

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO – PROF. JACY DE ASSIS
CURSO DE DIREITO**

FELIPE TANIMOTO DE ALBUQUERQUE

**DA FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO COMO NULIDADE
ABSOLUTA NAS DECISÕES JUDICIAIS PENAIIS**

**UBERLÂNDIA – MG
2017**

**FELIPE TANIMOTO
DE ALBUQUERQUE**

**DA FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO COMO NULIDADE
ABSOLUTA NAS DECISÕES JUDICIAIS PENAIS**

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao
Curso de Direito, da Universidade Federal de
Uberlândia, como exigência parcial para
obtenção do grau de Bacharel em Direito.
Orientadora: Profª. Dra. Simone Silva Prudêncio

**UBERLÂNDIA – MG
2017**

**FELIPE TANIMOTO
DE ALBUQUERQUE**

**DA FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO COMO NULIDADE
ABSOLUTA NAS DECISÕES JUDICIAIS PENAIAS**

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao
Curso de Direito da Universidade Federal de
Uberlândia, como exigência parcial para
obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Simone Silva
Prudêncio

Membros:

Profa. Dra. Simone Silva Prudêncio

Prof. Dr. Helvécio Damis de Oliveira Cunha

**UBERLÂNDIA – MG
2017**

RESUMO

É imprescindível que toda decisão judicial contenha fundamentação. Tal exigência, além de estar expressa constitucionalmente, têm como fundamento o livre convencimento motivado, o qual condiciona a liberdade do magistrado na apreciação dos fatos. As limitações de decidir estão relacionadas com as exigências do Ordenamento Jurídico, em especial a necessidade de atuação jurisdicional legítima, que têm como foco principal a proteção dos direitos e garantias fundamentais. Tendo em vista a exigência de fundamentação das decisões judiciais, a liberdade e independência do magistrado ao decidir, e as limitações impostas pelo Ordenamento Jurídico nas decisões, é que surge o cenário e contexto para a análise da falta de fundamentação das decisões judiciais no sistema jurídico brasileiro. Para saber de antemão qual a amplitude e extensão da possibilidade de falta de fundamentação, é necessário um estudo preliminar sobre o que se entende por decisão judicial, como forma de contextualizar na estrutura da decisão, e à correlacionar com as eventuais escolhas feitas pelo magistrado ao longo de seu raciocínio jurídico, tendo como norte ou parâmetro critérios racionais (argumentos jurídicos racionais). De um modo geral a falta de fundamentação está relacionada com o(a): não cumprimento de suas funções; não cumprimento de seus requisitos de validade; não explicitação das razões pelo magistrado; a ausência de racionalidade nos fundamentos utilizados e a não obediência às limitações impostas pelo Ordenamento Jurídico. Porém, para que a falta de fundamentação implique nulidade absoluta, é necessário um *plus*, ou seja, da ampla possibilidade de falta de fundamentação aferível, somente algumas hipóteses específicas é que ensejarão nulidade absoluta, dentre as quais se destacam as hipóteses que violem objetivamente a jurisdição como um todo, detectadas de plano. O objeto de estudo consiste em detectar e selecionar as hipóteses de falta de fundamentação nas decisões judiciais, no contexto do processo penal, que impliquem nulidade absoluta, dentre a grande abrangência possível de falta de fundamentação nas decisões judiciais penais.

Palavras-chave: Decisão judicial, livre convencimento motivado, falta de fundamentação, nulidade absolut

ABSTRACT

The justification in every judicial decision is essential. Such requirement, beyond being constitutionally expressed, are based on free motivated convincing, which conditions freedom of the magistrate in the fact's appreciation. The limitation of deciding is related to the requirement of the juridicity system, in particular the need for legitimate judicial action, which have as main focus the protection of fundamental and guarantees rights. In view of the requirement of justification on judicial decisions, the freedom and independence of the magistrate in deciding, and the limitation imposed by the jurisdiction system in decisions, is that comes up the scenario and context to the analysis of the lack of justification of judicial decisions in the Brazilian's juridicity system. In order to know the extent of the possibility of failure on reasons, is necessary a preliminary study about what is meant by the judicial decision, as a way to contextualize in the structure of the decision, and to correlate with the possible choices made by magistrate along his judicial reasoning, having as a criterion the rational criteria. In general, the lack of reasoning is related to (a): failure to perform their functions; non-compliance with their validity requirements; not explaining the reasons by the magistrate; the absence of rationality in the foundations used and the non-compliance with the limitations imposed by the Jurisdiction Order. However, the lack of reasoning only implies absolute nullity in specific hypotheses, or better, in the wide possibility of lack of reasonable justification, only some specific hypotheses will be able to bring absolute nullity, when the hypotheses objectively violate the jurisdiction as a whole. The object of study is detect and select the hypotheses of lack of reasoning in judicial decisions, in the context of criminal process, that imply absolute nullity, among the wide possible scope of lack of reasoning in criminal judicial decisions.

Keywords: Judicial decision, free motivated conviction, lack of reasoning, absolute nullity.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
I - DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO	10
1.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA	10
1.2 CONCEITO	15
1.3. DA EXIGÊNCIA DE MOTIVAÇÃO	16
1.4. DO LIVRE CONVENCIMENTO POSITIVO NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL	18
1.5. ANÁLISE DO ART. 155 E 156 DO CPP	21
1.5.1. Análise do artigo 155 do Código de Processo Penal	22
1.5.2. Análise do artigo 156 do Código de Processo Penal	24
II DA TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL	27
2.1. DA FUNÇÃO JURISDICIONAL NO PROCESSO PENAL	27
2.1.1. Da função jurisdicional	27
2.1.2. Da função jurisdicional e a questão da lide	29
2.2 DAS CARACTERÍSTICAS DA DECISÃO JUDICIAL PENAL	31
2.2.2. Elementos da decisão judicial penal	32
2.2.3. Da classificação das decisões judiciais	33
2.2.4 Dos vícios da sentença	36
2.3 DO RACIOCÍNIO JURÍDICO	37
2.3.1 Do raciocínio probatório	37
2.3.2 Do Raciocínio Judicial na aplicação das normas jurídicas	40
2.3.3 Do Raciocínio Judicial na aplicação da pena	43
2.4 DA RACIONALIDADE DO RACIOCÍNIO JURÍDICO	45
2.4.1 Da Lógica Subsuntiva e da Lógica do Razoável	45
2.4.2 Dos Argumentos Jurídicos Racionais	47
III – DA FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO NAS DECISÕES JUDICIAIS	52

3.1 DA FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO OU MOTIVAÇÃO	52
3.2) DOS VICÍOS DA FUNDAMENTAÇÃO	54
3.3) DAS FORMAS POLÊMICAS DE MOTIVAÇÃO	56
3.4 DA FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO NOS MOTIVOS DE FATO E DE DIREITO	58
3.5 DA APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 489, §1º DO NCPC NO CPP	61
3.6) DA NULIDADE ABSOLUTA POR FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO	64
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	70
REFERÊNCIAS.....	73

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como tema a falta de fundamentação como nulidade absoluta da decisão judicial no âmbito do processo penal. A importância do mesmo está na averiguação de quando estará constatada a ausência de motivação, garantia expressa no art. 93, IX da Constituição Federal/ 1988, a qual se ausente resultará na nulidade da decisão judicial.

Para saber exatamente quando há nulidade absoluta por falta de fundamentação da decisão judicial, será feito um estudo preliminar, subdividido em três grandes tópicos: a análise dos limites e bases de convencimento do juiz no plano dos fatos; a análise da decisão judicial em si, percorrendo resumidamente todo o raciocínio jurídico que deve ser feito nas análises fáticas e de direito e por fim um estudo acerca da falta ou deficiência de fundamentação em si.

A partir desses estudos, que darão o plano geral acerca do que se entende de falta de fundamentação relativo às decisões judiciais no processo penal, será delimitado o entendimento acerca da nulidade absoluta por falta de fundamentação nas decisões judiciais, ou seja, primeiro se estudará as possibilidades de falta de fundamentação de forma ampla, para depois analisar especificamente as faltas de fundamentações que ensejam nulidade absoluta.

O trabalho foi dividido em três capítulos: do livre convencimento-motivado; da teoria da decisão judicial e da falta de fundamentação nas decisões judiciais

Com relação ao primeiro, será feito preliminarmente um estudo para descobrir os fundamentos históricos da necessidade de fundamentação nas decisões judiciais. Em seguida será explanado e detalhado um estudo acerca do que se entende por Livre-convencimento motivado, focando-se em especial nas bases de convencimento do juiz no plano dos fatos, que como se verá está relacionada com as provas produzidas em contraditório (ressalvadas algumas hipóteses-legais pontuais), bem como nos limites de convencimento dado pelo Ordenamento Jurídico ao juiz.

Com relação ao segundo, será feito um estudo mais extenso, analisando-se a própria decisão judicial, como forma de entender em que ponto estaria exatamente a estrutura da fundamentação na própria decisão judicial e como ela está situada perante os outros elementos integrantes desta, e principalmente, tentar entender qual a extensão possível da fundamentação das decisões judiciais, a partir das análises dos raciocínios jurídicos utilizados nas decisões judiciais e suas eventuais e

imprescindíveis escolhas no processo de decisão judicial. Um ponto importante analisado aqui também será relativo ao que se entende por função jurisdicional, e como a mesma deve se dar perante o processo. Tal importância reside na investigação da legitimidade da própria decisão judicial, e consequentemente de sua fundamentação.

Ainda com relação ao segundo capítulo será feito um estudo sobre a racionalidade nas decisões judiciais, como forma de tentar entender os argumentos jurídicos racionais, bem como as relações lógicas entre as afirmativas. A importância aqui reside na investigação da relação entre fundamentação e racionalidade, e se a primeira pode ser operada por meio de argumentos vazios, ou se os mesmos dependem de requisitos mínimos para serem aceitos como motivação.

Com relação ao terceiro, antes de adentrar no tema central, será explanado um estudo detalhado acerca da falta de fundamentação, investigando quando há falta de fundamentação, quais os tipos de vícios e meios polêmicos de fundamentação existentes, bem como um estudo acerca da fundamentação de fato e de direito no âmbito do processo penal, passando também pelo estudo específico do art. 489, §1º do NCPC, que trouxe um conceito legal do que se entende por falta de fundamentação.

Por fim, ainda no terceiro capítulo, será feita a análise central que é o estudo acerca das faltas de fundamentações que ensejam nulidade absoluta. Dessa forma, iniciamos os estudos...

I - DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO

O presente capítulo têm como objeto de estudo o livre convencimento motivado. De início será feito um estudo detalhado acerca da evolução histórica do mesmo, de modo a compreender seus fundamentos históricos. Logo após será explanado o conceito e o porquê da exigência de motivação, e por fim será analisado como o livre convencimento motivado se encontra positivado dentro do ordenamento jurídico brasileiro, em especial no processo penal, plano de fundo do capítulo.

1.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

A forma de apreciação das provas pelo juiz passou por diversos modelos ao longo da história. O presente estudo focou em analisar e inter-relacionar quatro grandes sistemas de apreciação da verdade pelo Direito, quais sejam: ordálios; provas legais; íntima convicção e livre convencimento motivado.

De acordo com Tourinho Filho, “Os ordálios eram denominados Juízos de Deus sob a falsa crença de que a Divindade intervinha nos julgamentos e, num passe de mágica, deixava demonstrado se o réu era ou não culpado.” (TOURINHO FILHO, 2009, p. 251). E ainda acrescenta: “O juiz limitava-se a comprovar o resultado das provas”. (TOURINHO FILHO, 2009, p. 252).

O sistema de Ordálios nos remonta ao início da Idade Média, por volta dos séculos X, XI e XII, tendo em vista o declínio do Império Romano Ocidental e o consequente enfraquecimento do poder real. Deve-se frisar que inexistiam escritos jurídicos até os séculos X e XI, os vestígios do Império Romano vão paulatinamente desaparecendo e o costume passa a ser a fonte principal do direito feudal, que para operar a justiça apelava à vontade divina por meio dos Ordálios (MARTINS, 2012, p. 210-211)

De acordo com Napolini (2012, p. 290), este sistema apresentava vários problemas:

a) tornava os crimes ocultos difíceis de serem julgados; b) consistia num risco para a pessoa do acusador, que responderia um processo em caso de inocência do acusado; c) o apelo a meios sobrenaturais de prova poderia ensejar a manipulação do processo em benefício do acusado; d) uma maior resistência à dor e a facilidade para a cura de ferimentos, bem como técnicas respiratórias poderiam facilitar a passagem pelo ordálio; e) homens de renomada reputação ou muitas posses poderiam reunir muitas testemunhas e ser inocentados através da compurgação.

Acrescente-se a esses fatos também a ineficiência de combate aos crimes de heresia, que cresciam paulatinamente, e por haver aleatoriedade nos julgamentos, ameaçava o Poder da Igreja. (NASPOLINI, 2012, p. 290)

Por essas razões, aliadas à Restauração do estudo do direito romano no séc. XIII, houve uma reformulação da concepção de direito, que passou a ser um processo por inquérito, atribuindo ao juízo humano um papel primordial de julgamento. (NASPOLINI, 2012, p. 290 291)

Tal julgamento humano, entretanto, obedecia a regras meticulosamente formuladas, e de acordo com a autora, a razão de exigência de provas extremamente rigorosas para o estabelecimento da verdade se deu pela recém-descoberta do Corpus Juris Civilis de Justiniano, que conferiu unidade e ordenação das diversas fontes do Direito e dos métodos científicos (NASPOLINI, 2012, p. 292). Martins (2012, p. 212) ainda acrescenta que houve aumento de pressão social para o julgamento dos litígios a partir do direito canônico devido a uma maior significação social e econômica da Religião Católica.

A preocupação com a Verdade Divina é transferida para a preocupação com a Verdade Revelada, que além de permitir maior eficácia aos julgamentos, conferia cânones atingíveis para o estabelecimento da verdade. (SANTOS, 2012, p. 273) De acordo com o autor, aumenta-se a função dogmática da Igreja, a qual detinha o monopólio da produção intelectual jurídica da Idade Média, “não pelo conhecimento, mas pela autorização divina de revelar, ou melhor, de dizer a verdade da lei, legitimando o discurso oficial do papa e da Igreja, de forma extremamente regrada” (SANTOS, 2012, p. 273)

Assim, pela influência do Direito Romano, em especial a descoberta da compilação feita por Justiniano do Corpus Juris Civilis e o aumento do Poder Eclesiástico, que dominou a escrita e a arte de dizer a verdade única divina, era necessário a prescrição exata da natureza e da eficácia da prova, para a manutenção dessa tradição de direito romano canônico. (NASPOLINI, 2012, p. 292)

Dá-se o início ao sistema de provas legais. As provas dividiam-se em: diretas; indiretas; manifestas; imperfeitas; provas plenas; indícios próprios e indícios longínquos. (NASPOLINI, 2012, p.293) e de acordo com Napolini (2012, p.293):

As provas plenas poderiam acarretar qualquer condenação, as semiplenas ensejar suplícios, mas nunca a pena capital, e os indícios bastavam para declarar um suspeito e iniciar as investigações. [...]

