com direitos sociais e coletivos, demonstrando a relevância para o exercício dos direitos fundamentais de maneira plena.

3 A TEORIA INSTRUMENTALISTA E A EFETIVIDADE DO PROCESSO

A teoria instrumentalista estabelece que o processo é o instrumento utilizado pelo Estado-Juiz para garantir a justiça e a paz social, garantindo os escopos sociais, políticos e jurídicos na sociedade. A resolução do processo, portanto, precisa ser justa, hipótese em que se

assim não o for causará considerável estado de frustração, decepção e, sobretudo, insatisfação entre as partes, afastando a efetividade processual e a finalidade justa da atividade exercida.

E é nessa acepção que Cândido Rangel Dinamarco (2009), ao dispor sobre o caráter público do processo, expõe que:

Sua natureza instrumental impõe que todo o sistema processual seja permeado dessa conotação, para que realmente apareça e funcione como instrumento do Estado para realização de certos objetivos por ele traçados; com o aspecto ético do processo não se compadece o seu abandono à sorte que as partes lhe derem, ou uma delas em detrimento da mais fraca, pois isso desvirtuaria os resultados do exercício de uma atividade puramente estatal e pública, que é a jurisdição. (2009, p. 63).

Assim, o juiz deve atuar ativamente, desde níveis mínimos até aqueles consideráveis, como nos casos em que se tratar de direitos indisponíveis (DINAMARCO, 2009). Embora no papel não seja legislador, no momento da decisão de cada caso concreto, o juiz deve valorar as provas e fatos, como todo intérprete, com a devida atenção às variadas mudanças sociais e políticas. Em contrapartida, estaria indo de encontro ao conceito essencial de justiça, se assim não o fizesse.

A partir disso, questionamentos são criados acerca da efetividade do processo e a sua relação com a participação do juiz nas decisões e no desenvolver processual. A efetividade do processo é um conceito indeterminado, gerador de notáveis divergências entre doutrinadores e juristas. No entanto, se de algum modo há ponto em comum entre suas inúmeras definições, diz-se, no geral, tratar-se de realização do efeito ora almejado.

De acordo com Luís Roberto Barroso (1993, p. 79), efetividade “significa a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social”. No mesmo sentido, Dinamarco (2009, p. 352) assevera que “o processo precisa ser apto a dar a quem tem um direito, na medida do que for praticamente possível, tudo aquilo a quem tem direito e precisamente aquilo a quem tem direito”.

O magistrado e, conseqüentemente, o processo, como figuras influenciadoras do sistema, têm em suas mãos a possibilidade de garantir ao indivíduo o direito mais adequado ao caso concreto, da maneira que entender justa, dentro dos limites legalmente estabelecidos. Na obra “A instrumentalidade do Processo”, Cândido Rangel Dinamarco dispõe que,

o processo efetivo não é apenas o que rigorosamente atue a vontade concreta do direito, mas o que seja capaz de cumprir bem os escopos do sistema, vistos em conjunto e compensadas certas deficiências por outras vantagens. (2009, p. 38)

Da mesma forma, afirma que “o processo que chegue ao ideal de segurança jurídica com razoável celeridade, eliminando o conflito, é eficaz e legitimado pela utilidade social, ainda que falho do ponto de vista jurídico.” (DINAMARCO, 2009, p. 338). Logo, o processo não é um instrumento meramente técnico, não é fim em si mesmo, sendo papel do juiz, por meio de suas decisões, adequá-lo ao contexto social e político que determinada sociedade vive naquele momento.

No entanto, a teoria em questão comporta diversos fatores subjetivos, que podem variar entre cada indivíduo e operador do direito, sem permitir o exercício pleno da segurança jurídica. Dessa maneira,

Tais decisões orientam o entendimento no sentido da identificação dos chamados *results-oriented judging*, os quais caracterizam situações em que o julgador, previamente escolhe o resultado almejado, que corresponde com as suas convicções e a partir daí apenas orienta suas atitudes no sentido de buscar justificações que confirmem e sustentem aquele resultado juridicamente adquirido. (PACHECO, 2020, p. 81).

A atuação do juiz, em desconformidade com a lei, ainda que para atender os fins sociais e políticos moralmente esperados, gera, por conta da existência de decisões *contra legem*, significativa instabilidade no ordenamento jurídico, não importando que estejam esses pareceres em conformidade com o contexto político-social daquela sociedade. Nesse sentido, Vinícius Lott Thibau, ao tratar acerca da fiscalidade decisória e processo democrático, expõe que:

[...] com o advento do paradigma do Estado Democrático de Direito no Brasil, e, de conseqüente, com a ressemantização que sofreram a “dicotomia público/privado e a racionalidade do ordenamento jurídico”, a recepção de uma concepção de processo que situa o juiz como protagonista e que lhe defere não somente o poder de controlar a relação processual que lhe permitirá proferir o pronunciamento que solucionará o conflito ou realizará o direito, mas de controlar todo o direito vigente, a partir da sua vontade, do seu sentimento e da sua intuição, é nefasta. (2020, p. 11).

Em contrapartida, Rosemiro Pereira Leal critica a lógica instrumentalista e afirma:

A jurisdição assim concebida é, *in integrum*, atividade de juízes que revelam, pelo ato sentencial, suas próprias vontades (como em Bülow), ou uma outra vontade pronta na lei, a da *mens legis* ou da *mens legislatoris* (num enfoque que, por imprestável, o próprio Ronald Dworkin já se esforçara em afastar), ou, ainda, intervenções solipsistas e contingenciais em realidades sociais que estariam a suplicar socorre prestante em razão da inércia (ou inaptidão) do legislador soberano (2008, p. 31).

Diante do exposto, o comportamento, ou melhor dizendo, a influência do juiz de maneira ativa no processo, a partir da produção de provas e decisões “inovadoras”, tão somente sob o fundamento de estar em conformidade com os aspectos sociais e políticos relevantes em determinado período, ao mínimo violam garantias constitucionais, como a da ampla defesa, contraditório e fiscalidade.

4 ATIVISMO JUDICIAL E DEMOCRACIA PROCESSUAL

A partir da compreensão da teoria instrumentalista do processo e do Estado Social, verifica-se mais claro contexto a partir do qual o juiz passou a ter um papel exacerbadamente de destaque e superioridade frente às demais partes na relação jurídica. Tendo sido construída a noção de poder e dever de decidir de maneira justa e adequada os conflitos resultantes das interações cotidianas da humanidade. Desse modo, o protagonismo judicial e sua participação ativa no processo é cada vez mais presente na sistemática processual do ordenamento jurídico brasileiro.

A cientista política alemã Ingeborg Maus, em sua obra “Judiciário como Superego da Sociedade” explora a questão que envolve a representação figurativa do juiz na sociedade. Afirmou-se na referida obra que o exercício das funções jurisdicionais do magistrado ocorria de forma paternalista, com o objetivo de cuidar da população, sem a devida fiscalização adequada de seus atos.

Nesse diapasão,

A Justiça exigida pelo preceito de igualdade é, para Kaufmann, muito mais uma ordem superior que se apresenta tanto para a ética como para a “consciência jurídica”, revelada mediante o ‘receptáculo puro’ que é o juiz. A “excepcional personalidade de jurista” criada por uma “formação ética” atua como indício da existência de uma ordem de valores justa: “uma decisão justa só pode ser tomada por uma personalidade justa”. (MAUS, 2016, p. 186).

Assim sendo, a partir da excepcionalidade do juiz, ele seria capaz de decidir de modo a “extrair a justiça do processo” (DINAMARCO, 2009, p. 38), em razão da sua natureza especialíssima. Portanto, pela transposição de poderes inerentes a cada parte processual e social, respectivamente, o magistrado passa a ocupar o cargo mais soberano, que anteriormente pertencia à figura paterna. Conseqüentemente, cabe a essa figura garantir os direitos fundamentais, por meio de suas justas e sábias decisões.

Em complementação a esse novo cenário, questiona-se o grau de fiscalização e controle dos atos do magistrado e se estes estariam em conformidade com o paradigma do Estado Democrático de Direito. Em relação a essa incerteza gerada, Elival da Silva Ramos define o ativismo judicial como sendo o:

[...] exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Há como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes. (2010, p. 129).

Desse modo, naturalmente criou-se o ideal de autorização/aceitação que o magistrado ultrapasse os limites impostos pelo ordenamento jurídico ora condizente, atuando de modo proativo, fundado pelo intuito de atuar de maneira mais justa e finalística para atendimento aos escopos sociais. Não obstante,

Ao se fazer menção ao ativismo judicial, o que se está a referir é a ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas também da função administrativa e, até mesmo, da função de governo. Não se trata do exercício desabrido (ou de outra função não jurisdicional), que, aliás, em circunstância bem delimitadas, pode vir a ser conferido pela própria Constituição aos órgãos superiores do aparelho judiciário, e sim de descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes. (RAMOS, 2010, p. 116)

Assim sendo, a democracia inerentemente predis põe em sua essência o respeito às normas e aos procedimentos, sendo inviável a modulação/adaptação corriqueira do procedimento a cada litígio ou caso concreto. As inovações de direitos e garantias devem ser feitas no âmbito que lhes cabem, como, nesse exemplo, por meio da atuação do Poder Legislativo, composto por representantes eleitos democraticamente pelo povo. O juiz, por conseguinte, deve atuar independente do poder político momentâneo e não se sujeitar a pressões sociais que possam elidir em questão simultaneamente ao julgamento de determinada realidade fática.

Ao citar Habermas como plano de fundo teórico da democracia processual, Rosemiro Pereira Leal sustenta

O postulado de Habermas, de que a força do direito nas democracias se expressa na circunstancialidade de os destinatários das normas se reconhecerem como seus próprios autores só é acolhível num espaço jurídico processualizado (em conotação fazzalarianas e neoinstitucionalistas) em que as decisões não seriam atos jurisdicionais de algum pretor ou mero provedor dos procedimentos

democraticamente constitucionalizados (devido processo legal), mas atos processualmente preparados na estrutura procedimental aberta a todos os sujeitos (partes: pessoas físicas, jurídicas, coletivas; órgãos judiciais: juízes; instituições estatais, Ministério Público e órgãos técnicos) figurativos e operadores dessa instrumentalidade jurídico-discursiva na movimentação efetivadora correicional e recreativa dos direitos constitucionalizados por uma comunidade que se candidate a se constituir, a cada dia, em sociedade jurídico-política democrática no Estado constitucionalidade (2002, p. 131).

Nesses termos, compreende-se a inviabilidade do ativismo judicial em um contexto essencialmente democrático, tendo em vista o fortalecimento e coadunação da ausência de garantias fundamentais para o acesso à justiça e o risco eminente da parcialidade do julgador ao serem proferidas decisões.

5 CONCLUSÃO

A instrumentalidade do processo busca, a partir do processo como instrumento da jurisdição, garantir ao litígio justiça e evitar ao máximo o sentimento de decepção daqueles que optaram por ingressar em juízo. Assim, passa o juiz a atuar ativamente na construção do processo, embora deveria ser ele, apenas o responsável pela decisão da demanda.

Em resposta ao problema apresentado na introdução, qual seja, da busca pela efetividade jurídica independentemente do meio utilizado, compreende-se que a teoria instrumentalista encontra-se em desacordo com a maior gama dos princípios constitucionais da contemporaneidade e diverge, acima de tudo, da realidade distante do paradigma constitucional democrático.

É de se dizer que, partindo do pressuposto de equivalência entre Estado e Juiz, há por partes desses o controle direto ou indireto (pela usurpação do poder sentencial e de comando) da totalidade das esferas de suas atividades. O significado dessa inovada situação jurídica é o fato de o Estado deter do poder de decisão. Forte influência social e política é gerada com referida novidade do direito.

O processualista, na exteriorização de sua natureza intrínseca, quando se depara diante do instituto decisional do juiz, pressupõe, desde já, os trâmites do processo de conhecimento e sua correlata função jurisdicional. É a unção entre ação e decisão a pauta reverberadora da operacionalização do magistrado enquanto posição de poder e destaque se comparada às demais partes, representadas, ironicamente, por aquelas que, em seus respectivos papéis, demandaram e foram demandadas.

Conclui-se, com certo teor de relevo, que a atuação dos magistrados deve se dar em consonância com o ordenamento jurídico vigente, a partir da busca da efetividade do sistema

processual representado pela garantia reservada ao direito material posto, por meio da legalidade e do processo estritamente democrático. Não obstante, o Estado Democrático de Direito requer, em seu bojo substancial, que o andamento do processo, seja em qual fase for, se dê na medida da convalidação dos princípios da ampla defesa, contraditório e fiscalidade, bem como a partir da observação dos princípios constitucionais intrínsecos a todos os indivíduos.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. (Syn)thesis, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

DELGADO, Mauricio Godinho; PIMENTA, José Roberto Freire; NUNES, Ivana. O paradigma do estado democrático de direito: estrutura conceitual e desafios contemporâneos. **Revista Jurídica**, [S.l.], v. 2, n. 55, p. 485 - 515, abr. 2019. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/3405>. Acesso em: 25 out. 2021.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. 3 ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual da Decisão Jurídica**. São Paulo: Landy, 2002.

MAUS, Ingeborg. **Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOS, André Leonardo Copetti; LUCAS, Douglas César. Crítica do protagonismo do poder judiciário. O ativismo judicial entre reconhecimento e redistribuição. **Revista Direito e Justiça**, ano XVII, n. 29, p. 197-230, nov. 2017. Disponível em: <https://app.vlex.com/#search/jurisdiction:BR/ativismo+judiciario/WW/vid/700916681>. Acesso em: 18 out. 2021.

THIBAU, Vinícius Lott (org.); MONTEIRO, Thiago Loures Machado Moura (org.). **Democracia processual na contemporaneidade**. Belo Horizonte, Dom Helder, 2020. Disponível em <https://domhelder.edu.br/wp-content/uploads/2020/12/DEMOCRACIA-PROCESSUAL-NA-CONTEMPORANEIDADE.pdf>.

A AÇÃO POPULAR COMO UM INSTRUMENTO DEMOCRÁTICO DE PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE CULTURAL QUILOMBOLA

Lucas Tabanez Murta de Souza¹¹
Luiz Felipe Radic¹²

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 A AÇÃO POPULAR COMO UM INSTRUMENTO CONTRA-HEGEMÔNICO DE DEFESA DO MEIO AMBIENTE CULTURAL; 3 O CAMINHO PARA UMA AÇÃO POPULAR DEMOCRÁTICA; 4 REFLEXÕES PARA UM PROCESSO DEMOCRÁTICO DOS DIREITOS CULTURAIS DIFUSOS DOS QUILOMBOLAS; 5 A PARTICIPAÇÃO DOS QUILOMBOLAS NOS TRIBUNAIS CIVIS; 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

Para a cientista política e social Nancy Fraser (2006), existem dois tipos de injustiça: a econômica, pautada na exploração, na marginalização e na privação de um padrão de vida adequado; e a simbólica, caracterizada pela dominação cultural, pelo desrespeito e pelo ocultamento. A partir dessa classificação, a autora desenvolveu uma teoria segundo a qual, após a dissolução da União Soviética, ocorreu uma mudança da natureza das reivindicações dos conflitos sociais da reestruturação político-econômica (redistribuição) para a reestruturação cultural e simbólica (reconhecimento).

Contudo, há coletividades que necessitam dos dois tipos de remédio, dentre as quais se podem contar as comunidades quilombolas brasileiras, uma vez que sofrem “(...) da má distribuição socioeconômica e da desconsideração cultural de forma que nenhuma dessas injustiças seja um efeito indireto da outra, mas ambas primárias e co-originais” (FRASER, 2006, p. 233).

Quando da Lei Áurea e do fim da escravatura, em 1888, os sujeitos libertos foram postos à margem da sociedade, sofreram duramente com o abandono por parte do Estado, e, até hoje,

¹¹ Graduando em Direito pela Escola Superior Dom Helder Câmara. Integrante do Grupo de Iniciação Científica Processo e Democracia – ano 2, liderado pelo Professor Doutor Vinícius Lott Thibau e secretariado pelo Professor Mestre Thiago Loures Machado Moura Monteiro.

¹² Graduando em Direito pela Escola Superior Dom Helder Câmara. Integrante do Grupo de Iniciação Científica Processo e Democracia – ano 2, liderado pelo Professor Doutor Vinícius Lott Thibau e secretariado pelo Professor Mestre Thiago Loures Machado Moura Monteiro.

os seus descendentes lutam pela afirmação dos seus direitos. Da sua parte, as comunidades quilombolas brasileiras, importantes porta-vozes desse enfrentamento, tentam preservar a sua cultura centenária, a despeito da pobreza e da invisibilidade social em que foram deixadas.

Até o final do século XX, os quilombolas não eram expressivamente considerados e mal se sabia a dimensão de quem fossem, ou o que representassem. O preconceito em face dessas populações descendentes de escravizados fugitivos estava de tal forma sedimentado no senso comum que impedia a valorização dessas comunidades tradicionais. Em resposta a isso, nas últimas décadas, os quilombolas tentam dar publicidade à sua identidade étnica e cultural pelos meios mais diversos (SOUZA, 2014).

Nesse sentido, em linhas gerais, a causa quilombola está centrada na luta pela propriedade da terra (redistribuição) e na manutenção do seu estilo de vida e da sua cultura (reconhecimento). Essas duas frentes estão intimamente conectadas, uma vez que não é possível, para um grupo social, preservar com segurança a própria identidade sem possuir um espaço da representação. Ante essa situação, em 1988, a Constituição da República consagrou o direito à terra às populações quilombolas, no seu artigo 68, todavia, apesar do dispositivo constitucional, problemas de acesso à justiça persistem, principalmente em razão da morosidade e da burocracia do sistema.

Para dar uma noção das proporções desse problema social, de acordo com a Jurandir de Souza (2014), em 2012, vinte e quatro anos após a entrada em vigor da Constituição da República de 1988, dos três mil quilombos existentes no Brasil, apenas cento e noventa e três possuíam título de posse de onde estavam instalados, permanecendo, os demais, à mercê da pressão do agronegócio, ávido por tomar as suas terras.

Dessa forma, dada a situação em que se encontram as comunidades quilombolas, esta pesquisa de raciocínio predominantemente dialético e de vertente metodológica jurídico-sociológica do tipo jurídico-projetivo, conforme Witker (1985) e Gustin (2010), se propõe a responder a seguinte pergunta: a ação popular é um instrumento adequado para garantir a proteção democrática do meio ambiente cultural dos quilombolas? A hipótese inicial é que, a princípio, seria possível.

O texto está estruturado em introdução, quatro tópicos de desenvolvimento, e as considerações finais. Com efeito, são os tópicos de desenvolvimento: a ação popular como um instrumento contra-hegemônico de defesa do meio ambiente cultural, em que se apontam certos atributos do referido instituto jurídico que o colocam como apropriado para a defesa de direitos coletivos e transindividuais; o caminho para uma ação popular democrática, trecho destinado a evidenciar algumas correções a serem feitas na ação popular para torna-la efetivamente

democrática; reflexões para um processo democrático dos direitos culturais difusos dos quilombolas, em que se mostra como a ação popular é uma ferramenta adequada para a salvaguarda do meio ambiente cultural das minorias, tais quais os quilombolas; e, por fim, a participação dos quilombolas nos tribunais civis, onde se destaca de que forma as comunidades quilombolas brasileiras vêm pleiteando os seus direitos na Justiça Comum Cível e como essa atuação pode ser beneficiada pelo incremento no uso da ação popular.

2 A AÇÃO POPULAR COMO UM INSTRUMENTO CONTRA-HEGEMÔNICO DE DEFESA DO MEIO AMBIENTE CULTURAL

A defesa de direitos em esfera coletiva tem amplo repertório histórico. A princípio, a ação popular era o único instrumento para a defesa desses direitos. Assim sendo, com a criação do instituto jurídico, pela primeira vez, o cidadão foi legitimado para, em nome próprio, defender direitos pertinentes a toda a população. Isso se revela importante como instrumento de exercício da soberania popular na vigência do Estado Social Brasileiro, instaurado pela Lei nº 4.717 de 1965 (ZANETI JÚNIOR; GARCIA, 2012).

Nesse contexto, a doutrina especializada em ação coletiva divide a evolução da defesa dos direitos coletivos e transindividuais em três fases. A primeira é denominada fase da absoluta dominância individualista da tutela jurídica, que consistiu em relegar a defesa de direitos somente para aqueles com interesse próprio ou de sua família, sendo produto do Código Civil de 1916. A segunda fase seria denominada fase da proteção taxativa dos direitos massificados, passando a permitir a tutela de alguns direitos coletivos específicos, embora o período tenha registrado avanços, como a ampliação do conceito de patrimônio para abranger a forma imaterial e a Lei nº 4.717/1965. Por fim, a terceira fase, chamada fase da tutela integral, irrestrita e ampla, foi inaugurada pela Constituição Federal de 1988, reconhecendo os direitos e deveres coletivos como direitos fundamentais (ZANETI JÚNIOR; GARCIA, 2012).

Notadamente, cada uma das fases se amolda a um paradigma constitucional. A primeira, naturalmente, no Estado Liberal com a primazia do indivíduo; a segunda amolda-se ao Estado Social, com o Estado tutor; e, finalmente, a terceira consolida o Estado Democrático de Direito, objetivando amplo poder de fiscalidade ao cidadão (THIBAU, 2008). Nesse contexto, deve-se prestar particular atenção aos direitos coletivos e individuais homogêneos. Os diversos paradigmas de Estado serão tratados adiante, no texto.

O conceito de direitos coletivos e individuais homogêneos constam no artigo 81, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor. O primeiro seria “os transindividuais,

de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base” (BRASIL, 1990). E o segundo, “decorrentes de origem comum” (BRASIL, 1990).

Desse modo, surge o direito coletivo da periferia ao meio ambiente cultural, sendo, no presente trabalho, abordado especificamente o dos quilombolas. Primeiramente, o conceito jurídico de meio ambiente pode ser extraído do artigo 3º, da Lei nº 6.938, qual seja, “conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas” (BRASIL, 1981). Com isso, Fiorillo (2020) afirma ser um conceito multifacetado, do qual o meio ambiente cultural é produto. Portanto, o autor define o conceito ao incorporar a ele o patrimônio histórico, artístico, e arqueológico, o que seria projetado pelo artigo 216 da Constituição Federal, em que se cuida do Patrimônio Cultural Brasileiro.

Atualmente, a ação popular está prevista no art. 5º, LXXIII da Constituição da República e, por sua vez, na legislação infraconstitucional, é a Lei nº 4.717/1965 que a regula. Apesar de ser anterior à Constituição de 1988, ela foi inteiramente recepcionada por não apresentar incompatibilidades materiais.

A admissão da ação popular pressupõe, dessa forma, o cumprimento de certos requisitos, segundo Humberto Theodoro Júnior (2017): (a) quem a propuser deve ser cidadão brasileiro, ou seja, ter capacidade eleitoral ativa; (b) o ato a ser invalidado pela ação deve ser ilegal; (c) o ato deve ser lesivo ao patrimônio público.

Sobre os requisitos, Theodoro Júnior (2017) tece alguns comentários, sendo o primeiro deles o fato de que a ilegalidade do ato pode ser tanto contra normas positivadas, quanto contra princípios gerais do Direito. Em mesmo sentido, é apontado que a lesão não será necessariamente externalizada na supressão de uma parte do Erário, mas pode também ser uma ofensa a bens não econômicos, tal qual o meio ambiente cultural. Contudo, a lesividade do ato deve sempre ser comprovada no processo.

Como será analisado no tópico seguinte, o instituto da ação popular ainda deve ter algumas arestas polidas de tal forma a se tornar democrática. Todavia, isso não impede que o instrumento seja empregável na defesa do meio ambiente cultural, em face de relações sociais desiguais. Destaca-se, seguindo esse mesmo raciocínio, que trabalhar com o adjetivo contra-hegemônico, implica lutar pela afirmação de direitos de uma minoria contra atores sociais bem mais fortes do que ela.

Dessa feita, em conformidade com o que sustenta Costa (2007), a ação popular desponta como instrumento contra-hegemônico de defesa do meio ambiente cultural por dois motivos

centrais: a abrangência do seu rol de legitimados e a sua gratuidade. O primeiro motivo é bastante intuitivo e, quanto ao segundo, pelo autor da ação popular ser isento do ônus da sucumbência e das custas judiciais, de acordo com o art. 5, LXXIII da Constituição da República, desaparece um dos grandes obstáculos ao acesso à justiça no país e, combinado ao direito à assistência judiciária gratuita do art. 134 da Carta Magna, desaparece, igualmente, a preocupação com as despesas atreladas à obrigatória representação por advogado em juízo.

3 O CAMINHO PARA UMA AÇÃO POPULAR DEMOCRÁTICA

A fim de se elaborar uma boa exposição do caminho para uma ação popular democrática, é preciso tratar do desenvolvimento da participação popular, nos diversos paradigmas de Estado, ao longo da história recente. A partir desse conhecimento, então, se poderá elaborar a respeito da ação popular com mais propriedade.

De acordo com Dalmo Dalari (2010), após a Revolução Francesa e a derrocada do Estado Absolutista, instalou-se a visão liberal de Estado, voltada à promoção dos interesses da burguesia, recém-chegada ao poder. Sob essa percepção, o abstencionismo estatal era o termo chave e se manifestava seja na atuação da Administração Pública, seja naquela do Judiciário, que não podia criar significado a partir do texto normativo. Portanto, a participação popular destoava, nessa conjuntura.

O paradigma seguinte foi o do Estado Social. À primeira vista, a participação popular aparenta existir nesse modelo, tanto é que o voto universal é implementado sob esse tipo de Estado. Todavia, como adverte Thiago Monteiro (2020), há uma relativização importante da participação popular aqui também. Em razão da maior intervenção estatal, fortaleceu-se a crença de que o Estado era capaz de assegurar os direitos que ele anunciava, dispensando-se, assim, a atuação popular, exceto quanto ao exercício dos direitos políticos.

Por fim, chega-se ao paradigma atual: o Estado Democrático de Direito. Sob essa lente, a presença de participação popular torna-se uma condição inamovível, uma vez que todo o paradigma atual se estrutura sobre o pilar da fiscalidade das ações estatais (DALARI, 2010).

Nem sempre, contudo, essa participação é efetivada pois, no Brasil, ainda não foi totalmente implementado o mais novo paradigma de Estado. Percebe-se isso, *verbi gratia*, ao se analisarem julgados em que magistrados ora consideram a lei de forma limitada em si mesma, sem complementar com uma interpretação sistêmica, à moda do Estado Liberal; ora julgam apoiando-se na lacuna axiológica para justificar a extrapolação do texto legal em busca das próprias concepções de justiça, feito o Estado Social (MONTEIRO, 2020).

Esclarecido isso, passe-se, então, à discussão do que barra o caminho a uma ação popular democrática, visto que a ação popular está presente no ordenamento jurídico brasileiro desde o texto constitucional de 1934, com uma breve interrupção durante a vigência da Constituição de 1937, sendo, então, uma ferramenta originada ainda de acordo com o Estado Social (MASSON, 2016).

Retomem-se as condições para a admissão da ação popular. Para Monteiro (2020), do ponto de vista democrático, essas determinações da Lei nº 4.717/1965 seriam um dos aludidos entraves, pois carecem de adequação ao paradigma de Estado atual. Destacam-se duas críticas, no artigo em questão, as quais constam nos próximos parágrafos.

A primeira é voltada à exigência de se ser cidadão para a proposição de ação popular. Elucida o autor (MONTEIRO, 2020, p. 38): “contudo, em um contexto de Estado Democrático de Direito, não se mostra compatível exigir a regularidade cadastral, de possuir um título de eleitor, para o exercício de dois direitos fundamentais, quais sejam, o direito de participação popular, e do exercício da fiscalidade”. Essa consideração é perturbadora em mais de um nível pois, primeiro, é fácil esquecer que há vários brasileiros que não estão em ordem com a Justiça Eleitoral, mas não deixam de ter direito à participação popular; segundo, pois ele prioriza a burocracia à fiscalidade, o que conflita com a principiologia do Estado Democrático de Direito.

A segunda crítica do autor é que “faz-se necessário promover (...) a possibilidade de ser causa de pedir da ação popular ambiental, tanto a ação quanto a omissão estatal, que prejuízo para o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, pela necessidade de fiscalidade plena” (MONTEIRO, 2020, p. 39 - 40). Valendo-se da tese sustentada por Flávia Regina Ribeiro da Silva, então, Monteiro chama a atenção à dificuldade de se responsabilizar a omissão estatal em relação a questões ambientais devido à discricionariedade administrativa.

4 REFLEXÕES PARA UM PROCESSO DEMOCRÁTICO DOS DIREITOS CULTURAIS DIFUSOS DOS QUILOMBOLAS

Para proporcionar a adequada compreensão do raciocínio que será desenvolvido no tópico a seguir, é preciso deixar claro qual é a amplitude dos termos meio ambiente e meio ambiente cultural. A saber, na lição de Siqueira (2017), o meio ambiente é um macrobem ambiental, por sua vez, composto por um conjunto de microbens ambientais, sendo eles os bens artificiais, os bens naturais e os bens culturais.