Como os crimes de bruxaria eram crimes ocultos, [...] Fazia-se mister a confissão. Além de constituir uma prova tão forte, a ponto de prescindir de outras, a confissão era o assentimento do próprio acusado em relação à culpabilidade no crime a ele imputado.

Como a confissão foi considerada a rainha das provas, o emprego da tortura foi aceita como um meio legítimo para a obter. (NASPOLINI, 2012, p. 293)

Dessa forma, a adoção desse sistema de provas legais pela Igreja Católica teve como registro marcante na história: a caça aos hereges; a busca incessante da Verdade dogmática Canônica e a legitimação da tortura como meio apto à atingir essa verdade absoluta.

Não são poucas as críticas a esse modelo, mas a própria evolução histórica proporcionou contextos sócio-culturais propícios à sua ruptura. As razões do declínio do sistema de provas legais se dá em três diferentes vertentes.

A primeira delas se refere à contestação dos dogmas da Igreja, a partir do século XVI. De acordo com Carvalho (2012, p. 306):

O avanço das Ciências causou profundo abalo no saber confessional. Quando Copérnico (1473 – 1543) destrona a Terra e a afirma a impossibilidade de o Universo ter um centro, coloca em dúvida a estrutura do pensamento ocidental desenvolvida durante séculos.

Outro ponto de contestação aos dogmas da Igreja seriam a descoberta do Novo Mundo, proporcionado pelas Grandes Navegações, em que Colombo comprovou a teoria da esferidade e a Terra passou a ser tratada como um astro qualquer. (CARVALHO, 2012, p. 306)

Também houve contestação aos dogmas devido o avanço da medicina, em que vários crimes, anteriormente eleitos como de heresia ou bruxaria foram diagnosticados como anomalias naturais, sujeitos assim à possibilidade de terapia. (CARVALHO, 2012, p. 309)

A segunda vertente é voltada ao anseio da população pela humanização dos suplícios, que paulatinamente passou a ser encarada como injustiça. De acordo com Foucault (2014, p. 62), as razões que levaram à percepção dessas injustiças pela população foram às desconfianças relativas às penas pesadas para delitos frequentes e pouco graves, à conexão das infrações ligadas puramente a condições sociais e a impunidade de privilegiados, sendo que o poder de punir era cada vez mais visto como vingança do soberano e não uma punição tendo o homem como medida.

A terceira vertente das razões do declínio está relacionada com os anseios da população, principalmente a burguesia mercantilista, com a manutenção da ordem

social pelo soberano e a diminuição dos anseios por justiça na punição. O ideal do soberano passa a ser a busca da paz e não a justiça. (LOPES, 2009, p. 162)

De acordo com Foucault (2014, p. 76) há várias transformações sociais sendo operadas no momento, modificando o jogo das pressões econômicas juntamente com o forte crescimento demográfico e a multiplicação das riquezas e propriedades, tendo como consequência uma necessidade maior de segurança. A ilegalidade deixa aos poucos a ideia de invasão corporal e passa à ideia de invasão da propriedade privada.

Neste ambiente de contestação aos dogmas da Igreja, a razão prática (deliberação e hierarquização dos fins) vai sendo substituída pela razão instrumental e estratégica, em que os fins são plurais e individuais, sendo que, há paulatina mudança do modelo de sociedade, que de corporativa, passa a ser a soma de indivíduos isolados, egoístas, sem interesses convergentes, organizando-se na forma de contrato social. Aos poucos a ética das virtudes (fins comuns e universais) vai mudando para uma ética dos deveres (LOPES, 2009, p. 161- 162)

Esta época, denominada Modernismo (por volta do século XVI), também concentra a consolidação dos Estados Nacionais, em que o soberano reivindica com exclusividade seu poder político. Nesta era modernista também são inseridas as Reformas Protestantes em que há consequente diminuição dos Poderes Eclesiásticos. Os conflitos com dissidentes religiosos não são mais pacificados apenas com a dogmática e a Verdade Única da Igreja Católica e novos meios de solução dos conflitos são refletidos. (LOPES, 2009, p. 159 -160)

Embora não haja estudos doutrinários precisos quanto ao marco inicial da íntima convicção ou se este novo sistema veio substituir o antigo sistema de provas legais, ao que tudo indica há uma convivência desses dois modelos até o marco da Revolução Liberal (Revolução Francesa), uma vez que o rei (soberano), embora completamente livre pra decidir, respeitava muito suas tradições romano-católicas, com apego forte aos procedimentos e regras meticulosamente ordenadas, como demonstra as Ordenações de 1670 e 1680, em que, embora existissem decretos eliminando os julgamentos por bruxaria, adotava-se regras extremamente rigorosas para o uso da tortura, não rompendo com a lógica inquisitorial do processo penal (CARVALHO, 2012, p. 312)

A existência desse sistema de íntima convicção pode ser notada nos dizeres de Foucault, que alega ter existido um superpoder monárquico pertencente a um

soberano, o qual constantemente distribuía ou vendia ofícios de justiças a particulares para julgamento livre e discricionário. (FOUCAULT, 2014, p. 80)

Assim, considerando a contestação dos dogmas da Igreja, a busca de fins plúrimos e individuais da sociedade e a ideia de pacificação social e não a justiça como fundamento de Poder (LOPES, 2009, p. 62), o soberano estava livre para pacificar a sociedade de acordo com sua convicção, uma vez que não estava sujeito a nenhuma espécie de controle (FOUCAULT, 2014, p. 80).

Entretanto, essa exclusividade de poder gerava constantes excessos e incertezas na aplicação do poder. De acordo com Foucault (2014, p. 80), a constante delegação de poderes de Jurisdição sem o filtro de critérios mínimos de julgamento proporcionava constantes conflitos na Magistratura, gerando um paradoxo em que a delegação constante de cargos intensificava ainda mais os conflitos sociais, embora a pacificação social fosse o fundamento do poder, paralisando a regularidade da justiça e a tornando incerta.

Aliado a esse fato, deve-se frisar a intensificação dos estudos acerca do Direito Natural, proporcionado principalmente pela descoberta do Novo Mundo, em que se ascende o problema da pluralidade e da tolerância do diferente. Esta nova teoria do direito (direito natural) começa a dar ênfase à análise crítica da tolerância religiosa, das liberdades individuais e das ações privadas (LOPES, 2009, p. 160). A nova ordem do Direito Natural prescreve que: “Os direitos fundamentais e subjetivos não decorrem de um arranjo social que os precede, mas são inatos, inalienáveis, precedem a tudo que é organização.” (LOPES, 2009, p. 190)

A necessidade de um poder uniforme e homogêneo, juntamente com a absorção do ideal jusnaturalista, culminou na Revolução Francesa do Século XVIII, a qual garantiu direitos inalienáveis em face do soberano, ou seja, subordinando seu poder à “lei”. (LOPES, 2009, p. 188),

É neste cenário que se inaugura o Estado Liberal, em que o modelo normativo é o positivismo, inaugurando a ideia de legalidade como vontade suprema, em que juntamente com a centralização das fontes normativas e da jurisdição, há o ideal do constitucionalismo, o qual toda normatividade depende de regras constitucionais. (LOPES, 2009, p. 204).

Assim, a ideia de garantia da paz, proporcionada pelo direito natural moderno, em que o foco está na regulação das individualidades (permitindo minimamente uma

convivência dos opostos), soma-se também a ideia de progresso em que a ordem criada e visada é criada “arbitrariamente” pela lei, bloqueando os julgamentos pelo senso comum, que era presa fácil das tradições e pressões políticas, e permitindo, assim, julgamentos racionais. (LOPES, 2009, p. 198 - 205). O bom juiz é aquele que se submete à lei, um exegeta da lei.

De acordo com Lopes:

O Legislador não é um distribuidor de justiça, senão um organizador e um pacificador. (...) Melhor dizendo, o legislador só é distribuidor de justiça ao organizar de maneira geral as bases da convivência dos indivíduos. (LOPES, 2009, p. 208)

Assim, tendo como marco inicial a Revolução Francesa, nasce a ideia de livre convencimento ou Persuasão Racional. (CINTRA, DINAMARCO E GRINOVER, 2010, p. 73)

De acordo com Tourinho Filho:

Sem o perigo do despotismo judicial que o sistema da íntima convicção ensejava e sem coarctar os movimentos do juiz no sentido de investigar a verdade, como acontecia com o sistema das provas legais, está o sistema da livre convicção ou livre convencimento (TOURINHO FILHO, 2009, p. 272)

De acordo com o referido autor, o novo sistema concede ao Juiz o poder de valorar as provas de acordo com a sua consciência, não podendo julgar de acordo com conhecimentos que tenha extra-autos. O juiz está livre de preconceitos legais na apreciação das provas, mas para evitar arbítrios não pode abstrair de seu conteúdo, tendo a obrigação de motivar a sentença (TOURINHO FILHO, 2009, p. 273). Nasce assim então, a ideia de motivação como forma de garantia e controle do livre convencimento do Juiz aos ditames da Ordem Jurídica.

1.2 CONCEITO

O livre convencimento motivado, de acordo com Didier (2017, p. 117) é o “Sistema que permite que o órgão julgador atribua às provas produzidas o valor que entender que elas mereçam, de acordo com as circunstâncias do caso concreto”. De acordo com ele, “As provas, por isso, não possuem um valor a priori, determinado por alguma norma geral.” (DIDIER, 2017, p. 117) E complementa, “o convencimento do juiz tem de ser motivado [...]. O órgão julgador deve apresentar as razões pelas quais entendeu que a prova merece o valor que lhe foi atribuído.” (DIDIER, 2017, p. 118)

Cintra, Dinamarco e Grinover (2010, p. 381) acrescentam a conceituação

dizendo que “o juiz forma livremente o seu convencimento, porém dentro de critérios racionais que devem ser indicados.” E, vinculando este livre convencimento ao princípio da Persuasão Racional, ainda argumentam:

Persuasão Racional, no sistema do devido processo legal, significa convencimento formado com liberdade intelectual, mas sempre apoiado na prova constante dos autos e acompanhado do dever de fornecer a motivação dos caminhos do raciocínio que conduziram o juiz à conclusão.

Ainda trazendo o conceito dos autores, Cintra, Dinamarco e Grinover (2010, p. 74) alegam que:

O Brasil também adota o princípio da persuasão racional: o juiz não é desvinculado da prova e dos elementos existentes nos autos, mas a sua apreciação não depende de critérios legais determinados a priori. O juiz só decide com base nos elementos existentes no processo, mas os avalia segundo critérios críticos e racionais. [...] Essa liberdade de convicção, porém, não equivale à sua formação arbitrária: o convencimento deve ser motivado, [...], não podendo o juiz desprezar as regras legais porventuras existentes [...] e as máximas de experiência.

Pacelli (2017, p. 330) também explica o livre convencimento motivado. Para ele:

[...] embora livre para formar o seu convencimento, o juiz deverá declinar as razões que o levaram a optar por tal ou qual prova, fazendo-o com base em argumentação racional, para que as partes, eventualmente insatisfeitas, possam confrontar a decisão nas mesmas bases argumentativas.

Assim, entendem os autores que o livre convencimento motivado concede liberdade intelectual ao juiz, que porém está vinculado à prova e demais elementos existentes nos autos. Para efetivar essa liberdade intelectual, não há um critério legal de valoração previamente definido, porém para evitar arbítrios, o juiz deve declinar suas razões de forma a demonstrar que seu raciocínio se deu com critérios críticos e racionais, permitindo que as partes possam de certa forma confrontar a decisão. Além disso, o Juiz deve respeitar as regras legais existentes e se basear numa valoração objetiva (máximas de experiências).

1.3. DA EXIGÊNCIA DE MOTIVAÇÃO

O livre convencimento do juiz depende também de motivação. O objeto de estudo desse item não é conceituar a motivação, mas tão somente buscar os fundamentos da mesma e descobrir o que ela visa proteger.

De acordo com Cintra, Dinamarco e Grinover (2010, p. 74) a motivação possui dupla função, uma interna e uma política. A interna é vista como uma garantia das partes, viabilizando a impugnação e reforma da decisão judicial. Já a função política tem como destinatário não apenas as partes mas toda a população, considerando a natureza pública do processo, e possui finalidade de aferir a imparcialidade, a legalidade e a justiça das decisões dos juízes.

Fernandes, Gomes Filho e Grinover (2001, p. 212) explica que a motivação procura proteger três pontos essenciais. De acordo com ela:

São três os pontos básicos em que se assenta a idéia de motivação como garantia: primeiro, aparece como garantia de uma atuação equilibrada e imparcial do magistrado, pois só através da motivação será possível verificar se ele realmente agiu com a necessária imparcialidade; num segundo aspecto, manifesta-se a motivação como garantia de controle da legalidade das decisões judiciais: só a aferição das razões constantes da sentença permitirá dizer se esta deriva da lei ou do arbítrio do julgador; Finalmente, a motivação é garantia das partes, pois permite que elas possam constatar se o juiz levou em conta os argumentos e a prova que produziram: como visto, o direito à prova não se configura só como direito a produzir a prova, mas também como direito à valoração da prova pelo juiz.

Levando em conta os argumentos acima, a motivação das decisões judiciais permite a impugnação e reforma das decisões judiciais, visa garantir a atuação equilibrada e imparcial do magistrado, permite analisar se a decisão é ou não derivada da lei e procura garantir às partes a análise de seus argumentos e provas produzidas.

Dinamarco (2004, p. 236), alega que a motivação também visa a “inteireza”, ou seja, ela não deve omitir menção a qualquer dos pontos ou questões relevantes para o julgamento, não pode deixar de manifestar sobre qualquer questão, que caso decidida de outra forma, poderia mudar o resultado da decisão e além disso procura evitar decisões obscuras, omissas ou contraditórias.

Somando a essas questões, Didier (2017, p. 119) explica que a motivação deve ser racional, ou seja, baseada em “cânones racionais comumente aceitos e reconhecidos no contexto da cultura média daquele tempo e lugar em que atua o órgão julgador” e citando Oliveira alega também que:

Neste sistema, veda-se, na apreciação dos fatos, juízo de equidade: o magistrado “não pode considerar provado os fatos só porque lhe pareça justo acolher o pedido inicial, devendo isso sim basear-se em juízos de verossimilhança, fundados na experiência geral. (OLIVEIRA *apud* DIDIER, 2017, p. 119)

E complementando, Didier (2017, p.119-122) também alega que a motivação

deve ser controlável, ou seja, clara e pública, além de dever respeito às regras de experiência, devendo estar de acordo com as ditas “máximas de experiência”.

Por fim, importante trazer também a contribuição de Aury Lopes Jr. acerca do tema. De acordo com ele a motivação das decisões judiciais:

Serve para o controle da eficácia do contraditório, e de que existe prova suficiente para derrubar a presunção de inocência. Só a fundamentação permite avaliar se a racionalidade da decisão predominou sobre o poder, principalmente se foram observadas as regras do devido processo penal. (LOPES JR., 2017, p. 105)

E ainda complementa:

[...] a motivação serve para o controle da racionalidade da decisão judicial. [...] Não se trata de gastar folhas e folhas para demonstrar erudição jurídica (e jurisprudencial) ou discutir obviedades. O mais importante é explicar o porquê da decisão, o que o levou a tal conclusão sobre a autoria e materialidade. A motivação sobre a matéria fática demonstra o *saber* que legitima o *poder* [...] (LOPES JR., 2017, p. 106)

Como se pode notar pelos autores acima, a motivação deve ser clara e pública, de modo a evitar obscuridades e possíveis arbítrios, completa (inteira), visando evitar eventuais contradições e ambiguidades, baseada em cânones racionais objetivos, como por exemplo as máximas de experiência e apta a controlar efetivamente o contraditório e a suficiência da prova para a condenação.

1.4. DO LIVRE CONVENCIMENTO POSITIVO NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

De início cumpre assinalar que os fundamentos jurídicos para o livre convencimento do juiz sobre as provas e a motivação estão positivados em estruturas normativas hierarquicamente diferentes. A motivação das decisões judiciais está consubstanciada no artigo 93, IX da Constituição Federal de 1988 e o livre convencimento está contido no artigo 371, “caput” do Código de Processo Civil e no artigo 155, “caput” do Código de Processo Penal. O objeto do estudo é delimitar o livre convencimento do juiz no âmbito do processo penal e não focar na motivação em si, que está analisada em capítulo apropriado.

Inaugurando-se a análise, parte-se para a comparação literal do livre convencimento do Código de Processo Civil e o livre convencimento do Código de Processo Penal. De acordo com o artigo 371, “caput” do Código de Processo Civil:

Art. 371: O juiz apreciará a prova constante dos autos,

independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.

E de acordo com o artigo 155, “caput” do Código de Processo Penal:

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Como se pode notar, o livre convencimento do juiz possui diferenças peculiares nos dois institutos. No âmbito cível, o livre convencimento está limitado à prova constante dos autos e não há a expressão “livre”. Já no âmbito penal é permitido também como base para o convencimento judicial as provas produzidas fora do processo, as chamadas provas cautelares, provas irrepetíveis e as provas antecipadas ou algum outro elemento informativo do Inquérito Policial, desde que não exclusivo. Como se verá ao longo do estudo, a liberdade de apreciação do juiz também não é tão livre assim, como no processo civil.

Assim, para o processo penal, as bases fáticas para o convencimento judicial são as provas produzidas em contraditório prévio, colhidas durante o curso do processo, e/ou também as provas cautelares, irrepetíveis e antecipadas e eventual elemento de investigação não exclusivo do Inquérito. Pela interpretação literal do artigo, a liberdade do Juíz no processo penal está restrita a essas bases, porém como se verá existem também outras limitações para o livre convencimento do Juíz. Antes porém, abordar-se-à as exceções pontuais ao livre convencimento motivado do juiz no processo penal.

A primeira delas é a presença do Sistema de íntima convicção no Ordenamento Jurídico brasileiro. De acordo com Pacelli (2017, p. 347) o livre convencimento motivado é “regra de julgamento aplicável somente às decisões do juiz singular, não se estendendo aos julgamentos pelo Tribunal do Júri, em que não se impõe aos jurados o dever de fundamentarem as suas respostas aos quesitos. Para o Tribunal do Júri vige o princípio da íntima convicção.”

A segunda exceção seria a presença pontual de regras relativas ao Sistema de Provas Legais, em que a valoração e taxatividade da prova está consubstanciada na Lei. Embora considerada com reservas pela doutrina, como exemplo teríamos aqui a exigência de exame de corpo de delito para os crimes que deixam vestígios, conforme expressão do artigo 158 do Código de Processo Penal. De acordo com Rangel (2005,

p.462), ao analisar tal regra, alega que se trata de prova legal pois a lei condicionou a prova do fato ao exame de corpo de delito. Pacelli (2017, p. 348-349) discorda, harmonizando tal artigo ao livre convencimento motivado. Para ele se trata de especificidade de prova e não hierarquia de prova, pois tal exigência é uma verdadeira garantia do acusado, em que são estabelecidos critérios específicos para o grau de convencimento do Juíz, não se fundando na prevalência de uma prova sobre a outra. É bom também lembrar que o juiz não está vinculado ao laudo do perito, conforme teor do artigo 182 do Código de Processo Penal, não havendo assim um critério valorativo do mesmo.

Conforme dito, há outras limitações ao livre convencimento do juiz acerca das provas. A primeira delas é a dependência do juiz à iniciativa das partes. De acordo com Tourinho Filho (2010, p. 77-78), cabe ao Ministério Público (Estado-Administração), nos casos de ação pública, e ao ofendido, nos casos de ação privada, levar o fato ao conhecimento do Estado-Juiz e lhe pedir a aplicação da sanção penal àquele que violou a lei conforme dicção do artigo 24 e 30 do Código de Processo Penal, respectivamente. Tal exercício da ação penal pública é privativa do Ministério Público, conforme artigo 129, I, da Constituição Federal, embora ele reconheça que tal Sistema Acusatório não é puro, permitindo o procedimento *ex officio* em alguns casos pontuais, como por exemplo a produção de provas *ex officio* na hipótese do artigo 156, I e II do Código de Processo Penal.

A segunda limitação na livre apreciação do juiz com relação as provas seria a adstrição do órgão julgador aos fatos constantes na denúncia ou queixa. De acordo com o artigo 383, “caput” do Código de Processo Penal:

Art. 383. O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave.

Assim, de acordo com o artigo o juiz está vinculado aos fatos contidos na denúncia. Não basta que o convencimento judicial se dê com base em prova (com ou sem contraditório nos casos legais previstos), tal convencimento também deve estar vinculado aos fatos contidos na peça acusatória. Deve-se frisar que tal vinculação é com relação aos fatos. De acordo com Pacelli (2017, p. 658):

uma vez narrado o fato na denúncia ou queixa, a consequência jurídica que dele extrai o autor, Ministério Público ou querelante, não vincula, nem poderia vincular, o juiz da causa. Narra-me o fato que te darei o direito, como dizia o antigo brocardo latino. Obviamente, a pena a ser

aplicada não resulta da escolha do autor da ação, mas de imposição legal.

Pelo fato do pedido ser a aplicação da lei, o juiz não estaria adstrito ao mesmo, e o autor ainda complementa alegando que não haveria prejuízo à defesa:

Não se exige, então, a adoção de quaisquer providências instrutórias, bastando a prolação da sentença com a capitulação jurídica (do fato) que parecer mais adequada ao juiz. Nem mais, nem menos, sobretudo porque o réu não se defende da capitulação, mas da imputação da prática de conduta criminosas. Por isso, ainda que da nova definição jurídica resulte pena mais grave, não haverá qualquer prejuízo à defesa (pelo menos em face do Direito) (PACELLI, 2017, p. 659)

Dessa forma o juiz está adstrito apenas aos fatos narrados e cabe ao réu se defender dos fatos e também da adequação dos fatos à norma.

A terceira limitação se refere à vedação das provas ilícitas no ordenamento jurídico. O juiz não está vinculado apenas às provas e aos fatos narrados, porém também à licitude da prova. De acordo com o artigo 157 do Código de Processo Penal:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

Pela análise do artigo, toda prova que viola as normas constitucionais e legais será considerada ilícita e dessa forma não pode servir de base para o convencimento judicial, uma vez que devem ser desentranhadas do processo. Não apenas as provas que violem o ordenamento jurídico, mas também as que derivarem delas também não poderão servir de base para o convencimento judicial. Não é objetivo do trabalho fazer um estudo pormenorizado das provas ilícitas mas tão somente à explicitá-las como limite ao convencimento judicial.

Concluindo, as bases para o convencimento judicial no plano fático, de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro são as provas, produzidas em contraditório (regra), respeitantes das normas constitucionais e legais que estejam de acordo com os fatos narrados pela denúncia ou queixa, sendo que o juiz depende da iniciativa das partes para apreciar qualquer elemento de prova (regra).

1.5. ANÁLISE DO ART. 155 E 156 DO CPP

O presente subtópico tem como função um estudo específico e pontual acerca

do livre-convencimento motivado no processo penal: a análise do art. 155 e 156 do Código de Processo Penal. A importância do mesmo é fundamental, uma vez que são nestes dispositivos que estão concentrados as bases de convencimento do magistrado na análise dos fatos em processo penal. Para fins didáticos, dividiu-se a análise numa abordagem individual de cada artigo.

1.5.1. Análise do artigo 155 do Código de Processo Penal

O artigo 155 e 156 do Código de Processo Penal concentra e delimita de uma forma geral as bases de convencimento do magistrado em suas decisões judiciais no plano dos fatos. De acordo com o artigo 155, “caput” do CPP:

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Assim, como regra geral, as bases de convencimento do juiz depende de prova formada em contraditório. De acordo com Nucci (2015, p. 375):

Esses limites são traçados pelo princípio do contraditório e da ampla defesa, num primeiro momento, vale dizer, as partes têm o direito de participar da colheita da prova, influenciando na sua formação, dentro de critérios regrados, e o réu têm o direito de se defender da maneira mais ampla possível, tomando ciência, por seu advogado, das provas coletadas e podendo influir para a produção de outras em seu benefício

Assim, em regra, toda base de convencimento do juiz depende de prévia participação na colheita de prova, de forma a proporcionar a defesa mais ampla possível, sendo essa limitação um corolário natural do princípio do contraditório e ampla defesa. O problema reside na parte final do artigo que ressalva as provas cautelares, as provas irrepitíveis e as provas antecipadas, permitindo suas colheitas na fase investigativa, sendo que permite ainda a fundamentação não exclusiva em elementos informativos colhidos na investigação.

De acordo com Lima (2017, p. 585), provas cautelares são:

[...] são aquelas em que há um risco de desaparecimento do objeto da prova em razão do decurso do tempo, em relação às quais o contraditório será diferido. Podem ser produzidas no curso da fase investigatória ou durante a fase judicial, sendo que, em regra, dependem de autorização judicial

E continuando com o pensamento do autor, prova não repetível:

[...] é aquela que, uma vez produzida, não tem como ser novamente

coletada ou produzida, em virtude do desaparecimento, destruição ou perecimento da fonte probatória. Podem ser produzidas na fase investigatória e em juízo, sendo que, em regra, não dependem de autorização judicial. [...]

Perceba-se que, nos mesmos moldes do que ocorre com as provas cautelares, o contraditório também será diferido em relação às provas não repetíveis. (LIMA, 2017, p. 585-586)

Dessa forma, é possível harmonizar a produção das provas cautelares e irrepetíveis, em que há urgência na produção antecipada e imediata, com o contraditório, pelo instituto do contraditório diferido. Com relação à importância do contraditório nessas provas, Lima (2017, p. 586) ainda complementa: “para que possam ser utilizadas no curso do processo, imperiosa será a observância do contraditório sobre a prova, permitindo que as partes possam discutir sua admissibilidade, regularidade e idoneidade.”

Já com relação às provas antecipadas:

[...] são aquelas produzidas com a observância do contraditório real, perante a autoridade judicial em momento processual distinto daquele legalmente previsto, ou até mesmo antes do início do processo, em virtude de situação de urgência e relevância. Tais provas podem ser produzidas na fase investigatória e em juízo, sendo indispensável prévia autorização judicial. (LIMA, 2017, p. 586)

Dessa forma, as provas antecipadas se diferenciam das provas cautelares e não repetíveis pela existência real do contraditório nas primeiras (não contraditório diferido). O que diferencia as provas antecipadas das provas regulares produzidas sob contraditório durante o processo judicial é justamente o momento de sua produção, pois as antecipadas podem ser feitas inclusive durante a fase de investigação.

Lopes Jr. (2017, p.43 e 44) critica abertamente que o convencimento judicial possa se dar sob provas colhidas na fase investigativa, uma vez que há contaminação do juiz com os elementos obtidos nesta fase, sendo necessário a adoção de um sistema processual acusatório puro, em que há clara distinção das funções de acusar e de julgar, retirando a gestão das provas do juiz e a entregando às partes, fortalecendo a estrutura dialética do processo, de forma a garantir a imparcialidade do julgador e efetivar o contraditório. Alega ainda Lopes Jr. (2017, p. 49) que a Constituição Federal de 1988 adota um processo penal acusatório fundado na imparcialidade, contraditório, ampla defesa e devido processo legal e que todas as normas não compatíveis com o sistema acusatório são inconstitucionais. A garantia da imparcialidade abarcaria não apenas a subjetiva, que retira os poderes acusatórios

perante as partes, mas também a objetiva com “garantias bastantes para dissipar qualquer dúvida razoável acerca de sua imparcialidade.” (LOPES JR., 2017, p. 65).

Nas palavras de Lopes Jr. (2017, p.66):

Ainda que a investigação preliminar suponha uma investigação objetiva sobre o fato (consignar e apreciar as circunstâncias tanto adversas como favoráveis ao sujeito passivo), o contato direto com o sujeito passivo e com os fatos e dados pode provocar no ânimo do juiz-instrutor uma série de “préjuízos” e impressões a favor ou contra o imputado, influenciando no momento de sentenciar.