O caput do art. 225 da Constituição de 1988 emprega a expressão “bem de uso comum do povo” (BRASIL, 1988), ao tratar do meio ambiente. Dessa forma, o macrobem ambiental é

apresentado como um bem de titularidade difusa, ou seja, pertence à coletividade, cabendo ao Poder Público a sua guarda e a sua gestão, mas não a sua posse. Já os microbens ambientais podem ser públicos ou privados de interesse público. Todavia, pelo equilíbrio do macrobem ambiental ser o real objeto do direito aqui tratado e para se prevenirem arbitrariedades, cabe frisar que a apropriação desses bens não pode deixar de respeitar a legislação específica (SIQUEIRA, 2017).

Com a Constituição (1988), o patrimônio cultural, um dos microbens ambientais recém explicados, tornou-se um direito fundamental. Tamanha foi a sua relevância, aos olhos do constituinte originário, que lhe foi dedicada a inteira seção II do capítulo III do texto (1988), além de outros artigos, esparsos. Nesse sentido, complementa-se que o entendimento predominante, hoje em dia, é que o meio ambiente cultural é composto por bens de natureza material e imaterial, em igual medida, como as formas de expressão; os modos de criar, fazer e viver; e as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais (AMADO, 2017).

Na seara legislativa, a partir de 1988, a proteção do patrimônio cultural foi marcada por uma série de normas, a começar pela Lei nº 12.343/2010 que instituiu o Plano Nacional de Cultura –previsto, cinco anos antes, pela Emenda 48/2005– para assegurar a defesa do patrimônio cultural nacional e a democratização do acesso à cultura, dentre outras disposições. Ademais, em 2012, a Emenda Constitucional 71, pelo acréscimo do art. 216-A à Carta Magna, previu o Sistema Nacional de Cultura, principal articulador federativo do referido Plano.

Sobre as formas de tutela, o art. 216, §1 da Constituição (1988) indica os instrumentos de defesa do patrimônio cultural brasileiro: inventários, registros, tombamento, desapropriação e vigilância, mas esse rol é exemplificativo, pois o art. 15 da Lei nº 9.985/2000, por exemplo, também considera a Área de Proteção Ambiental como um desses instrumentos. Por fim, destaca-se que, na esfera federal, a autarquia responsável pela coordenação da implementação desses instrumentos e a sua fiscalização é o IPHAN, cujo regimento interno foi aprovado pelo Decreto 6.844/2009.

É, portanto, a partir desse comentário sobre as formas de tutela do patrimônio cultural que se construirá a relação com a ação popular como um instrumento contra-hegemônico de defesa do meio ambiente cultural. A saber, a ação popular é um dos chamados remédios constitucionais e tem o intuito de possibilitar o exercício direto da soberania, ao possibilitar que qualquer cidadão reivindique o seu direito subjetivo a um Governo virtuoso, em nome da coletividade.

Assim sendo, o estilo de vida e a religião dos quilombolas formam o seu meio ambiente social. Essas comunidades tradicionais sofrem para ter a propriedade de suas terras em disputas contra fazendeiros (G1, 2021). Percebe-se, portanto, a antiga opressão do civil contra o *potus*. Segundo Leal e Thibau, o civil é o patrimonializado, presente na figura do “brasileiro civilizado”, ou ainda, integrado à vida em sociedade, como o é o fazendeiro. Por outro lado, o *potus* é o “errante, tonto, vadio e o despossuído”, hodiernamente presente na figura do não civilizado, do índio e do quilombola (LEAL; THIBAU, 2020, p. 331).

Por essa razão, a ação popular toma papel relevante na luta pela proteção do *potus*. Assim, conclui Nascimento (2011, p. 61):

Portanto, a epistemologia conferida pelo texto constitucional da Ação Popular, ou seja, a partir da definição jurídico-constitucional dessa ação conferida pelo legislador de 1988, somada às considerações acadêmicas acerca do meio ambiente cultural, espectro também ensejador de tutela judicial coletiva, conclui-se que é perfeitamente plausível no âmbito jurídico-processual a possibilidade trazida pelo presente trabalho monográfico.

5 A PARTICIPAÇÃO DOS QUILOMBOLAS NOS TRIBUNAIS CIVIS

De plano, é importante recordar que, embora a pesquisa jurisprudencial seja feita especialmente pela Justiça Comum Cível, o presente trabalho endereça os tribunais dos patrimonializados em contraponto à perspectiva dos não-patrimonializados. Nesta dicotomia expressada anteriormente, o civil cuida dos assuntos civis enquanto o *potus* fica à margem. Assim sendo, os quilombolas, como marginalizados históricos, têm participação radicalmente diferente dos “brasileiros civilizados” (LEAL; THIBAU, 2020, p. 331).

Em se tratando da metodologia, foram utilizadas as palavras-chave meio ambiente cultural e patrimônio cultural nos sites do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal. Ademais, tentou-se a combinação com a palavra quilombolas, sem resultado. Com relação à palavra-chave meio ambiente cultural, foram encontrados aqueles referentes à arbitramento de indenização ou para exemplificar o caráter multifacetário do conceito de meio ambiente. Nesse diapasão, segue-se à abordagem das jurisprudências.

Em princípio, destaca-se o julgado destacado por Nascimento (2011), que salientou o caráter incipiente das discussões jurisprudenciais em torno da defesa do patrimônio cultural. Dessa forma, o Agravo no Recurso Especial (REsp.) nº 1.050.522 / RJ teve como assunto principal a discussão sobre a legitimidade passiva da União quanto à proteção do patrimônio cultural ou se somente seria legítimo para a defesa o IPHAM. Ao final, o Relator votou por

negar o provimento amparado pelo artigo 216, §1º, da Constituição Federal, o qual considera o Poder Público e a comunidade como responsáveis pelo patrimônio cultural brasileiro (BRASIL, 2010). Além deste, no voto do Ministro Humberto Martins, é citado o REsp. 1.051.687 / MA. Na mesma linha, aborda sobre a atuação do Estado e dos Órgãos Públicos na conservação do “patrimônio cultural brasileiro” (BRASIL, 2008).

Ponto relevante encontrado na pesquisa jurisprudencial foi a constatação que o assunto central das celeumas em torno do patrimônio é a atuação do Poder Público, não havendo discussão em torno da comunidade.

Desse modo, é notável a presença da “exceção soberana” conceito de Giorgio Agamben. Assim, conforme explicado por Leal e Thibau (2015), o autor italiano parte do conceito de *iustitium*, o qual era instituto paradoxal para gerar um “vazio jurídico”. No presente contexto, depreende-se um vazio jurídico no silêncio sobre a atuação do particular nos altos tribunais civis.

Dessa maneira, resta àquele investido com a *auctoritas* e com a *potestas* aplicar a sua razão superior. *Auctoritas*, no direito privado, traduzir-se-ia como propriedade do autor, que intervinha para validar o ato de outrem, o qual não poderia realizar solitariamente. No caso do direito romano, este autor com propriedade de fiscalizar os atos dos incapazes seriam o *pater familias*. Por outro lado, *potestas* seria uma força delegada pela *res publica*. Com isso, algumas autoridades, investidas com o poder de fiscalização pela *res publica*, poderiam tutelar os incapazes. Na presente discussão, esses incapazes seriam os quilombolas, tutelados inclusive no exercício de seus direitos coletivos.

Por essa razão, Cappelletti e Garth citam o Professor Brañes:

[...] da mesma forma, para os muito pobres, ele observa que ‘o problema de acesso à justiça é simplesmente irrelevante, uma vez que eles não têm demanda a propor e estão fora do sistema institucional, não importa quanto este sistema seja acessível’ (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 161-162).

É nessa linha de intelecção que a ação popular para defesa do meio ambiente cultural apresenta especial relevância. Amparados pelo artigo 5º, inciso LXXIII, da Constituição Federal, o quilombola não mais necessita a tutela do civil, pois pode proteger seu meio ambiente, inclusive o cultural, de maneira autônoma. Portanto, deve-se atenção a uma interpretação voltada ao paradigma de Estado Democrático Brasileiro especialmente no artigo 216, §1º, da Constituição Federal, tendo em vista a essencialidade da colaboração da comunidade na defesa do patrimônio cultural para a fiscalidade do cidadão brasileiro, em especial o quilombola.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dessa forma, a luta pelo direito dos quilombolas ostenta especial ameaça e fragilidade. Embora a Lei Áurea e o reconhecimento do direito à terra desse grupo, as elites rurais brasileiras, corresponsáveis pela desigualdade fática histórica, permanecem neste papel. Assim, insiste-se na contraposição do civil sobre o *potus*, os quais não podem reagir à ameaça aos seus direitos individuais e, especialmente, aos coletivos, *id est*, o direito ao meio ambiente cultural preservado.

Nessa linha, destaca-se que a tutela dos direitos individuais homogêneos e coletivos passou por um longo processo de evolução. Atualmente, o paradigma de Estado Democrático de Direito ainda carece de ajustes para melhor subsumir-se ao paradigma adotado pela Constituição Federal, conforme elucidado pelo professor Thiago Loures Monteiro. Não obstante, trata-se de uma ação efetiva para os direitos coletivos do *potus*, em especial para o direito ao meio ambiente cultural.

Recorda-se que o meio ambiente é um macrobem, composto por microbens naturais, artificiais e culturais. Cada um destes é conferido especial atenção pela Constituição Federal, a qual prescreve a colaboração do Poder Público com a colaboração da comunidade. Nesse sentido, retomam-se as críticas aos tribunais civis, ao apenas ponderarem sobre a atuação das Pessoas e Órgãos da Administração Pública em detrimento do não patrimonializado, sob pena de não considerar devidamente o paradigma de Estado Democrático de Direito.

Em suma, o direito à proteção do meio ambiente cultural da população quilombola no Brasil é constitucionalmente tutelado. Dessa forma, a fim de garantir a máxima efetividade ao direito em questão, é necessário valer-se da ação popular em uma interpretação radicalmente democrática, conforme determina o artigo 5º, inciso LXXIII, da Lei Maior. Com isso, objetiva-se a solução mais grave de acesso à justiça elucidada pelo Professor Brañes, qual seja, a falta de demanda a propor.

REFERÊNCIAS

AMADO, Frederico. **Direito ambiental**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 07 set. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. turma). **Agravo no Recurso Especial nº 1050522**. Administrativo - Processo Civil - Ação Civil Pública - Conservação do Bem tombado pelo IPHAN [...]. Relator: Humberto Martins, 18 maio 2010. Publicado no Diário Eletrônico, 31 maio 2010. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 19 set. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1. turma). **Recurso Especial 1051687/MA**. Ação Civil Pública. Bem tombado. Propriedade Particular. Ônus Da Prova. Conservação. Responsabilidade. Decreto-Lei Nº 25/37. Ressarcimento. Relator: Francisco Falcão, 11 nov. 2008. Publicado no Diário Eletrônico, 17 nov. 2008. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RESP%27.clap.+e+@num=%271051687%27\)+ou+\(%27RESP%27+adj+%271051687%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clap.+e+@num=%271051687%27)+ou+(%27RESP%27+adj+%271051687%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja). Acesso em: 19 set. 2021.

CAPELETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

COSTA, Melina de Oliveira Gonçalves Fernández. A Ação Popular Como Instrumento de Defesa do Meio Ambiente e Exercício da Cidadania Ambiental. Porto Alegre: **Direito Público**. n. 15, jan./ fev./ mar., Estudos, Conferências e Notas, p. 148-168, 2007. Disponível em: <file:///C:/Users/Usu%C3%A1rio/Downloads/1420-4673-1-PB.pdf>. Acesso em: 15 set. 2021.

DALARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

FRASER, Nancy. **Da redistribuição ao reconhecimento?** Dilemas da justiça numa era “pós-socialista”. N. 14/15, São Paulo: Cadernos de Campo, p. 1-382, 2006.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de direito processual civil**. 51. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, v. 2.

LEAL, André Cordeiro; THIBAU, Vinícius Lott. A dogmática processual e a exceção cotidiana. **Revista Brasileira de Direito Processual**, Belo Horizonte, ano 23, n.92, out./dez. 2015.

LEAL, André Cordeiro; THIBAU, Vinícius Lott. A pandemia e as raízes publicísticas do processo civil. **Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva**, Belo Horizonte, n. 42, p. 327-340, set./dez. 2020.

MASSON, Nathalia. **Manual de direito constitucional**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

MONTEIRO, Thiago Loures Machado Moura. Ação popular ambiental como ferramenta do processo democrático. In: ROCHA, Marcelo Antônio et al. **Democracia, direitos humanos e justiça socioambiental: reflexões sobre as repercussões sociais da destruição da natureza**. Belo Horizonte: Dom Helder, 2020. Disponível em: <https://domhelder.edu.br/wp-content/uploads/2020/12/EBOOK-Democracia-direitos-humanos-e-justi%C3%A7a-socioambiental.pdf#page=30>. Acesso em: 08 set. 2021.

NASCIMENTO, Breno Honorato. **Ação Popular e Defesa do Patrimônio Cultural Religioso Afro-Brasileiro**. 2011. Monografia (Obtenção do Título de Bacharel em Direito) - Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2011. Disponível em: <https://repositorio.ufpb.br/jspui/bitstream/123456789/89/1/BHN17092012.pdf>. Acesso em: 19 set. 2021.

OLIVEIRA, Rafael; MOREIRA, Danilo. MPF entra com ação para reintegrar terras invadidas por fazendeiros aos quilombolas da Chapada dos Veadeiros. **G1**, Goiânia, 18 ago. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/go/goias/noticia/2021/08/18/mpf-entra-com-acao-para-reintegrar-terras-invadidas-por-fazendeiros-aos-quilombolas-da-chapada-dos-veadeiros.ghtml>. Acesso em: 19 set. 2021.

SANTOS, Boaventura Souza. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

SIQUEIRA, Lyssandro Norton. **Qual o valor do meio ambiente**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

SOUZA, Jurandir de. **Meio ambiente e prática cultural na comunidade quilombola do varzeão no Vale do Ribeira - PR**. 2014. Tese (Doutorado em Meio Ambiente e Desenvolvimento) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014. Disponível em: http://www.educadores.diaadia.pr.gov.br/arquivos/File/dissertacoes_teses/tese_jurandir_souza.pdf. Acesso em: 07 set. 2021.

THIBAU, Vinícius Lott. Os paradigmas jurídico-constitucionais e a interpretação do Direito. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, vol. 3, n. 01, p. 317-356, jan./jun. 2018. Disponível em: <http://revista.fumec.br/index.php/meritum/article/view/787>. Acesso em: 25 abr. 2021.

WITKER, Jorge. **Como elaborar una tesis en derecho**: pautas metodológicas y técnicas para el estudiante o investigador del derecho. Madrid: Civitas, 1985.

ZANETI JÚNIOR, Hermes; GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direitos Difusos e Coletivos**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

PARTE II

DIREITO PENAL E JURISPRUDÊNCIA: JUSTIÇA, SEGURANÇA E CORRESPONSABILIDADE DO ESTADO

O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO E A PROGRESSÃO DE REGIME NA LEI ANTICRIME: O ISOLAMENTO E A CULTURA DO ENCARCERAMENTO

Enio Luiz de Carvalho Biaggi¹³

Lícia Jocilene das Neves¹⁴

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO E OS REFLEXOS DA LEI ANTICRIME; 3 O DIREITO À PROGRESSÃO DE REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA PELA LEI ANTICRIME; 4 A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO; 5 A INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO PARA A PRESERVAÇÃO DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO JURISDICIONADO; 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

No final do século XVIII, quando a privação da liberdade em um estabelecimento próprio pareceu ser uma resposta à brutalidade e à crueldade das penas impostas aos indivíduos que praticassem um delito, como já descrito por Michel Foucault no século XIX, não era possível prever que, com o aumento populacional e, principalmente no Brasil, com a desigualdade social e a desigualdade de oportunidades a marginalizar pessoas, a instituição-prisão seria um tanto quanto indigna e cruel. Não se trata de deixar de punir a quem merece nem de deixar de repreender aqueles que violam as leis e impõem insegurança à sociedade, trata-se de se exigir que a prisão, seja provisória ou definitiva, cumpra, verdadeiramente, o seu papel cautelar ou de instrumento de combate, prevenção, ressocialização e repressão ao crime.

¹³ Doutor em Literatura, História e Memória Cultural pela Universidade Federal de Minas Gerais. Mestre em Literatura e Outros Sistemas Semióticos pela Universidade Federal de Minas Gerais. Graduado em Letras pela Universidade Federal de Minas Gerais. Graduado e Especialista em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Líder do Grupo de Iniciação Científica Direito Penal e Jurisprudência: justiça, segurança e corresponsabilidade do Estado.

¹⁴ Mestra em Direito e Instituições Políticas pela Universidade FUMEC. Professora do Curso de Graduação em Direito da Escola Superior Dom Helder Câmara. Secretária do Grupo de Iniciação Científica Direito Penal e Jurisprudência: justiça, segurança e corresponsabilidade do Estado, liderado pelo Professor Doutor Enio Luiz de Carvalho Biaggi.

Ocorre que o sistema prisional, como noticiado, visto, comentado e conhecido pela população brasileira, tornou-se um depósito de pessoas e, nestas condições, se apoiar na cultura do encarceramento, como visto no regime disciplinar diferenciado, ou nas novas regras determinadas para a concessão da progressão de regime, não parece ser uma resposta útil e hábil a se promover o combate às organizações criminosas, às associações criminosas e às milícias privadas sem que outras medidas de carácter socioeducativas duradouras e eficientes sejam implementadas. Caso contrário, desde 2003, quando implantado o RDD, já se observariam resultados positivos.

Neste cenário, de maneira a abranger satisfatoriamente o tema proposto, inicialmente tratar-se-á do regime disciplinar diferenciado, descrevendo as suas características, cabimento e procedimento, fazendo um comparativo entre o que se previa na Lei de Execução Penal antes da Lei Anticrime e o que atualmente se prevê. Pretende-se, desta maneira, analisar a cultura do encarceramento no âmbito legislativo e a violação do princípio da dignidade da pessoa humana ao se impor o isolamento diário por um período prolongado. Continuamente, será analisado o direito do preso à progressão do regime de cumprimento de pena e como a Lei Anticrime alterou a Lei de Execução Penal dificultando a sua concessão e, novamente, como está contribuindo para a cultura do encarceramento. No terceiro e último tópico, será verificado como o isolamento aplicado no RDD é controverso diante do entendimento doutrinário, apesar de autorizado pelas autoridades judiciais. Objetiva-se, ainda, neste tópico, tratar do isolamento como uma medida indigna e ineficiente, historicamente imposta, para se forçar o preso a pensar na sua conduta apesar de não ser este o seu objetivo atualmente. Por fim, nas considerações finais, buscaremos concluir o artigo de forma a responder à questão anteriormente colocada e de se compreender que o ambiente prisional, não obstante ser indigno e cruel, é institucionalmente mais um local para a marginalização humana.

2 O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO E OS REFLEXOS DA LEI ANTICRIME

A Lei 10.792, de 1º de dezembro de 2003, ao instituir o regime disciplinar diferenciado (RDD), tratou de regulamentá-lo na Lei de Execução Penal (Lei 7210/84) ao alterar seu artigo 52. Não se trata de outro regime de cumprimento de pena além dos já previstos no artigo 33 do Código Penal e nos artigos 87, 91 e 93 da Lei 7.210/84 – regime fechado, semiaberto e aberto - e, sim, de uma espécie de sanção disciplinar aplicada em certas situações.

Conforme o *caput* do artigo 52 da Lei 7210/84, caberá a inclusão do preso provisório ou do condenado, nacional ou estrangeiro, no RDD, quando ocorrer, no interior do estabelecimento prisional, a prática de fato previsto como crime doloso que constitui falta grave ou quando se praticar conduta que cause a “subversão da ordem ou disciplina internas”. (BRASIL, 1984). Ressalta-se que este artigo foi alterado pela Lei Anticrime, pois, anteriormente a sua publicação, não estava expresso que presos provisórios e condenados estrangeiros também podiam ser submetidos ao regime (BRASIL, 2019). O artigo 52 da Lei 7.210/84 ainda se refere à falta grave. Conforme a própria Lei de Execução Penal determina nos artigos 50 e 51, são faltas disciplinares consideradas graves:

Art. 50. Comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que:
I - incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina;
II - fugir;
III - possuir, indevidamente, instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem;
IV - provocar acidente de trabalho;
V - descumprir, no regime aberto, as condições impostas;
VI - inobservar os deveres previstos nos incisos II e V, do artigo 39, desta Lei.
VII – tiver em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo.
VIII - recusar submeter-se ao procedimento de identificação do perfil genético.
Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se, no que couber, ao preso provisório.
Art. 51. Comete falta grave o condenado à pena restritiva de direitos que:
I - descumprir, injustificadamente, a restrição imposta;
II - retardar, injustificadamente, o cumprimento da obrigação imposta;
III - inobservar os deveres previstos nos incisos II e V, do artigo 39, desta Lei.
(BRASIL, 1984).

Percebe-se pela própria definição do que seja uma falta grave, as condutas descritas nos incisos I, II, III e IV são, por si só, subversivas à ordem ou a disciplina imposta, logo ao praticá-las, o preso estará sujeito ao RDD. Neste cenário, questiona-se: como deve ocorrer a inclusão no RDD? Deve ser automática, a partir da observação da falta grave ou a partir do fato previsto como crime doloso, visto que a palavra escolhida pelo legislador para autorizá-la foi meramente a prática? Não parece que o legislador se preocupou em descrever o que caracterizaria a prática, violando-se, portanto, o princípio da legalidade penal, no entanto, este assunto será tratado mais adiante.

Tratando-se da inclusão no RDD, ao se verificar a falta grave ou a prática do fato definido como crime doloso, nos termos do artigo 59 e 60 da LEP, será instaurado procedimento administrativo para a apuração da conduta, com direito de defesa por parte do preso, podendo o diretor do estabelecimento prisional (autoridade administrativa), decretar o isolamento provisório do preso por até dez dias, tendo então que comunicar ao juiz da execução penal para

que ela possa autorizar a inclusão no RDD. A decisão será fundamentada e o caráter da sanção a ser aplicada “levar-se-ão em conta a natureza, os motivos, as circunstâncias e as consequências do fato, bem como a pessoa do faltoso e seu tempo de prisão”, como se define no artigo 57 da Lei de Execução Penal. (BRASIL, 1984).

Além das circunstâncias descritas que constituem as faltas graves autorizadoras à inclusão no RDD, outras situações também a admitem como descrito nos §§ 1º, 2º e 3º do artigo 52 que assim define:

§ 1º O regime disciplinar diferenciado também será aplicado aos presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros:

I - que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade;

II - sob os quais recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organização criminosa, associação criminosa ou milícia privada, independentemente da prática de falta grave.

§ 2º Estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou o condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando.

§ 2º (Revogado).

§ 3º Existindo indícios de que o preso exerce liderança em organização criminosa, associação criminosa ou milícia privada, ou que tenha atuação criminosa em 2 (dois) ou mais Estados da Federação, o regime disciplinar diferenciado será obrigatoriamente cumprido em estabelecimento prisional federal.

Não há dúvida que, a partir da leitura dos parágrafos acima, vislumbra-se novamente que o legislador escolheu termos que também levam a uma subjetividade que, no âmbito penal, podem oferecer um risco à segurança jurídica como: “apresentem alto risco”; “recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação” ou ainda “existindo indícios”.

Além das circunstâncias indisciplinares e das condutas que caracterizam, nos termos da lei, a necessidade do isolamento do preso, também foi definido o prazo do isolamento e as condições que lhe serão impostas. Conforme definido na Lei de Execução Penal, no artigo 52 e em seus respectivos incisos, são características do RDD:

Art. 52. (...).

I - duração máxima de até 2 (dois) anos, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie;

II - recolhimento em cela individual;

III - visitas quinzenais, de 2 (duas) pessoas por vez, a serem realizadas em instalações equipadas para impedir o contato físico e a passagem de objetos, por pessoa da família ou, no caso de terceiro, autorizado judicialmente, com duração de 2 (duas) horas;

IV - direito do preso à saída da cela por 2 (duas) horas diárias para banho de sol, em grupos de até 4 (quatro) presos, desde que não haja contato com presos do mesmo grupo criminoso;

V - entrevistas sempre monitoradas, exceto aquelas com seu defensor, em instalações equipadas para impedir o contato físico e a passagem de objetos, salvo expressa autorização judicial em contrário;

- VI - fiscalização do conteúdo da correspondência;
- VII - participação em audiências judiciais preferencialmente por videoconferência, garantindo-se a participação do defensor no mesmo ambiente do preso. (BRASIL, 1984).

Observa-se que todas as disposições constantes dos incisos acima foram alteradas pela Lei Anticrime e algumas delas tornaram ainda mais severas as condições impostas, indicando uma disposição legislativa para o encarceramento. Assim, no inciso I, determina-se que o isolamento deverá ocorrer em cela individual pelo prazo máximo de dois anos, ou seja, até 730 (setecentos e trinta) dias diretos poder-se-á impor ao preso se isolar dos demais, tendo contato apenas com duas pessoas de quinze em quinze dias por duas horas, mediante visita. Da mesma forma, durante todo o tempo que permanecer isolado, poderá sair da cela por apenas duas horas diárias para o banho de sol, podendo, neste caso, sair em grupos de até quatro presos, desde que não tenha contato com os do seu mesmo grupo. Não parece digno se manter alguém dentro de uma cela isolado, portanto, em contato apenas com os agentes prisionais, por 22 (vinte e duas) horas diárias. Este mecanismo assemelha-se muito com o sistema panóptico que se aplicava aos presos no final do século XVIII e início do século XIX como descreve Michel Foucault.

Primeiro princípio, o isolamento do condenado em relação ao mundo exterior, a tudo que motivou a infração, às cumplicidades que a facilitaram. Isolamento dos detentos uns em relação aos outros. Não somente a pena deve ser individual como individualizante. E isso de duas maneiras. Em primeiro lugar, a prisão deve ser concebida de maneira a que ela mesma apague as consequências nefastas que atrai ao reunir num mesmo local condenados muito diversos: abafar os complôs e revoltas que se possam formar, impedir que se formem cumplicidades futuras ou nasçam possibilidades de chantagem (no dia em que os detentos se encontrem livres), criar obstáculo à imoralidade de tantas associações misteriosas. (...) Enfim, e talvez principalmente, o isolamento dos condenados que se possa exercer sobre eles, com o máximo de intensidade, um poder que não será balado por nenhuma outra influência: a solidão é a condição primeira da submissão total". (FOUCAULT, 2013, p. 222-223).

Segundo Foucault, o isolamento consiste em um suplício, um castigo que é imposto ao preso, ou seja, uma submissão contra a qual não como poderá lutar enquanto nela estiver podendo apenas pensar. A verdade é que, nos estabelecimentos prisionais brasileiros, o pensamento reside em como poderá se comunicar sigilosamente com os demais de forma a continuar na sua atividade criminosa, vistos os índices de reincidência dos presos e a continuidade da liderança da organização, da milícia e da associação, por vezes observada, do próprio regime em que se encontra. Afinal, quais são as condições externas que encontrarão tais pessoas que as incentivem a dar um fim à atividade criminosa? Ademais, as condições serão ainda mais propícias, tendo em vista as diferenças sociais e a desigualdade de oportunidades.

No que concerne às alterações promovidas pela Lei Anticrime nas condições observadas no RDD anteriormente à lei 13.964/2019, o prazo máximo de permanência no regime era de 360 (trezentos e sessenta) dias em um ano, sem prejuízo da repetição da aplicação do regime e as visitas eram semanais. Isso explica o uso da terminologia para se referir à essa política criminal como “cultura do encarceramento”, já que não há preocupação alguma na conscientização do preso que aquela situação não é ideal e que há necessidade ou que há possibilidade de mudar de atitude. Ao contrário, a pretexto de se combater à atividade criminosa, submete-se alguém a tais condições esperando que haja um milagre e que a atividade criminosa não continue a se desenvolver externamente àquela situação.

3 O DIREITO À PROGRESSÃO DE REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA PELA LEI ANTICRIME

Como bem determina o *caput* do artigo 112 da Lei de Execução, a pena deve ser executada de forma progressiva em relação ao regime de cumprimento de pena e, caso o condenado, cumpra os requisitos legais, terá o direito de transferência de um regime mais rigoroso para um regime mais brando (BRASIL, 1984). Da própria leitura do artigo 112, entende-se que a progressão de regime é um direito do preso e será concedido pelo juízo da execução da pena quando cumpridos os requisitos objetivos e subjetivos.

A Lei 13.964/2019 vem alterar substancialmente os requisitos objetivos necessários à concessão dos benefícios para a progressão de regime no cumprimento da pena. Antes da Lei 13.964, cabia a progressão quando o condenado cumprisse, ao menos, 1/6 (um sexto) da pena aplicada, além do bom comportamento carcerário atestado pelo diretor do estabelecimento penal e aptidão para se adaptar ao novo regime. Quanto aos crimes hediondos e equiparados (tráfico de drogas, tortura e terrorismo), a Lei de Crimes Hediondos, Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, determinava no artigo 2º § 2º, que o preso teria direito à progressão em tais crimes quando cumprido, ao menos, 2/5 (dois quintos) da pena aplicada, no caso de condenado primário e, ao menos, 3/5 (três quintos) quando reincidente. (BRASIL, 1990).