Assim, a imparcialidade é garantida também pelo estado anímico do julgador, pela aparência de imparcialidade, sendo que toda base de convencimento judicial somente pode se dar perante prova válida judicialmente. De acordo com Lopes Jr. (2017, p. 166)::

Claro está que só a prova judicial é válida, pois o que se pretende não é a mitológica verdade real – obtida a qualquer custo –, mas sim a *formalmente* válida, produzida no curso do processo penal. Ou há prova suficiente no processo para condenar, e o veredicto deve ser esse, ou permanece a dúvida, e a absolvição é o único caminho. Recordemos que a dúvida, falta de acusação ou de provas ritualmente formadas impõe a prevalência da presunção de inocência e atribuição de *falsidade formal* ou *processual* às hipóteses acusatórias. (LOPES JR., 2017, p. 166)

Assim, todo convencimento judicial para deveria se dar perante prova judicial válida, de forma a concretizar as garantias constitucionais, dentre elas a presunção de inocência, ditadas pelo Sistema Acusatório, sendo este modelo o mais compatível com a Constituição, por proteger substancialmente a imparcialidade do juiz, o devido processo legal e efetivar o contraditório e ampla defesa.

1.5.2. Análise do artigo 156 do Código de Processo Penal

De acordo com o artigo 156 do Código de Processo Penal:

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I - ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

II - determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

Esse artigo permite ao juiz produzir provas de ofício, seja antes ou após de iniciada a ação penal, caso sejam urgentes e relevantes, seja no curso da instrução

processual se diante de dúvida sobre ponto relevante.

O inciso I do artigo 156 do Código de Processo Penal recebe crítica considerável da doutrina. De acordo com Tourinho Filho (2010, p. 267), tal permissão, além de ferir a imparcialidade do juiz, poderá resultar em prejuízo da defesa, uma vez que a colheita da prova dificilmente será feita em favor da defesa, e além disso, existem outros meio de colher essa informação antes do início da ação penal, como por exemplo a simples requisição do Ministério Público para que a Autoridade Policial obtenha a mesma.

Já o inciso II do artigo 156 do Código de Processo Penal, as críticas são mais parcimoniosas. O mesmo autor que critica o inciso I, parece concordar com o inciso II. De acordo com Tourinho Filho (2010, p. 267):

Em casos excepcionais, quando a dúvida assaltar o espírito do julgador, poderá este procurar dirimi-la determinando a realização de diligências com tal objetivo. [...] A atividade do juiz, pois, é meramente supletiva e, assim mesmo, não tem ele o dever de determinar tal ou qual diligência.

Pacelli (2017, p. 334) em crítica ao referido artigo, alega que a imparcialidade do Juíz está ligada com a atuação concreta no processo, sendo que em homenagem ao Sistema Acusatório, o juiz não pode adotar postura acusatória, mesmo que entenda ser insuficiente ou duvidosa a atuação do Ministério Público. Em homenagem ao princípio do contraditório, da ampla defesa e da isonomia, o juiz deve igualar as forças produtoras de provas e não desigualar. Assim, o Juíz não poderia substituir e nem mesmo suplantar a atividade do Ministério Público, embora possa atuar de ofício a favor da defesa, realizando efetivamente a igualdade. Dessa forma, o termo “dúvida” contida no inciso II do artigo 156 do Código de Processo Penal apta a realizar a atividade de ofício do Juíz, é somente aquela “sobre a prova produzida, e não sobre a insuficiência ou a ausência da atividade persecutória” (PACELLI, 2017, p. 345)

Já Aury Lopes Jr. critica duramente as provas produzidas de ofício, uma vez que a imparcialidade está substancialmente ferida. De acordo com ele:

A imparcialidade somente existe em uma estrutura processual acusatória, que mantenha o juiz afastado das atividades que são inerentes às partes. Por isso, não deve o juiz ter iniciativa probatória, não deve determinar de ofício a produção de provas, pois, ao fazer isso, ele quebra o equilíbrio entre as partes, fere de morte o contraditório e fulmina a imparcialidade, dado que é inafastável o imenso prejuízo que decorre dos pré-juízos. Quem procura, procura algo. Logo, quando o juiz vai atrás da prova de ofício, ele decide primeiro e sai em busca dos elementos que justificam a decisão já

tomada. Devem ser evitados os atos que impliquem pré-julgamento.
(LOPES JR., 2017, p. 107)

Assim, para ele qualquer produção de ofício de provas deveria ser proibida de modo a evitar qualquer tipo de pré-julgamento e conseqüentemente parcialidade do magistrado.

II DA TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL

O presente capítulo tem a intenção de se debruçar sobre a teoria da decisão judicial. A linha investigativa terá como norte o processo penal, que será o contexto de fundo no estudo. Tal estudo será feito em quatro grandes vertentes: as características da decisão judicial; a finalidade da decisão judicial; o raciocínio jurídico utilizado na decisão e a racionalidade na decisão judicial. Para fins didáticos estruturou-se tal análise da seguinte forma: Da função jurisdicional no processo penal, em que se estudará qual a finalidade da decisão judicial; das características da decisão judicial, em que se estudará a estrutura, classificações e tipos de vícios da mesma; do raciocínio jurídico, debruçando-se no estudo dos motivos de fato e de direito na decisão, e da racionalidade na decisão judicial, estudando-se quais argumentos são aptos a sustentar uma decisão.

2.1. DA FUNÇÃO JURISDICIONAL NO PROCESSO PENAL

O primeiro estudo perpetrado será relativo à função jurisdicional no processo penal. Primeiramente a análise recairá sobre a função jurisdicional em si (de forma ampla), para depois a avaliar dentro do contexto de um processo. Tal estudo foi subdividido da seguinte forma: Da função jurisdicional e da função jurisdicional e a questão da lide.

2.1.1. Da função jurisdicional

De acordo com Cintra, Dinamarco e Grinover (2010, p. 149), a jurisdição:

[...] é uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça. Essa pacificação é feita mediante a atuação da vontade do direito objetivo que rege o caso apresentado em concreto para ser solucionado, e o Estado desempenha essa função sempre mediante o processo [...]

Assim, para os autores a jurisdição teria como escopo a pacificação social com justiça, a qual se realizaria pela atuação da vontade do direito objetivo em concreto.

Marinoni (2008, p. 94) critica a visão da jurisdição apenas como meio de atuar a vontade concreta da lei, alegando que também se deve levar em consideração a validade da lei em face dos direitos fundamentais e princípios constitucionais, além de sua relação com a realidade, desigualdades sociais e o pluralismo (inerente às

sociedades democráticas).

A razão principal dessa nova “ótica” de análise se dá pela necessidade de compreender e valorar os casos concretos, atribuindo-lhes um sentido, uma vez que as relações sociais contemporâneas são marcadas pelo pluralismo e as particularidades dos casos conflitivos não são homogêneas (próprias do Estado Liberal) (MARINONI, 2008, p.96). Assim, a função jurisdicional contemporânea não apenas atribui sentido ao caso concreto, mas, também, o compreende e o analisa.

Não obstante a necessidade de compreensão do caso concreto, a jurisdição deve também conformar a lei aos princípios constitucionais de justiça e aos direitos fundamentais. De acordo com Marinoni (2008, p. 98):

A força normativa dos direitos fundamentais, ao impor o dimensionamento do produto do legislador, faz com que a Constituição deixe de ser encarada como algo que foi abandonado à maioria parlamentar. A vontade do legislador, agora, está submetida à vontade suprema do povo, ou melhor, à Constituição e aos direitos fundamentais.

Uma outra perspectiva interessante de se analisar a jurisdição é a olhar como expressão do Poder Legítimo. Ferrajoli (1997 *apud* Lopes Jr., 2006, p. 264) alega que toda atividade jurisdicional provém do binômio saber-poder, em que o saber jurídico deve suplantar o poder jurisdicional puro. Dessa forma, a jurisdição para expressar um poder legítimo deve conferir racionalidade às decisões judiciais, privilegiando o saber em detrimento do poder.

A partir dessa necessidade de se analisar a jurisdição em face dos direitos fundamentais, bem como de sua vinculação ao saber jurídico, e não ao poder puro, é que surge a idéia de um sistema garantista no processo penal (LOPES JR., 2006, p.263)

Assim, para Lopes Jr. (2006, p.263) a legitimidade da função jurisdicional, em processo penal, está restrita ao modelo garantista, o qual:

[...] não se admite nenhuma imposição de pena, sem que se produza a comissão de um delito; sem que ele esteja previamente tipificado por lei; sem que exista necessidade de sua proibição e punição; sem que os efeitos da conduta sejam lesivos para terceiros; sem o caráter exterior ou material da ação criminosa; sem a imputabilidade ou culpabilidade do auto; e sem que tudo isso seja verificado através de uma prova empírica, levada pela acusação a um juiz imparcial em um processo público, contraditório, com amplitude de defesa e mediante um procedimento legalmente pré-estabelecido. (LOPES JR., 2006, p. 263-264)

Tal legitimidade da função jurisdicional também deve estar correlacionada com

a lógica do Estado Democrático de Direito em que a democracia política está vinculada ao conteúdo mínimo da Constituição, a qual confere direitos e princípios os quais nenhuma maioria pode violar (FERRAJOLI, 1999 *apud* LOPES JR. 2006, p. 291).

Assim, a legitimidade da função jurisdicional está correlacionada com a proteção dos direitos e garantias fundamentais do acusado, mesmo que *contra legem*, uma vez que a própria lei deve se conformar aos mesmos. Nesse sentido, para que haja legitimidade da função jurisdicional, afirma Lopes Jr. (2006, p. 78) que o juiz deve “atuar como garantidor da eficácia do sistema de direitos e garantias fundamentais do acusado no processo penal.” (LOPES JR., 2006, p. 78)

2.1.2. Da função jurisdicional e a questão da lide

De acordo com Marinoni (2008, p. 404) o processo não é apenas a atuação da lei (visão própria do Estado Liberal), e sim, um instrumento da jurisdição. De acordo com ele:

Portanto, o processo deixou de ser um instrumento voltado à atuação da lei para passar a ser um instrumento preocupado com a proteção dos direitos, na medida em que o juiz, no Estado Constitucional, além de atribuir significado ao caso concreto, compreende a lei na dimensão dos direitos fundamentais. (MARINONI, 2008, p. 405)

Não obstante, o processo, além de dar proteção jurisdicional aos direitos deve também possuir legitimidade democrática, sendo que o juiz, para exercer um poder jurisdicional legítimo, deve conferir abertura à participação pois “a noção de democracia é inextricavelmente ligada à de participação, uma vez que a participação no poder é da essência da democracia.” (MARINONI, 2008, p. 405). E acrescenta:

Não obstante, a percepção da insuficiência da técnica representativa para a realização da justiça social fez com que se passasse a falar em democratizar a democracia através da participação, mediante a otimização da participação direta dos cidadãos no poder. (MARINONI, 2008, p. 406)

Considerando o processo com um instrumento da jurisdição em que o juiz confere proteção jurisdicional aos direitos, deve-se levar em conta que o Estado-juiz ao mesmo tempo que confere proteção ao direito de defesa, assegurados no artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal/1988, também deve conferir proteção ao direito de ação, “assegurado pela Constituição como uma espécie do direito de petição.” (COUTURE, 1958 *apud* MARINONI, 2008, p. 180)

Marinoni (2008, p. 183) vai além alegando haver um direito à tutela jurisdicional

independente do reconhecimento do direito material, ou seja, direito ao julgamento de mérito. Dessa forma, “o autor tem direito à tutela jurisdicional efetiva ainda que o seu direito material não exista ou não seja reconhecido.” (MARINONI, 2008, p. 183)

Assim, é inegável o caráter de conflito (direito de ação *versus* direito de defesa) inerente à atuação jurisdicional levado a cabo pelo juiz. Diante disso, a função jurisdicional, ao ser exercida dentro do escopo de um processo, deve conferir uma justa composição da lide, ou seja, a aplicação da função jurisdicional (atuação do direito) depende da resolução da lide. (CARNELUTTI *apud* CINTRA, DINAMARCO e GRINOVER, 2010, p. 151)

A explicação desse conflito de interesses ser uma lide, pela ótica do processo penal, reside no confronto entre a pretensão punitiva, decorrente da violação efetiva ou aparente da norma penal, e a pretensão do suposto infrator à liberdade (CINTRA, DINAMARCO e GRINOVER, 2010, p. 278). Deve-se frisar, contudo, que a nomenclatura *lide penal* não é aceita de forma unânime na doutrina, a qual prefere a qualificação de *controvérsia penal*, uma vez que não haveria interesses contrapostos e sim um único interesse, já que o Ministério Público tem apenas interesse que se faça justiça, atuando de forma imparcial. (CINTRA, DINAMARCO e GRINOVER, 2010, p. 279). Dessa forma, diante dessa idéia de lide penal (controvérsia penal), Araújo (1999, P. 46) a caracteriza como o “conflito entre o direito punitivo do Estado e o direito de liberdade do acusado.”

A importância de se compreender a lide está no fato de que sua delimitação repercute diretamente nos limites do exercício da função jurisdicional. De acordo com o artigo 141 do Código de Processo Civil:

Art. 141. O juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte.

Assim, o juiz, ao atuar a função jurisdicional, está preso aos limites da lide. Vale também lembrar que o exercício da pretensão punitiva, em processo penal, não está a cargo do Poder Jurisdicional, uma vez que a Constituição Federal confere privativamente a titularidade da ação penal ao Ministério Público (artigo 29, inciso I da Constituição Federal/1988). Outro ponto importante é que os limites da lide, em matéria penal, está conectada apenas aos fatos e não ao pedido, uma vez que o juiz prescinde de pedido para poder atuar a lei penal (ARAÚJO, 1999, p.47). A razão principal dessa não vinculação aos pedidos está na permissão expressa da *emendatio*

libelli (artigo 383, “caput” do Código de Processo Penal).

Porém o exercício da função jurisdicional ao processo estaria vinculada apenas aos limites da lide?

Não, conforme já exposto, a legitimidade da função jurisdicional depende da tutela dos direitos fundamentais e a lide, além de ser uma limitação à atuação jurisdicional, deve ser analisada sob a ótica dos direitos fundamentais. Lopes Jr. (2005, p. 8), ao explicar a instrumentalidade do processo penal, alega que este possui dupla função: a satisfação da pretensão acusatória (aplicação da pena) e a máxima efetividade dos direitos e garantias fundamentais. Dessa forma, é necessário a conformidade do processo penal ao espírito democrático (função constitucional do processo). Neste sentido afirma Lopes Jr. (2006, p.9): “Resulta imprescindível visualizar o processo desde seu exterior para constatar que o sistema não tem valor em si mesmo, senão pelos objetivos que é chamado a cumprir (projeto democrático constitucional).”

Considerando o processo um instrumento a serviço do projeto constitucional, explica Lopes Jr. (2006, p. 11) sua real função:

[...] trata-se de limitação do poder e tutela do débil a ele submetido (réu por evidente), cuja debilidade é estrutural (e estruturante do seu lugar). Essa debilidade sempre existirá e não tem absolutamente nenhuma relação com as condições econômicas ou sociopolíticas do imputado, [...] (pois é ele o sujeito passivo, ou seja, aquele sobre quem recaem os diferentes constrangimentos e limitações impostas pelo poder estatal).

Assim, a função jurisdicional ao ser exercida dentro do escopo de um processo penal, estaria não apenas vinculada aos limites da lide, mas também principalmente, ao garantismo constitucional, em que há tutela da parte mais vulnerável (réu). Também é necessária uma compreensão específica do caso concreto, conferindo ampla oportunidade de participação e debate perante os interessados, de forma à conferir legitimidade democrática às decisões judiciais.

2.2 DAS CARACTERÍSTICAS DA DECISÃO JUDICIAL PENAL

O tópico pretende estudar as características da decisão judicial penal. O objetivo aqui é analisar a estrutura e os tipos de decisões judiciais, como forma de tentar compreender como a fundamentação (ou melhor a falta de fundamentação) se insere dentro delas. O foco do estudo recairá sobre: os elementos da decisão judicial,

em que se analisará a estrutura das decisões judiciais; a classificação das decisões judiciais, em que se analisará os tipos e diferentes modelos de decisões judiciais penais existentes; os vícios da sentença (decisão judicial) e o raciocínio jurídico em torno das decisões judiciais, analisando-se qual a amplitude e extensão da motivação feita pelo magistrado ao decidir.

2.2.2. Elementos da decisão judicial penal

De acordo com Didier (2017, p. 354) a decisão judicial tem como elementos essenciais o relatório, os fundamentos ou motivação e o dispositivo. Para o autor, embora o artigo 489 do Código de Processo Civil se refira à sentença, deve-se estender esses elementos para todos os tipos de decisão judicial, sendo que a sentença deve ser analisada no dispositivo como gênero.

O Código de Processo Penal tem disposição expressa a respeito desses elementos essenciais da sentença. De acordo com o artigo 381 do Código de Processo Penal:

Art. 381. A sentença conterá:

- I - os nomes das partes ou, quando não possível, as indicações necessárias para identificá-las;
- II - a exposição sucinta da acusação e da defesa;
- III - a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão;
- IV - a indicação dos artigos de lei aplicados;
- V - o dispositivo;
- VI - a data e a assinatura do juiz.

Assim, para o processo penal são elementos essenciais da sentença (decisão judicial): a identificação das partes; o relatório; a fundamentação; o dispositivo e a data e assinatura do juiz.

De acordo com Nucci (2015, p. 806), o relatório seria a:

[...] descrição sucinta do alegado pela acusação, abrangendo desde a imputação inicial (denúncia ou queixa), até o exposto nas alegações finais, bem como o afirmado pela defesa, envolvendo a defesa prévia e as alegações finais. É um fator de segurança, demonstrativo de que o magistrado tomou conhecimento dos autos, além de representar, para quem lê a sentença, um parâmetro para saber do que se trata a decisão judicial.

Didier (2017, p. 355) complementa alegando a relevante importância do relatório para a identificação da causa e formação do precedente judicial. Para ele é no relatório que está a minuciosa exposição da causa.

Já a fundamentação, seria para Nucci (2015, p. 806):

[...] a alma ou a parte essencial da sentença. Trata-se da motivação do juiz para aplicar o direito ao caso concreto da maneira como fez, acolhendo ou rejeitando a pretensão de punir do Estado. É preciso que constem os motivos de fato (advindos da prova colhida) e os motivos de direito (advindos da lei, interpretada pelo juiz), norteadores do dispositivo (conclusão).

Assim, a fundamentação seria o elemento da decisão judicial em que se veria a aplicação concreta do Direito e como foi feita a interpretação das provas (fatos provados).

Didier (2017, p. 357) complementa alegando que a exigência da motivação das decisões judiciais tem dupla função: *função endoprocessual* e *função exoprocessual*. Para ele a função endoprocessual possibilitaria às partes a visualização das razões de convencimento do juiz, e se estas proporcionaram uma análise apurada da causa, permitindo assim uma controlabilidade da decisão judicial. Já a função exoprocessual estaria na viabilização da controlabilidade da decisão perante a sociedade como um todo, permitindo aferir se a decisão judicial provém ou não de um poder jurisdicional legítimo.

Por fim, o dispositivo para Nucci (2015, p. 807) seria:

[...] a conclusão alcançada pelo juiz, após ter elaborado raciocínio exposto e fundamentado, para julgar procedente ou improcedente a ação e, conseqüentemente, presente o direito de punir do Estado. É no dispositivo (conclusão) que irá fixar a sanção ou, simplesmente, declarar a inocência do réu.

E com relação à data e assinatura do juiz alega o autor que sua importância estaria na confecção de uma forma autêntica do julgado bem como no estabelecimento do marco temporal da decisão proferida (NUCCI, 2015, p. 807)

2.2.3. Da classificação das decisões judiciais

É possível cogitar várias possibilidades de se classificar as decisões judiciais, mas o estudo em questão focará na classificação sugerida por Eugênio Pacelli com alguns pontos comparativos e complementativos de Guilherme de Souza Nucci, no âmbito do processo penal, bem como uma análise diferenciadora da classificação das decisões judiciais no âmbito do processo civil, seguindo nesta última, o pensamento de Freddie Didier. A análise também se delimitará às decisões de primeira instância.

De início cumpre assinalar a classificação das decisões judiciais no processo

civil. De acordo com Didier (2017, p. 346), as decisões judiciais seriam de três tipos: sentenças; decisões interlocutórias e despachos. Para ele sentença seria:

(...) o pronunciamento do juízo singular que, com fundamento no art. 485 ou no art. 489 do CPC, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum ou extingue a execução. O art. 485 cuida das hipóteses em que o mérito não é resolvido; o art. 487, das hipóteses em que o é (...)

Assim, no processo civil, a sentença se basearia em um pronunciamento judicial em que se coloca fim à fase de conhecimento ou execução do processo, com ou sem resolução de mérito. Com relação às decisões interlocutórias, Didier (2017, p. 348) explica que é “(...) o pronunciamento judicial com conteúdo decisório que não põe fim à fase do procedimento em primeira instância.” Complementa ainda o autor que, em semelhança à sentença, não é relevante o conteúdo da decisão interlocutória, bastando que a mesma tenha carga decisória e não ponha fim à fase do processo.

Já os despachos seriam “(...) pronunciamentos judiciais sem conteúdo decisório que tanto podem ser proferidos pelo juízo singular quanto pelo órgão colegiado.” (DIDIER, 2017, p.346).

Em processo penal, de acordo com Pacelli (2017, p. 647) a sistemática da classificação é um pouco diferente pois a abordagem para a divisão dos tipos de decisões judiciais é voltada para o conteúdo e seus efeitos e não pela análise de se colocar ou não fim à fase do processo. De acordo com o artigo 800 do Código do Processo Penal, haveriam decisões interlocutórias (simples e mistas), decisões com força de definitivas, sentenças e despachos de mero expediente.

Para Pacelli (2017, p.648) haveriam dois tipos de decisões interlocutórias no processo penal: as mistas e as simples. De acordo com o autor, a decisão interlocutória mista:

(...) tem como característica mais importante o fato de encerrar uma fase procedimental bem delineada, como é o caso da decisão de pronúncia, ou mesmo de encerrar a própria relação processual – desde que sem o julgamento do mérito (...)

Explica ainda o autor a diferença entre as interlocutórias simples e mistas. Para ele:

(...) as interlocutórias simples resolvem questões processuais e não extinguem o processo, enquanto as interlocutórias mistas extinguirão ou o processo, ou uma determinada fase procedimental, como ocorre também na decisão de rejeição da denúncia (art. 395, CPP), na qual se põe termo ao processo. (PACELLI, 2017, p. 650)

Um ponto interessante a ser analisado seria a questão da extinção da

punibilidade. Seria esta uma decisão interlocutória mista? Pacelli (2017, p. 650) entende que não, pois embora esta encerre a relação jurídica sem a apreciação efetiva do mérito (apreciação acerca da existência e autoria do fato), há solução de mérito pois ocorre a preclusão da matéria, impedindo nova ação penal pelo mesmo fato, ocorrendo assim coisa julgada material. Para o autor, a extinção da punibilidade se trata de sentença ou absolvição sumária, diferenciando-se do conceito de sentença absolutória tradicional uma vez que não julga o mérito, e sim, apenas o resolve.

Com relação às decisões com força de definitivas, Pacelli (2017, p. 653) entende que seriam aquelas decisões que põem fim aos procedimentos e processos incidentes. Entende o autor que há efetiva apreciação do mérito, porém o mérito é do processo incidente e não da ação penal principal. O autor ainda diferencia essas decisões com força de definitivas das decisões interlocutórias mistas, alegando que nestas últimas, embora haja encerramento da relação processual sem julgamento de mérito ou de alguma fase ou procedimento, seu objeto está intrinsecamente ligado ao mérito da ação penal principal, como é o caso das exceções de litispendência e coisa julgada, bem como do incidente de falsidade, o que não ocorre nas decisões com força de definitivas nas quais as decisões que põe fim ao processo incidente, relacionam-se com o mérito exclusivo do processo incidente, como ocorre no incidente de restituição de coisa apreendida e o incidente de levantamento de sequestro.

Por fim, as sentenças são aquelas decisões em que o juiz:

(...) julga definitivamente o mérito da pretensão penal, resolvendo-o em todas as suas etapas possíveis, a saber: a da imputação da existência de um fato (materialidade), a imputação da autoria desse fato e, por fim, o juízo de adequação ou valoração jurídico-penal da conduta. (PACELLI, 2017, p. 653)

Nesse tipo de decisão judicial (sentença) é o conteúdo da decisão que importa, de forma que a matéria relativa ao caso penal seja apreciada da forma mais profunda possível, sendo que nelas há extinção do processo com julgamento do mérito, diferentemente das decisões com força de definitiva em que o julgamento do mérito é do processo incidente e não principal. (PACELLI, 2017, p. 654)

Nucci (2015, p. 803), por sua vez, prefere uma classificação mais simples e objetiva das decisões judiciais penais. Para ele haveriam despachos, em que há decisão judicial sem análise de questão controvertida, decisões interlocutórias simples em que há decisão judicial dirimindo controvérsia porém sem colocar fim ao procedimento, decisões interlocutórias mistas, em que há resolução de controvérsia

colocando fim a algum procedimento e decisões definitivas em que se julga o mérito da ação penal, colocando fim ao processo.

2.2.4 Dos vícios da sentença

Antes de se adentrar no tema dos vícios da decisão judicial no processo penal, deve-se primeiro analisar os limites objetivos da demanda no processo civil, com fins de atingir um estudo mais pormenorizado. De acordo com o artigo 141 do Código de Processo Civil:

Art. 141. O juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte.

Assim, de acordo com o artigo há limitação da apreciação do mérito proposto, estando o juiz vinculado ao pleiteado pelas partes. O artigo 492 do CPC complementa esse artigo no âmbito do processo civil:

Art. 492. É vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

Pela análise do artigo, a vinculação do juiz também abrange os pedidos pleiteados pelas partes. Didier (2017, p. 408-409) explica que:

[...] esses dispositivos legais estabelecem verdadeira limitação ao exercício da jurisdição, na medida em que impõem à decisão do magistrado limites subjetivos e objetivos, abrangendo estes últimos os fundamentos de fato da demanda e da defesa e o(s) pedido(s) formulado(s).

Dessa forma, o magistrado está limitado aos fundamentos de fato e aos pedidos e completa Didier (2017, p. 409): “Se o magistrado vai além desses limites, a sua decisão é *ultra petita*; se fica fora deles, é *extra petita*; se fica aquém, é *citra petita*.” Haveriam então três modelos clássicos de vícios da decisão judicial: decisão *ultra petita*; decisão *extra petita* e decisão *citra petita*.

Por julgamento *ultra petita* entende-se aquele que: “(...) leva em conta fatos ou pedidos não discutidos no processo, ou ainda porque estende seus efeitos a sujeito que não pôde participar em contraditório da causa.” (DIDIER, 2017, p.409)

Já o julgamento *citra petita*:

[...] viola o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, quando se revela pela ausência de manifestação sobre pedido ou pela ausência de deliberação quanto a determinado sujeito da relação processual, e ofende o princípio do contraditório, sob sua perspectiva substancial, nos casos em que o magistrado deixa de analisar

fundamento relevante invocado pela parte. (DIDIER, 2017, p. 409)

E com relação ao julgamento *extra petita* “(...) o magistrado deixa de analisar algo que deveria ser apreciado e examina outra coisa em seu lugar.” (DIDIER, 2017, p. 409)

No âmbito do processo penal a sistemática dos vícios da decisão judicial é um pouco diferente, uma vez que o juiz está atrelado apenas aos fatos e não aos pedidos. De acordo com o artigo 383 “caput” do Código de Processo Penal:

Art. 383. O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave.

Afirma Pacelli (2017, p. 656) que, embora haja necessidade de correlação entre sentença e pedido, ou seja, o provimento jurisdicional deva se ajustar ao pedido formulado pela parte, em processo penal a sistemática é bem diferente, uma vez que o pedido seria genérico e o foco estaria na correta aplicação da lei penal, de forma que o juiz apenas se vincularia à imputação dos fatos, tendo autonomia para extrair as consequências jurídicas adequadas. A limitação jurisdicional estaria relacionada então apenas à *causa petendi*, e não ao pedido formulado. Dessa forma, todo vício da sentença (decisão *ultra*, *citra* ou *extra petita*) estaria relacionado com a análise em excesso dos fatos (*extra petita*), a análise deficiente dos fatos (*citra petita*) ou a análise de fatos diversos da lide penal (*citra petita*) e não propriamente com o pedido, uma vez que este seria genérico.

2.3 DO RACIOCÍNIO JURÍDICO

O presente tópico têm como objeto o estudo acerca do raciocínio jurídico utilizado nas decisões judiciais. O objetivo aqui é tentar descobrir até onde necessariamente o juiz deve decidir, como forma de saber qual a extensão da fundamentação na decisão judicial. A análise foi dividida em três partes: o raciocínio fático, o qual o foco se dará principalmente na avaliação probatória; o raciocínio jurídico, em que será explanado como deve se dar a aplicação das normas jurídicas no direito positivo e por fim o raciocínio em torno da individualização da pena.