Como afirma Cesar Roberto Bitencourt, a progressão de regime “possibilita ao próprio condenado, através de seu procedimento, da sua conduta carcerária, direcionar o ritmo de cumprimento de sua sentença, com mais ou menos rigor”. (BITENCOURT, 2018, p. 638).

No entanto, com a Lei anticrime, o requisito referente ao tempo de pena cumprido exigido para a progressão foi alterado, tornando-se mais rigoroso esse requisito, prevendo

inclusive os casos de reincidência com resultado morte. Conforme a nova redação do artigo 112 da Lei 7.210/84, define-se para a progressão de regime:

Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos:

I - 16% (dezesesseis por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça;

II - 20% (vinte por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça;

III - 25% (vinte e cinco por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido com violência à pessoa ou grave ameaça;

IV - 30% (trinta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido com violência à pessoa ou grave ameaça;

V - 40% (quarenta por cento) da pena, se o apenado for condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, se for primário;

VI - 50% (cinquenta por cento) da pena, se o apenado for:

a) condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, com resultado morte, se for primário, vedado o livramento condicional;

b) condenado por exercer o comando, individual ou coletivo, de organização criminosa estruturada para a prática de crime hediondo ou equiparado; ou

c) condenado pela prática do crime de constituição de milícia privada;

VII - 60% (sessenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado;

VIII - 70% (setenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime hediondo ou equiparado com resultado morte, vedado o livramento condicional.

§ 1º Em todos os casos, o apenado só terá direito à progressão de regime se ostentar boa conduta carcerária, comprovada pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.

§ 2º A decisão do juiz que determinar a progressão de regime será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor, procedimento que também será adotado na concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas, respeitados os prazos previstos nas normas vigentes. (BRASIL, 1984).

É notório que, a partir da nova definição do prazo de pena a ser cumprido, bem como as especificações da natureza do crime praticado e a reincidência específica (ou não), torna mais difícil a progressão de regime e, assim, evita-se que o condenado possa ser reintegrado à sociedade mais cedo, ainda que não tenha alterado o requisito quanto ao bom comportamento carcerário e à aptidão para o novo regime. Ou seja, se o condenado já apresentava um comportamento satisfatório para obter o benefício, por que então mantê-lo ainda mais tempo nesse ambiente prisional?

Em relação aos novos prazos exigidos pela Lei Anticrime, na concepção do defensor público Diogo de Azevedo Simão:

No que toca à execução penal, a novel legislação apresenta irrefutáveis retrocessos, posto que viola o sistema progressivo de cumprimento de pena, não contribui para a ressocialização (objetivo declarado na LEP), aumenta o tempo de aprisionamento e o gasto público com execução penal, além de não existir nenhuma comprovação de que

o recrudescimento da lei penal diminuirá a criminalidade (falácia sustentada por quem defende essa espécie de legislação simbólica e populista). (SIMÃO, 2020).

Em decisão de 2015, o Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347/DF, proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL – que requeria a caracterização do sistema prisional brasileiro como estado de coisas inconstitucional, assim decidiu, ante à superlotação prisional:

Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como 'estado de coisas inconstitucional. (BRASIL, 2015).

Ressalta-se que no relatório da decisão acima citada, explica-se o que significa o termo estado de coisas inconstitucional, qual seja:

Conforme esclarece, a técnica da declaração do “estado de coisas inconstitucional” permite ao juiz constitucional impor aos Poderes Públicos a tomada de ações urgentes e necessárias ao afastamento das violações massivas de direitos fundamentais, assim como supervisionar a efetiva implementação. Considerado o grau de intervenção judicial no campo das políticas públicas, argumenta que a prática pode ser levada a efeito em casos excepcionais, quando presente transgressão grave e sistemática a direitos humanos e constatada a imprescindibilidade da atuação do Tribunal em razão de “bloqueios institucionais” nos outros Poderes. Afirma que essas condições estão presentes e são notórias no sistema prisional brasileiro, a legitimar a atividade do Supremo por meio desta arguição. (BRASIL, 2015).

Pode-se observar que, do trecho do relatório transcrito, há o reconhecimento da situação em que encontram os estabelecimentos prisionais brasileiros, requerendo o PSOL que, através da declaração do estado de coisas inconstitucional, se pudesse exigir do poder público iniciativas urgentes no sentido de impedir a contínua violação de direitos fundamentais no referido sistema.

Sobre o reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal das violações de direitos fundamentais e, em consequência, da violação aos preceitos constitucionais no sistema prisional brasileiro, Diogo de Azevedo Simão expõe sobre a sua percepção da Lei Anticrime:

Justamente por isso, a Lei 13.964/2019 violou a autoridade da decisão do STF na *ADPF 347* em ao menos dois pontos: o primeiro, por não observar o quadro trágico do sistema penitenciário brasileiro no processo legislativo; o segundo, porque a elevação do tempo para obtenção de progressão de regime (...) irá resultar em maior tempo de aprisionamento e em significativa piora no quadro de superlotação carcerária, o que, portanto, vai na contramão da decisão do STF. (SIMÃO, 2020).

Não há dúvida de que tanto a alteração das características do regime disciplinar diferenciado quanto a modificação no tempo necessário para a progressão de regime, implementadas pela Lei 13.964/2020, que entraram em vigor em 23 de janeiro de 2020, somente pioram os problemas já existentes no sistema prisional e revelam a política legislativa do encarceramento, por isso faz-se necessário analisar, também, o entendimento doutrinário sobre a inconstitucionalidade do RDD e da progressão de regime nos termos da recente lei.

4 A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO

Apesar do regime disciplinar diferenciado, como já dito anteriormente, implicar em um isolamento admissível por tempo prolongado e, ainda, apresentar na sua caracterização termos que denotam uma subjetividade, justamente por não descreverem as condutas como determina o princípio da legalidade penal, é controvertida a sua constitucionalidade.

Na descrição do isolamento imposto pelos primeiros sistemas prisionais dos séculos XVIII e XIX, no entendimento de Michel Foucault, o preso, ao ficar entregue à sua cela e aos seus pensamentos em uma condição de “submissão profunda”, não haverá “um respeito exterior à lei ou apenas o receito da punição que vai agir sobre o detento, mas o trabalho de sua própria consciência”. E, assim, o que se observará é uma “mudança na moralidade do preso e não na sua atitude”. (FOUCAULT, 2013, p. 225). Isso significa que, já naquela época, havia dúvida se o isolamento realmente conseguiria impedir o crime, visto que se castiga a consciência, mas não se garante a mudança na sua conduta, porque o próprio preso não tem esperança na sua mudança. Como bem afirma o doutor em Ciências Sociais e pesquisador no Núcleo de Sociabilidade Libertária – NU-SOL, do Programa de Estudos Pós-Graduados em Ciências Sociais – PUC/SP, José Eduardo Azevedo (1999),

Descrente da legislação vigente e em face da forma como é tratado, o preso vê com ceticismo e desconfiança a perspectiva de sua recuperação pelas regras impostas através do sistema prisional, e desenvolve uma aguda sensibilidade aos excessos de punição que lhe infligem as precárias condições da prisão e as penas privativas de liberdade.

Ainda reflete Foucault (2013, p. 223) sobre o isolamento: “Enfim, e talvez principalmente, o isolamento dos condenados garante que se possa exercer sobre eles, com o máximo de intensidade, um poder que não será abalado por nenhuma outra influência; a solidão é a condição primeira da submissão total”.

Sabe-se que, atualmente, pela própria descrição do RDD na Lei de Execução Penal, não é objetivo de sua decretação trazer consciência ao preso e, sim, afastá-lo da convivência dos demais, a fim de se evitar o contato e a gerência do crime organizado dentro do próprio estabelecimento prisional. Ademais, é mais fácil tratar do efeito do que tratar da causa. Neste aspecto, José Eduardo Azevedo (1999) afirma que “O sistema prisional está centrado preponderantemente na premissa da exclusão social do criminoso, visto como perigoso e insubordinado. O confinamento e a vigilância a que está submetido é estrategicamente ordenado por mecanismos de opressão”, portanto, não interessa se o isolamento conscientizará ou não o preso que não deve mais praticar qualquer conduta que o inclua novamente naquele regime, interessa é a sua exclusão absoluta até do próprio ambiente prisional.

Sobre a constitucionalidade do RDD, Guilherme de Souza Nucci retrata o fato do isolamento ser entendido por alguns doutrinadores como uma espécie de pena cruel e, desta maneira, violaria os preceitos fundamentais defendidos pela Constituição brasileira, principalmente o princípio da humanidade. (NUCCI, 2011). Entretanto, o referido autor defende o regime, ao afirmar:

Pensamos, entretanto, que não se combate o crime organizado, dentro ou fora dos presídios, com o mesmo tratamento destinado ao delinquente comum. Se todos os dispositivos do Código Penal e da Lei de Execução Penal fossem fielmente cumpridos, há muitos anos, pelo Poder Executivo, encarregado de construir, sustentar e administrar os estabelecimentos penais, certamente o crime não estaria hoje, organizado, de modo que não haveria necessidade de regimes como o estabelecido pelo art. 52 da Lei de Execução Penal. (NUCCI, 2011, p. 1107).

E continua Nucci:

Tanto quanto a pena privativa de liberdade, é o denominado mal necessário, mas não se trata de uma pena cruel. Proclamar a inconstitucionalidade desse regime, fechando os olhos aos imundos cárceres aos quais estão lançados muitos presos no Brasil é, com a devida *vênia*, uma imensa contradição. Constitui situação muito pior ser inserido em uma cela coletiva, repleta de condenados perigosos, com penas elevadas, muitos deles misturados aos presos provisórios, sem qualquer regramento e completamento insalubre, do que ser colocado em cela individual, longe da violência de qualquer gênero, com mais higiene e asseio, além de não se submeter a nenhum tipo de assédio de outros criminosos. (NUCCI, 2011, p. 1017).

Observa-se, a partir do comentário de Guilherme de Souza Nucci, que o problema seria o fato do poder executivo não se preocupar com o estado indigno que se encontram os estabelecimentos prisionais brasileiros e não conseguir pelos métodos tradicionais e constitucionais lidar com o problema da criminalidade, e, então, seria uma mal necessário utilizar de tal mecanismo para se evitar a prática de crimes e também o regime até se justificaria,

pois seria uma maneira não usual de se melhorar a situação física do preso no ambiente prisional.

Descreve ainda Nucci (2011, p. 1017) que, “em lugar de combater, idealmente, o regime disciplinar diferenciado, pensamos ser mais ajustado defender, por todas as formas possíveis, o fiel cumprimento às leis penais e de execução penal (...)”. Se idealmente não se consegue impedir a criminalidade, não há consenso doutrinário sobre a imposição do regime como o RDD. Conforme defendem Luiz Flávio Gomes ex-promotor de justiça, Rogério Cunha e Thales de Pádua, ambos promotores públicos, sobre o RDD:

A gravidade do crime praticado não basta para presumir a personalidade do seu autor, havendo que existir, concretamente, dados que indiquem ser ele, enquanto preso, um perigo para ordem e a segurança do presídio. Ninguém pode ser punido (muito menos com RDD) pelo que é, sim, pelo que faz. Seria absurdo (e retrocesso inconcebível) punir alguém pelo risco que representa, sem ter cometido internamente algum fato revelador de periculosidade. (...). Outra exceção onde se aplica o RDD repousa no preso provisório ou condenado com trânsito em julgado que integre organização criminosa, quadrilha ou bando. Portanto, não precisa praticar o crime da Lei das Organizações Criminosas (9034/95 e 10217/01), bastando o artigo 288 do CP que se afigure nocivo a sociedade. (GOMES; CUNHA; PÁDUA; 2006, p. 22-27).

Da interpretação do descrito acima compreende-se que os termos usados na legislação para se justificar a inclusão de um preso no RDD, como “prática”; “receio”; “riscos” não são legalmente adequados. No mesmo sentido, o advogado criminalista Rodrigo Bello expõe:

Neste instante podemos perceber a intenção do legislador em simplesmente isolar os chamados criminosos de alta periculosidade. Percebemos que conceitos vagos e imprecisos colocados na Lei de Execução Penal dão azo para que os aplicadores do direito envolvidos, possam se valer das paixões emergenciais que, em muitas das vezes, são incentivadas por uma mídia viciada e tendenciosa. Ao que parece, o RDD retroage no tempo e faz com que as famosas solitárias tomem novo nome e elevem-se ao degrau de soluções do problema da criminalidade, principalmente no tocante às organizações criminosas. (BELLO, 2016).

Igualmente admite Rodrigo Bello que impor o isolamento ao preso é “impiedoso e lento”, nos seguintes termos:

Nossa intenção é demonstrar o retrocesso que nossa lei trouxe em criar um sistema prisional onde o preso se isola do mundo, não tendo contato direto com outros seres humanos, não tendo acesso a qualquer tipo de informação e não tendo, por exemplo, direito ao banho de sol com durabilidade razoável. Melhor seria construirmos masmorras e colocarmos esses tais presos altamente perigosos, isolados, no alto das torres e ao invés de carcereiros, pagarmos verdadeiros carrascos para “cuidar” destes “insignificantes” para a sociedade.

A prisão é um mal, todos nós sabemos disso. Sendo necessária em alguns casos, não podemos permitir o isolamento completo do ser humano para que ele tenha uma pena degradante e sofra sérias complicações mentais. Cumpre salientarmos que o erro, que

o crime cometido deve ser punido, mas nunca na “mesma moeda”, ou seja, em um Estado Democrático de Direito não podemos permitir o desrespeito evidente do princípio da dignidade humana. E essa quebra de dogma constitucional vem em forma de tortura lenta, de isolar o ser humano para que o ócio e a rotina o retirem do mundo civilizado. Trata-se de um sofrer lento e impiedoso. (...). Por que agora nossos legisladores reacionários tendem a retroceder e criar verdadeiras prisões de segurança máxima onde o único objetivo é acabar aos poucos com o preso? Acaba com sua esperança, acaba com sua dignidade, alimenta a raiva, alimenta a indignação. Enfim, mata o ser humano. Se, por acaso, ventilar na cabeça desses condenados uma ligeira intenção em cumprir sua pena e voltar ao seio da sociedade como uma pessoa civilizada, esqueça! A luta agora é muito pior. A luta é travada contra o seu subconsciente. A única companhia será a sua. Seus tramas, seus medos, suas ansiedades, sua saudade o consumirão de uma forma lenta, torturando-o, culminando numa alienação mental completa. (BELLO, 2016).

Contrariamente aos entendimentos anteriores, a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, mediante decisão proferida em março de 2019, em agravo regimental no julgamento do *habeas corpus* 148.459/DF, cujo relator era o Ministro Alexandre de Moraes, negou provimento ao agravo em relação a presos de estabelecimento prisional federal de segurança máxima que estavam no regime disciplinar diferenciado há mais de um ano. Segundo o Ministro-relator:

A sociedade brasileira está farta do aumento da insegurança pública e da falta de integração entre União, estados e municípios, com inúmeras discussões estéreis e pouquíssimas inovações práticas eficientes, sendo necessária a soma inteligente de esforços institucionais, sempre com a absoluta observância da dignidade da pessoa humana e das normas constitucionais, para combater as organizações criminosas, que, lamentavelmente, mesmo de dentro dos presídios, amedrontam nossas famílias e atrapalham o crescimento e desenvolvimento de nosso país. (BRASIL, 2019).

Ressalta-se que, apesar da controvérsia que circunda o regime disciplinar diferenciado, há algo comum entre os entendimentos aqui citados: a prisão é um mal necessário, entretanto, deve seguir os preceitos da Constituição brasileira, principalmente, a humanidade que se necessita nos estabelecimentos prisionais, a fim de se evitar as penas corporais e as cruéis. É verdade, usualmente, que o sistema, por si, da forma como é administrado e gerido, viola todas as normas de dignidade que se imponha ao ser humano e, simultaneamente, faz-se necessário combater as organizações criminosas, as associações criminosas e as milícias, contudo, não se pode permitir que o próprio poder legislativo reconheça e admita a aplicação de medidas inconstitucionais pelo poder executivo e judiciário.

5 A INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO PARA A PRESERVAÇÃO DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO JURISDICIONADO

A preservação dos direitos e garantias constitucionais no processo penal deve se estender a toda a persecução penal, que se inicia com a apuração da infração, na fase

investigativa, geralmente por meio do inquérito policial, e que encontra seu fim na fase de execução da pena. É necessário assegurarmos a todo indivíduo condenado em uma ação penal, dentro do Estado Democrático de Direito, que tenha preservado suas garantias fundamentais pelo Estado, afinal, nesse processo de ressocialização, o preso deverá perder tão somente a sua liberdade, e não sua dignidade.

Na busca pela atividade jurisdicional, no exercício do direito de punir (*ius puniendi*), o Estado, na persecução penal, deve investigar e produzir as provas necessárias à acusação, mas preservando-se todas as garantias individuais estabelecidas na Constituição Federal, tais como a liberdade do indivíduo, a inviolabilidade do domicílio, o sigilo fiscal, tributário e bancário, a inviolabilidade das comunicações telefônicas e telegráficas, dentre tantas outras garantias fundamentais. O ordenamento jurídico (Constituição, Direito Penal, Direito Processual Penal, etc.) possui, nesse momento, uma função dupla e, ao mesmo tempo, paradoxal: da mesma forma que serve como instrumento punitivo do Estado no exercício do poder pela sua atividade jurisdicional, exerce a função de mecanismo de proteção do indivíduo frente ao *ius puniendi*, limitando o poder punitivo do Estado.

No Estado Democrático de Direito, o próprio Estado (pessoa jurídica de direito público) e toda autoridade que atua em nome do Estado, assim como todo jurisdicionado, deve obediência às próprias normas que estabelece. Não é possível admitir, para a preservação do devido processo legal, infração às normas processuais e violações às garantias constitucionais por parte das autoridades que agem em nome do Estado. Não é possível aceitar produção de provas ilícitas no processo penal constitucional, tampouco coerção com a restrição de garantias individuais para forçar a celebração de acordos de colaboração premiada ou de leniência, uma vez que estaria fundado em nulidades que contaminam todo o processo. A relativização destas garantias implica em vícios insanáveis e ilegalidades, maculando-se o devido processo legal, mediante excessos ocasionados pelo abuso de poder no exercício da função estatal da persecução penal em promover a apuração de infrações, a acusação e a instrução processual, o processamento e o julgamento dos fatos, o cumprimento da pena e a ressocialização do apenado.

A defesa não dispõe dos mesmos instrumentos tecnológicos e científicos para a produção e levantamento de elementos probatórios necessários à comprovação de suas alegações no processo penal. Essa disparidade entre as partes na relação processual impacta no desequilíbrio da balança e, conseqüentemente, no resultado de uma política criminal voltada para o exercício, em massa, de um Direito Penal máximo. O resultado, então, é uma superpopulação carcerária, com baixo índice de ressocialização e altas taxas de reincidência,

devido à falta de estrutura, interesse e de políticas públicas para o reingresso e para a reinserção social do apenado.

A instrumentalidade do processo penal, com a preservação das garantias constitucionais, individuais, coletivas e processuais, é *conditio sine qua non* para o exercício da atividade jurisdicional imparcial no Estado democrático de Direito. O respeito às normas processuais penais e a atribuição de participação ativa à defesa na investigação e na instrução processual garantem a igualdade e paridade de armas entre acusação e defesa nessa relação. É dever do Estado, portanto, no exercício da sua atividade repressora, assegurar à defesa o acesso às mesmas condições e ferramentas de que dispõe a acusação para a comprovação de suas alegações no processo. A figura do Juiz das Garantias, incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro pela lei 13.964, de 2019, possui esse intuito de garantir à defesa, na fase investigativa, acesso aos meios, recursos e elementos probatórios de que dispõe a acusação que conduz o inquérito, afastando-se ainda mais o processo investigativo do sistema inquisitório.

O sistema acusatório, positivado na Constituição Federal de 1988, é inerente ao processo Constitucional no Estado Democrático. A imparcialidade do órgão julgador é garantida por regras processuais como as que remetem à suspeição e impedimento dos magistrados, a instauração de processo judicial por provocação e a vedação de tribunais de exceção. Nesse sentido, a figura do Juiz das Garantias vem assegurar, na fase de inquérito, a aplicação de princípios constitucionais como a ampla defesa, o contraditório e a paridade de armas entre acusação e defesa. Com o advento do Juiz das Garantias, a decisão sobre a pertinência de uma diligência caberá a um órgão imparcial, isento, descomprometido com a lide. Para a preservação da imparcialidade do julgador, os autos do processo contendo as provas colhidas na fase investigatória deverão ficar retidos, acautelados, na secretaria do juízo das garantias, como regra, devendo ser remetidas ao juízo da fase de conhecimento apenas as provas irrepetíveis e medidas cautelares para obtenção de provas ou antecipação de provas. Essas medidas visam a garantir, no Estado Democrático de Direito em que vivemos, a adequação do sistema processual penal aos ditames constitucionais no sistema acusatório, afastando-se, cada vez mais, do sistema autoritário inquisitório que deram ensejo às bases que fomentaram a elaboração do código vigente.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a instituição do regime disciplinar diferenciado pela Lei 10.792/2003, inclui-se na Lei de Execução Penal, uma espécie de sanção disciplinar que, à época, permitia-se, o

isolamento de presos provisórios ou condenados por até 360 dias, em um ano, sem prejuízo da repetição do prazo, no caso de praticarem conduta classificada como crime doloso, conduta que acarretasse a subversão da ordem ou disciplina internas, no caso de apresentarem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade, e sobre eles recaíssem fundadas suspeitas de envolvimento ou participação em organizações criminosas, associações criminosas e milícias. Com a Lei 13.964/2019 viu-se aumentar o prazo máximo de isolamento no RDD para 2 anos, sem prejuízo da repetição do prazo. Ressalta-se que já em 2003, questionou-se a constitucionalidade do RDD, justamente pelo regime admitir um isolamento, diário, por 22 horas em cela individual, o que poderia sugerir a admissão de uma espécie de pena cruel, violando, portanto, o princípio da humanidade previsto constitucionalmente.

Apesar de séria a controvérsia que circunda o RDD, é aplicado nos estabelecimentos prisionais a pretexto de se combater a criminalidade e a sua gerência de dentro do estabelecimento, sendo necessário, para a sua aplicação ao preso, requerimento da autoridade administrativa, autorização judicial e parecer do Ministério Público. Salienta-se que a necessidade de aplicação do regime não encontra adeptos unicamente na doutrina, como também entre legisladores, magistrados e na própria sociedade brasileira, visto haver uma omissão, desinteresse ou incapacidade por parte das próprias autoridades em resolver, ou, ao menos, minimizar os problemas ligados à criminalidade dentro e fora dos estabelecimentos prisionais, bem como em melhorar as condições ambientais a que são submetidos os presos.

Em relação à progressão de regime, semelhante ao que aconteceu com o RDD, a Lei Anticrime alterou o artigo 112 da Lei de Execução Penal determinando regras mais rígidas para a concessão do direito ao condenado. Observou-se uma especificação mais rigorosa sobre o prazo a ser cumprido pelo condenado, dependendo da natureza do crime praticado, a ocorrência ou não do resultado morte, bem como o comportamento e a aptidão do preso para se adaptar ao novo regime.

Igualmente, a decisão do plenário do Supremo Tribunal Federal que, em março de 2015, declarou o estado das coisas inconstitucional em relação aos desrespeito massivo dos direitos fundamentais nos estabelecimentos prisionais, permitiu que o próprio poder judiciário, mediante a arguição de descumprimento de preceito fundamental, exigisse, do poder executivo, medidas urgentes no sentido de se fazer parar as violações aos direitos humanos, bem como poderia supervisionar as implementações das medidas.

Não há dúvida que o sistema prisional brasileiro apresenta sérios problemas em relação à superpopulação e, assim, não oferece condições dignas para o cumprimento da pena ou para receber o preso provisório. Não obstante parecer um depósito de seres humanos, leis cada vez

mais rigorosas são aprovadas como pretexto para conter a criminalidade e, assim, percebe-se que as regras aplicadas aos institutos do regime disciplinar diferenciado e da progressão de regime denotam a cultura do encarceramento tão apoiada pela sociedade brasileira, cansada de sofrer com a insegurança pública, com a falta de esperança e as frustrações socioeconômicas no dia-a-dia. A verdade é que, diante dos problemas enfrentados no ambiente prisional e a omissão do Estado em resolvê-los de maneira eficiente, é uma utopia se pensar em direitos humanos e justiça em um estabelecimento prisional.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, José Eduardo. As relações de poder no sistema prisional. **Revista Sociologia Jurídica**. São Paulo. Ano VIII, n.º 18, 1999, p. 29-35. Disponível em: <https://sociologiajuridica.net/as-relacoes-de-poder-no-sistema-prisional/>. Acesso em 03 nov. 2020.

BELLO, Rodrigo. Da inconstitucionalidade do regime disciplinar diferenciado. **Genjurídico.com.br**. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2016/04/13/da-inconstitucionalidade-do-regime-disciplinar-diferenciado/>. Acesso em: 02 nov. 2020.

BITENCOURT, Cezar Roberto Bitencourt. **Tratado de Direito Penal**. Parte geral. (Art. 1º ao 120). 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2018, v. 1.

BRASIL. **Lei 7.210**, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm. Acesso em: 01 nov. 2020.

BRASIL. **Lei 8.072**, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072compilada.htm. Acesso em: 02 nov. 2020.

BRASIL. **Lei 10.792**, de 1º de dezembro de 2003. Altera a Lei nº 7.210, de 11 de junho de 1984 - Lei de Execução Penal e o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.792.htm. Acesso em: 01 nov. 2020.

BRASIL. **Lei 13.964**, de 24 de dezembro de 2020. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 01 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 347 MC/DF**. Plenário do Supremo Tribunal Federal. Relator Ministro Marco Aurélio. Brasília, 09 de setembro de 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 02 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ag. Reg. HC 148.459/DF**. 1ª Turma. Relator Ministro Alexandre de Moraes. Brasília, 1º de março de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/alexandre-moraes-rejeita-recurso-hc.pdf>. Acesso em: 02 nov. 2020.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: nascimento da prisão. Tradução Raquel Ramallete. 41 ed. Petrópolis/RJ: Editora Vozes, 2013.

GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogerio Sanches; CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. **O regime disciplinar diferenciado é constitucional? O legislador, o judiciário e a caixa de pandora**. Disponível em:
<http://www.bu.ufsc.br/ConstitRegimeDisciplinarDifer.pdf>. Acesso em: 02 nov. 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 8 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

SIMÃO, Diogo de Azevedo. Inconstitucionalidade das novas regras para progressão de regime na lei "anticrime". **Consultor Jurídico**. 29 de janeiro de 2020. Disponível em:
<https://www.conjur.com.br/2020-jan-29/tribuna-defensoria-inconstitucionalidade-novas-regras-progressao-regime>. Acesso em: 02 nov. 2020.

A PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA EM PERSPECTIVA: PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA EM CASOS DE GRANDE REPERCUSSÃO MUDIÁTICA

Anna Luiza de Paula Mendes¹⁵

Sofya Ferreira Canaverde Linhares¹⁶

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA; 3 O PODER MUDIÁTICO E A SOCIEDADE; 4 O IMPACTO DA MÍDIA NA ANTECIPAÇÃO DO CUMPRIMENTO DA PENA; 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

A antecipação do cumprimento de pena ou execução provisória da pena é um assunto já tratado pelo Supremo Tribunal Federal, pelo menos, por três vezes nos últimos quinze anos. Em 2009, o plenário da Suprema Corte brasileira reafirmou, por maioria de votos, o entendimento que o cumprimento de pena proferida em sentença condenatória somente se iniciaria após o seu trânsito em julgado, quando então teria se esgotado a possibilidade de interposição de recursos. Esse entendimento prosperou por muito tempo, pois, em 2016, em razão de condenações em primeira instância já existentes em processos relacionados à operação Lava-Jato e provocação de terceiros interessados na mudança da referida decisão, o Plenário novamente julgou a possibilidade da antecipação do cumprimento da pena e, desta vez, por 6 votos a 5, decidiu-se pela constitucionalidade da antecipação, desde que a sentença condenatória fosse confirmada em segunda instância. Como consequência, não só políticos, como todos aqueles que estivessem na mesma situação, iniciariam o imediato cumprimento das

¹⁵ Graduanda em Direito pela Escola Superior Dom Helder Câmara. Integrante do Grupo de Iniciação Científica Direito Penal e Jurisprudência: justiça, segurança e corresponsabilidade do Estado, liderado pelo Professor Doutor Enio Luiz de Carvalho Biaggi e secretariado pela Professora Mestre Lícia Jocilene das Neves.

¹⁶ Graduanda em Direito pela Escola Superior Dom Helder Câmara. Integrante do Grupo de Iniciação Científica Direito Penal e Jurisprudência: justiça, segurança e corresponsabilidade do Estado, liderado pelo Professor Doutor Enio Luiz de Carvalho Biaggi e secretariado pela Professora Mestre Lícia Jocilene das Neves.

respectivas penas, caso fosse ordenado judicialmente.