2.3.1 Do raciocínio probatório

Tendo em vista a prova judicial produzida em contraditório, há participação do juiz em três grandes fases: a admissão da proposição da prova, em que é avaliado se

a mesma é um meio legítimo de comprovação dos fatos, a produção da prova, salvo as hipóteses em que já há admissão de provas pré-constituídas (como exemplo, as produzidas no inquérito policial) nos autos e a avaliação da prova. (CRUZ, 2016, p. 338)

O foco do estudo recairá na última fase (avaliativa), uma vez que é nesta que há verdadeira avaliação e apreciação dos fatos pelo juiz, devendo este justificar as escolhas feitas.

A avaliação dos fatos, por sua vez, apresentam três grandes fases, a saber: a análise de credibilidade da prova pelo juiz; a valoração individual de cada prova e a valoração conjunta do acervo probatório. (ARENHART, MARINONI, 2015, p. 328-329)

Na análise de credibilidade, há um juízo prévio sobre a confiança e idoneidade da prova. Antes da ligação da prova e o fato em si, deve o juiz analisar as condições mentais do depoente e detectar eventuais falhas de memória e contradições em sua fala, bem como averiguar a exatidão formal de documentos apresentados (ARENHART, MARINONI, 2015, p. 327)

Já na valoração individual, o foco está na conexão da prova com o fato a provar. Deve-se frisar que a ligação da prova com o fato é sempre em determinado sentido, o qual é atribuído mediante critérios racionais. Outro ponto importante é que o conjunto probatório depende da definição de cada prova (valoração individual). Neste sentido, afirma Arenhart e Marinoni (2015, p. 333):

A valoração individual tem o objetivo de verificar a relação entre uma certa prova e o fato. [...] Por isso, é acertado dizer que a própria valoração da prova se integra à fase da valoração individual, uma vez que tem a intenção de evidenciar a aptidão de uma prova específica para demonstrar o fato. A valoração individual, assim, somente viabiliza a constatação de que uma prova demonstra o fato em determinado sentido e grau (obviamente não matemático)

E ainda complementam vinculando a valoração à idéia de justificação racional:

A impossibilidade de o raciocínio probatório se basear na demonstração própria à matemática não pode redundar na aceitação de que a decisão do juiz possa restar sem controle e, assim, sem uma justificação racional. Assim, a ampliação do conceito de demonstração objetiva deixa clara a possibilidade de o juiz demonstrar e justificar as suas razões de modo racional. (MARINONI, 2015, p. 324)

Um ponto importante a ser destacado é a valoração individual acerca dos fatos indiretos (indícios). Nestes, necessariamente há dois tipos de raciocínios, um presuntivo, que comprova o indício em determinado sentido e outro inferencial, que

através de regras de experiência, conecta a prova dos fatos indiretos com o fato direto. Neste sentido, afirma Arenhart e Marinoni (2015, p. 333) acerca da valoração individual dos indícios:

Trata-se de juízo que decorre de raciocínio (que chamamos de presuntivo) que parte da prova de um fato indireto, isto é, de prova (indiciária) que se destina a demonstrar o fato indireto. Nesse caso, considerada a prova do fato indireto, o juiz raciocina, através de regras de experiência, para concluir se pode deduzir o fato direto do fato indireto (provado).

Por fim, há necessidade de valoração conjunta do acervo probatório. Aqui, será feita a narrativa (estória) acerca do acervo probatório apta a analisar definitivamente os fatos. A escolha da narrativa deve necessariamente ser a mais racional possível, ou seja, a versão, além de estar embasada nas provas dos autos, deve corresponder à verdade processual, construída dialeticamente pelas partes, e não à essência da verdade (inatingível), sendo necessário também que a narrativa escolhida seja completa em relação ao acervo probatório, ou seja, leve em consideração todas as provas produzidas (congruência da narração) bem como não seja contraditória em si, ou seja, não deve considerar verdadeiros fatos e relações inferenciais incompatíveis entre si dentro de um mesmo contexto (coerência da narração). (ARENHART, MARINONI, 2015, p. 335-338)

Tendo em vista a necessidade de verdade processual na valoração conjunta do acervo probatório, um ponto importante a ser frisado é essa noção de verdade no contexto do processo penal. Isso porque a verdade processual deve ser aquela constitucionalmente válida, levando em consideração princípios importantes, como o *in dubio pro reo* e a presunção de inocência do acusado, bem como deve obedecer as limitações de verdades, a partir da análise dos limites das provas (vedação provas ilícitas, número máximo de testemunhas, etc), impostas pelo Ordenamento Jurídico no processo penal. Neste sentido, afirma Cruz (2016, p. 339):

A atividade jurisdicional criminal tem como objetivo maior a descoberta não de uma verdade a todo custo obtida mas da verdade processual e constitucionalmente válida, a partir da qual se possa aplicar uma sanção àquele que se comprovou culpado e responsável pela prática de um delito, ou declarar-se a sua inocência quando as evidências não autorizarem o julgamento de procedência da pretensão punitiva.

E ainda complementa:

Por fim, há outro fator de limitação da verdade [...], relativo aos limites da prova: conquanto se adote, nos ordenamentos atuais, o princípio da livre investigação da prova, o juiz vincula-se a regras que

encontram justificativa em razões de cunho epistemológico ou processual (número máximo de testemunhas, prazos preclusivos etc.) ou político (proibição de provas ilícitas), bem como a princípios de política criminal (in dubio pro reo, presunção de inocência, imutabilidade da coisa julgada), que não lhe permitem, com total liberdade investigativa, obter a totalidade da reconstrução histórica do fato objeto da prova. (CRUZ, 2016, p. 340)

2.3.2 Do Raciocínio Judicial na aplicação das normas jurídicas

Não basta a valoração dos fatos, para que o juiz aplique bem o Direito, é também necessário a individualização da norma jurídica, adequando-a ao fato particular. Neste sentido afirma Reale (2002, p. 300): “A aplicação do Direito envolve a adequação de uma norma jurídica a um ou mais fatos particulares [...].”

Tal operação de individualização (adequação) depende da delimitação da norma jurídica aplicável (escolha dentre as opções possíveis), ou seja, da escolha de determinada regra jurídica e interpretação da mesma, bem como de sua adequação ao caso concreto, a partir da análise de suas consequências e de sua hipótese de incidência (seleção feita). Com relação às operações de escolha e seleção feitas pelo juiz no plano do direito, afirmam Fernandes, Gomes Filho e Grinover (2001, p. 212): “O trabalho do juiz, como toda decisão humana, implica uma escolha entre alternativas. No conteúdo da motivação devem estar claramente expostas as escolhas e seleções feitas.” E ainda complementam:

No plano do Direito, deve ele justificar a escolha da regra jurídica aplicável, a opção por determinada interpretação da norma e a razão de ter admitido que dela derivassem certas consequências. Antes as alternativas possíveis, deve adequadamente dizer por que fez determinada opção. (FERNANDES, GOMES FILHO e GRINOVER, 2001, p. 212)

E com relação ao que se entende por norma jurídica, afirma Didier: “Texto e norma não se confundem. A norma é o sentido que se extrai do texto, mediante interpretação. [...] Portanto, o texto (dispositivo) legal é o objeto da interpretação; a norma o resultado.” (DIDIER, 2017, p. 365-366). O autor também complementa, referenciando a necessidade de adequação da norma jurídica ao caso concreto: “Necessário o cuidado de indicar por que a norma jurídica incide no caso concreto, expondo se e de que modo está preenchida a hipótese de incidência descrita no texto [...].” (DIDIER, 2017, p. 366)

A aplicação das normas jurídicas nas regulações de conduta, tem como

premissa básica uma regra jurídica (lei), a qual expressa o regramento coercitivo da coletividade (base de convivência da sociedade). Além disso, o art. 5º, inciso II da Constituição Federal/1988 (princípio da legalidade) é expresso em dizer que toda proibição ou obrigação de conduta depende necessariamente de lei, ou seja, a aplicação do Direito, para regular uma conduta humana, depende de lei.

Neste sentido, com relação à afirmação que a aplicação das normas jurídicas depende de alguma regra jurídica ou lei, afirma Maximiliano:

A aplicação do Direito consiste no enquadrar um caso concreto em uma norma jurídica adequada. Submete às prescrições da lei uma relação da vida real; procura e indica o dispositivo adaptável a um fato determinado. (MAXIMILIANO, 2011, p. 5)

Ulhoa (1997, p. 79) também dá sua contribuição à importância da legalidade nas regulações de conduta: “Ora, o juiz brasileiro, ao julgar o comportamento de qualquer pessoa, deve pesquisar se existe lei proibindo ou obrigando esse comportamento.” E, após analisar o princípio da legalidade, complementa: “Isto é, se inexistir lei proibindo ou obrigando certa conduta, ela é permitida.” (ULHOA, 1997, p. 79)

Com relação à afirmação da necessidade de regramento coercitivo da coletividade expressa por lei, afirma Busato (2017, p. 143): “Como consequência óbvia do princípio da legalidade, toda a organização social tem a lei como regra básica de convivência. Neste sentido, a lei é, por excelência, a fonte do regramento social coercitivo [...]”

Porém, a própria lei pode conter lacunas, ou “vazios”, e sendo assim, na omissão da lei, por expressa previsão legal, a aplicação do Direito também pode ser integrado com outros elementos normativos, em especial, a analogia, os princípios gerais de direito e os costumes, expressos no art. 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB). De acordo com o art. 4º da LINDB: *“Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”*

Reale complementa o artigo e vincula a idéia de omissão da lei (lacunas) com a noção de Integração do Direito. De acordo com ele:

[...] se reconhecemos que a lei tem lacunas, é necessário preencher tais vazios, a fim de que possa dar sempre uma resposta jurídica, favorável ou contrária, a quem se encontre ao desamparo da lei expressa. Esse processo de preenchimento de lacunas chama-se *integração do direito* [...] (REALE, 2002, p. 296)

Por analogia entende o autor:

A analogia atende ao princípio de que o Direito é um sistema de fins. Pelo processo analógico, estendemos a um caso não previsto aquilo que o legislador previu para outro semelhante, em igualdade de razões. Se o sistema do Direito é um todo que obedece a certas finalidades fundamentais, é de se pressupor que, havendo identidade de razão jurídica, haja identidade de disposição nos casos análogos, [...] (REALE, 2002, p. 296)

Com relação aos princípios gerais de Direito, afirma Reale (2002, p. 303) que os princípios são “enunciados lógicos admitidos como condição ou base de validade das demais asserções que compõem dado campo do saber.” E ainda complementa:

Restringindo-nos ao aspecto lógico da questão, podemos dizer que os princípios são verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da *práxis*. (REALE, 2002, p. 303)

Já com relação aos costumes alega Reale (2002, p. 156) que: “Há uma subconsciência social- por assim dizer-governando o aparecimento e a elaboração dos usos e costumes, [...]”. Alega ainda o autor que, regra geral, os costumes atendem características locais, sendo que há indeterminabilidade de quando surge determinado comportamento social (REALE, 2002, p. 155-156)

Entretanto, tal possibilidade de integração, ao ser repassada ao Direito Penal, ganha uma conotação diferente. Isso porque em Direito Penal rege o princípio da reserva legal (art. 5º, inciso XXXIX da Constituição Federal/1988), no qual há exigência de lei anterior também à definição de crime e imputação de qualquer penalidade. Aqui, as regulamentações de conduta que envolvem especificamente crime, bem como a imposição de penas, não podem ser “integradas” por outra norma diferente da norma penal (lei), no caso de omissões e lacunas na lei, sendo a aplicação restritiva da lei penal a medida que se impõe. Tendo em vista o princípio da reserva legal, afirma Greco (2013, p. 96-97):

O princípio da reserva legal não impõe somente a existência de lei anterior ao fato cometido pelo agente, definindo as infrações penais. Obriga, ainda, que no preceito primário do tipo incriminador haja uma definição precisa da conduta proibida ou imposta, sendo vedada, portanto, com base em tal princípio, a criação de tipos que contenham conceitos vagos e imprecisos. A lei deve ser por isso taxativa.

Tal taxatividade da lei penal, porém, não é absoluta, podendo vez por outra haver termos vagos e imprecisos. Neste sentido afirma Cruz (2016, p. 340):

No que diz respeito à matéria de direito, objeto da decisão judicial, a

verdade também não é absoluta, na medida em que as premissas sobre as quais, na jurisdição criminal, se funda o raciocínio jurídico vez por outra são incertas (como a definição sobre o que se entende por 'perigo de vida', por incapacidade para as 'ocupações habituais', por coisa de 'pequeno valor'), como também vagas e problemáticas (como o motivo 'fútil', ou a mulher 'honesta').

Assim, ressalvadas as hipóteses pontuais de termos vagos e incertos na norma penal, devido a necessidade de lei anterior (princípio da legalidade) e também de taxatividade da lei penal (princípio da reserva legal), determinando uma regulamentação precisa da conduta pela lei penal, em Direito Penal, há necessidade de uma precisa subsunção dos fatos ao tipo penal, ou seja, deve haver uma específica dedução dos fatos aos elementos expressos na lei penal (tipo penal), sob pena de atipicidade. Nesse sentido, afirma Greco (2013, p. 158): “A adequação da conduta do agente ao modelo abstrato previsto na lei penal (tipo) faz surgir tipicidade formal ou global. Essa adequação deve ser perfeita, pois, caso contrário, o fato será considerado formalmente atípico.” E ainda complementa o autor: “[...] por mais parecida a conduta levado a efeito pelo agente com aquela descrita no tipo penal, se não houver um encaixe perfeito, não se pode falar em tipicidade.” (GRECO, 2013, p. 158)

Assim, a aplicação do Direito no processo penal deve levar em consideração a aplicação e individualização das normas jurídicas, que levariam em consideração a escolha da interpretação da lei, dentre seus significados possíveis, que mais estiver de acordo com o caso concreto, a partir da análise conjunta de suas consequências e/ou hipótese de incidência. Mas não é suficiente, devido ao princípio da legalidade, e também ao princípio da reserva legal, tal aplicação da norma jurídica deve retratar uma fiel e perfeita subsunção dos fatos à norma (tipo penal), ressalvadas as hipóteses pontuais de termos vagos e imprecisos nos tipos penais.

2.3.3 Do Raciocínio Judicial na aplicação da pena

Não basta o juiz valorar os fatos e aplicar a norma jurídica aos fatos, em processo penal, é imprescindível também que o juiz, após a condenação, imponha uma pena ao condenado, a qual, por expressa previsão constitucional deve ser individualizada. Nesse sentido o art. 5º, inciso XLVI da Constituição Federal/ 1988 é expresso:

Art. 5º [...]

[...]

XLVI - a lei regulará a individualização da pena

[...]

Assim, com relação a pena, há necessidade de individualização da mesma com relação a cada acusado, levando-se em conta características também específicas do sujeito na sanção pessoal acerca das consequências do crime. Tal exigência é fruto do espírito democrático, o qual exige respeito às individualidades de cada ser humano. (BUSATO, 2017, p. 833)

Sem intenção de esgotar o tema, pois extenso, o foco do estudo estará apenas em estabelecer as etapas da individualização, bem como os dispositivos legais que o juiz deve levar em consideração na fixação da pena.

De um modo geral, para a individualização da pena, são necessárias três etapas, as quais estão fixadas expressamente no art. 68, “caput” do Código Penal, quais sejam: a fixação da pena-base; a análise de circunstâncias atenuantes e agravantes expressas no art. 61 e 61 do Código Penal e a análise da presença de causas de aumento e diminuição de pena.

Com relação à primeira fase, a fixação da pena-base tem como referência inicial o *quantum* em abstrato fixado para o crime, levando-se em consideração as circunstâncias judiciais expressas do art. 59 do Código Penal. (BUSATO, 2017, p. 835)

Com relação à segunda etapa, o juiz deve analisar as circunstâncias atenuantes e agravantes, tendo como referência a pena-base fixada na primeira etapa. Um ponto importante aqui seria a possibilidade de constatação de preponderância entre uma circunstância agravante/atenuante em face de outra, possibilitada pelos critérios do art. 67 do Código Penal (BUSATO, 2017, p. 835)

Com relação à terceira fase, “o juiz deverá verificar a presença ou não de causas de diminuição e das causas de aumento de pena, previstas tanto na parte geral, quanto na parte especial do Código Penal.” (BUSATO, 2017, p. 835)

Outro ponto essencial é saber qual a finalidade da pena, pois a individualização da pena depende de seu sentido e finalidade. De acordo com a parte final do “caput” do art. 59 do Código Penal, podemos perceber que a pena deve ser aplicada de acordo com a necessidade e suficiência para com a reprovação e prevenção do crime. Neste sentido afirma expressamente Greco (2013, p. 560):

[...] a pena encontrada pelo julgador deve ser proporcional ao mal

produzido pelo condenado, sendo, pois, na definição do Código Penal (art. 59, parte final), aquela necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

Assim, toda individualização da pena deve ser feita se pautando na finalidade de reprovar e prevenir o crime. Não é intenção do estudo destrinchar o que se entende por reprovação e prevenção do crime, pois são conceitos extensos e foge da proposta do trabalho que é apenas explicitar os pontos nevrálgicos do raciocínio do juiz na aplicação da pena.

De um modo geral, o raciocínio que o juiz deve se pautar na individualização da pena está relacionado à observação das três etapas mencionadas (fixação da pena-base; análise de circunstâncias atenuantes e agravantes e análise das causas de aumento e diminuição da pena), bem como da finalidade da individualização da pena, que seria aquela estritamente necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

2.4 DA RACIONALIDADE DO RACIOCÍNIO JURÍDICO

O presente tópico têm a finalidade de estudar a racionalidade do raciocínio jurídico utilizado pelo juiz. Sem intenção de esgotar o tema, será analisado aqui o que se entende por racionalidade, estudando dois elementos essenciais: a lógica, em especial a subsuntiva e a razoável, e os argumentos jurídicos racionais.

2.4.1 Da Lógica Subsuntiva e da Lógica do Razoável

Antes de entrar no tema, é bom explicar o significado de lógica. De início, MacCormick (2006, p. 30) explica sua função: “a função específica da lógica como ramo do conhecimento consiste em estudar as formas de argumentação válidas”. Fabio Ulhoa Coelho, por sua vez, explica melhor o significado de lógica:

A lógica não é um instrumento de ampliação de conhecimento, mas de organização do raciocínio. É, por assim dizer, uma maneira de raciocinar. Consiste na articulação do pensamento de um sujeito específico: a ligação de idéias, tomadas umas como premissas de outras, com estrita observância de determinadas regras estabelecidas pela própria lógica [...] (COELHO, 1997, p. 65)

Contudo, deve-se também alargar a idéia de lógica à concepção contemporânea, que abarca também as chamadas lógicas heterodoxas, entendidas como “qualquer classe de cânones de inferência baseada em sistema de categorias” (COELHO, 1997, P. 105). Dessa forma, é plenamente possível que uma lógica

heterodoxa venha substituir ou complementar a lógica clássica, a qual está presa a rigorosos modelos e regras de inferência. (COELHO, 1997, p. 105)

Tendo em vista a possibilidade de substituição ou complementação da lógica clássica pela lógica heterodoxa, Coelho (1997, p.106) cita como exemplo a lógica do razoável. De acordo com ele:

Ora, se se considera lógico qualquer conjunto de enunciados, desde que observem regras de inferência fundadas em regras gerais, então todas as decisões razoáveis poderiam ser consideradas lógicas, já que são inferíveis das categorias de congruência entre realidade, valores, meios e fins da norma jurídica.

Considerando essa ampla possibilidade de análises lógicas, em que há vários modelos de enquadramento acerca dos cânones de inferência, cumpre trazer a análise de dois modelos principais: a lógica pela subsunção e a lógica do razoável.

Para entender a lógica pela subsunção, é de relevo trazer o pensamento de McCormick, que com poucas palavras resume bem seu significado:

Uma argumentação dedutiva é uma argumentação que se propõe a demonstrar que uma proposição, a conclusão da argumentação, está implícita em alguma outra proposição ou proposições, as 'premissas' da argumentação. Uma argumentação dedutiva será válida se, não importa qual seja o teor das premissas e da conclusão, sua forma for tal que suas premissas de fato impliquem ou acarretem a conclusão. (MACCORMICK, 2006, p. 30)

Dessa forma, a lógica subsuntiva é baseada na dedução em que uma proposição está implícita em outra, ou seja, há uma relação de gênero e espécie em que o continente contém o conteúdo.

Porém, a lógica da subsunção nem sempre é a mais aceitável. Camargo, ao explicar Perelman, realça a importância da equidade¹ “como atributo da justiça e mecanismo capaz de amenizar as exigências legais quando estas se dispõem contra aquilo que é aceitável.” (CAMARGO, 2011, p. 228). As exigências legais devem necessariamente ser aceitas para serem justas. A aplicação das exigências legais envolve assim não apenas uma análise de subsunção, pois “a aplicação do direito e a passagem da regra abstrata ao caso concreto não é simples processo dedutivo, mas uma adaptação constante das disposições legais aos valores em conflito nas controvérsias judiciais.” (PERELMAN, 1988 apud CAMARGO, 2011, p. 230) E dessa forma, conclui a autora: “cabe ao juiz ponderar sobre os valores que envolvem aquele

¹ Equidade aqui é vista como atuação equilibrada e prudencial e não como uma base de convencimento. Cf CAMARGO, 2011, p. 228)

caso concreto e que se encontram protegidos na lei, conferindo-lhe uma interpretação condizente e razoável. “ (CAMARGO, 2011, p. 231)

Assim, a compatibilidade razoável da afirmação com a premissa completa a vinculação à premissa por meio da subsunção. Coelho (1997, p. 96), por sua vez, alega ser plenamente possível a utilização de um raciocínio razoável e não-formal, ou seja, utilizar-se de uma lógica do razoável em detrimento da lógica subsuntiva (formal), e dessa forma, a investigação das relações de congruência podem ser suficientes para a aplicação. O autor explica expressamente como deve ser feita essas relações de congruência, bastando que se indague:

Quais são os valores apropriados à disciplina de determinada realidade (congruência entre realidade social e os valores)? Quais são os fins compatíveis com os valores prestigiados (congruência entre valores e fins)? Quais são os propósitos concretamente factíveis (congruência entre os fins e a realidade social)? Quais são os meios convenientes, eticamente admissíveis e eficazes, para a realização dos fins (congruência entre meios e fins)? (COELHO, 1997, p. 96)

Assim, para a aplicação da lógica do razoável, deve-se necessariamente haver diversas relações de congruência, quais sejam, a congruência dos valores perante a realidade social, a compatibilidade dos fins e propósitos em relação aos valores e também em relação à realidade social (fins faticamente possíveis), sendo que os meios para a realização desses fins investigados devem ser éticos.

Pela narrativa exposta, a aplicação do Direito não envolve apenas a lógica subsuntiva, uma vez que esta deve estar associada à lógica do razoável, devido a necessidade de justiça e aceitação da decisão, sendo possível também uma aplicação independente da lógica da razoabilidade.

2.4.2 Dos Argumentos Jurídicos Racionais

Para se compreender a concepção do que se entende por falta de fundamentação, é mister a análise do que se entende acerca de um argumento jurídico racional. Isso porque de acordo com Didier (2017, p. 359) a justificação para ser considerada uma motivação racional deve necessariamente partir de cânones racionais comumente aceitos, além de atender às regras de validade da argumentação e do raciocínio jurídico. Para compreender a falta de uma motivação racional, então, estudar-se-à o argumento jurídico racional.

Para analisar o conteúdo de um argumento jurídico racional, é necessário

entender o que se entende por argumento, depois passar à análise do que se entende por argumento racional, e por fim, analisar o argumento racional jurídico.

Um argumento, de um modo geral, seria uma espécie de proposição que sustenta outra proposição, ou seja, seria uma afirmação que fundamenta outra afirmação, devendo haver necessariamente relação lógica entre elas. (ALEXY, 2005, p. 110). Neste sentido afirma expressamente Alexy (2005, p. 110): “um argumento se compõe das proposições elaboradas para sustentar uma proposição.”

Porém ao analisar o argumento em sua visão pura, pode acontecer de uma proposição que fundamenta outra apresentar um caráter discutível ou duvidoso, e dessa forma sempre ser necessário outra afirmativa para fundamentar a anterior, até um regresso ao infinito. (ALEXY, 2005, p.182). Dessa forma, é imprescindível pensar uma forma de dar racionalidade aos argumentos, de modo a dar confiança e credibilidade aos mesmos, sem a necessidade de haver uma constante e infinita fundamentação posterior.

Há duas formas de se pensar a racionalidade, a primeira seria a visão de racionalidade de Perelman, com sua idéia de Auditório Universal, e a segunda a visão de racionalidade de Alexy, com sua idéia de regras do discurso prático racional.

Com relação à visão de racionalidade de Perelman, Camargo inicialmente a explica alegando que a racionalidade dos argumentos estaria ligado com a idéia de valoração e não inquestionabilidade das premissas, uma vez que a ação moral estaria ligada a uma deliberação ou decisão valorativa e não a uma dedução silogística. (CAMARGO, 2011, p. 223)

Assim, o foco estaria em convencer e não persuadir o interlocutor, por meio de utilização de argumentos, os quais o interlocutor acredita e aceita, e dessa forma, um argumento convincente estaria referenciado nos valores de uma civilização. Neste sentido, afirma Camargo, ao referenciar Perelman, que a razão de ser da racionalidade da argumentação estar dirigida à valoração de uma dada civilização está no fato que um argumento convincente é aquele que visa a adesão do interlocutor e não sua persuasão, sendo necessário tomar como base um conjunto de fatos os quais o interlocutor acredita e aceita. (PERELMAN 1996 *apud* CAMARGO, 2011, p. 213-214). Assim, o importante é a adesão do interlocutor e não sua vinculação à força (PERELMAN 1996 *apud* CAMARGO, 2011, p. 222-223).

De modo a propiciar a maior aceitação possível é que Perelman traça a sua

idéia de auditório universal, em que a aceitação do argumento depende necessariamente da análise do auditório o qual o orador se dirige, sendo que para que a aceitação seja universal (auditório universal), basta que a fala seja dirigida a todos aqueles cobertos pela razão (PERELMAN *apud* CAMARGO, 2011, p. 216-217). A universalidade do argumento, por outro lado, depende dos valores de cada época, isso porque a concepção das idéias verdadeiras variam conforme o local e tempo, ou seja depende de cada cultura. (PERELMAN *apud* CAMARGO, 2011, p. 218)

Alexy (2005, p 183) também pensa num meio de conferir racionalidade aos argumentos, a que ele denominou regras do discurso racional, abarcando não apenas os argumentos em si, mas toda a atividade de argumentação, englobando até mesmo o comportamento do falante nas afirmativas, sendo que, a obediência a tais regras, embora não garantam a certeza definitiva do resultado, garantem a lógica e a aceitação das proposições.

Veremos agora as principais regras. De acordo com a primeira: “Nenhum falante pode contradizer-se.” (ALEXY, 2011, p. 191). Alexy (2011, p. 191) vincula essa regra às regras da lógica, ou seja, a conclusão não pode ser contraditória em termos lógicos. Embora não referida expressamente pelo autor, poderia ser aplicável aqui também a lógica do razoável (que pelo próprio nome é uma forma de lógica).

De acordo com a segunda regra: “Todo falante que aplique um predicado F a um objeto A deve estar disposto a aplicar F também a qualquer objeto igual a A em todos os aspectos relevantes” (ALEXY, 2011, p. 191). Para Alexy (2011, p. 191-193), essa regra afirma a necessidade de coerência do orador, o qual deve universalizar a aplicação a todos os casos, abrangendo inclusive os juízos de valor e dever, sendo que todas as situações semelhantes devem necessariamente ser tratadas de forma semelhante.

A terceira regra prescreve que: “Diferentes falantes não podem usar a mesma expressão com diferentes significados.” (ALEXY, 2011, p. 191). Alexy (2011, p. 192) ao explicar a regra, a diferencia da regra anterior pela necessidade de coerência conjunta por diversos falantes, e não apenas pelo orador, ou seja, o significado das expressões devem ser utilizadas por diversos falantes para também ser coerente.