Igualmente ao anterior, o último entendimento não perdurou e, em novembro de 2019, nova decisão do STF julgou inconstitucional, também por 6 votos a 5, a antecipação do cumprimento da pena. Ressalta-se que, no período entre 2016 e 2019, vários foram os *habeas corpus* julgados e indeferidos pelo STJ (Superior Tribunal de Justiça) e, em seguida, pelo STF, requerendo a concessão da ordem em razão de violação do princípio da presunção de inocência. Salienta-se, também, a intensa cobertura da mídia e, não raras as vezes, defensora de um posicionamento judicial mais austero e punitivista, ainda que contrário às disposições da Constituição brasileira.

Neste contexto, o presente artigo analisará o fato da mídia e o clamor social influenciarem (ou não) o Poder Legislativo e o Judiciário quanto à execução provisória da pena, e quais os reflexos disso na sociedade.

Inicialmente, justifica-se a pesquisa do tema ora proposto, visto tratar-se de assunto que, embora já discutido doutrinariamente, não se sabe ao certo o poderio e a intimidação midiática e, isto posto, faz-se necessário ser estudado para que se tenha noção da realidade da situação e para que se faça uma análise de forma imparcial do cumprimento antecipado da pena.

Será objeto desta pesquisa a influência da mídia no legislativo e nas decisões do judiciário em casos de grande repercussão na sociedade como, por exemplo, o fato de um homem ser conduzido à delegacia após ter ejaculado em uma mulher no interior de um ônibus, em São Paulo, e ser liberado em menos de 24 horas, em razão de se tratar, na época, de uma contravenção penal. Diante da grande repercussão midiática sobre esse fato, dentre outros ocorridos da mesma espécie, e da gravidade da conduta, trata-se, atualmente, do crime de “Importunação sexual” tipificado no artigo 215-A do Código Penal. (BRASIL, 1940).

Outro exemplo recente refere-se ao falecimento do rapper paulista Mc Kevin que, após a queda do quinto andar de um hotel, ocorrido em maio de 2021, houve uma cobertura sensacionalista no sentido de desvendar o relacionamento da vítima com sua esposa, seus familiares e amigos. Inicialmente, o delegado responsável sobre a investigação da suposta queda anunciou que pretendia encerrar o inquérito como suicídio, mas, após a noiva do cantor, a advogada Deolane Bezerra, anunciar em seu velório, aproveitando-se da mídia e, igualmente, em suas redes sociais que acreditava que Kevin Nascimento teria falecido em decorrência de influência dos amigos ali presentes, as investigações continuaram e surgiram novos fatos que apontavam possível dolo eventual, demonstrando a relação clara entre mídia e justiça.

Neste contexto, com a finalidade de uma melhor abordagem do tema proposto, a pesquisa, na classificação de Gustin, Dias e Nicácio (2020) será qualitativa, descritiva e

bibliográfica, baseando-se na doutrina disponível, leis, jurisprudência e casos concretos e se utilizará do método indutivo de pesquisa.

Inicialmente, se analisará a execução da pena, bem como as decisões do STF sobre o tema para, em seguida, se demonstrar como a mídia pode influenciar as decisões jurídicas ou a formação da opinião pública. Continuamente, se verificará a influência da mídia na decisão de se executar provisoriamente a pena e, por fim, se concluirá o estudo a partir das observações resultantes da pesquisa.

Ressalta-se que, apesar do STF ter decidido, em novembro de 2019, que a antecipação do cumprimento da pena é inconstitucional, não foi este o entendimento do Poder Legislativo e, em razão de tal dissonância, a pesquisa se justifica, visto a alteração promovida pelo legislador ao aprovar a Lei Anticrime – Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019, que incluiu a alínea “e”, no inciso I, do artigo 492 do Código de Processo Penal, determinando início imediato do cumprimento da pena, por ordem judicial, no caso de condenação pelo plenário do Júri, a pena igual ou superior a 15 anos de reclusão.

2 A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

Na execução provisória da pena, inicia-se o cumprimento da pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória que impôs ao réu uma pena privativa de liberdade. Entre 2016 e 2019, conforme decisão do STF, permitiu-se que, caso a sentença condenatória fosse confirmada em segunda instância, poderia se ordenar, desde então, o recolhimento do condenado à prisão para o imediato início do cumprimento da pena caso já não estivesse preso.

Neste contexto, ressalta-se que, para o plenário do Supremo Tribunal Federal, tanto em 2009 quanto em 2019, a pena seria comumente cumprida após se esgotar todas as possibilidades de recurso, atentando-se ao princípio da presunção de inocência, nos termos do inciso LVII do artigo 5º da Carta Magna.

Contudo, como mencionado anteriormente, o entendimento descrito acima foi revisado em 2016, proeminentemente por razões políticas, diga-se operação Lava-Jato, quando o Supremo Tribunal Federal mudou a sua decisão, por seis votos a cinco, permitindo o cumprimento imediato da pena após confirmação da sentença em segunda instância.

Em 2019, um dos ministros do STF que votou a favor da execução provisória da pena - Ministro Luiz Fux - assim proferiu:

É uma prevenção que admite prova em contrário e que ocorre no processo. À medida em que o processo vai tramitando, essa presunção de inocência vai sendo mitigada, há uma gradação e é uma coisa simples de verificar! Um homem é investigado, depois ele é denunciado, depois ele é condenado, posteriormente, na orientação, confirma a condenação dele. Os recursos dos tribunais superiores não admitem reexame de fatos e provas, então não há essa possibilidade de reexame de fatos e provas! Pois bem, esse homem vai ingressar no supremo tribunal federal inocente? Com presunção de inocência? [...] Estamos aqui desde 2016 dizendo essa regra salutar, ela evita a impunidade e agora nós vamos mudar, porque? qual é a razão de se modificar essa jurisprudência uma viragem jurisdicional a essa altura à mercê de considerá-la com a devida venia inoportuna e antijurídica, e por que esse caso não se pode falar de segurança jurídica. Qual é a juridicidade e a confiança legítima que pode ter uma pessoa que já foi condenada em duas instâncias? Isso não é segurança jurídica; entendo que essa mudança jurisdicional trará danos incomensuráveis ao país e à sociedade brasileira. (BRASIL, 2019).

Diante do entendimento do supracitado Ministro, pressupõe-se que o cumprimento da pena é necessário após a confirmação da sentença em segunda instância, visto que, nesse momento, esgota-se a análise do mérito, não mais se admitindo reexaminar fatos e provas mediante recursos às instâncias superiores. Impedir, portanto, a execução antecipada da pena é um posicionamento que causa insegurança jurídica, sensação de impunidade e possíveis danos à sociedade que, certamente, entenderia que houve uma injustiça e que, talvez, fosse melhor agir com as próprias mãos.

Neste aspecto, cita-se o fato ocorrido em 2020, no qual um homem de 41 anos foi vítima de homicídio, em razão de lesões corporais causadas por disparos de arma de fogo, após ter sua foto divulgada no programa jornalístico sensacionalista “Cidade Alerta”. O homem, Alécio Ferreira Dias, investigado pela polícia de São Paulo como principal suspeito no desaparecimento de Priscila Martins, foi encontrado sem vida em sua casa, pois moradores decidiram exercer a autotutela. Ainda que fosse uma investigação, a sua pré-condenação social fora estabelecida.

Destarte, conforme o voto do Ministro Luiz Fux, entende-se que, após a confirmação da condenação em duas instâncias, não se discutirá mais o mérito, logo permite-se o início na execução da pena pelo condenado e, dessa forma, diminui-se a sensação de impunidade na população brasileira e evita-se mais reportagens como a realizada pelo jornal O Tempo, em 8 de abril de 2021, intitulada “Brasil, o país da impunidade.”

Entretanto, permitindo-se o cumprimento de pena anteriormente ao trânsito em julgado da sentença que a impôs, viola-se o princípio da presunção de inocência e, igualmente, traz insegurança jurídica, pois está se admitindo transgressões do próprio poder judiciário às normas constitucionais vigentes e aos direitos e garantias que nelas se fundamentam e, por esta razão, não há um consenso geral entre os juristas brasileiros sobre qual interpretação seria a mais

apropriada, não só no sentido jurídico como também no contexto social.

Assim, impõe-se compreender o impacto da mídia na opinião pública e dos detentores do poder de decisão, a fim de se analisar se realmente influencia seus comportamentos e decisões.

3 O PODER MUDIÁTICO E A SOCIEDADE

Outrossim, o surgimento e o fortalecimento das mídias são fatores de peso em uma sociedade. Desde a época pré-internet, os jornais, rádios e revistas já eram grandes formadores de opinião, pois grande parte dos brasileiros tinha acesso a qualquer uma das mídias existentes. Tais plataformas, por vezes, tendem divulgar as notícias de forma tendenciosa, direcionando o público a uma opinião específica.

O surgimento da internet na década de 1990, bem como de outros meios de transmissão de informações de forma instantânea, agravaram ainda mais esse quadro, tornando o julgamento social de uma pessoa mais veloz e nem sempre munido de corretas e verdadeiras informações. O poder de persuasão já se observava no próprio título ou chamada de uma matéria.

Na esfera jurídica, a mídia pode ser uma formadora de opinião no que tange ao julgamento pelo plenário do Júri, dos crimes dolosos contra a vida, visto não se exigir dos membros do conselho de sentença a graduação em Direito, nem a fundamentação dos respectivos votos. Como exemplo dessa característica, cita-se o caso Nardoni. Nesta tragédia familiar, o pai e a madrasta da vítima, a menina Isabella Nardoni, que na época estava com 5 anos de idade, foram acusados da morte da vítima. Antes mesmo que o casal fosse condenado na justiça por homicídio qualificado, o interesse da mídia e sua cobertura incessante e, por vezes, tendenciosa do fato, viu-se um pré-julgamento social dos acusados que, possivelmente, impactou a opinião dos jurados. Na época, a repercussão do caso foi tão exacerbada que uma multidão se formou na porta do tribunal no dia em que foi proferida a sentença, pedindo a condenação do casal à pena máxima.

Igualmente, pode-se citar outro fato popularizado pela mídia: o caso Matsunaga. No ano de 2012, Elize Matsunaga matou e esquartejou seu marido, cujo corpo foi por ela descartado em uma mala. O fato foi manchete na mídia no país inteiro, que acompanhou todos os aspectos do caso, prisão, julgamento e sentença. Dessa forma, o caso trouxe muito poder para a mídia brasileira, que resolveu trazê-lo de volta em 2021, através de um documentário pela rede de *streaming* da Netflix, que conta a versão dos fatos segundo a ré no processo,

trazendo mais pressão ao Judiciário e outros possíveis desdobramentos que serão perceptíveis em breve.

Ainda existem casos em que a influência midiática é tão exagerada que os réus, mesmo após a condenação, ainda são alvos de comentários, críticas e tomadas de decisão por parte de populares. Um exemplo claro é o caso de Suzane von Richthofen, que após ser condenada por ser mandante do homicídio de seus pais, em 2002, ainda nos dias atuais, tem o seu benefício de saída temporária do presídio anunciado nos maiores jornais do Brasil, bem como as críticas à concessão da medida, como se ela não tivesse esse direito garantido em lei.

Considerando o exposto, fica evidente que a mídia consegue impactar a sociedade com suas notícias repetitivas e alarmantes. Uma considerável parcela de tais notícias referem-se a fatos no âmbito jurídico, sentindo-se a mídia no direito de expô-los mediante uma linguagem não neutra, tendenciosa, quase que condenando o indivíduo e apontando o caminho que acredita ser justo e legal, criando e estimulando seguidores a pensar de forma igual.

Fica evidente a facilidade que a mídia tem em manipular a opinião pública, direcionando-a para um entendimento que melhor lhe convém, seja na sua popularidade e audiência, seja no seu poder de convencimento e persuasão. Por isso a necessidade de se analisar esta mesma influência na atividade legiferante referente à execução provisória da pena.

4 O IMPACTO DA MÍDIA NA ANTECIPAÇÃO DO CUMPRIMENTO DA PENA

Conforme citado anteriormente, atualmente as pessoas possuem um maior acesso e com maior velocidade à reportagens tendenciosas que abordam diversos temas, inclusive, a criminalidade. Tais reportagens, especialmente quando sensacionalistas, comprometidas apenas com os índices de audiência e não com uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico, podem influenciar pessoas a nível de se exigir uma alteração urgente, indevidamente analisada e ainda mais punitivista da lei, sem que se observe os princípios fundamentais e as garantias previstas na Constituição brasileira de 1988 e, deste modo, leis desastrosas são certas. Como exemplo, novas emendas constitucionais visando a redução da maioria penal para 16 anos são sempre propostas quando da ocorrência de uma infração penal grave envolvendo menores de idade, visto o clamor público noticiado nas mais variadas mídias. Em consonância, Luiz Fernando Canuto, em seu artigo “A influência da mídia nas alterações da lei penal brasileira”, afirma:

Como se não bastasse, a mídia além de exercer influência nos julgamentos, vem ainda pressionando o legislador, já que em razão da repercussão gerada por esses crimes, começam a aparecer motivos para alterações cada vez mais velozes no sistema penal, sendo em sua grande maioria precipitadas e desastrosas, já que não é possível a criação de normas sob pressão do sensacionalismo, visto que a Lex Mater outorgou um procedimento para criação legislativa. (CANUTO, 2017)

Destarte, ressalta-se a velocidade das informações e formação de opinião. Sabe-se que na era digital, as respostas e reações de uma sociedade são muito velozes, às vezes instantâneas. Logo, muitas pessoas esperam que tal sistema se mantenha no mundo real, o que é impossível, pois humanos e máquinas demoram tempos diferentes para processar e realizar uma determinada ação. Nessa perspectiva, o passar do tempo para que uma prisão seja efetuada ou uma sentença condenatória seja proferida, deixa as pessoas e a mídia no limite, irritadas e instáveis. Conseqüentemente, é válido salientar que a demora de uma resposta do poder judiciário contribui para a insatisfação da população, que decide pedir por mudanças urgentes nas leis.

No que tange à antecipação do cumprimento da pena, a decisão de permiti-la pode parecer uma ato político que atende à opinião pública que, no caso brasileiro, tende a ser punitivista, visto que a Lei Anticrime, aprovada pelo Presidente da República, em 24 de dezembro de 2019, como já mencionado anteriormente, permitiu o recolhimento imediato à prisão do condenado, visando a antecipação do cumprimento da pena, quando aplicada pena igual ou superior a 15 anos de reclusão, nos crimes julgados no Tribunal do Júri. Pode-se afirmar, portanto, que a Lei Anticrime, no aspecto jurídico do tema ora pesquisado, desrespeita o princípio constitucional da presunção de inocência em grau ainda superior, pois permite a antecipação do cumprimento da pena a partir de um veredicto que sequer é fundamentado. Este fato sim, traz insegurança jurídica.

Outrossim, é fato que a mídia influencia a opinião de seu público, principalmente daqueles que não possuem senso crítico para pesquisar e formar a sua própria opinião, acreditando que o dito ou escrito nos meios de comunicação se trata de uma verdade clara e absoluta, tornando mais fácil a manipulação de grandes massas que passam a se alinhar contrariamente à opinião que não seja a disponibilizada nos meios midiáticos.

Portanto, a partir do momento que há uma cobertura incessante, repetitiva e nem sempre neutra da mídia sobre casos de grande repercussão pública, mais cuidado e senso crítico se exige da sociedade, de seus legisladores, juristas e demais detentores do poder, caso contrário a tendência será uma mentalidade punitivista e carcerária.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não obstante o plenário do Supremo Tribunal Federal, em novembro de 2019, ter reconhecido a inconstitucionalidade da antecipação do cumprimento da pena a partir da confirmação de uma sentença condenatória em segunda instância, a Lei Anticrime, aprovada no mesmo ano, admitiu essa possibilidade baseada na quantidade de pena aplicada, quando da condenação por crimes dolosos contra a vida, nos julgamentos pelo Tribunal do Júri. Este fato ao se analisar a competência legislativa e privativa da União para se legislar em matéria de Direito Penal e Processual Penal, nos moldes da Constituição brasileira de 1988, não causa alardes. No entanto, quanto à interpretação sistemática do ordenamento jurídico brasileiro no que tange ao assunto ora abordado, é controversa a admissão da antecipação do cumprimento da pena.

Sob a perspectiva jurídica do entendimento que esgota-se o questionamento dos fatos e provas em segunda instância judicial, cabendo aos tribunais superiores analisar a constitucionalidade dos atos e decisões de seus pares, é admissível a antecipação do cumprimento da pena, visto que não haveria prejuízo à defesa do sentenciado em termos de alteração do teor da sentença. No entanto, não se observa em tal entendimento a possibilidade de nulidade do processo *ab initio* em caso de violação de qualquer preceito constitucional ou infraconstitucional, desde que prequestionado. Em contrapartida, permitindo-se o cumprimento da pena anteriormente ao esgotamento dos recursos judiciais observa-se clara violação ao princípio da presunção de inocência pela inobservância de uma sentença transitada em julgado para se iniciar o cumprimento de uma pena. Mais apropriado seria referir-se à prisão preventiva, vez que a própria constituição admite as prisões cautelares.

Em relação a influência que a mídia pode exercer sobre a sociedade, é notório o senso punitivista, de injustiça e impunidade que algumas notícias tendenciosas e sensacionalistas patrocinam quando tratam de infrações penais, especialmente os casos mais graves ou que envolvem menores de idade em ações violentas. Ocorre que tais abordagens, geralmente, são compromissadas com o nível de audiência que atingem ou mesmo com o número de acessos que alcançam, não se preocupando com o mais importante além de relatar o fato: uma análise jurídica e apropriada do fato à luz dos princípios e garantias fundamentais. Ou, talvez esse filtro, na linguagem popular, coubesse a quem consome as notícias no sentido de se prestar atenção às opiniões jurídicas e pertinentes à realidade dos fatos, principalmente quanto ao fenômeno midiático das *fake news*.

Quando aos desdobramentos da influência da mídia no judiciário brasileiro, a tendencia

punitivista já está presente na própria lei que, por vezes, criminaliza condutas desnecessariamente e escolhe punir com mais severidade certos tipos de condutas a outras conforme a quem se dirige. Outrossim, os próprios operadores do direito podem trazer em si uma tendência punitivista em uma sociedade já marcada pela seletividade penal, pelas diferenças sociais e de oportunidades.

Por fim, observa-se que a execução provisória da pena, no aspecto da atividade legiferante, pode ser resultado do clamor social que, diante de casos de grande repercussão social, da ocorrência de infrações penais graves e do sentimento de insegurança, parece ser uma medida justa e impeditiva da impunidade. No entanto, no aspecto jurídico, como já mencionado no presente artigo, o não esgotamento dos recursos para se ordenar a antecipação do cumprimento da pena pode representar uma injustiça ao sentenciado, em razão da possibilidade de reconhecimento e declaração de nulidade do processo *ab initio* pelas instâncias superiores.

Portanto, é de suma importância que o poder de influência da mídia sobre o entendimento da sociedade a respeito de impunidade e injustiça e, conseqüentemente, sobre o poder legislativo, visando simplesmente atender a anseios ainda mais punitivistas, sem um fundamento constitucional, deve ser neutralizado pelos seus próprios consumidores, buscando sempre uma opinião formada com consciência e conhecimento.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Felipe; BARBOSA, Bernardo. Por 6 votos a 5, STF veta prisão em 2ª instância; Lula pode ser solto. **Notícias Uol**. 07 novembro 2019. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2019/11/07/stf-veta-prisao-em-2-instancia-lula-pode-ser-solto.htm>. Acesso em: 05 ago 2021.

BARTÔ. Brasil, o país da impunidade. **Jornal O Tempo**. 08 abril 2021. Disponível em: <https://www.otempo.com.br/opiniaio/artigos/subscription-required-7.5927739?aid=1.2468833>. Acesso em: 05 ago 2021.

BONATO, Gilson; DAVID, Décio. **Execução antecipada da pena entre a garantia do estado de inocência, a coisa julgada e as teorias absolutas da pena**. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6691200>. Acesso em 24 maio 2021.

BRANCO, Carolina; SANTIAGO, Nestor. **Ativismo judicial e a instrumentalidade do processo: Um Diálogo Com Georges Abboud e Guilherme Lunelli a partir da obra de Cândido Rangel**. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/40889/36368>. Acesso em: 24 maio 2021.

BRASIL. Constituição Federal (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 ago. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848**, de 07 de setembro de 1940. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 20 jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.964**, de 24 de dezembro de 2021. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 21 ago. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC 43/DF**. Plenário. Relator Ministro Marco Aurélio. Brasília, 07 de novembro de 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357342>. Acesso em: 03 ago. 2021.

CANUTO, Luiz Fernando. **A influência da mídia nas alterações da lei penal brasileira**. 2017. 28 p. Monografia (Graduação em Direito). Universidade Cesumar (unicesumar).

Disponível em: <http://rdu.unicesumar.edu.br/handle/123456789/481>. Acesso em: 03 ago. 2021.

CASAL NARDONI É CONDENADO PELA MORTE DE ISABELLA. **RecordTV**. 20 fev 2018. Disponível em:

<https://recordtv.r7.com/camera-record/videos/casal-nardoni-e-condenado-pela-morte-de-isabella-14092018>. Acesso em: 24 maio 2021.

CASO YOKI: A MORTE DE MARCOS KITANO MATSUNAGA. **Canal Ciências Criminais**. 2018. Disponível em:

<https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/571938342/caso-yoki-a-morte-de-marcos-kitano-matsunaga>. Acesso em: 03 ago. 2021

D'AGOSTINO, Rosanne; OLIVEIRA, Mariana. Por 6 votos a 5, STF muda de posição e decide contra prisão após condenação em 2ª instância. **G1 Política**. Brasília, 07 nov. 2019.

Disponível em:

<https://g1.globo.com/politica/ao-vivo/stf-julgamento-prisao-de-condenados-segunda-instancia.ghtml>. Acesso em: 24 maio 2021.

DINAMARCO, Cândido Rangel, **A instrumentalidade do processo**. Disponível em:

https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5253219/mod_resource/content/1/C%C3%A2ndido%20Rangel%20Dinamarco%20-%20A%20instrumentalidade%20do%20processo%20%281%29.pdf. Acesso em: 24 maio 2021.

EM 2016, SUPREMO DECIDE QUE PODE HAVER PRISÃO APÓS SEGUNDA INSTÂNCIA. **Jornal Nacional**. 03 abril 2018. Disponível em:

<http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2018/04/em-2016-supremo-decide-que-pode-haver-prisao-apos-segunda-instancia.html>. Acesso em: 05 ago 2021.

MENDES, Michelle. Justiça cancela punição a Suzane Richthofen e detenta retoma “saidinhas”. **G1**. 23 abril 2019. Disponível em:

<https://g1.globo.com/sp/vale-do-paraiba-regiao/noticia/2019/04/23/justica-cancela-punicao-a-suzane-richthofen-e-detenta-retoma-saidinhas.ghtml>. Acesso em: 05 ago 2021.

MENDONÇA, Renata. O que o caso do homem que ejaculou em mulher no ônibus diz sobre a lei brasileira?. **BBC News Brasil**. 31 agosto 2017. Disponível em:

<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-41115869.amp>. Acesso em: 24 maio 2021.

PRIMEIRA DECISÃO NO STF SOBRE PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA FOI EM 2009. **Jornal Nacional**. 03 abril 2018. Disponível em:

<http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2018/04/primeira-decisao-no-stf-sobre-prisao-em-segunda-instancia-foi-em-2009.html>. Acesso em: 05 ago 2021.

RONCAGLIA, Daniel. É proibida execução de pena antes do fim do processo. **Consultor Jurídico**. 05 fev 2009. Disponível em:
<https://www.conjur.com.br/2009-fev-05/prisao-feita-processo-transitado-julgado-stf>. Acesso em: 05 ago 2021.

WEHBE, João; CARRION, Maria; LENQUISTE, Murilo; NUNES, Pamela. **Execução antecipada da pena após condenação em segundo grau de jurisdição em face do princípio constitucional da presunção de inocência**. Disponível em:
<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/7015/67647016>. Acesso em: 24 maio 2021.

A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E O PRINCÍPIO DO *IN DUBIO PRO SOCIETATE*: UM CONFLITO À LUZ DO INSTRUMENTALISMO PROCESSUAL

Danielle Monteiro Gonçalves¹⁷

Suzana Gonçalves Oliveira¹⁸

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 O INSTRUMENTALISMO DO PROCESSO E OS DIREITOS CONSTITUCIONAIS DO RÉU; 3 A DECISÃO DO STF E A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA; 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

No Brasil, conforme os preceitos do Direito Processual Penal, o réu, como pessoa humana digna, possui direitos invioláveis, os quais estão previstos no ordenamento jurídico brasileiro. A presunção de inocência, princípio fundamental previsto no inciso LVII, do art. 5º da Constituição Federal de 1988, assegura a inocência do réu até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, evitando a aplicação errônea das sanções punitivas previstas no ordenamento jurídico mediante o poder punitivo do Estado (*ius puniendi*). Portanto, caso seja inocente o réu, será poupado de condenação injusta, visto que o ônus da prova é imputado à acusação e não a sua defesa.

Em contrapartida, o princípio do *in dubio pro societate* prevalece nas situações em que o juiz singular, “se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação” (BRASIL, 1941), na fase sumariante do Tribunal do Júri, pronuncia o réu à segunda fase, na qual os juízes leigos, membros do Conselho de Sentença,

¹⁷ Graduanda em Direito pela Escola Superior Dom Helder Câmara. Integrante do Grupo de Iniciação Científica Direito Penal e Jurisprudência: justiça, segurança e corresponsabilidade do Estado, liderado pelo Professor Doutor Enio Luiz de Carvalho Biaggi e secretariado pela Professora Mestre Lícia Jocilene das Neves.

¹⁸ Graduanda em Direito pela Escola Superior Dom Helder Câmara. Integrante do Grupo de Iniciação Científica Direito Penal e Jurisprudência: justiça, segurança e corresponsabilidade do Estado, liderado pelo Professor Doutor Enio Luiz de Carvalho Biaggi e secretariado pela Professora Mestre Lícia Jocilene das Neves.

julgarão o indivíduo. Entretanto, salienta-se que a dúvida razoável não pode levar o juiz singular à pronúncia do réu, conforme explicitado no art. 413 do Código de Processo Penal. (BRASIL, 1941).

Face ao antagonismo existente entre o princípio constitucional da presunção de inocência e o princípio do *in dubio pro societate*, o direito processual penal entra em cena para regulamentar o exercício da jurisdição pelo Estado-juiz, uma vez que “não existe delito sem pena, nem pena sem delito e processo, nem processo penal, senão para determinar o delito e impor uma pena”. (LOPES JR., 1998). Ao longo do tempo, observa-se no direito processual uma evolução, moldando-se aos preceitos constitucionais, a qual “está intimamente relacionada com a evolução da pena, que por sua vez é reflexo da estrutura do Estado em um determinado período”. (LOPES JR., 1998).

Nesse contexto, Oskar von Bülow (1868) propôs a teoria do processo como relação jurídica pautando-se na relação triangular entre as partes do processo (autor, réu e juiz), em que o Estado-juiz coordena os atos pertinentes ao processo e seus atos processuais perante as partes. A partir disso, na primeira fase metodológica do processo, a praxista, também chamada de sincretista ou imanentista, o direito material e o direito processual eram intrínsecos. Assim, este não passava de um mero subproduto daquele, a ação processual era vista como direito material lesado e o processo era entendido apenas do ponto de vista empírico. Por sua vez, no processualismo, o direito processual ganhou autonomia, ou seja, foi desprendido do direito material e passou a ser estudado por si mesmo. Finalmente, o instrumentalismo processual surge no intuito de corrigir a separação entre o direito processual e o direito material causada pelo processualismo. Estabelece-se uma relação mútua entre o processo e o direito material, em que ambos se servem e são servidos simultaneamente. A partir de então, o direito processual passa a visar a efetivação do direito material, isto é, “o processo passa a ser um instrumento, um meio para atingir o seu escopo”. (FEITOSA, 2019). Nessa perspectiva, o jurista Cândido Rangel Dinamarco escreve:

É a instrumentalidade o núcleo e a síntese dos movimentos pelo aprimoramento do sistema processual, sendo consciente ou inconscientemente tomada como premissa pelos que defendem o alargamento da vida de acesso ao Judiciário e a eliminação das diferenças de oportunidades em função da situação econômica dos sujeitos, nos estudos e propostas pela inafastabilidade do controle jurisdicional e efetividade do processo, nas preocupações pela garantia da ampla defesa no processo criminal e pela igualdade em qualquer processo, no aumento da participação dos juizes na instrução da causa e da sua liberdade na apreciação do resultado da instrução (DINAMARCO, 2013, p. 24-25).

Outrossim, sob essa mesma ótica, Aury Lopes Junior afirma:

Ainda que os tipos penais tenham uma função de prevenção geral e também de proteção, sua verdadeira essência está na pena e a pena não pode prescindir do processo penal. Existe um monopólio da aplicação da pena por parte dos órgãos jurisdicionais e isso representa um enorme avanço da humanidade. Assim, fica estabelecido o caráter instrumental do processo penal com relação ao Direito Penal e à pena, pois **o processo é o caminho necessário para a pena** (LOPES JR., 1998, grifo do autor).

A pesquisa ora proposta analisa os princípios da presunção de inocência e do *in dubio pro societate* e seus efeitos no processo penal, expõe a decisão do Supremo Tribunal Federal acerca da prisão em segunda instância e suas consequências no que tange à execução provisória da pena e aos direitos do acusado e aponta a imprescindibilidade do instrumentalismo processual para a manutenção e para a garantia dos direitos constitucionais do réu.

2 O INSTRUMENTALISMO DO PROCESSO E OS DIREITOS CONSTITUCIONAIS DO RÉU

A Constituição brasileira de 1988 estabelece em seu artigo 5º, inciso LVII que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Nota-se que ao réu é assegurado o direito de exercer a plenitude de sua defesa, livre de toda e qualquer irregularidade que possa violar seus direitos fundamentais e individuais, ou seja, “o direito penal e o processo penal devem garantir o mínimo de proteção ao cidadão, mesmo quando este seja suspeito ou acusado pela prática de um crime”. (GANDRA, 2011).

Visto que o instrumentalismo do processo objetiva utilizar-se da praticidade para que seja possível alcançar o resultado destinado durante a ocorrência de um processo penal, à luz das normas constitucionais previstas no ordenamento jurídico brasileiro, depreende-se que o processo penal é imprescindível para que o réu seja protegido de eventuais abusos de poder por parte do Estado e para que seus direitos sejam assegurados e efetivados. Sob essa ótica, Aury Lopes Júnior discorre acerca do processo civil e o processo penal e assevera:

É um erro pensar na perspectiva civilista de “ação como direito abstrato”, porque no processo penal, desde o início, é imprescindível que o acusador público ou privado demonstre a justa causa, os elementos probatórios mínimos que demonstrem a fumaça da prática de um delito, não bastando cumprimento de critérios meramente formais. Não há, como no processo civil, a possibilidade de deixar a análise da questão de fundo (mérito) para a sentença, pois desde o início o juiz faz juízo provisório, de verossimilhança sobre a existência do delito. Na ação processual penal, o caráter abstrato coexiste com a vinculação a uma causa, que é o fato aparentemente delituoso. Logo, uma causa concreta. Existe assim uma limitação e vinculação a uma causa concreta que deve ser demonstrada, ainda que em grau de verossimilhança, ou seja,

de *fumus commissi delicti*. Portanto, nessa linha de pensamento (que é a mais próxima da realidade do processo penal, sublinhe-se), *a ação processual penal é um direito potestativo de acusar, público, autônomo, abstrato, mas conexo instrumentalmente ao caso penal* (LOPES, JR., 2017, grifo do autor).

Destarte, faz-se necessário apontar os principais direitos assegurados ao réu pela Lei: (1) a dignidade da pessoa humana; (2) a presunção de inocência; (3) o direito ao silêncio; (4) a ampla defesa e contraditório; (5) e o devido processo legal. (GANDRA, 2011). O primeiro princípio consiste na garantia das necessidades básicas individuais ao cidadão brasileiro, o que é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, nos termos do artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988.

Com relação ao princípio da presunção de inocência, sob a égide do inciso II do art. 156 do Código Processual Penal, o qual faculta o juiz de ofício a responsabilidade de “determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante” (BRASIL, 1941), o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *Habeas corpus* 73338/RJ, decidiu que:

Nenhuma acusação penal se presume provada. Não compete ao réu demonstrar a sua inocência. Cabe ao Ministério Público comprovar, de forma inequívoca, a culpabilidade do acusado. Já não mais prevalece, em nosso sistema de direito positivo, a regra, que, em dado momento histórico do processo político brasileiro (Estado Novo), criou, para o réu, com a falta de pudor que caracteriza os regimes autoritários, a obrigação de o acusado provar a sua própria inocência (Decreto-Lei nº 88, de 20/12/37, art. 20, n. 5). Não se justifica, sem base probatória idônea, a formulação possível de qualquer juízo condenatório, que deve sempre assentar-se para que se qualifique como ato revestido de validade ético-jurídica em elementos de certeza, os quais, ao dissiparem ambigüidades, ao esclarecerem situações equívocas e ao desfazerem dados eivados de obscuridade, revelam-se capazes de informar, com objetividade, o órgão judiciário competente, afastando, desse modo, dúvidas razoáveis, sérias e fundadas que poderiam conduzir qualquer magistrado ou Tribunal a pronunciar o *non liquet*. (BRASIL, 1996).

Neste aspecto, de acordo com a Constituição Federal de 1988, o início do cumprimento da pena pelo condenado ocorrerá somente após o trânsito em julgado da sentença que a aplicou e, em caso de dúvida acerca da materialidade do crime ou da autoria deste, deve-se lançar mão do *in dubio pro reo*, princípio a favor do réu que determina a sua absolvição em caso de dúvida. Antagonicamente, o *in dubio pro societate* vai de encontro ao direito do acusado de ser julgado mediante o devido processo legal que “trata-se, efetivamente, do respeito às normas processuais preestabelecidas no que tange ao desenrolar dos atos processuais decorrentes da persecução penal”. (GANDRA, 2011).

Outrossim, o direito ao silêncio decorre do princípio da vedação à autoincriminação ou imunidade à autoacusação. Logo, “ninguém poderá, então, ser obrigado a falar em juízo ou fora

dele; e, feita a opção pelo silêncio, o mesmo não pode ser utilizado em desfavor do acusado”. (GANDRA, 2011). Ademais, não cabe ao juiz “insistir na confissão ou na prestação de declarações por parte do acusado. Ao contrário, deve garantir o exercício desse direito de calar, inclusive advertindo o acusado de que o silêncio não importará em prejuízo para a sua defesa”. (GANDRA, 2011). Por sua vez, a ampla defesa e o contraditório dizem respeito ao direito do acusado de se defender e de responder contra a acusação que lhe é dirigida.

Finalmente, uma vez que “o processo é meio, não só para chegar ao fim próximo, que é o julgamento, como ao fim remoto, que é a segurança constitucional dos direitos e das execuções das leis” (DINAMARCO, 2013, p. 11-12), arremata-se que o instrumentalismo processual é imprescindível para que os direitos e as garantias fundamentais do réu, insculpidos no corpo constitucional, sejam plenamente garantidos durante o trâmite legal.

Em vista disso, pode-se afirmar que a decisão do Supremo Tribunal Federal com relação à proibição da prisão em segunda instância, isto é, antes do trânsito em julgado, apesar de não excluir a possibilidade da execução provisória da pena, foi uma das formas mais eficazes encontradas pela jurisprudência brasileira para assegurar a efetivação dos direitos constitucionais do réu.

3 A DECISÃO DO STF E A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

Os direitos e as garantias individuais do cidadão brasileiro sempre estiveram previstos nas Constituições pretéritas do Brasil. Entretanto, somente a Constituição Federal de 1988 se referiu diretamente ao princípio da presunção de inocência no artigo. 5º, inciso LVII. Sob essa égide, em novembro de 2019, “o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que é constitucional a regra do Código de Processo Penal (CPP) que prevê o esgotamento de todas as possibilidades de recurso (trânsito em julgado da condenação) para o início do cumprimento da pena”. (BRASIL, 2019).

As Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 43, 44 e 54 a respeito da constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal brasileiro foram julgadas procedentes pelo STF, contanto com os votos favoráveis dos ministros Marco Aurélio (relator), Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Dias Toffoli (STF, STF, 2019). Segundo Marco Aurélio (2019), é dever do Judiciário exercer “o princípio da autocontenção”, para que interferências impróprias sejam prevenidas. O ministro também salientou que a prisão em segunda instância representa um “retrocesso constitucional”.

Nesse viés, a ministra Rosa Weber (2019) reforçou que a Assembleia Nacional Constituinte explicitou que ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado. Em seguida, a ministra discorreu acerca das possibilidades de interpretação da Constituição e afirmou que a vontade do intérprete não é absoluta e, por isso, deve-se tomar somente o texto da lei como realidade absoluta. Ricardo Lewandowski, por sua vez, foi enfático ao dizer que tanto a Constituição Federal quanto o Código de Processo Penal são claros no que diz respeito ao princípio da presunção de inocência e assim afirmou:

A Constituição não é mera folha de papel, que possa ser rasgada quando contraria forças políticas do momento. Ao contrário, possui força normativa para fazer com que seus preceitos sejam cabalmente observados, ainda que [contra] anseios momentâneos, mesmo tidos como prioritários, a exemplo do combate à corrupção, o qual o setor mais politicamente mobilizado da população hoje reclama com estridência. (BRASIL, 2019).

Por sua vez, Gilmar Mendes fundamentou sua mudança de posicionamento na maneira como os tribunais de instâncias inferiores passaram a agir depois da decisão do STF em 2016:

Decidiu-se que a execução da pena era possível, mas não imperativa. De fato, na própria ementa (do julgamento de 2016), estabeleceu-se que a execução era uma possibilidade, e não uma obrigatoriedade. Todavia, a realidade é que, após o julgamento de 2016, os tribunais passaram a entender como algo imperativo" (BRASIL, 2019).

No entendimento do Ministro Celso Mello (BRASIL, 2019), o princípio da presunção de inocência é uma cláusula pétrea da Constituição Federal, “cujo texto exige e impõe o requisito adicional do trânsito em julgado [para a aplicação da pena]”. Por fim, Dias Toffoli afirmou estar analisando, abstratamente, a compatibilidade do art. 283 do Código de Processo Penal com a Constituição, nos seguintes termos:

Voto pela procedência das ações, para assim como fez o relato, declarar a compatibilidade da vontade expressa do povo brasileiro, estabelecida pela lei. Este dispositivo [o Código Processual Penal] é compatível com a Constituição brasileira, uma vez que não contém erro ou contrariedade com a deliberação realizada pelo parlamento ao editar a Constituição de 1988 (TOFFOLI, 2019).

Em contrapartida, os ministros Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux e Carmen Lúcia, contrários à decisão majoritária da Corte, defenderam que a execução da pena após a condenação em segunda instância não viola o princípio da presunção de inocência. Conforme voto de Alexandre de Moraes (2019),

Não se pode afastar a efetividade da tutela judicial dadas pelos juízos de 1ª e 2ª instância, que são os juízes naturais da causa. Não se pode transformar esses tribunais em tribunais de mera passagem. [...] Ao Supremo, não se deu o direito de ter vaidade, de fazer populismo judicial. Se deu o dever de se perguntar: ‘Isto é certo?’.

Sob essa ótica, Edson Fachin argumentou que o réu não é prejudicado pela prisão em segunda instância, uma vez que, raramente, os Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça podem suspender a pena aplicada ao condenado. Por sua vez, Barroso inferiu que as ADCs 43, 44 e 54 fundamentam-se em três princípios, os quais ele julgou insustentáveis: (1) a necessidade de interpretação literal da Constituição, uma vez que esta é taxativa; (2) o aumento do número de encarcerados, em função da execução provisória da pena; e (3) o prejuízo causado aos pobres pela prisão antes do esgotamento dos recursos. (BRASIL, 2019).

Igualmente, a ministra Carmen Lúcia (BRASIL, 2019) afirmou que a impossibilidade de aplicação da pena antes do trânsito em julgado acaba por gerar a “crença da impunidade”, sobretudo aos réus que possuem muitos recursos para explorar “intrincado sistema de recursos” da justiça. Além disso, a ministra deixou claro que a “punição [é] incerta, pois alimenta mais crimes, enfraquece o sistema de direito”. Finalmente, em seu voto, o ministro Luiz Fux declarou:

O direito não pode existir descolado da realidade, e os juízes precisam considerar os efeitos práticos de suas decisões. Nós não fazemos leis para ficar aqui aplicando sem verificar quais serão as suas externalidades. O direito, na verdade, conforma o comportamento humano. A pessoa tem que saber o que pode, e o que não pode. (BRASIL, 2019).

Face ao exposto, é imprescindível salientar que a decisão do Supremo Tribunal Federal não veda a decretação de prisão cautelar antes do esgotamento dos recursos, mas estabelece a necessidade de que a situação do réu seja individualizada, com a demonstração da existência dos requisitos para a prisão preventiva previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal – “para a garantia da ordem pública e econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal”. (BRASIL, 1941).

A hipótese de execução provisória da pena é aceita quando, cumulativamente, “(1) a pena provisória é privativa de liberdade; (2), só há interposição de recurso pelo réu – deve ter havido trânsito em julgado para o Ministério Público; (3) o réu encontra-se preso preventivamente”. (CURSO TRILHANTE, 2019). Dessa maneira, depreende-se que a decisão do Supremo Tribunal Federal, a qual proíbe a condenação do réu antes do trânsito em julgado poupa o réu de condenação injusta.

Além do mais, a decisão do STF reflete na decisão do juiz com relação ao *in dubio pro societate* na fase sumariante do tribunal do júri. Sob o manto desse princípio, após verificar a existência de elementos probatórios suficientes, o juiz singular pode pronunciar o réu à segunda fase do tribunal do júri, em que os juízes leigos se tornam responsáveis pelo julgamento do acusado. Todavia, embora a dúvida razoável não possa conduzir o juiz à pronúncia do réu, a sentença é proferida antes do trânsito em julgado.

Diante disso, depreende-se que, além de estar em desacordo com o princípio constitucional da presunção de inocência, o princípio do *in dubio pro societate* fere o direito de o réu de ser submetido ao devido processo legal, o qual “trata-se, efetivamente, do respeito às normas processuais preestabelecidas no que tange ao desenrolar dos atos processuais decorrentes da persecução penal”. (GANDRA, 2011).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Elucidado o tema ao longo do artigo, revela-se a importância e a necessidade do instrumentalismo processual como mecanismo de concretização do processo penal, visto que o método é imprescindível para a plena efetivação dos direitos do réu, os quais são previstos no ordenamento jurídico brasileiro. É possível também observar as implicações que desse tema decorrem, no que tange à decisão do Judiciário com relação ao réu, durante o julgamento.

Ao aplicar-se o princípio do *in dubio pro societate* quando da pronúncia na fase sumariante do procedimento do Tribunal do Júri, subtende-se que o devido processo legal, como instrumento limitador do poder punitivo do Estado, deixou de ser explorado ao máximo pelo Judiciário, pois apesar da ausência de indícios suficientes da materialidade e da autoria do crime, pronuncia-se o réu ao contrário de impronunciá-lo ou mesmo absolve-lo. Pressupõe-se, neste contexto, que o réu não usufruiu completamente de seus direitos, os quais são resguardados pelo Código Processual Penal. Questiona-se, por conseguinte, a inconstitucionalidade desse princípio.

Justifica-se, portanto, atribuir ao instrumentalismo do processo o papel de organizar e de melhorar a eficácia do sistema processual brasileiro, valendo-se, em especial, da preocupação de tornar os trâmites dos processos jurídicos cada vez mais sérios e confiáveis, o que pressupõe a ausência de interferências socioeconômicas e parcialidade nas decisões judiciais. Espera-se que o juiz aja de maneira a garantir a preservação dos direitos do acusado em face do poder de punir do Estado (*ius puniendi*), já que a vontade do intérprete deve-se submeter à lei como realidade absoluta.

Por fim, considerando-se a decisão do Supremo Tribunal Federal em relação à constitucionalidade da regra do Código de Processo Penal que prevê a condenação do réu somente após o trânsito em julgado, conclui-se que o princípio da presunção de inocência, assegurado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988, é direito do réu. Logo, infere-se que iniciar a punição prevista para o crime, antes que a ação penal seja finalizada, isto é, aplicar a execução provisória da pena, sem que haja indícios suficientes de autoria do crime e de perigo social em razão do estado de liberdade do imputado, viola os direitos constitucionais do acusado.

REFERÊNCIAS

ALVES, Alberto Luiz. O processo como relação jurídica. **Jus**, julho. 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/75441/o-processo-como-relacao-juridica>. Acesso em: 18 set. 2021.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 11 maio 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689**, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 11 maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribuna Federal. Habeas corpus 73338/RJ. Primeira Turma. Relator: Ministro Celso de Mello. **Diário de Justiça**, Brasília, 13 ago. 1996. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/743687/habeas-corpus-hc-73338-rj>. Acesso em: 18 ago. 2021.

BRASIL. STF decide que cumprimento da pena deve começar após esgotamento de recursos. **Portal STF Jusbrasil**, 7 nov. 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=429359&ori=1>. Acesso em: 13 ago. 2021.

EXECUÇÃO DEFINITIVA, PROVISÓRIA E ANTECIPADA. **Curso Trilhante**. 2019. Disponível em: <https://trilhante.com.br/curso/execucao-penal/aula/execucao-definitiva-provisoria-e-antecipada-2>. Acesso em: 18 ago. 2021.

FEITOSA, Dulce Anne Freitas. Fases metodológicas do processo, características, conceitos e sistemas de formas processuais. **Jus**. maio, 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/73794/fases-metodologicas-do-processo-caracteristicas-conceitos-e-sistemas-de-formas-processuais#:~:text=A%20teoria%20do%20instrumentalismo%20defendida,o%20seu%20escopo%5B18%5D>. Acesso em: 10 ago. 2021.

GANDRA, Thiago Grazziane. **Princípios básicos de proteção do acusado no processo penal**. Disponível em: <https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/403/1/D5v1992011.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2021.

LOPES JUNIOR, Aury Celso Lima. O fundamento da existência do processo penal. **Jus**, dez. 1998. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/1060/o-fundamento-da-existencia-do-processo-penal>. Acesso em: 26 maio 2021.

LOPES JUNIOR, Aury Celso Lima; ROSA, Alexandre Moraes da. Conheça a pedalada retórica do *in dubio pro societate*. **Conjur**, 14. jul. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jul-14/limite-penal-conheca-pedalada-retorica-in-dubio-pro-societate>. Acesso em: 26 maio 2021.

SHALDERS, André. Como votou cada ministro do STF no julgamento que vetou prisão após 2ª instância. **BBC News Brasil**, nov. 2019. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-50340699>. Acesso em: 18 ago. 2021.

POSSIBILIDADES PARA A CONCESSÃO DE PRISÃO DOMICILIAR ÀS GESTANTES E PUÉRPERAS E EFETIVIDADE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Amanda Luiza Alves Silva¹⁹

Mariana Maciel Sena Dutra²⁰

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 ESTUDO SOBRE O HABEAS CORPUS Nº 143.641/SP E SEU REFLEXO NO MUNDO JURÍDICO; 3 IMPLICAÇÕES PRÁTICAS DO HABEAS CORPUS Nº 143.641/SP: ANÁLISE DE JULGADOS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL E DE SÃO PAULO; 4 A INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO E A GARANTIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS EM RELAÇÃO ÀS GESTANTES E PUÉRPERAS; 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

Os estabelecimentos penais brasileiros foram constituídos, pensados e arquitetados para custodiar pessoas do sexo masculino. No Brasil colonial, as mulheres eram encarceradas em locais em que os homens representavam quase que a totalidade das pessoas, não existindo, muitas vezes, espaços próprios e/ou adequados para os quais as mulheres pudessem ser destinadas.

Nessa perspectiva, um grande estudioso acerca da temática da realidade prisional brasileira, José Gabriel de Lemos Britto, no início do século XX, publicou os livros intitulados *Os Systemas Penitenciarios do Brasil*, sendo objeto de análise os volumes 1 e 2, referentes aos anos 1924 e 1925, respectivamente. Nos livros em questão, foi analisada a situação dos presídios nos seguintes estados brasileiros: Amazonas, Pará, Ceará, Rio Grande do Norte, Paraíba, Sergipe, Alagoas, Pernambuco, Maranhão, Rio de Janeiro Piauí, Bahia, Minas Gerais

¹⁹ Graduanda em Direito pela Escola Superior Dom Helder Câmara. Integrante do Grupo de Iniciação Científica Direito Penal e Jurisprudência: justiça, segurança e corresponsabilidade do Estado, liderado pelo Professor Doutor Enio Luiz de Carvalho Biaggi e secretariado pela Professora Mestre Lícia Jocilene das Neves.

²⁰ Graduanda em Direito pela Escola Superior Dom Helder Câmara. Integrante do Grupo de Iniciação Científica Direito Penal e Jurisprudência: justiça, segurança e corresponsabilidade do Estado, liderado pelo Professor Doutor Enio Luiz de Carvalho Biaggi e secretariado pela Professora Mestre Lícia Jocilene das Neves.

e Espírito Santo. Assim, a partir da análise das obras, em linhas gerais, identifica-se que a proporção entre a população carcerária masculina e feminina era bem discrepante, já que a masculina era, nitidamente, superior, sendo que, por vezes, em alguns estados, inexistiam mulheres encarceradas. Além disso, destaca-se que poucos eram os estabelecimentos prisionais que possuíam uma ala separada para as mulheres, excetuando-se, por exemplo, a Casa de Detenção, localizada na cidade do Rio de Janeiro, que contava com uma ala separada para as presidiárias do sexo feminino.

Nesse contexto, existiam os penitenciários, que eram administradores dos estabelecimentos prisionais, que participavam de debates que se relacionassem com a situação prisional do século XIX e meados do XX, sendo o papel fundamental dessas pessoas pensar a respeito do cárcere, bem como constatar qual seria seu papel e sua função na sociedade, além de estipular soluções para o seu melhor funcionamento. Assim, pode-se afirmar que os penitenciários desenvolveram uma atribuição de extrema importância e relevância em relação à instituição e estruturação dos presídios femininos, isso porque teorizavam sobre a importância da separação do encarceramento masculino e feminino.

Nessa conjuntura, apenas a partir da década de 1940, os estabelecimentos prisionais femininos foram criados em alguns estados brasileiros, visto que o pequeno número de mulheres condenadas era um motivo de justificativa para que não fosse priorizada a tentativa de solucionar a situação degradante à qual as presas estavam inseridas. A criação tardia desses estabelecimentos próprios femininos também evidencia o fato de que as prisões, em sua essência, foram idealizadas apenas para os homens.

Vale ressaltar, nesse contexto, que o Instituto Feminino de Readaptação Social, em Porto Alegre, no Rio Grande do Sul, o Presídio de Mulheres, no estado São Paulo, e a Penitenciária de Mulheres de Bangu, no Rio de Janeiro, foram os primeiros estabelecimentos prisionais femininos no Brasil. Importante salientar, ainda, que, na mesma época da criação dos presídios femininos, surgem o Código Penal e o Código de Processo Penal, de 1940 e 1941, respectivamente, em razão da necessidade, desde meados do século XX, da reforma e modernização das leis e instituições.

Nesse enquadramento, pode-se dizer que, ao ser feita uma análise atual acerca da temática das prisões, constata-se, de acordo com dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN (2017, p.9), que a taxa referente à população privada de liberdade entre os anos 2000 e 2017, no Brasil, teve, em média, um índice anual de crescimento de 7,14%, além disso, conforme dados do INFOPEN Mulheres (2016, p.13), destaca-se que o Brasil é o quarto país com o maior número de mulheres encarceradas,

entretanto, hodiernamente, segundo o INFOPEN (2017, p. 20), somente 7% dos presídios são destinados exclusivamente às mulheres. Somado a esse fato, vale evidenciar que prisioneiros do sexo masculino e feminino não são tratados de forma igualitária, reflexo disso, por exemplo, é o fato dos homens possuírem acesso a uma maior quantidade de banhos de sol e possuírem uma maior possibilidade de trabalho dentro dos presídios que as mulheres, as quais ficam, em sua maioria, responsáveis somente pela faxina.

Ademais, consoante ao dados do INFOPEN Mulheres (2016, p.27), os homens têm mais acesso às visitas íntimas que as mulheres, o que é comprovado quando se tem ciência de que, em sete Estados brasileiros (sendo eles, Acre, Amapá, Distrito Federal, Goiás, Mato Grosso, Rio Grande do Norte e Tocantins), as unidades prisionais femininas não possuem nenhum local específico para visitação, o que é extremamente prejudicial a elas, já que esse contato com pessoas externas ao presídio é fundamental para a manuten o da saúde mental dos encarcerados. Além disso, consiste em direito fundamental da presa estar custodiada num ambiente reservado, cuja privacidade e inviolabilidade sejam asseguradas.

Evidencia-se ainda mais o fato de que o espaço prisional não foi pensado para as mulheres quando se coloca em pauta a maternidade, isso porque, de acordo com o INFOPEN Mulheres (2016, p. 29 e 31), apenas 55 unidades prisionais, em todo país, declaram apresentar cela ou dormitórios para gestantes. Paralelamente, evidencia-se que, de 886 presidiárias gestantes ou lactantes existentes no país, apenas 269 delas declaram estar em celas compatíveis com suas condi es, o que é extremamente problemático, já que o período gestacional requer uma série de cuidados que não são compatíveis com a estrutura do sistema prisional atual, um ambiente totalmente insalubre e precário que impossibilita condi es para o desenvolvimento pleno de uma gravidez sadia, tendo em vista problemas como a superlota o, a falta de acompanhamento pré-natal e as condi es escassas de higiene.

As penitenciárias não possuem estrutura compatível para propiciar às mulheres o dever de cuidado com seus filhos de maneira adequada, de forma a não prejudicar, por exemplo, a saúde mental e física das crianças. Nesse sentido, ao ser examinada essa precariedade e falta de infraestrutura do sistema prisional para com o encarceramento de mulheres gestantes ou mães de crianças, foi impetrado, pela Defensoria Pública da União, o Habeas Corpus 143.641/SP, o qual será objeto de análise do presente estudo.

2 ESTUDO SOBRE O HABEAS CORPUS Nº 143.641/SP E SEU REFLEXO NO MUNDO JURÍDICO

Ressalta-se que o poder punitivo do Estado trabalha com estereótipos, rotulações, bem como características criminalizantes que influenciarão todo o processo de persecução penal. (ZAFFARONI et al., 2015). Assim, a seletividade da justiça criminal brasileira pode ser constatada também em relação às mulheres, as quais, grande parte das vezes, são representadas por presas provisórias, negras, mães, pobres, de baixa escolaridade, sendo réus em um processo por tráfico de drogas. Diante desse contexto, foi impetrado, pela Defensoria Pública da União, apoiada pela Caixa de Assistência de Advogados em Direitos Humanos (CADHU), perante o Poder Judiciário, em todos os graus de jurisdição (na atribuição de autoridades coatoras), o Habeas Corpus coletivo nº 143.641, originário de São Paulo (autos do processo nº 004590-38.2017.1.00.0000), cujo objeto foi a concessão da ordem para a substituição da prisão preventiva (cautelar) pela prisão domiciliar em relação às mulheres presas em território nacional que sejam gestantes, puérperas, lactantes, mães e/ ou responsáveis por crianças de até 12 anos de idade ou de pessoas com deficiência, nos moldes do art.318, 318-A, 318-B, do Código de Processo Penal, sendo a medida estendida também às adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas em idêntica situação no território nacional. Assim, as autoridades coatoras devem substituir a medida cautelar (prisão preventiva), podendo arbitrar, cumulativamente à prisão domiciliar, outras medidas diversas da prisão, as quais estão definidas no artigo 319 do Código de Processo Penal (CPP).

Importante salientar, primeiramente, que a prisão preventiva é uma modalidade de prisão cautelar determinada antes do trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória, com fito de resguardar a eficácia da investigação ou do processo penal. Sobre o tema, pontua Renato Brasileiro de Lima:

A decretação de uma prisão cautelar é a interferência mais agressiva do Estado na vida e na dignidade do indivíduo, pois, além da segregação em si, o cárcere produz intensa estigmatização social e psicológica. Não se pode, pois, banalizar a prisão preventiva, já que seus efeitos criminógenos, mais que ressocializar o agente, causam profunda desagregação dos valores da pessoa, inserindo-a em um contexto capaz de afetar de maneira definitiva qualquer processo de socialização. (LIMA, 2012, p. 392).

A prisão preventiva possui previsão legal nos artigos 311 a 316 do CPP, que sofreu alterações pela Lei 12.403/2011, em 2011, e pela Lei 13.964, em 2019, no que tange à prisão preventiva, à prisão domiciliar e a outras medidas cautelares diversas da prisão. Já a prisão

domiciliar está prevista nos artigos 317 e 318 do CPP, sendo controverso na doutrina sua classificação como uma espécie de prisão preventiva, que seria apenas cumprida em ambiente externo ao sistema prisional ou enquanto medida cautelar autônoma, diversa da prisão preventiva. Para a aplicação das medidas cautelares, como dispõe o artigo 282 do CPP, deve-se observar, concretamente, o binômio necessidade e adequação da medida.

Aury Lopes Jr (2014), afirma que a decretação da prisão preventiva pressupõe a existência do *periculum libertatis*, quando a liberdade do indivíduo representa um risco à sociedade ou ao processo penal, e o *fumus comissi delicti*, que é a comprovação da existência de um crime e indícios suficientes de autoria.

A respeito do Habeas Corpus, salienta-se a competência do Supremo Tribunal Federal (STF) para o julgamento em questão, isso porque constituem as autoridades coatoras os magistrados de todos os tribunais dos estados brasileiros e do Distrito Federal, bem como o Superior Tribunal de Justiça (STJ), o que evidencia, claramente, a competência do Supremo Tribunal Federal para processamento e julgamento do feito. Nesse contexto, a Procuradoria-Geral da República (PGR) alegou a incompetência do STF, tendo em vista a inexistência de indicação expressa de autoridades coatoras do STJ, contudo há diversas decisões emitidas pelo STJ que exigiam fundamentação dos magistrados com base em requisitos além dos elencados no art. 318 do CPP, confirmando, dessa forma, a competência do STF para julgamento do feito.

Paralelamente, além do STJ figurar como autoridade coatora, o alcance da decisão, assim como a abrangência dos pedidos formulados, é mais um dos motivos que consolidam a competência do STF para o referido julgamento, uma vez que o STF já acolheu a impetração de mandados de segurança e de injunção coletivos em outras ocasiões.

Ademais, apesar da opinião desfavorável da PGR sobre a coletividade do habeas corpus, ao afirmar que seria uma concessão genérica, sem a individualização do beneficiário, há de afirmar que ficou ressaltada a constitucionalidade da impetração do habeas corpus coletivo, pois existem writs que tramitaram no STF em não houve a identificação específica dos pacientes, sendo que, nem por isso, tiveram seu andamento interrompido ou suspenso, a citar como exemplo o Habeas Corpus 118.536 MC/SP e o Habeas Corpus 119.753/SP. Vale ressaltar que o instituto do habeas corpus está previsto no art. 5º, inciso LXVIII, da Constituição Federal de 1988, bem como nos artigos 647 e seguintes do CPP, e convém pontuar, também, a legitimidade ativa das Defensorias Públicas brasileiras para a impetração do habeas corpus, nos termos do art. 4º, XI, da Lei Complementar 80/1994 e do art. 134 da Constituição brasileira de 1988.

O Habeas Corpus, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, foi acompanhado, quanto ao mérito, pelos ministros Celso de Mello, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Nesse sentido, o ministro Dias Tofolli entende que:

Assim como o MS pode ser coletivo, ele entende que o HC também pode ter esse caráter. Contudo, o ministro conheceu em parte do HC, por entender que não se pode dar trâmite a impetrações contra decisões de primeira e segunda instâncias, só devendo analisar os pleitos que já passaram pelo STJ. Nos demais casos, contudo, o STF pode conceder ordens de ofício, se assim o entender, explicou o ministro. (BRASIL, 2018).

Para Gilmar Mendes (2018), “O habeas, segundo o ministro, é a garantia básica que deu origem a todo o manancial do processo constitucional. O caso em julgamento, frisou, é bastante singularizado e necessita de coletivização” (BRASIL, 2018). Celso de Mello, por sua vez, afirma que o habeas corpus representa um marco significativo em relação ao tratamento dos direitos fundamentais, explicitando que “se devem aceitar adequações a novas exigências e necessidades resultantes dos processos sociais, econômicos e políticos, viabilizando a adaptação do corpo da Constituição a nova conformação surgida em dado momento histórico” (BRASIL, 2018).

O ministro Edson Fachin diverge do relator quanto à concessão do HC, sob o argumento de que, para Fachin, o estado de coisas inconstitucional no sistema prisional brasileiro, que foi reconhecido no julgamento da ADPF 347, não implica automático encarceramento domiciliar. Sendo assim, apenas concretamente é possível avaliar todas as alternativas aplicáveis.

Importante salientar que os Ministros foram motivados pela situação degradante que assola os presídios brasileiros, que não estão aptos a abrigar mulheres gestantes, bem como recém-nascidos, pois não dispõem de locais apropriados de amamentação ou berçários, além do fato de os presídios não oferecerem condições para o desenvolvimento psicológico e social das crianças que nele encontram, indo de encontro a direitos fundamentais básicos, como o direito à vida, à saúde, ao lazer e à educação, bem como preceitos básicos elencados em nossa Carta Magna, como a dignidade da pessoa humana e a intranscendência das penas, ao preconizar que somente o condenado poderá responder pelo fato praticado, já que a pena não pode ultrapassar a pessoa do condenado, princípio esse que não é respeitado quando se permite que os filhos das encarceradas permaneçam nos locais. Além disso, destaca-se que o Estado tem o dever de proteção das crianças e adolescentes, que está tutelado na Constituição Federal, no art. 227.

3 IMPLICAÇÕES PRÁTICAS DO HABEAS CORPUS Nº 143.641/SP: ANÁLISE DE JULGADOS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL E DE SÃO PAULO

Com o intuito de obter informações acerca da efetiva aplicação do habeas corpus 143.641/SP, foi realizada uma pesquisa jurisprudencial no âmbito dos Tribunais de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) e de São Paulo (TJSP) e, em virtude do volume de dados a serem pesquisados, o estudo se restringiu ao período de junho até dezembro de 2020, bem como ao período de janeiro a agosto de 2021. A pesquisa foi realizada através dos indicadores de busca disponibilizados no site oficiais do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, sendo utilizado os seguintes termos de pesquisa: HC 143.641 ou PRISÃO DOMICILIAR/MÃE/GESTANTE, limitando-se a busca aos acórdãos em sede de Habeas Corpus.

Assim, pôde ser constatado que, no período correspondente ao ano de 2020, no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, de 57 acórdãos proferidos, 34 foram denegatórios à concessão da prisão domiciliar e 23 foram concessivos. Já em relação ao Tribunal de Justiça de São Paulo, foram prolatados 158 acórdãos acerca do tema, sendo 133 denegatórios da concessão de prisão domiciliar e 25 concessivos. Já em 2021, no TJRS, de 34 acórdãos proferidos, 22 foram denegatórios à concessão da prisão domiciliar e 12 foram concessivos. Em relação ao TJSP, de 39 acórdãos proferidos, 33 foram denegatórios à concessão da prisão domiciliar e 6 foram concessivos.

Primeiramente, é necessário salientar que a 2ª Turma do STF, no julgamento do Habeas Corpus coletivo em análise, dispôs sobre as hipóteses em que o benefício da prisão domiciliar às presas preventivas, gestantes ou mães de crianças, deva ser negado: quando os crimes tiverem sido praticados com violência ou grave ameaça ou crimes contra seus filhos ou dependentes (conforme dispõe o art. 318-A, CPP, o qual foi incluído pela Lei 13.769), sendo também autorizada a negação da substituição da prisão preventiva em situações excepcionalíssimas.

Nesse sentido, vale ressaltar que a Lei 13.769, a qual entrou em vigor em dezembro de 2018, positivou no CPP o entendimento manifestado pelo STF no julgamento do Habeas Corpus 143.641/SP, em fevereiro de 2018, sendo a principal diferença observada entre a Lei e o referido julgamento a não-inserção no CPP, pelo legislador, das situações excepcionalíssimas fundamentadas pelo magistrado que podem ensejar no indeferimento da concessão da prisão domiciliar. Entretanto, por meio da análise jurisprudencial e conforme o entendimento doutrinário majoritário, o fato do legislador não ter explicitado, claramente, no art. 318-A, CPP,

a previsão das situações excepcionalíssimas, não significa que ela não exista e que não esteja sendo evidenciada nos casos concretos.

Nesse sentido, pode-se afirmar que, pela análise dos julgados, existe uma tendência do magistrado em denegar o benefício. Nesse sentido, é evidente ressaltar que, em alguns casos, a conversão da prisão preventiva em domiciliar não deve ser efetivada, tendo em vista as hipóteses mencionadas no art. 318-A, CPP. Porém, a fundamentação para denegação do benefício com base nas situações excepcionais permite, nos casos concretos, uma atuação discricionária por parte dos juízes, que ainda possuem, mesmo após o julgamento do Habeas Corpus, grande resistência quanto a concessão deste benefício.

Nesse contexto, a partir da pesquisa de jurisprudência efetuada, foi verificado que, em relação às decisões nas quais o benefício era negado, pode-se dizer que, em alguns casos, a não concessão foi embasada e justificada, corretamente, pela natureza do crime, quando o delito foi praticado com violência ou grave ameaça, ou contra filhos ou dependentes, hipóteses em que a prisão domiciliar não deve ser concedida, mas é necessário salientar que existe uma quantidade bastante razoável de decisões em que a prisão domiciliar não é concedida às gestantes ou mães de crianças em decorrência de crimes como furto e, principalmente, tráfico de drogas, uma vez que entendem os magistrados por inadequada a substituição da prisão preventiva pela domiciliar, baseando-se nas hipóteses das situações excepcionalíssimas, sendo que são delitos praticados, muitas das vezes, sem grave ameaça ou violência, não existindo razão, portanto, para a negativa da prisão domiciliar a essas mulheres. É o que se observa na decisão abaixo, proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

(...) No caso penal em apreço, não se vislumbra espaço para a aplicação da norma, tendo em vista os fortes indícios de que a traficância era exercida pela paciente Thaina dentro de sua própria residência, na presença dos filhos, local onde localizadas as substâncias ilícitas de natureza variada, algumas delas de elevado poder deletério (...). (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Habeas Corpus Criminal nº 5027150-26.2021.8.21.7000**. 2ª Vara Criminal. Relatora Viviane de Faria Miranda, Panambi, RS. Diário da Justiça Eletrônico. N. 3335. P. 12. 26 abr. 2021.).

É o mesmo o entendimento observado na decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo:

(...) No caso dos autos, a paciente foi flagrada com expressiva quantidade e variedade de drogas ilícitas no interior da própria residência, de modo que os filhos menores, prima facie e infelizmente, estão inseridos no ambiente criminoso. Além disso, não há demonstração de que a paciente seja indispensável aos cuidados dos infantes, nos termos dos artigos 318, incisos III e V, e 318-A, ambos do CPP, devendo-se priorizar a segurança pública (...) (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

É constatado que, em relação, especificamente, ao crime de tráfico de drogas, o principal delito entre as presas provisórias, a quantidade de drogas apreendidas e a questão de a atividade criminosa ser empreendida na própria residência da presa podem ser configuradas como situações excepcionais para que o magistrado denegue o benefício. Ademais, a prova de que o cuidado materno é realmente necessário para o desenvolvimento daquela criança, assim como a reincidência são outros dois fatores utilizados, em caráter excepcional, para a negativa do benefício.

Nesse sentido, muitas das vezes, é imputado às mulheres, como demonstrado no julgado acima, que se prove, além da filiação dos menores, a imprescindibilidade para os cuidados dos filhos, já que, quando há a possibilidade de guarda das crianças por outros familiares, esse cuidado materno pode ser considerado desnecessário, fazendo com que a prisão preventiva não seja convertida em domiciliar, sendo essa questão extremamente problemática, ao se constatar a diversidade de impactos negativos que podem ser causados à criança caso ela seja separada de sua mãe. É o que se observa na decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo:

(...) Nesta toada, embora a paciente seja mãe de criança menor de 12 (doze) anos de idade, a gravidade dos fatos narrados na denúncia impõe a preservação da custódia cautelar, notadamente por conveniência da instrução criminal e garantia da ordem pública, estando configurada situação excepcionalíssima que impede a conversão de sua prisão preventiva em domiciliar. Ressalte-se, pois oportuno, que a prisão domiciliar pretendida visa tão somente à proteção integral da criança (Lei 13.257/16) e, neste passo, não pode ser estendida à custodiada cautelarmente pela prática de grave delito por ocasião de ostentar a condição de genitora. Não se descuide, inclusive, quanto à possibilidade latente e concreta da paciente corromper de forma irrecuperável a vida de criança em tenra idade. No mais, Gunara não é imprescindível ao cuidado de seus filhos, pois afirmou em solo policial que os seus dois filhos menores de 18 (dezoito) anos se encontram atualmente sob a responsabilidade do genitor Manoel (...) (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus Criminal nº 2159044-89.2021.8.26.0000.** 8ª Vara Criminal Central da Capital. Relator Gilberto Ferreira da Cruz, Barra Funda, SP. Diário da Justiça Eletrônico. N. 3338. P. 9/10. 9 ago. 2021).

Além disso, mesmo que no julgamento do Habeas Corpus 143.641/SP tenha ficado nítido que a reincidência, por si só, não poderia ensejar a denegação da substituição da prisão preventiva pela domiciliar, isso porque deveriam ser analisadas as peculiaridades de cada caso concreto, é observado que, em alguns casos, o magistrado utiliza-se, tão somente, do fator reincidência, a fim de que o benefício não seja concedido às presas provisórias.

Dessa maneira, há de se concluir que essa realidade acerca da situação das presas preventivas gestantes e mães de crianças é, ainda, bastante precária e necessita de ser revisada

pelos pelo magistrado brasileiro, tendo em vista que, em razão de uma interpretação bastante ampla e sem critério, feita pelos juízes, isto é, em razão de situações excepcionais, as quais nem mesmo estão presentes no Código de Processo Penal, muitas das presas possuem a benesse negada, sendo que, em tese, grande parte das vezes, ela poderia ser concedida a elas, então, diversas são as dificuldades enfrentadas por essa presas preventivas em questão, para que elas obtenham o direito à prisão domiciliar, o qual é assegurado tanto em lei como judicialmente.

Vale tecer uma crítica, também, a respeito das mulheres que se encontram em situação de vulnerabilidade econômica, isso porque, apesar da prisão domiciliar representar um aumento de qualidade de vida para as mães e seus filhos, deve ser ressaltado que não são todas as detentas que se encaixam nos requisitos necessários para que a prisão domiciliar seja concedida. Nesse sentido, um dos principais entraves à concessão da medida é a necessidade de que a ré possua endereço fixo, além do fato de uma comprovação de renda que seja capaz de suprir as necessidades da mãe e dos infantes.

Porém, é notório que grande parte da população brasileira não possui residência fixa, ademais, para que essas mulheres possam exercer atividade remunerada externa e, dessa forma, obter renda capaz de sustentar a si e ao seu filho, elas necessitam de solicitar autorização judicial, a fim de que possam se ausentar de suas residências, sendo que essa autorização judicial só é permitida pelos magistrados quando há existência de um vínculo formal de trabalho, o que é extremamente problemático, ao se pensar em um país no qual o índice de trabalho informal é bastante elevado, e, além disso, nos casos das que fazem jus a benefícios assistenciais oferecidos pelo governo, também existem fatores que dificultam e retardam o recebimento da quantia devida, como nos casos do bolsa-família. Logo, se faz urgente a análise de outras medidas que possam garantir maior bem-estar às gestantes e mães que não possam se beneficiar da prisão domiciliar.

4 A INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO E A GARANTIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS EM RELAÇÃO ÀS GESTANTES E PUÉRPERAS

É certo que o processo, assim como todas as vertentes que envolvem as relações processuais, são amplamente estudados, desde muito tempo. Nesse sentido, convém ressaltar que, inicialmente, o processo era visto como uma mera sucessão de atos e formas, como um simples procedimento, isto é, como atos que são desencadeados a partir do direito material, não sendo o direito processual encarado com autonomia perante o direito material. Essa fase

metodológica foi compreendida como “praxismo”, sendo que, nela, a produção das provas nos autos ficava a cargo somente das partes, já que os poderes do julgador eram limitados.

Posteriormente, foi originada a segunda fase metodológica, conhecida como “processualismo”, na qual se observa a caracterização do direito processual como uma relação jurídica autônoma do direito material. Nessa fase, há uma melhor delimitação e configuração do objeto a ser discutido em questão, dos requisitos e dos sujeitos processuais, podendo ser constatada, também, uma maior atuação jurisdicional. Nesse contexto, o processo não seria mais um mecanismo, por meio da autonomia privada, pelo qual as partes poderiam exercer seus direitos, mas sim o processo seria um instrumento proporcionado às partes por meio do Estado. Vale destacar, por último, que, nesse período, o processo era formalmente rígido, uniforme e substancial.

Em seguida, inicia-se a fase metodológica conhecida como “instrumentalismo”, a qual teve um de seus grandes expoentes doutrinários o autor Cândido Dinamarco, que publicou o livro intitulado “A Instrumentalidade do Processo”, em 1987. Assim, em linhas gerais, segundo Dinamarco (1994, p. 11-12), o instrumentalismo possibilitaria a “desmistificação das regras do processo e de suas formas e a correspondente otimização do sistema, para a busca da alcandora efetividade do processo”.

Assim, pode-se dizer que o processo se estrutura de forma a oportunizar às partes e ao juiz a adequação às peculiaridades de cada caso concreto, propiciando, dessa forma, a efetiva participação de todos os sujeitos processuais, com vistas a alcançar o fim ao qual se destina, representado pela efetividade jurisdicional e processual. Dinamarco (1994, p. 315) aponta que a legitimidade do procedimento está na sua aptidão para “proporcionar às partes a efetividade da participação em contraditório.” Então, os atos processuais devem ser analisados perante os objetivos pretendidos a serem alcançados, devendo o sistema processual ser estudado à vista de seus escopos sociais, políticos e jurídicos.

O autor preceitua, corretamente, que, assim como o Estado persegue o bem comum, a jurisdição deve perseguir a justiça, logo, a instrumentalidade do processo diz respeito à capacidade de, ao final do processo, ser constatada a obtenção da produção de resultados concretos, isto é, deve-se fornecer àquele que tem o direito tudo aquilo que lhe é devido. Nesse sentido, a instrumentalidade, assim como a jurisdição, pode e deve oferecer uma resposta atentando-se à justiça, para além do jurídico, sendo a instrumentalidade uma maneira de permitir que o processo seja permeado pelos valores, não só pelo direito. Assim, o que importa, elenca Dinamarco, é o fim alcançado, não tanto a regularidade no emprego dos meios, havendo, portanto, uma flexibilização das formas.

Percebe-se, em decorrência do exposto, uma estreita relação entre a instrumentalidade do processo e a temática já abordada, isto é, a conversão da prisão preventiva em domiciliar às gestantes e às mães de crianças até 12 anos, isso porque, nesses casos em questão, deve ser observada a efetividade do processo, ou seja, a sua capacidade de produzir resultados concretos, de dar a quem tem o direito, tudo aquilo que lhe é assegurado, que lhe é devido, com vistas a se alcançar uma decisão justa e assertiva. Desse modo, o magistrado deve analisar, em cada caso concreto, a viabilidade da concessão da prisão domiciliar, visando a assegurar que seja ofertado a essas mulheres aquilo que lhes é garantido.

Entretanto, o que se observa, muitas das vezes, como já mencionado, é que os juízes possuem uma resistência em assegurar a muitas dessas mulheres a efetividade de seus direitos, tendo em vista que a discricionariedade do órgão julgador, principalmente em relação às situações excepcionálissimas referentes à denegação do benefício, podem acarretar em decisões que optam pela não concessão da prisão domiciliar, sendo, claramente, hipóteses em que ela poderia ter sido decretada, como nos casos mencionados referentes ao crime de tráfico de drogas, o qual, em tese, não é cometido com grave violência ou ameaça, mas, mesmo assim, o magistrado insiste, em muitos casos, em negar a benesse. Cita-se, como exemplificação, também, os casos em que a prisão preventiva não é convertida, apenas por existir, concretamente, outra pessoa apta a cuidar da criança, como a avó, situação extremamente problemática, pois a criança carece dos cuidados maternos, o que pode gerar, futuramente, diversas complicações psicológicas.

Observa-se, nesse sentido, um descompasso existente entre os preceitos elencados pela Instrumentalidade do Processo e a análise jurisprudencial decorrente do julgamento do Habeas Corpus 143.641/SP, isso porque o direito que deveria ser efetivado às gestantes e mães de crianças até 12 anos, direito esse embasado legalmente e ratificado pelo julgamento do referido Habeas Corpus, não está sendo exercido em diversos casos concretos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É imprescindível destacar, primeiramente, que a situação precária dos presídios brasileiros é antiga e requer bastante atenção de todas as esferas sociais, isso porque, como sabido, a prisão é uma instituição falha, a qual não cumpre o seu papel de ressocialização dos presos, já que ela não possui meios para reeducar e ensinar aqueles que nela se encontram, ou seja, não possui subsídios necessários para que as pessoas possam ser reinseridas adequadamente na sociedade, muito pelo contrário, a prisão é um local insalubre, precário, sem

infraestrutura adequada e de extrema vulnerabilidade, que não possibilita uma existência digna, por isso, muitas das vezes, as pessoas são inseridas novamente no contexto social com uma conduta ainda mais inapropriada que anteriormente.

Paralelamente, salienta-se que, em relação às mulheres, evidencia-se que a expansão do número de presidiárias não foi acompanhado pela quantidade suficiente e adequada de unidades prisionais, além do fato de que a prisão, em nenhum momento da história, assim como atualmente, não se atentou a habilitar o espaço prisional para atender às necessidades das mulheres, principalmente quando se coloca em evidência a maternidade, já que grande parte dos presídios não possuem os recursos necessários para o desenvolvimento pertinente do feto e, futuramente, da criança.

É válido destacar, nesse panorama, a importância que o Supremo Tribunal Federal, o guardião da Constituição Federal, exerce perante o Poder Judiciário e sobre a sociedade. Nesse contexto, convém mencionar, primeiramente, o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347, pelo STF, proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), sob a fundamentação de que a situação do sistema carcerário configura violação contínua aos direitos fundamentais e humanos, e, em 2015, por meio dela, o Supremo reconheceu o estado de coisas inconstitucional no sistema carcerário, o que não foi capaz de gerar grandes mudanças estruturais dentro dos presídios brasileiros, mas foi um fato de extrema importância simbólica.

Logo, dentro dessa parcela social já marginalizada, representada pela população carcerária, encontram-se as presidiárias gestantes e aquelas que são mães de crianças e deficientes, as quais, além de estarem submetidas à precariedade da prisão, não possuem, também, atendimento pré-natal, alimentação balanceada, correta higienização e conforto, o que implica em uma série de problemas psicológicos e físicos, tanto nas mulheres como em suas crianças.

Assim, a partir de toda essa motivação fática, a Defensoria Pública da União impetrou o Habeas Corpus coletivo 143.641/SP, em prol de todas as presas preventivas gestantes e mães de crianças de até 12 anos e deficientes, no intuito de converter essa prisão preventiva em domiciliar, a fim de que fosse proporcionada uma maior qualidade de vida a essas mães e, principalmente, a suas crianças, que não possuem relação com a conduta praticada pela mãe, e, portanto, não devem ser submetidas ao ambiente prisional, de forma a desrespeitar diversos princípios basilares constitucionais e legais.

Assim, o julgamento desse Habeas Corpus pelo STF representa um enorme avanço em relação à problemática e à realidade a que essas mães estão submetidas, atentando-se, por

exemplo, ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, disposto no art. 1º, III, da CR/88, sendo um marco significativo em relação aos direitos fundamentais, entretanto é preciso evidenciar que as “situações excepcionalíssimas”, as quais são utilizadas para denegação do benefício, muitas das vezes, impedem que o benefício seja concedido a diversas mulheres, isso porque essas situações foram responsáveis por provocar ampla arbitrariedade aos magistrados, que passaram a optar por não conceder a substituição da prisão preventiva pela domiciliar com base em critérios não previstos em lei.

Conclui-se, então, que, pelo fato de a prisão domiciliar ser tida como a forma alternativa mais recomendável às presidiárias que possuam filhos menores ou gestantes, já que assegura melhores condições de vida, deveria existir uma flexibilização dessas situações excepcionalíssimas, ficando a denegação do benefício apenas restrita às hipóteses elencadas no art. 318-A, CPP. Além disso, é necessária, futuramente, uma análise criteriosa, por parte dos magistrados, sobre toda essa problemática, a fim de que seja acordado se a prisão domiciliar é, realmente, a medida mais cabível a ser aplicada sobre as gestantes e mães de crianças, isso porque muitas vivem em situação de hipossuficiência financeira e fragilidade econômica, não possuindo residência fixa ou meios de prover sua subsistência, não sendo viável, nesses casos, a aplicação da prisão domiciliar, podendo ser mais interessante, nessas situações, por exemplo, a possibilidade de concessão de liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares diversas. Deve ser averiguado, concretamente, o que poderia ser feito para proporcionar para aquela mãe/filho em questão conforto e qualidade de vida.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Bruna Soares Angotti Batista de. **Entre as leis da ciência, do Estado e de Deus: o surgimento dos presídios femininos no Brasil**. 2011. Dissertação (Mestrado em Antropologia) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

BRAGA, Vivian Sampaio. **O encarceramento feminino no Brasil: Uma análise a partir do HC 143641/SP**. 2021. 68 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) - Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm. Acesso em 02 ago. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **2ª Turma concede HC coletivo a gestantes e mães de filhos com até doze anos presas preventivamente**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=370152>. Acesso em 10 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 143.641/SP. **Voto do Relator Ricardo Lewandowski (2018)**. Brasília, fevereiro de 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>. Acesso em: 02 ago. 2021.

Código de **Processo Penal**. Decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 8 ago. 2021.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

Do ódio e violência contra as mulheres - Respostas à pergunta: “Afim, o que querem as mulheres?”/Marcelo Antônio Rocha et al. - Belo Horizonte - MG: Dom Helder, 2020.

FEITOSA, Dulce Anne Freitas. Fases metodológicas do processo, características, conceitos e sistemas de formas processuais. **Jus Navagandi**, 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/73794/fases-metodologicas-do-processo-caracteristicas-conceitos-e-sistemas-de-formas-processuais#:~:text=A%20teoria%20do%20instrumentalismo%20defendida,o%20seu%20escopo%5B18%5D.>>. Acesso em: 7 ago. 2021.

GARCIA, Bárbara Lara. As mães no cárcere brasileiro e o habeas corpus coletivo nº 143.641/SP. **Âmbito Jurídico**, 2020. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/as-maes-no-carcere-brasileiro-e-o-habeas-corpus-coletivo-no-143-641-sp/>>. Acesso em: 7 ago. 2021.

Infopen Mulheres. Departamento Penitenciário Nacional e Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 30 jun. 2014. Disponível em: <<http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/relatorio-infopen-mulheres.pdf>>. Acesso em: 01 ago. 2021.

Infopen Mulheres. Departamento Penitenciário Nacional e Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 30 jun. 2016. Disponível em: <<https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen/mais-informacoes/relatorios-infopen/relatorios-sinteticos/infopenmulheres-junho2016.pdf/@@download/file/infopenmulheres-junho2016.pdf>>. Acesso em: 01 ago. 2021.

LEMOS BRITTO, José Gabriel de. **Os Systemas Penitenciários do Brasil**. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial, 1924. VOLUME I e II.

Levantamento nacional de informações penitenciárias, atualização junho de 2017 / organização, Marcos Vinícius Moura. — Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, Departamento Penitenciário Nacional, 2019. Disponível em <<https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen/mais-informacoes/relatorios-infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017.pdf/@@download/file/infopen-jun-2017.pdf>>. Acesso em: 03 ago. 2021.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. Niterói: Impetus, 2012, v. 1

Relatório temático sobre mulheres privadas de liberdade. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen) – junho de 2017. Organização: Marcos Vinícius Moura Silva. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, Departamento Penitenciário Nacional, 2019. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/copy_of_Infopenmulheresjunho2017.pdf>. Acesso em: 03 ago. 2021.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Habeas Corpus Criminal nº 5027150-26.2021.8.21.7000. 2ª Vara Criminal. Relatora Viviane de Faria Miranda, Panambi, RS. Diário da Justiça Eletrônico, n. 3335, p. 12. 26 abr. 2021.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Habeas Corpus Criminal nº 2159044-89.2021.8.26.0000. 8ª Vara Criminal Central da Capital. Relator Gilberto Ferreira da Cruz, Barra Funda, SP. Diário da Justiça Eletrônico, n. 3338, p. 9/10. 9 ago. 2021.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Habeas Corpus Criminal nº 2154589-81.2021.8.26.0000. Vara Única. Relator Osni Pereira, Jarinu, SP. Diário da Justiça Eletrônico, n. 3335, p. 12, 4 ago. 2021.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**: teoria geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

CORRESPONSABILIDADE DO ESTADO NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO E A SUA AUSÊNCIA NA GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS CONFORME A FINALIDADE DA PENA

Daniel Lucas da Silva Rocha²¹

Luís Eduardo Costa Lima Garbacio²²

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 FOUCAULT: PODER DISCIPLINAR E ESTADO; 3 A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE; 4 A GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO SISTEMA PRISIONAL; 5 O ESTADO BRASILEIRO E A CULTURA DO ENCARCERAMENTO; 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

O Poder do Estado, em sua capacidade punitiva, inspira o estudo da ciência criminal – impulsionado pela proposição de ideais humanitários – para a compreensão das reformas que condicionaram o Direito Penal aos tempos modernos. Assim, à luz do conteúdo histórico do conceito de punição, a influência de Michel Foucault, por meio da obra **Vigiar e punir: nascimento da prisão**, norteia o tema como referência ao entendimento das penas na repressão do indivíduo e seus processos jurídicos próprios de cada época.

A punição, em suas origens históricas, distante da interpretação e aplicação do princípio da dignidade humana, admitia nas suas fontes e métodos o castigo purgante do corpo como elemento válido da lei penal: o condenado protagonizava um espetáculo punitivo com finalidade retributiva do mal cometido.

Superada pela adequação social e a evolução dos institutos jurídicos, a concepção penal configurou-se a um modelo mais humanista para a sanção a ser aplicada. Ocorreu, nos últimos

²¹ Graduando em Direito pela Escola Superior Dom Helder Câmara. Integrante do Grupo de Iniciação Científica Direito Penal e Jurisprudência: justiça, segurança e corresponsabilidade do Estado, liderado pelo Professor Doutor Enio Luiz de Carvalho Biaggi e secretariado pela Professora Mestre Lícia Jocilene das Neves.

²² Graduando em Direito pela Escola Superior Dom Helder Câmara. Integrante do Grupo de Iniciação Científica Direito Penal e Jurisprudência: justiça, segurança e corresponsabilidade do Estado, liderado pelo Professor Doutor Enio Luiz de Carvalho Biaggi e secretariado pela Professora Mestre Lícia Jocilene das Neves.

dois séculos, a gradual abolição do sofrimento do corpo, substituído por códigos carregados por questões éticas e limitadoras das finalidades da pena – justificados os efeitos sobre indivíduo e a sociedade.

Estado e sanção penal são conceitos interligados e, como visto, marcados por um processo histórico. Deste modo, o estudo da transição das teorias da pena justifica-se para uma melhor concepção de seu sentido no atual contexto de encarceramento. A privação de liberdade surge como o meio de aplicação da pena que se distancia do ritual de ostentação dos castigos corporais – se exerce o aprisionamento do indivíduo como política criminal do Estado de repressão à delinquência.

O aprofundamento de ideais humanitários converge para a possibilidade de a pena privativa de liberdade ser uma ferramenta de reintegração do infrator ao convívio social. O novo pensamento justifica a reabilitação como fim social de diminuição da reincidência.

Sob a perspectiva de ressocialização, é natural ampliar o espectro do estudo ao sistema penal brasileiro, em especial análise às garantias fundamentais dos encarcerados em nosso país diante dos problemas estruturais das prisões. Nesse sentido, contrariamente à garantia dos direitos fundamentais, constatam-se explícitas violações dos princípios constitucionais na execução penal no Brasil, indicando possível causa dos altos índices de reincidência criminal. Soma-se a isto a cultura punitivista que contribui para a degradação da vida carcerária.

Dentro desta proposta, busca-se compreender o aparente fracasso do sistema penitenciário brasileiro – representado por material humano jogado à sorte –, conduzido por deficientes políticas de garantia da legalidade para o cumprimento da pena, e a relação com a estrutura de Poder do Estado descrita por Michel Foucault.

2 FOUCAULT: PODER DISCIPLINAR E ESTADO

A fim de melhor compreender a corresponsabilidade do Estado brasileiro em relação ao sistema penal, é antes mister retratar a evolução histórica das prisões, sua finalidade nas civilizações desde os períodos mais remotos, abordando também como funcionavam os sistemas penais por volta do século XVIII.

Primeiramente, é válido pontuar que a prisão nem sempre teve como finalidade ser uma pena, não possuía destaque entre as demais sanções penais como está a ocorrer nos últimos séculos nas sociedades contemporâneas. Antes disso, ao regressar para os tempos mais longínquos da história da humanidade, percebe-se que nas sociedades primitivas as punições aplicadas aos infratores tinham o corpo como alvo da repressão penal.

Ainda até o final do século XVIII, uma das maneiras – não a mais comum – de se punir era através dos suplícios. Esses consistiam em penas corporais dolorosas que correlacionavam “o tipo de ferimento físico, a qualidade, a intensidade, o tempo dos sofrimentos com a gravidade do crime, a pessoa do criminoso, o nível social de suas vítimas” (FOUCAULT, 2014, p. 37). Os suplícios compunham um ritual público, isto é, uma liturgia punitiva com a finalidade de deixar marcas no supliciado, desencorajar a população de cometer os ilícitos e, sobretudo, ferramenta para o governante demonstrar sua força e soberania.

Descrito genericamente o funcionamento do sistema penal, é possível ainda mensurar como operava o sistema punitivo da maioria dos países europeus – à exceção da Inglaterra. Foucault (2014) aborda que tais países mantinham todo o processo criminal em secreto (até à sentença). Assim, o povo (público dos rituais supliciais) e nem mesmo o próprio acusado possuíam ciência do desenrolar do referido processo – somente o acusador e os que compunham o sistema investigativo tinham conhecimento.

Também havia nesse processo um sistema que guiava as investigações e a sentença dos magistrados: se dividiam conforme a natureza e a eficácia de cada prova. Cabe citar uma das mais fortes – senão a mais – provas: a confissão. Sobre o processo, descreve Foucault:

No interior do crime reconstituído por escrito, o criminoso que confessa vem desempenhar o papel de verdade viva. A confissão, ato do sujeito criminoso, responsável e que fala, é a peça complementar de uma informação escrita e secreta. Daí a importância dada à confissão por todo esse processo de tipo inquisitorial. (FOUCAULT, 2014, p. 41)

Mesmo que a confissão fosse produzida espontaneamente pelo suspeito, havia a possibilidade de ela ser extraída coercitivamente em interrogatório através de torturas. Porém, duas situações poderiam ocorrer: um indivíduo possuiria firmeza o suficiente para esconder um crime que cometeu (ainda que com todo o sofrimento que a tortura lhe proporcionava) e, portanto, não confessar nada; ou ser inocente e confessar algo que não fez de fato, somente para dar fim àquela aflição.

Com isso, o juiz deveria tomar precauções para não submeter um inocente ao suplício do interrogatório. Ademais, ressalta-se que, caso o supliciado resistisse a todo o tormento do interrogatório e não confessasse nada, o juiz teria de abandonar as acusações. Nesse contexto, Foucault expõe:

Daí a recomendação que se faz muitas vezes aos juizes de não submeter a suplício do interrogatório um suspeito contra o qual há convicção suficiente dos crimes mais graves, pois se ele viesse a resistir à tortura, o juiz não teria mais o direito de lhe infligir a pena de morte, que ele merece, entretanto; nessa justa, a justiça perderia: se

as provas são suficientes (FOUCAULT, 2014, p. 43).

Assim, mesmo com a existência de um sistema de investigação e coleta de provas consideravelmente desenvolvido, a eficácia desse era questionável, pois da forma que todo procedimento investigativo e de agrupamento de provas se dava, com a possibilidade de um suspeito ser condenado com base em indícios ou provas sem expressividade, além da ausência de oportunidade do acusado se defender, as chances de uma sentença equivocada eram elevadas.

Isso serviu como estopim para o crescimento da insatisfação da população europeia na segunda metade do século XVIII. Outro fator relevante para os protestos se dá em razão dos suplícios serem excessivamente cruéis e violentos, além de que os rituais eram feitos em público, o que escandalizava a muitos. Desse modo, o povo, parlamentares, juristas e filósofos expuseram seu descontentamento e exigiram mudanças quanto ao sistema punitivo.

Diante das constantes transformações na Europa e da necessidade de se impor uma punição sem suplício, reformadores como Cesare Beccaria trouxeram à luz a ideia de um dos mais importantes princípios do direito penal contemporâneo: o da humanidade. Como expõe Saldarriaga (1993, p. 33 *apud* BITENCOURT, 2012, p. 67), tal princípio defende que “o poder punitivo estatal não pode aplicar sanções que atinjam a dignidade da pessoa humana ou que lesionem a constituição físico-psíquica dos condenados”.

A partir desse momento da história, é percebido, especialmente no continente europeu, o afrouxamento da penalidade e, sobretudo, a mudança do corpo – como alvo central da repressão penal – para a alma do condenado, isto é, a representação da pena. Logo, a dor física deixa de ser instrumento para se punir. Foucault (2014) externa que a lembrança de uma dor (não física ou incorpórea) pode impedir a reincidência do mesmo modo que um suplício.

A reforma penal não continha como objetivo principal fundar novo direito de punir, mas de reorganizá-lo, regulamentá-lo, distribuí-lo de forma mais homogênea entre os órgãos e sujeitos competentes, evitando arbitrariedades – principalmente pelos soberanos. Portanto, através desses ajustes, a reforma viria a trazer maior eficiência e regularidade, além de permitir a aplicação de punições mais acertadas e humanitárias (princípio da humanidade).

3 A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

Para compreendermos a transformação dos mecanismos de aplicação da pena ao longo dos anos, é necessário fazermos uma breve contextualização a respeito dos sistemas penais

européus e da história do velho mundo que influenciaram todo o ocidente. Dessa maneira, a compreensão sobre a história e evolução da pena de prisão se torna mais visualizável e facilitada.

A prisão é um instrumento coercitivo tão antigo quanto a história da humanidade. Em razão disso e da grande quantidade de fatos e informações durante o desenvolver das civilizações, é difícil apontar com precisão sua origem ou traçar uma linha cronológica contínua sem o risco de cair em equívocos e negligenciar determinados pontos. Todavia, tomando como referência períodos marcantes das sociedades, é possível solidificar um conhecimento satisfatório. É válido destacar as palavras de Foucault a respeito da prisão:

A prisão é menos recente do que se diz quando se faz datar seu nascimento dos novos códigos. A forma-prisão preexiste à sua utilização sistemática nas leis penais. [...] No fim do século XVIII e princípio do século XIX se dá a passagem a uma penalidade de detenção, é verdade. (FOUCAULT, 2014, p. 223)

Partindo do período da Antiguidade (se estende desde a invenção da escrita – 4000 a.C. a 3500 a.C. – até a queda do Império Romano do Ocidente – 476 d.C.), observa-se que o encarceramento de delinquentes já existia, mas com finalidade preponderantemente de custódia até a execução da condenação, e não como uma pena. Bitencourt (2012) relata que as penas desse momento eram de morte, corporais (como os suplícios) e infamantes.

Ainda se ressalta que as duas sociedades de destaque do mundo antigo – grega e romana – “conheceram a prisão com finalidade eminentemente de custódia, para impedir que o culpado pudesse subtrair-se ao castigo” (BITENCOURT, 2012, p. 599). Ademais, os romanos, assim como os gregos somente adotavam a prisão por dívidas, ou seja, o encarceramento de indivíduos com débitos pendentes até que esses fossem satisfeitos.

Prosseguindo para a Idade Média, Bitencourt (2012) narra que as leis penais medievais – a exemplo do código de crueldade legal que perdurou até 1791 – tinham como finalidade produzir o medo no meio social. Esse momento da história é marcado pela presença de punições sangrentas e violentas aplicadas dos mais diversos modos. Bitencourt (2012), acrescenta que a prisão ainda permanecia com o caráter custodial, porém surgiram as prisões de Estado e a prisão eclesiástica.

Vale destacar que prisão moderna (como pena privativa de liberdade), e o Direito Penal em si, receberam grande influência do pensamento cristão e do Direito Canônico, sendo inegável o papel que a Igreja Católica exerceu na sociedade europeia. As palavras “penitenciária” e “penitenciário”, derivadas do termo “penitência”, são exemplos da forte influência da Igreja.

Avançando no tempo, a Idade Moderna, novo marco da humanidade, caracteriza-se como um período repleto de inovações científicas e filosóficas, do retorno de valores culturais e artísticos do mundo antigo, mas também manchado pela elevação da pobreza, fome e violência através de roubos e assassinatos. Sucintamente, um momento histórico marcado por muitas mudanças sociais, refletidas no âmbito do direito criminal. Pelo aumento da delinquência e o acelerado crescimento populacional, as penas, antes aplicadas como meio de imposição do medo, deixaram de ter uma eficácia adequada e isso fez com que o Estado passasse a pensar em novas formas de controle social.

Portanto, é no final do século XVIII e início do século XIX que a prisão deixa de ser adotada no sistema penal como uma custódia e se torna uma pena. Tinha em sua finalidade a reforma dos infratores através do trabalho obrigatório e da disciplina, o que não é de se surpreender, uma vez que o capitalismo estava em constante ascensão e havia pouca mão de obra. Além disso, o trabalho tinha como finalidade evitar o ócio e a vagabundagem, mas o propósito principal seguia a função do preso se autossustentar.

Desse período em diante, a humanidade presenciou com intensidade diversas revoluções (como exemplo, a inglesa, americana e francesa) que tiveram por influência, essencialmente, os ideais iluministas. Das revoluções surgiram as primeiras declarações de direitos e o abandono do Estado absolutista para um Estado de Direito, que evoluiu ao Estado Democrático de Direito conhecido atualmente, composto por direitos e princípios fundamentais de humanidade do Direito Penal.

4 A GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO SISTEMA PRISIONAL

No Estado Democrático de Direito, o direito de punir, pela concepção da legalidade, é reservado ao Estado. Convém que a pena, como meio de controle social, é o recurso utilizado para regular o convívio em sociedade. Beccaria explica o surgimento e a importância do direito de punir aos infratores das normas jurídicas:

As leis foram as condições que reuniram os homens, a princípio independentes e isolados, sobre a superfície da terra. Cansados de só viver no meio de temores e de encontrar inimigos por toda parte, fatigados de uma liberdade que a incerteza de conservá-la tornava inútil, sacrificaram uma parte dela para gozar do restante com mais segurança. [...] Não bastava, porém, ter formado esse depósito; era preciso protegê-lo contra as usurpações de cada particular, pois é tal a tendência do homem para o despotismo, que ele procura, sem cessar, não só retirar da massa comum sua porção de liberdade, mas ainda usurpar a dos outros. Eram necessários meios sensíveis e bastante poderosos para comprimir esse espírito despótico que logo tornou a

mergulhar a sociedade no seu antigo caos. Esses meios foram as penas, estabelecidas contra os infratores das leis. (BECCARIA, 2015, p. 22-23)

Na história do Direito Penal brasileiro, a sociedade vivenciou avanços e retrocessos do papel *ius puniendis* estatal. Nesse âmbito, pode-se afirmar que a resposta penal adequada – em busca do ideal de justiça – deve ser regida pelos princípios constitucionais da República. Seguindo o raciocínio, observa-se a tendência de manifestação da valoração de princípios humanitários. Este cenário conceitual de transição é descrito por Bitencourt:

Diante do panorama de incertezas relatado, resulta, pelo menos, alentadora a tendência que vem se desenvolvendo, desde o início do novo século, em direção à efetividade dos direitos e garantias previstos na nossa Constituição. [...] O nosso apego aos Direitos Humanos, unido ao presente caminhar em prol da efetividade material dos direitos e garantias individuais, em suma, alenta a nossa perspectiva de um futuro menos cruel para o Direito Penal. (BITENCOURT, 2012, p. 91-92)

Nesta perspectiva progressiva, cabe destacar a abrangência dos direitos e garantias fundamentais na proteção da dignidade da pessoa humana, com prerrogativas aos presos indispensáveis à integridade física e moral – em observância ao dever do Estado de proteção e de assegurar condições para o cumprimento da pena. A respeito, Bulos entende que:

Direitos fundamentais são o conjunto de normas, princípios, prerrogativas, deveres e institutos, inerentes à soberania popular, que garantem a convivência pacífica, digna, livre e igualitária, independentemente de credo, raça, origem, cor, condição econômica ou *status* social. Sem os direitos fundamentais, o homem não vive, não convive, e, em alguns casos, não sobrevive. (BULOS, 2017, p. 526)

Contudo, a manifesta complexidade da execução penal efetiva uma realidade divergente da concepção dos direitos e garantias fundamentais. As circunstâncias desalentadoras do problema penitenciário permitem supor a relação do não cumprimento do diploma legal a uma questão social concreta: a reincidência criminal. Ainda que o processo de humanização da pena pretenda a reabilitação do preso, seria ingenuidade acreditar que a pena privativa de liberdade cumpra este fim – na verdade, se conceitua como uma amarga necessidade. Acrescenta-se, a isto, o ciclo de imersão criminal que o preso enfrenta no ambiente de crise do sistema penitenciário brasileiro. Para Bitencourt, o debate sobre o tema não enfatiza as condições de execução da pena:

Questiona-se a validade da pena de prisão no campo da teoria, dos princípios, dos fins ideais ou abstratos da privação de liberdade, e se tem deixado de lado, em um plano muito inferior, o aspecto principal da pena privativa de liberdade, que é a sua execução. Igualmente se tem debatido no campo da interpretação das diretrizes legais,

do dever-ser, da teoria, e, no entanto, não se tem dado a atenção devida ao tema que efetivamente merece: o momento final e dramático, que é o do cumprimento da pena institucional. (BITENCOURT, 2012, p. 585)

Ao contrário de seu objetivo de reintegração social, o sistema prisional brasileiro protagoniza a ruptura dos dispositivos constitucionais garantidos aos presos, convertendo-se em instrumento de indiferença às atrocidades que a prisão exerce. Com efeito, a vida carcerária produz no indivíduo a incompreensão em continuar seguindo as normas impostas pela sociedade. Ainda a pretensão de que o encarcerado se ressocialize, em meio a uma realidade violenta, assume caráter utópico em razão da incapacidade do Estado na garantia da legalidade no cumprimento da pena. Conforme avalia Bitencourt, ao condenado se impõe a culpa por eventual reincidência:

A estigmatização e o etiquetamento que sofre o delinquente com sua condenação tornam muito pouco provável sua reabilitação. Depois de iniciada uma carreira delitiva é muito difícil conseguir a ressocialização. O sistema penal, como a escola, desintegra os socialmente frágeis e os marginalizados. Entre os delinquentes e a sociedade levanta-se um muro que impede a concreta solidariedade com aqueles ou inclusive entre eles mesmos. [...] O sistema penal conduz à marginalização do delinquente. Os efeitos diretos e indiretos da condenação produzem, em geral, a sua marginalização, e essa marginalização se aprofunda ainda mais durante a execução da pena. (BITENCOURT, 2012, p. 590-591)

O desprezo ao princípio da dignidade humana na aplicação penal representa grave violação aos direitos dos presos e estrutura de exclusão destes com a sociedade. É necessário, sobretudo, garantir a dignidade daqueles que estão em reclusão e legitimar a tutela do Estado que se traduza em concreto objetivo ressocializador. Em função disso, se faz necessário abordar a atuação do Estado brasileiro em relação ao sistema carcerário e na reintegração dos presos à sociedade.

5 O ESTADO BRASILEIRO E A CULTURA DO ENCARCERAMENTO

O sistema carcerário brasileiro, há bastante tempo, passa por grandes dificuldades de ressocialização dos detentos, com o intuito de lhes garantir uma readaptação ao meio social. Em 2015, através da ADPF 347, o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu um Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) no sistema carcerário brasileiro. Essa tese verifica as violações generalizadas de direitos fundamentais dos presos, as falhas das autoridades públicas em garantir e promover tais direitos e o potencial risco de congestionamento do Poder Judiciário caso cada preso que teve seus direitos ofendidos busque de forma individual a satisfação destes.

Com a decretação de tal estado (ECI), o Supremo Tribunal Federal, através de uma postura de ativismo judicial, passou a determinar medidas para solucionar o problema do sistema carcerário em razão da inércia dos “poderes” Legislativo e Executivo.

Segundo o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen), realizado pelo Departamento Penitenciário Nacional (Depen) de julho a dezembro de 2019, o Brasil possui 748.009 presos. Esse número, de grande expressividade, reflexo de políticas públicas adotadas no país, remete a outro fator de importante análise: o retorno ao sistema prisional.

Apesar da reincidência criminal ser tema pouco abordado em pesquisas institucionais, o relatório divulgado pelo Departamento de Pesquisas Judiciárias do Conselho Nacional de Justiça em 2020 aponta que dentre as pessoas com processos registrados no ano de 2015, 42,5% retornaram ao sistema prisional até dezembro de 2019. A alta taxa indica um preocupante cenário de crise na condução do Estado no processo de ressocialização do preso.

Como já foi abordado neste estudo, a decretação do Estado de Coisas Inconstitucional demonstra a inefetividade das autoridades públicas em promover medidas voltadas ao sistema prisional. Ainda que a Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/1984) brasileira seja considerada atualizada, apresentando em seu texto a preocupação com a dignidade e humanidade da execução da pena, ainda é insuficiente a resolução do desafio de reintegração social do preso e a redução no número de pessoas privadas de liberdade.

O Estado brasileiro, detentor do poder de punir e de controle social, é corresponsável pela reinserção do preso à sociedade. Pode ser corresponsabilizado pela atual situação do sistema carcerário e da superpopulação de presos, devido à inércia dos órgãos e autoridades públicas na promoção de soluções concretas.

Bitencourt (2012) pontua que dentre as finalidades da pena, a finalidade ressocializadora não é a única, nem mesmo a principal, todavia deve ser buscada sempre que possível. Contudo, o autor acrescenta que ainda que seja papel do Estado buscar atingir essa finalidade, não é o responsável sozinho. Por isso, se diz corresponsabilidade. A sociedade e instituições também possuem parte nesse dever. Ainda Bitencourt entende que:

Modernamente, só se concebe o esforço ressocializador como uma faculdade que se oferece ao delinquente para que, de forma espontânea, ajude a si próprio a, no futuro, levar uma vida sem praticar crimes. Esse entendimento configura aquilo que se convencionou chamar “tratamento ressocializador mínimo”. Afasta-se definitivamente o denominado objetivo ressocializador, que constitui uma invasão indevida na liberdade do indivíduo, o qual tem o direito de escolher seus próprios conceitos, suas ideologias, sua escala de valores. (BITENCOURT, 2012, p. 628)

Por fim, é possível compreender que, mesmo sendo também papel e faculdade do preso promover a si próprio o retorno à sociedade e se distanciar da delinquência, o Estado não tem dado as condições adequadas para que ele assim faça, haja visto a precariedade do sistema carcerário brasileiro – barreira para redução da reincidência criminal.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por meio da obra *Vigiar e punir: nascimento da prisão*, Michel Foucault observa o processo evolutivo da pena: sua origem histórica remete ao suplício do corpo como método de punição, transitando para os princípios humanitários modernos de ressocialização do delinquente. Em sua análise, Foucault descreve a transformação das leis como objeto normatizador de controle social pelo Poder do Estado. Vale destacar a importância do tema tratado por Foucault para melhor compreensão do objetivo ressocializador das medidas jurídicas modernas. Ainda a propulsão humanista de uma nova legislação penal acende o debate sobre ideais para uma justiça social reintegradora de delinquentes.

Integrado ao tema, o Estado brasileiro e sua política de encarceramento evidenciam a falência da prisão em seu objetivo ressocializador – dadas as condições do sistema prisional. Graves violações de direitos e princípios constitucionais condicionam nosso modelo político-criminal em fonte de opressão e valoração negativa do condenado. A prisão, na conjunção de elementos violadores da legalidade, degrada a dignidade humana dos condenados. Fatores como a superpopulação carcerária, precariedade sanitária, insuficiência na assistência à saúde e incapacidade de garantia da integridade física constituem grosseiras violações dos direitos humanos.

Dessa forma, a deficiência do sistema penitenciário brasileiro torna impraticável a reabilitação do preso. Em síntese, o sistema penal atua antagonicamente ao que se propõe, oportuniza os efeitos desumanos da prisão e cria ambiente de perpetuação da delinquência.

As implicações do falho sistema penal brasileiro incidem em um julgamento social da ausência do Estado no enfretamento à criminalidade. O abandono do poder público agrava a condição do preso, suscetível ao poder paralelo de organizações criminosas atuantes nas prisões. Ao preso, resta a adequação a uma nova ordem moral que garanta sua sobrevivência na prisão – supressora dos elementos humanitários garantidores da ressocialização.

Socialmente, a precariedade do sistema prisional brasileiro declara ao preso a condução de sua própria custódia, incompatível com a finalidade de reabilitação para o convívio em

sociedade. A negligência do Estado aos princípios humanitários no cumprimento da pena se converte em repúdio do preso à ordem legal.

O preso primário, inclinado a uma maior possibilidade de reabilitação, na prática, tem frustrada sua perspectiva de reintegração social. A nova realidade impõe o convívio com presos considerados de alta periculosidade, em celas acima da capacidade, acentuando a ideia de prevalência do mais forte sobre o mais fraco e a oportuna aliança com facções como contrato de proteção.

Como se analisa, o dever do Estado de garantia dos direitos fundamentais aos presos é prioritário para a ressocialização. A corresponsabilidade do Estado na reintegração social do condenado tem função motora para estancar a crise no sistema prisional, esculpida pelo abandono do poder público. As ofensas aos presos ultrapassam a hostilidade da condenação moral, ferem, ativamente, o princípio constitucional de dignidade da pessoa humana.

Além da Constituição, com trinta e dois incisos do artigo 5º destinados à proteção dos direitos fundamentais, há legislação direcionada ao cumprimento da execução penal, fundamentada na compatibilidade com as garantias constitucionais. A Lei de Execução Penal regulamenta, dentre outras funções, as condições das instalações prisionais, como capacidade de lotação e estrutura de proteção e assistência ao preso. Ainda é válido observar a declaração dos direitos humanos, em 1948, pela recente criada ONU, em um cenário de pós-guerra que volta a atenção mundial ao combate de atrocidades contra a humanidade.

Contudo, no Brasil, a legislação desafia à realidade e evidencia a abstração do Estado à anomalia do sistema prisional no padecimento do preso. O não cumprimento de preceitos legais manifesta-se como enfermidade causadora da decadência do sistema penal. Sujeito a todo descompasso, está o preso, condenado, para além da pena, a uma sobrevivência de violações de direitos e desprezo social impostos pela prisão.

Por fim, uma perspectiva de redução criminal somente se dará com mudanças estruturais profundas promovidas pelo Estado, em defesa de uma sociedade igualitária que considere as causas sociais geradoras da delinquência e promova medidas humanitárias efetivas de garantia à dignidade humana como função de ressocialização.

REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**, v. 1. 17. ed. rev. ampl. atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**, INFOPEN, dez. 2019. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiZWl2MmJmMzYtODA2MC00YmZiLWI4M2ItNDU2ZmlyZjFjZGQ0IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 16 ago. 2021.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 42. ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

SALDARRIAGA, Victor Roberto Prado. **Comentarios al Código Penal de 1991**, Lima: Alternativas, 1993 *apud* BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**, v. 1. 17. ed. rev. ampl. atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. São Paulo: Saraiva, 2012.

TAXA de retorno ao sistema prisional entre adultos é de 42%, aponta pesquisa. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 3 mar. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-03/42-adultos-retornam-sistema-prisional-aponta-pesquisa>. Acesso em: 16 set. 2021.

A LEGITIMIDADE ATIVA PARA A PROPOSITURA DA AÇÃO PENAL PRIVADA NA INJÚRIA REFLEXA PELA PERSPECTIVA DA INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO: ESTUDO DE CASO

Amanda de Menezes Ferreira²³

Mell Reis Ferreira²⁴

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 A INJÚRIA NOS MOLDES DO ORDENAMENTO JURÍDICO; 3 ANÁLISE DO ACÓRDÃO DO STF E A INJÚRIA REFLEXA NO CASO CONCRETO; 4 A INJÚRIA REFLEXA; 4.1 DA LEGITIMIDADE *AD CAUSAM*; 4.2 O MÉRITO NA INJÚRIA REFLEXA CONFORME O CASO APRESENTADO 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

A liberdade de expressão é um direito fundamental que permite que todos expressem seus desejos e suas opiniões, sem medo de ser colocado em censura. Resulta de um longo processo de lutas, sobretudo de grupos excluídos socialmente e que agora têm seus direitos assegurados, sobretudo, pelo artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

Embora a liberdade de expressão seja um direito fundamental nos termos da Constituição brasileira, não é absoluto, encontrando seu limite em outros direitos tão fundamentais quanto a referida liberdade. Essa restrição, contudo, não pode ser analisada e compreendida em uma ordem hierárquica, mas de forma relativa, de acordo com o caso concreto apresentado. (FERNANDES, 2021).

Neste contexto, o Ministro Celso de Mello, relator no julgamento do agravo de instrumento 675.276/RJ, afirmou em seu voto:

²³ Graduanda em Direito pela Escola Superior Dom Helder Câmara. Integrante do Grupo de Iniciação Científica Direito Penal e Jurisprudência: justiça, segurança e corresponsabilidade do Estado, liderado pelo Professor Doutor Enio Luiz de Carvalho Biaggi e secretariado pela Professora Mestre Lícia Jocilene das Neves.

²⁴ Graduanda em Direito pela Escola Superior Dom Helder Câmara. Integrante do Grupo de Iniciação Científica Direito Penal e Jurisprudência: justiça, segurança e corresponsabilidade do Estado, liderado pelo Professor Doutor Enio Luiz de Carvalho Biaggi e secretariado pela Professora Mestre Lícia Jocilene das Neves.

A jurisprudência da Corte tem reconhecido que o direito à livre manifestação do pensamento não se reveste de caráter absoluto nem ilimitado, expondo-se por isso mesmo às restrições que emergem do próprio texto da Constituição Federal, destacando-se a intangibilidade do patrimônio moral de terceiros. (BRASIL, 2010).

A liberdade de expressão, mesmo sendo um direito fundamental, como mencionado anteriormente, possui seus limites, igualmente ao que se observa, por exemplo, do direito à vida, igualdade, integridade física e, também, do direito à dignidade da pessoa humana. Este, por sua vez, está expresso no inciso III do art. 1º, da Constituição brasileira de 1988, considerado o núcleo fundante de todo o ordenamento jurídico e vetor de “interpretação para todos os demais direitos fundamentais”. (FERNANDES, 2021, p. 396).

Por conseguinte, a dignidade humana é um direito essencial não somente para a Constituição, mas para todo o ordenamento jurídico e, portanto, não deveria, em momento algum, ser violada. Como defende Bernardo Fernandes (2021, p. 351):

(...) para os teóricos do constitucionalismo contemporâneo, direitos como -a vida, propriedade, igualdade dentre outros- apenas encontram uma justificativa plausível se lidos e compatibilizados com o postulado da dignidade humana. Afirmam, portanto, que a dignidade seria um super princípio, como uma norma adotada de maior importância e hierarquia que as demais, que funcionaria como elemento de comunhão entre o Direito e a moral, na qual o primeiro se fundamenta na segunda, encontrando sua base na justificação racional.

A partir da perspectiva do supracitado autor, o presente artigo visa explorar os limites da liberdade de expressão, principalmente no tocante à honra e dignidade humana. Neste aspecto, se analisará os crimes contra a honra, em especial a injúria (Art. 140 do Código Penal brasileiro), focando-se na injúria reflexa e na decisão do Supremo Tribunal Federal que fixou entendimento quanto a legitimidade ativa na ação penal de iniciativa privada, quando a vítima é ofendida indiretamente. No contexto da instrumentalidade do processo, Tourinho Filho (2010, p. 48 *apud* KOSAK, 2017) assevera que

a instrumentalidade do processo penal indicada pela doutrina consiste em dizer que o processo é o instrumento pelo qual se valerá o Estado para que seja verificada a existência ou não de um crime, para que assim seja possível a aplicação de uma sanção penal.

Logo, somente se a vítima da injúria reflexa pudesse assumir seu direito de provocar o exercício da atividade jurisdicional pelo Estado, se verificaria a efetivação do direito material nesse caso específico.

Visando a uma melhor abordagem do tema ora proposto, inicialmente se descreverá a

conduta de ofender a dignidade ou o decoro de alguém e suas peculiaridades, conforme tipificada no Código Penal e, em continuidade, se apresentará a decisão do STF já citada e os votos de seus ministros para, finalmente, responder o questionamento realizado anteriormente, analisando-se a possibilidade de uma vítima de injúria reflexa propor ação penal privada face o autor do fato.

2 A INJÚRIA NOS MOLDES DO ORDENAMENTO JURÍDICO

O Código Penal Brasileiro, publicado em 1940, tipifica condutas a fim de proteger bens jurídicos penalmente tutelados. Dessa maneira, há três tipos penais cujo bem jurídico protegido é a honra. São eles: calúnia (art. 138), difamação (art. 139) e injúria (art. 140), que apesar de possuírem certas semelhanças, não se confundem como será demonstrado a seguir.

Enquanto na calúnia imputa-se a alguém, falsamente, a prática de uma conduta definida como crime, na difamação imputa-se ao ofendido fato não definido como crime com o intuito de desacreditá-lo, atingindo a sua reputação. Outrossim, na injúria ofende-se a vítima mediante atributos pejorativos e xingamentos, com a intenção de subestimar suas qualidades e sua autoestima. Observa-se que, embora os tipos penais descrevam condutas diversas, protegem igualmente a honra e, por conseguinte, a dignidade humana.

Na injúria ofende-se a honra subjetiva do indivíduo, isto é, o juízo que ele tem em relação a si mesmo. Tal conduta tem se tornado cada vez mais comum entre pessoas em virtude de raiva, contrariedade, capricho, frustração, até mesmo de forma pretensiosa e, em razão das mais variadas formas de comunicação existentes e facilidade de acesso à informações e opiniões, a propagação de xingamentos torna-se pública, necessitando de efetivo combate. Como leciona Cesar Roberto Bitencourt (2017):

Pode-se afirmar, sucintamente, que *injuriar* é ofender a dignidade ou o decoro de alguém. A injúria é expressão da opinião ou conceito do sujeito ativo, que traduz sempre menosprezo ou menoscabo pelo injuriado. É essencialmente uma manifestação de desprezo e de desrespeito suficientemente idônea para ofender a honra da vítima no seu aspecto interno. Dignidade é o sentimento da própria honorabilidade ou valor social, que pode ser lesada com expressões que ferem esse sentimento. Dignidade e decoro abrangem os atributos morais, físicos e intelectuais.

Essencial é a análise da injúria nos moldes do Código Penal Brasileiro, visto a constância de sua prática e seu alcance e, em contrapartida, pode ocorrer que as pessoas nem saibam que tal conduta é crime, ainda que ajam com o intuito de menosprezar, discriminar ou humilhar outrem.

No Código Penal brasileiro, no artigo 140, encontra-se tipificada a injúria e suas formas nos seguintes termos:

Art.140 Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro.

Pena – detenção, de um a seis meses, ou multa.

§ 1º – O juiz pode deixar de aplicar a pena:

I - quando o ofendido, de forma reprovável, provocou diretamente a injúria;

II - no caso de retorsão imediata, que consista em outra injúria.

§ 2º – Se a injúria consiste em violência ou vias de fato, que, por sua natureza ou pelo meio empregado, se considerem aviltantes:

Pena – detenção, de três meses a um ano, e multa, além da pena correspondente à violência.

§ 3º – Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência:

Pena – reclusão de um a três anos e multa. (BRASIL, 1940).

Observa-se a partir do artigo supracitado que a gravidade da pena é proporcional à gravidade da conduta praticada. Portanto, para analisar o tipo penal é mister considerar seus diversos aspectos constituintes.

O primeiro aspecto refere-se aos sujeitos. O sujeito ativo é o responsável por praticar o ato de ofender a honra de alguém. Na ação penal de iniciativa privada será o denominado querelado, réu na ação. Já o sujeito passivo é aquele que sofre a ofensa e tem sua dignidade ou decoro atingido, ou seja, é a vítima da ofensa, denominada de querelante e autora da ação penal de iniciativa privada. Interessante destacar que o sujeito passivo só pode ser a pessoa física, visto que “entende-se que a pessoa jurídica não possui honra subjetiva a ser tutelada pelo Direito Penal, mas apenas honra objetiva”. (NHUCH, 2015). Ademais, relevante é a diferença entre honra objetiva e subjetiva. A primeira se caracteriza pelo juízo que as pessoas fazem de alguém (valorização do indivíduo), enquanto a segunda significa o juízo que a própria pessoa faz de si e de seus atributos (autoestima).

Por fim, há a possibilidade do perdão judicial conforme estabelecido no § 1º do artigo 140 do Código Penal, bem como estão previstas a injúria real (§ 2º) e a injúria preconceituosa (§ 3º) que serão analisadas a seguir.

Quanto ao perdão judicial, trata-se do poder-dever do magistrado deixar de aplicar a pena devida ao acusado da injúria, a partir da análise do caso concreto e verificação de qualquer das hipóteses de perdão previstas nos incisos I e II do § 1º do Artigo 140 do Código Penal brasileiro. Na primeira hipótese há a provocação da injúria pela própria vítima devido ao seu comportamento reprovável e, na segunda, trata-se de retorsão imediata, ou seja, aquele que é acusado de ter praticado a conduta somente assim agiu, pois foi também injuriado imediatamente antes de ofender a vítima.

Cumpra ressaltar que, conforme entendimento jurisprudencial sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça (Súmula 18 do STJ), entende-se que: “a sentença concessiva do perdão judicial é declaratória da extinção da punibilidade, não subsistindo qualquer efeito condenatório”. (BRASIL, 1990).

Por conseguinte, para se configura a injúria real, além da ofensa proferida para a vítima, há igualmente o emprego de violência ou vias de fato. Como bem aborda Cesar Roberto Bittencourt (2017):

Injúria real é aquela praticada mediante violência ou vias de fato que, por sua natureza ou pelo meio empregado, se considerem aviltantes. Para caracterizá-la, é necessário que tanto a violência quanto as vias de fato sejam, em si mesmas, aviltantes. A despeito do meio utilizado — violência ou vias de fato —, o atual Código Penal situa a injúria real entre os crimes contra a honra, como uma espécie *sui generis* de injúria qualificada, atribuindo, corretamente, prevalência ao bem jurídico (honra) que o sujeito ativo pretende ofender. Tanto uma quanto outra necessitam ter sido empregadas com o propósito de injuriar, de ofender, caso contrário subsistirá somente a ofensa à integridade ou à incolumidade pessoal. A distinção entre uma figura delituosa e outra reside exatamente no elemento subjetivo do tipo (dolo) que distingue uma infração da outra, ainda que o fato objetivo seja o mesmo. Mas o simples uso de violência ou vias de fato é insuficiente para caracterizar a injúria real, sendo necessário questionar qual o propósito que levou à prática da ação, pois, se não pretender injuriar, isto é, ultrajar a vítima, subsistirá a ofensa à sua integridade ou incolumidade física.

Por último, há a injúria discriminatória, preconceituosa ou ainda racial, em que o agente visa ofender alguém em “razão da raça, cor, etnia, origem ou condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência”. (BRASIL, 1940). Para a configuração da injúria por preconceito, é fundamental o dolo representado pela vontade livre e consciente de injuriar, bem como a presença do elemento subjetivo especial do tipo, constituído pelo especial fim de discriminar o ofendido por razão de raça, cor, etnia, religião ou origem. A simples referência aos dados discriminatórios contidos no dispositivo legal é insuficiente para caracterizar o crime de racismo, que é bom que se diga, é inafiançável e imprescritível nos termos do inciso XLII, do artigo 5º da Constituição brasileira de 1988. Enfim, recomenda-se muita cautela para evitar excessos e coibir as transgressões legais efetivas, sem contribuir para o aumento das injustiças. (BITENCOURT, 2017).

Usualmente, a injúria é cometida pelo sujeito ativo com o objetivo de ofender diretamente o sujeito passivo. Entretanto, há situações que a injúria é dirigida a uma vítima determinada, porém acaba afetando, igualmente, uma terceira pessoa, mesmo que essa não tenha sido a intenção do autor. A essa ocorrência, dá-se o nome de injúria reflexa que, embora raramente seja abordada, não se exclui das circunstâncias concretas, o que será abordado

adiante.

3 ANÁLISE DO ACÓRDÃO DO STF E A INJÚRIA REFLEXA NO CASO CONCRETO

O Direito Penal desempenha o papel de esclarecer conflitos por meio da proteção de bens jurídicos previamente estabelecidos em lei, que são fundamentais para a sociedade. Dentre os bens jurídicos tutelados por tal ramo do Direito, encontra-se a honra cuja violação pode ocorrer de diversas maneiras, sobretudo através dos crimes de injúria direta e, também, reflexa.

Nesse contexto, é essencial analisar o acórdão proferido pela 1ª Turma do STF quando do julgamento do Agravo Regimental da petição nº 7417/DF que aborda a injúria reflexa, como se apresenta a seguir: “LEGITIMIDADE – QUEIXA-CRIME – OFENDIDA. Possui legitimidade para formalizar ação penal privada a mulher de cidadão quando atribuída a este infidelidade conjugal – inteligência do artigo 30 do Código de Processo Penal”. (BRASIL, 2018).

O acórdão supracitado trata da legitimidade para propor ação penal privada que, no caso analisado, foi ajuizada por Sámya Lorene de Oliveira Bernardes Rocha, por ter se sentido ofendida quanto à sua honra mediante uma insinuação de infidelidade conjugal de seu marido com outro homem, dita por terceira pessoa.

A ação penal inicialmente proposta tinha como embasamento o artigo 30 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), que estabelece que a ação penal de iniciativa privada pode ser intentada pelo ofendido ou por aquele que tenha qualidade para representá-lo em sua ausência. Baseando-se no supracitado artigo, Sámya intenta ação penal privada, através do oferecimento da queixa-crime, face o Senador da República Roberto Coelho Rocha (Agravado), imputando-lhe o crime de injúria conforme art. 140 *caput* do Código Penal c/c art. 141, inciso II, também do Código Penal, pois o Senador teria realizado uma postagem no Twitter insinuando que Weverton Rocha, marido da querelante, teria um caso amoroso com o Deputado Federal Carlos Lupi, nos seguintes termos apresentados nos autos do processo: “Não entendo o motivo dos constantes ataques que me fazem os pedetistas, Lupi e Weverton. Logo eu que sempre torci pela felicidade do casal.” (BRASIL, 2018). Neste aspecto, a publicação também atingiu também a esposa de Weverton Rocha, que imediatamente se sentiu ofendida em sua honra.

Por conseguinte, após a infeliz publicação do Senador, ele fez outra, na aflita tentativa de corrigir a ofensa já dirigida ao seu adversário político. O Agravado, na segunda postagem, se justificou alegando que o fato ocorreu em razão da emoção no calor da disputa política, ao afirmar: “As vezes, no calor da disputa política, o sangue ferve e atingimos pessoas, movidos

pelo legítimo direito de defender nossa honra”. (BRASIL, 2018). Em sequência, o Senador relatou que em nenhum instante teve o propósito de ferir a imagem de Weverton, visto que, se quer expôs seu nome na publicação, bem como quis enfatizar que o objetivo de Sámya, motivada pela disputa política, foi criar um discurso oportuno ao seu marido que, na época, era um possível aspirante ao cargo de Senador da República.

Observa-se que o fato descrito acima se trata de injúria reflexa, bem como da controvérsia acerca da legitimidade penal para a propositura da ação penal, visto que a querelante se apresenta na qualidade de ofendida e não de representante do ofendido diretamente. Dessa maneira, os fatos foram examinados, apresentados e discutidos entre os Ministros da Primeira Turma do STF, cujos votos se basearam no artigo 30 do Código Penal, como se verá a seguir.

3.1 Breve síntese dos votos dos ministros

O Ministro Luiz Fux, relator do acórdão, afirmou que o então protesto não era digno de dar seguimento, uma vez que, *in casu*, a ação penal apresentada não narra uma injúria destinada diretamente à autora, por não haver citação de seu nome e nem menção ao estado civil de seu cônjuge. Nesse sentido, alega que, nos moldes do artigos 30 e 31 do Código de Processo Penal, a ação deveria ter sido unicamente executada por Weverton Rocha, visto que este não estava morto, nem declarado ausente por decisão judicial. Portanto, nas palavras do ministro, pelo fato de a injúria não ter sido dirigida diretamente à Sámya, mas ao seu cônjuge, ela não teria legitimidade para propor a ação penal. (BRASIL, 2018).

Em contrapartida, o Ministro Marco Aurélio não deu provimento ao agravo dispondo que ainda que a ofensa não fosse dirigida diretamente à esposa do Deputado Federal, ela sofreu a repreensão de que estaria sendo traída por ele. Portanto, sucede-se a ofensa à esfera jurídica, qualificando crime de injúria reflexa. Cita o ministro uma obra doutrinária, de Nelson Hungria (1958 *apud* GRECO, 2010):, que assim dispõe: “Da injúria oblíqua distingue-se a injúria reflexa, isto é, a que atinge alguém em ricochete. Exemplo: quando se diz de um homem casado que é ‘cornudo’, injuria-se também a sua esposa.”

Em seguida, o Ministro Alexandre de Moraes argumentou que na ação se configura a injúria, cuja tipificação pelo Código Penal decorreu do sentimento de ter a honra subjetiva atingida, como é o caso analisado. O Ministro considerou que Sámya ofereceu queixa-crime não por se tratar de uma ofensa ao seu marido, mas sim a ela, como cônjuge, pelo fato de sua honra ter sido ferida na publicação, ao ser taxada de mulher traída. (BRASIL, 2018). Portanto,

segundo o referido ministro, Sámya teria legitimidade para propor a ação penal e o mérito seria alvo de assunto posterior. Salienta, igualmente, que como a jurisprudência tem legitimado a propositura de ação penal em casos que o marido é taxado como “cornudo”, mesmo que tal insinuação não seja feita diretamente a ele, é justo que seja válida também para as mulheres que se encontram na mesma situação. Segundo suas palavras:

É que, tradicionalmente, a jurisprudência se fez em relação aos homens, mas, aqui, também se imputa, segundo entendeu a própria vítima, algo à honra subjetiva dela que a ofendeu, que ela foi traída. Certo ou errado, se há razão, não é possível analisar agora, mas, por isso que também acompanho a divergência votando pela legitimidade. (BRASIL, 2018).

Defende, da mesma forma, que toda pessoa tem o direito de sentir sua honra ferida após ser imputado a ela que seu cônjuge está tendo um caso amoroso com outra pessoa, independente do sexo do oponente. Portanto, não há que se falar em ilegitimidade ativa. (BRASIL, 2018).

No seu voto, o ministro Luís Roberto Barroso afirmou que a publicação proferida pelo senador, Roberto Rocha, tinha a finalidade de realizar um ultraje à homossexualidade e não à traição. Ademais, evidencia que o nome de Samya Rocha não foi mencionado no *post* e que, portanto, o dolo de injuriá-la era inexistente. Assim, seu voto foi contra a legitimidade ativa no referido caso, ressaltando que, em momento algum, a querelante foi referenciada. (BRASIL, 2018).

Diante das divergências apresentadas nos votos dos ministros e o empate na votação, sucedeu-se um debate. O poder decisório, portanto, seria da ministra Rosa Weber que julgou procedente o agravo argumentando que, caso a situação fosse contrária (o Senador insinuando que a mulher teria uma relação com outra, enquanto casada com um homem), o marido teria direito legítimo de se sentir ofendido. Assim, declara a legitimidade *ad causam*, reconhecendo que a mulher, assim como o homem, teria legitimidade para propor ação penal privada por se sentir injuriada. Dessa maneira, consolida seu voto em concordância com os ministros Marco Aurélio e Alexandre de Moraes. (BRASIL, 2018).

Demonstrado os votos dos ministros revela-se a necessidade de se analisar a injúria reflexa, conduta a qual gerou toda a controvérsia sobre a legitimidade ativa, assunto o qual trata-se a seguir.

4 A INJÚRIA REFLEXA

A partir do caso supracitado, é possível perceber que, embora o crime de injúria reflexa

seja pouco abordado pela comunidade jurídica, é passível de ocorrência e se tornou alvo de discussão e indagação pelos ministros do STF. Portanto, faz-se mister a investigação não somente da legitimidade para a propositura da ação penal em razão da injúria reflexa, mas, igualmente, de seu mérito que, embora não seja especificamente abordado no caso apresentado, foi assunto essencial durante o trâmite da ação penal.

4.1 Da legitimidade *ad causam*

A honra subjetiva é o bem jurídico penalmente tutelado pelo crime de injúria, disposto no art. 140 do Código Penal, cuja violação sucede da lesão à dignidade ou ao decoro de alguém. Portanto, a tipificação dessa conduta é deveras relevante, visto que, a todo momento, os indivíduos estão expostos aos julgamentos de outrem, passíveis de se tornarem crime. Como expõe o filósofo Botton (2004, p. 18):

Em um mundo ideal, seríamos mais impermeáveis. Não nos abalaríamos sempre que fôssemos ignorados ou notados, elogiados ou zombados. Se alguém nos elogiasse enganosamente, não nos deixaríamos seduzir sem razão. E, se fizéssemos uma auto avaliação justa de nós e nos convencêssemos de nosso valor, não nos deixaríamos magoar se outra pessoa sugerisse nossa irrelevância. Conheceríamos nosso valor. Em vez disso, parecemos carregar uma gama de visões divergentes quanto ao nosso caráter. Temos provas de inteligência e estupidez, humor e obtusidade, importância e superfluidade. E, nessas condições inconstantes, a atitude da sociedade passa a estabelecer o quanto somos importantes.

A ação penal nos crimes contra a honra ocorre exclusivamente por iniciativa privada e mediante queixa-crime. Entretanto, há exceções, como bem aborda Cesar Roberto Bitencourt (2021, 530):

A ação penal nos crimes contra a honra, como regra geral, é de exclusiva iniciativa privada (art. 145), ao contrário da acepção do Código Penal, segundo a qual a ação penal pública incondicionada é a regra geral; será, no entanto, pública condicionada (art. 145, parágrafo único) quando: a) praticada contra presidente da República ou contra chefe de governo estrangeiro (com requisição do ministro da Justiça); b) contra funcionário público, em razão de suas funções (com representação do ofendido); c) tratar-se de injúria preconceituosa (§ 3º), segundo a nova redação do parágrafo único do art. 145 (Lei n. 12.033/2009). E, finalmente, a ação penal será pública incondicionada (arts. 140, § 2º, e 145, caput, 2ª parte) quando, na injúria real, da violência resultar lesão corporal. Essa é uma peculiaridade exclusiva da injúria, que os outros crimes contra a honra – calúnia e difamação – não têm. No entanto, a ação penal será pública incondicionada somente em relação às lesões corporais, pois, em relação ao crime de injúria, a ação penal continua de exclusiva iniciativa privada. Ademais, com o advento da Lei n. 9.099/95, que transformou a natureza da ação penal no crime de lesões corporais leves, deve-se rever essa previsão no crime de injúria. Assim, quando da violência resultarem lesões corporais leves, a ação penal será pública condicionada à representação, e somente quando resultarem lesões graves a ação penal será pública incondicionada.

Como observado, no julgamento do agravo regimental pelo STF se analisou se a esposa do diretamente ofendido realmente tinha legitimidade para propor ação penal privada em virtude de injúria reflexa e, ao final, deu-se provimento ao recurso.

No entendimento dos ministros Alexandre de Moraes e Marco Aurélio, nos moldes do artigo 30 do Código de Processo Penal, cabe ao ofendido intentar ação penal privada. No entanto, como o artigo não especifica se a ofensa deveria ser direta ou não, no caso de Sámya, que se sentiu ofendida em sua honra, ela tem legitimidade para propor a referida ação, visto que é direito seu garantido por lei.

Ainda assim, não se analisou o crime de injúria em si, bem como seus reflexos em terceiros, mas sim a legitimidade *ad causam*, isto é, de propor a ação penal privada, de acordo com os artigos 140 e 145 do Código Penal, bem como o artigo 30 do Código de Processo Penal. O agravo, como analisado anteriormente, foi provido por voto da maioria dos ministros. No entanto, é necessário se analisar o mérito da ação penal em razão da injúria reflexa, o que se faz a seguir.

4.2 O mérito na injúria reflexa conforme o caso apresentado

A injúria reflexa mesmo que não corresponda a uma ofensa direta ao indivíduo, tem a vítima o direito de se sentir ofendido e, portanto, oferecer queixa-crime, como foi discutido anteriormente. Por outro lado, confirmar-se legitimidade ativa para a propositura da ação penal não significa afirmar que a ofensa relatada consiste em injúria. Portanto, o mérito deve ser alvo de discussão posterior, na própria ação penal de iniciativa privada no Juizado Especial Criminal, como bem aborda o ministro Alexandre de Moraes. (BRASIL, 2018):

[...] nesse caso, a pessoa, os ofendidos, havendo ou não crime - isso deve ser decidido, a meu ver, na ação penal, e, aí, vai ser analisado até as circunstâncias -, no momento do oferecimento, a mulher aqui não ofereceu a queixa-crime, fazendo as vezes do marido; ela não ofereceu a queixa-crime se sentindo ofendida, porque insinuaram que o seu marido seria homossexual; ela se sentiu ofendida, porque falaram pelo casal, que formariam um casal, e não um casal com ela, ou seja, certo ou errado, ela, nesse momento, sentiu-se ofendida. Ela não está aqui fazendo as vezes em substituição ao Deputado; ela se sentiu ofendida e procurou o Judiciário. Se ela tem razão ou não, o mérito é uma outra coisa. Agora, parece-me que negar a legitimidade do início seria impedir que ela pudesse rediscutir até os limites da honra subjetiva.

No mesmo sentido, adverte a ministra Rosa Weber (BRASIL, 2018):

[...] no momento em que a legislação atribui legitimidade ativa diante de um suposto crime de injúria por parte do ofendido, ou seja, daquele que se sente ofendido,

reconheço sim este ofendido como parte legítima para apresentar queixa-crime. Agora, se vou julgá-la procedente ou não, se vou concluir por atipicidade de conduta ou por qualquer outra forma, ou de extinção de punibilidade, ou dissolução da lide penal, é outra coisa.

No que concerne a injúria, nos moldes do art. 140, *caput*, do Código Penal, nas palavras de Guilherme de Souza Nucci (2011):

A concepção de injúria foi se desenvolvendo, compreendendo, abrangendo não só as ruínas de natureza corporal, como também qualquer ofensa proposital, destinada à liberdade, à integridade e à honra do ofendido, a injúria ofende a honra subjetiva da vítima.

Nesse contexto, antes de o abordar o mérito no caso apresentado, é imprescindível que fatores inerentes à injúria sejam explorados.

O primeiro deles é referente à consumação. Ao contrário da calúnia e da difamação, a injúria consuma-se quando a ofensa chega ao conhecimento da vítima ou quando dita diretamente a ela. No caso abordado, a autora da queixa-crime, Sámya, teve conhecimento da imputação ofensiva e, em seguida, teve sua autoestima abalada. Portanto, houve o elemento da consumação.

Outro fator relevante refere-se ao tipo objetivo e subjetivo do crime. Em relação ao objetivo, pode-se afirmar que é existente, uma vez que o ato de atribuir a ofensa ocorreu. Entretanto, o tipo subjetivo é digno de atenção. Ao fazer a publicação, o Senador da República, Roberto Rocha, teve a intenção, ou seja, o dolo, de injuriar o deputado federal, Weverton Rocha, e não a sua esposa, que se sentiu ofendida. Como discorre o ministro relator Luiz Fux (BRASIL, 2018):

In casu, a inicial não narra injúria dirigida à autora, mas sim ao seu cônjuge. [...] A esposa do parlamentar não foi citada na manifestação, tampouco há menção ao estado civil do parlamentar, razão pela qual não se pode inferir intenção de ofender a querelante.

É mister ressaltar que a injúria ocorre não somente em casos de ofensa direta à vítima, mas também quando atinge um terceiro, por isso a injúria reflexa também é tipificada pelo Código Penal. “É irrelevante que a injúria seja proferida pessoal e diretamente à vítima”, assevera Bitencourt. (2021, p. 485). Entretanto, no agravo apresentado, a ofensa possuía única e exclusiva intenção de ofender o Deputado.

Portanto, ainda que a esposa do deputado, no caso concreto apresentado, tenha legitimidade para propor a ação penal de iniciativa privada, conforme entendeu o STF, possivelmente o agravado seria absolvido pela falta do elemento subjetivo inerente ao tipo

penal, independente da injúria ser direta ou reflexa.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No transcorrer do presente artigo, buscou-se demonstrar e exemplificar a injúria em várias de suas esferas, testando e questionando os princípios juntamente com os paradigmas contemporâneos que ocorrem à criminalização do delito de injúria. Com impacto, é inquestionável que tanto a liberdade de expressão como os direitos da personalidade e, em especial, o direito à honra, sejam fundamentais para o bom desempenho de uma sociedade dita democrática. Em muitas hipóteses, entretanto, é possível que um direito deva prevalecer em desfavor de outro, a partir da análise do caso concreto.

Outrossim, com fundamento na doutrina penal, analisou-se, de forma aprofundada, o agravo regimental da petição 7.417 julgado e examinado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal. A partir desse caso incomum foi possível investigar a tipicidade da injúria reflexa que se observa diante da ofensa à honra de terceiros, bem como se analisar a instrumentalidade do processo, ainda que se estivesse analisando os direitos e garantias fundamentais da autora da ação penal e, não do acusado, especialmente quando se pretende limitar o poder de punir do estado e efetivar o Direito Penal.

Em razão da injúria reflexa, fez-se mister analisar a legitimidade de terceiro para propor ação penal de iniciativa privada, bem como seu possível mérito, vez que exige-se dolo em ofender a dignidade ou o decoro de alguém para se configurar a injúria, mas não se pode afirmar que exista dolo em relação à honra de terceiro atingida reflexamente. Portanto, os votos e argumentos de cada um dos ministros do STF foram de suma importância para a fundamentação do presente artigo, pois firmou entendimento e precedente em relação à controvérsia observada na legitimidade ativa quando da injúria reflexa.

REFERÊNCIAS

- BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Opinião injúria racial pode ser praticada também com agressão física**. 25 nov. 2017. Disponível em: <https://www.cezarbitencourt.adv.br/index.php/artigos/52-opinio-injuria-racial-pode-ser-praticada-tambem-com-agressao-fisica>. Acesso em: 7 ago. 2021.
- BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Especial: Crimes contra a pessoa**. 17 ed. rev. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, v. 2.
- BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 10. ed. Saraiva: São Paulo, 2006, p. 14.
- BOTTON, Alain de. **Desejo de status**. Rio de Janeiro: Rocco, 2004.
- BRASIL. Constituição Federal (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 24 de jun. de 2021.
- BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848**, de 07 de setembro de 1940. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 08 de jul. de 2021.
- BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689**, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 20 de jun. de 2021.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 18. **Diário de Justiça**. Brasília, 28 nov. 1990. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2005_1_capSumula18.pdf. Acesso em: 26 mar. 2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental na petição nº 7.417/DF. Primeira Turma. Relator Ministro Luiz Fux. **Diário de Justiça eletrônico**. Brasília, 09 nov. 2018. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/768166031/agreg-na-peticao-agr-pet-7417-df-distrito-federal-0015237-9220171000000/inteiro-teor-768166037>. Acesso em: 27 de maio de 2021.
- BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal: fundamentos para um sistema penal democrático**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Limites (restrições) aos direitos fundamentais e a tese dos limites dos limites. *In*: FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. rev. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 396.

KOSAK, Ana Paula. O processo como instrumento de efetivação das garantias individuais. **Canal Ciências Criminais**, 07 nov. 2017. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/processo-garantias-individuais/>. Acesso em: 26 mar. 2022.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**. Parte especial (arts. 121 a 134 do CP). São Paulo: Altas, 2009, v. 2.

NHUCH, Flavia kamenetz. **A injúria e o problema da ofensa como crime**. Orientador: Fábio Carvalho Leite. 2015. 72 p. Monografia (Bacharel em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/25763/25763.PDF>. Acesso em: 21 maio 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Direito Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, v.2.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. Parte geral (arts. 1º a 120). 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 82, v.1.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 72.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 1, p. 48 *apud* KOSAK, Ana Paula. O processo como instrumento de efetivação das garantias individuais. **Canal Ciências Criminais**, 07 nov. 2017. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/processo-garantias-individuais/>. Acesso em: 26 mar. 2022.