A quarta regra estaria ligada à justificativa das premissas. “Todo falante deve, se lhe é pedido, fundamentar o que afirma, a não ser que possa dar razões que justifiquem negar uma fundamentação.” (ALEXY, 2011, p. 194). Alexy (2011, p. 193-

194) alega que toda afirmativa não expressa apenas aquilo que o orador acredita mas também pretende que o que se diz é fundamentável por algo. O autor ainda alega que tal fundamentação deve abranger e aceitar o outro como parte no discurso sem nenhuma espécie de coerção, garantindo-se assim a liberdade de discussão, incorrendo na seguinte regra: “quem pode falar, pode tomar parte no discurso” (ALEXY, 2011, p. 195). Pela análise dessa regra, é possível visualizar aqui o que é constantemente referido como controlabilidade da decisão judicial, a qual, para Freddie Didier estaria referenciada na necessidade de controle do poder do juiz em somente conceder justificativas objetivamente aceitas e compartilhadas, evitando-se um discurso irracional aderível por emoção. (DIDIER, 2017, p. 359-360)

A quinta regra, por sua vez, prescreve: “Quem pretende tratar uma pessoa A de maneira diferente de uma pessoa B está obrigado a fundamentá-lo” (ALEXY, 2011, p. 197). O autor explica a regra alegando que “segundo as regras de razão, todos são iguais e por isso devem apresentar-se razões para justificar um desvio dessa situação.” (ALEXY, 2011, p. 197)

A sexta regra prescreve: “quem ataca uma proposição ou uma norma que não é objeto da discussão, deve dar uma razão para isso.” (ALEXY, 2011, p. 198). De acordo com Alexy (2011, p. 198), se o orador deu uma razão, ou seja, fundamentou, a obrigação de novas fundamentações dependem necessariamente de contra-argumentos, decorrendo assim a sétima regra: “quem aduziu um argumento, está obrigado a dar mais argumentos em caso de contra-argumentos.” (ALEXY, 2011, p. 198)

A oitava regra prescreve: “Quem apela a uma regra em uma fundamentação pressupõe ao menos que se cumpram as condições de aplicação dessa regra.” (ALEXY, 2011, p. 199). Alexy (2011, p. 199) ao explicar referida regra fala que aduzir uma regra como razão depende necessariamente em declarar como verdadeiro um enunciado que descreve um determinado estado de coisas ou um referido acontecimento, decorrendo assim na nona regra: “Devem ser respeitados os limites de realizabilidade faticamente dados” (ALEXY, 2011, p. 206). O autor ao explicar a referida regra alega que todo discurso racional tem como finalidade precípua resolver questões realmente existentes na prática, abarcadas pelos limites empíricos, ou seja, os resultados da argumentação devem necessariamente ser levados à prática, aos fatos. (ALEXY, 2011, p. 206). Deve-se então evitar sobremaneira os argumentos

inúteis que não possuem relevância fática.

Já a décima regra diz: “Para qualquer falante é, em qualquer momento, possível passar a um discurso teórico (empírico)” (ALEXY, 2005, p. 206). A importância dessa regra reside na necessidade de obter certeza acerca do conhecimento empírico, obtidas mediante regras de presunção racional (ALEXY, 2005, p. 206-207) Tais regras de presunção, conforme dito, para que sejam racionais dependem necessariamente de larga abertura de participação por discursos teóricos empíricos pelas partes.

Por fim, tais argumentos além de serem racionais, devem ser jurídicos racionais, ou seja, não basta a racionalidade dos argumentos em si mesmo, tal racionalidade deve ser vista em face do Ordenamento Jurídico, estar de acordo com ele. Dessa forma, é necessário um plus, os argumentos além de serem racionais (respeitando as regras do discurso racional de Alexy), devem conter uma racionalidade de acordo com Ordenamento Jurídico, ou melhor, de acordo com a lei, a dogmática e/ou a Jurisprudência, o que se denomina “pretensão de correção” dos argumentos jurídicos.

Neste sentido, afirma Alexy: “Não se pretende que o enunciado jurídico normativo afirmado, proposto ou ditado como sentença seja só racional, mas também que no contexto de um ordenamento jurídico vigente possa ser racionalmente fundamentado.” (ALEXY, 2005, P. 212). Tendo em vista a afirmação que a racionalidade está relacionada com o Ordenamento Jurídico, em especial a lei, a dogmática e a Jurisprudência, afirma o autor:

Não se pretende que as afirmações jurídicas e decisões judiciais sejam mais corretas, mas apenas que são corretas de acordo com a ordem jurídica vigente; isso ocorre se se podem fundamentar racionalmente levando em conta a lei, o precedente e a dogmática. (ALEXY, 2005, p. 310)

Dessa forma, a busca de racionalidade nos argumentos utilizados seria uma forma de conceder um tratamento igual a toda situação igual ou semelhante (na visão de Alexy), ou os adequar aos valores de uma civilização (na visão de Perelman) garantindo, assim, a aceitação de afirmativas feitas e retirando o estado de dúvida que possivelmente os argumentos podem apresentar, dando-lhes maior credibilidade e sensação de justiça.

III – DA FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO NAS DECISÕES JUDICIAIS

O presente capítulo tem como função o estudo acerca da falta de fundamentação em si, analisando-se quais os meios possíveis de vícios de fundamentação nas decisões judiciais, bem como as polêmicas em torno das mesmas, de modo a propiciar elementos suficientes para estudar quais faltas de fundamentações ensejam nulidade absoluta, tema dessa monografia, analisada no último subtópico.

3.1 DA FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO OU MOTIVAÇÃO

Antes de se analisar o que se entende por falta de fundamentação, um conceito preliminar de fundamentação é necessário. Afinal, o que significaria fundamentação?

Scheid (2007, p. 109-110), inicialmente explica a diferença entre motivação e fundamentação, alegando que:

[...]a motivação é a explicação dos motivos do provimento jurisdicional, ou seja, se constitui no instrumento que orienta a explicação da 'decisão', ao passo que a 'fundamentação' é a justificação racional capaz de explicar a razão por que se está procedendo de determinada maneira.

Dessa forma, fundamentação não se confunde com motivação, sendo que esta orienta e explicita os pontos em que necessariamente deverá haver justificação e aquela é a justificação racional em si, ou seja, é a explicação racional da decisão.

Porém é possível unir a idéia de motivação e fundamentação pelo fenômeno da necessidade de pré-compreensão das interpretações judiciais. De acordo com Streck (2000 *apud* SCHEID, 2007, p. 110-111) toda interpretação depende de prévia compreensão, a qual é condição de possibilidade dos atos interpretativos, e dessa forma, os fundamentos são condições de possibilidade da decisão tomada, ou seja, a decisão necessariamente depende dos fundamentos.

Tendo em vista essa necessidade de levar em consideração os fundamentos nas tomadas de decisões a motivação adquiriria "natureza de um discurso justificativo da decisão judicial." (SCHEID, 2007, p. 111), sendo que "a justificação, nesse andar, se vincula ao fornecimento de 'razões persuasivas' que sejam aptas para sustentar, racionalmente uma decisão". (SCHEID, 2007, p. 111). Assim, o conteúdo da motivação não engloba apenas a explicitação dos motivos que levaram a decisão, mas também a utilização de fundamentos racionais aptos a justificar a decisão.

Vemos aqui então os primeiros dois requisitos para a suficiência da fundamentação: a explicitação de motivos para a decisão e a utilização de fundamentos racionais para sua justificação. Porém, até que ponto deve haver a referida explicitação de razões para a decisão?

De acordo com Badaró (2012, p. 27), a explicitação das razões de decidir deve abarcar as escolhas feitas pelo juiz em cinco campos, quais sejam: a individualização das normas aplicáveis; a análise fática; a qualificação jurídica dos fatos; as consequências jurídicas dessa qualificação e a coerência entre os enunciados escolhidos. Assim, devem ser explicitados expressamente as razões de decidir com relação a esses cinco campos para que uma fundamentação seja considerada suficiente.

Porém, não é apenas necessário que haja fundamentação racional e explicitação de razões em relação a esses cinco campos, devem-se ser necessariamente atendidas também as finalidades da motivação. De acordo com Badaró, uma motivação suficiente depende do cumprimento das funções da motivação, as quais abarcam duas modalidades: a endoprocessual em que as razões de decidir devem possibilitar a impugnação da decisão pelas partes e a exoprocessual, em que a motivação deve expressar um exercício legítimo da função jurisdicional. (BADARÓ, 2012, p. 26-27). Assim, não basta explicitar as razões de decidir, as razões devem ser identificáveis ao ponto de permitir a impugnação da decisão, ou seja, devem ser controláveis e passíveis de reforma, e além disso, as razões de decidir devem estar de acordo com uma atuação legítima da função jurisdicional.

Por fim, não basta que a motivação das decisões judiciais explicita as razões e justifique as decisões tomadas, tal motivação deve também cumprir requisitos de validade. De acordo com Badaró (2012, p. 27), há quatro elementos essenciais para a validade da motivação: a clareza, a expressividade, a coerência e a lógica. A motivação, assim, para que seja válida deve ser clara, expressa, coerente e lógica.

A clareza na motivação pode ser entendida aqui como utilização de uma linguagem clara e direta na exposição da fundamentação. De acordo com Didier (2017, p. 437): “não é adequado o uso de expressões rebuscadas ou chulas, tampouco o uso de inversões gramaticais que dificultem o entendimento do que ali se dispõem [...]”

Com relação à expressividade, deve-se lembrar que o juiz deve expressamente explicitar suas razões de decidir, o que nos leva a uma primeira indagação: existe motivação implícita? Tal resposta, para uma melhor compreensão, será feita em capítulo oportuno.

Tendo em vista a coerência da motivação é bom lembrar aqui as idéias de Freddie Didier a respeito da necessidade de coerência e logicidade das decisões judiciais. De acordo com Didier (2017, p. 438), para que haja coerência da decisão judicial, deve haver “uma vinculação lógica entre tudo o que se narrou no relatório, os fundamentos lançados na motivação e a conclusão alcançada no dispositivo.” Conclui o autor que a solução do ato decisório deve ser coerente com a justificação exposta (DIDIER, 2017, p. 438). Porém, não basta uma coerência entre relatório, fundamentação e conclusão, há necessidade de coerência dentro da própria fundamentação, ou seja, entre as alegações de fato e de direito. De acordo com Didier (2017, p. 439): “a exposição feita pelo magistrado precisa retratar fielmente a coerência e a logicidade do raciocínio que traçou na análise das alegações de fato, das provas e dos argumentos jurídicos.”

Dessa forma, para que haja suficiência da motivação, deve ser necessariamente atendidas o cumprimento das finalidades da motivação, dos requisitos de validade, e do conteúdo mínimo das razões de decidir. Além desses elementos, considerando a necessidade de uma justificação racional da decisão judicial, devem ser também cumpridos as regras de racionalidade dos argumentos jurídicos utilizados.

3.2) DOS VICÍOS DA FUNDAMENTAÇÃO

Tendo em vista a necessidade de suficiência da fundamentação analisada no item anterior, toda vez que a mesma não for considerada suficiente haverá algum vício de fundamentação. Há várias modalidades de defeitos de fundamentação, sujeitos a vários tipos de classificação. Pretende-se aqui trazer o estudo de alguns deles.

De acordo com Didier (2017, p. 369) há duas espécies principais de vícios na fundamentação: a ausência de fundamentação, em que há falta de motivação e a deficiência de fundamentação, em que a explicitação das razões não é capaz de justificar racionalmente a decisão.

Scheid (2007, p. 144-145) complementa a idéia de ausência de motivação,

trazendo a noção de falta de motivação extrínseca e falta de motivação intrínseca. A falta de motivação extrínseca é aquela em que não é indicado os elementos que embasam o convencimento e a falta de motivação intrínseca seria a ausência de apreciação de dados, que se analisados, possibilitariam uma solução diversa. (SCHEID, 2007, p. 144-145)

O autor ainda traz a idéia de outra modalidade de vício na motivação: a motivação incompleta. Aqui, o foco não está na ausência ou não de fundamentação, e sim na sua integridade, em que todas as várias escolhas da decisão judicial devem ser explicitadas e justificadas, garantindo assim uma índole garantista e possibilitando a aferição se o procedimento judicial realmente se embasou em critérios racionais, permitindo um maior controle por parte do réu. (SCHEID, 2007, p. 147). Dessa forma, sempre que houver possibilidade de escolha na decisão judicial, a mesma deve ser justificada.

Outra modalidade de vício na fundamentação é relativa ao desrespeito à garantia do contraditório. De acordo com Scheid (2007, p. 148) a exigência da motivação se destina a efetivar as garantias individuais e dessa forma é imprescindível o respeito ao contraditório constitucional. Dessa forma, o juiz “deve demonstrar que todos os elementos, trazidos por força do contraditório foram levados em consideração.” (SCHEID, 2007, p. 148). O respeito ao contraditório seria uma forma de legitimar a atuação jurisdicional, e sendo assim: “a motivação deve alcançar todas as provas e argumentos defensivos trazidos ao processo.” (SCHEID, 2007, p. 148) Não se deve esquecer que o conteúdo mínimo da motivação deve abarcar as finalidades exoprocessuais da mesma, ou seja, o respeito à legitimidade da função jurisdicional, que conforme visto em itens anteriores, se dá principalmente pelo respeito às garantias e direitos fundamentais.

Outro defeito na fundamentação seria a fundamentação contraditória, ou seja, uma motivação em que há contradição entre seus termos. Conforme visto no item anterior, dois dos requisitos de validade da motivação são a coerência e a logicidade. Assim, os argumentos apresentados devem necessariamente ser compatíveis entre si, sendo que há necessidade de coerência entre as alegações de fato e direito e também necessidade de coerência entre relatório, fundamentação e conclusão.

3.3) DAS FORMAS POLÊMICAS DE MOTIVAÇÃO

No item anterior a análise se pautou necessariamente na explicitação das formas de vício da motivação. Aqui o foco é outro, é referenciar aquelas formas de motivação que são comuns na praxe, mas que são polêmicas se vistas em relação aos requisitos e conteúdo mínimo das motivações. De um modo geral, há três formas polêmicas motivação: a motivação implícita, a motivação *per relationem*, e a motivação sucinta. O estudo aqui analisará elas.

A motivação implícita, é aquela que como seu próprio nome diz, está implícita ou subentendida em outra explicitação de razões. De acordo com Gomes Filho (2001, p. 194-197), na motivação implícita, os motivos relativos a solução de uma questão devem atender implicitamente a mesma finalidade de outra questão não explicitada expressamente, por meio de relação lógica.

O grande problema aqui é que essas razões implícitas em outras, não estão explanadas expressamente, ferindo um dos requisitos básicos de validade da motivação, que é a explicitação expressa das razões do juiz na motivação. Badaró critica essa modalidade de motivação. De acordo com ele:

A motivação implícita apenas indicaria a própria decisão em si, isto é, o resultado da resolução da questão, mas não as respectivas justificações e razões. O importante não é conhecer o resultado, mas o desenvolvimento argumentativo de fato e de direito que levou àquele resultado. (BADARÓ, 2012, p. 28)

Em que pese as críticas feitas a esse modelo de motivação, o STF, no HC 84.383/RS de Relatoria do Ministro Cezar Peluso, seguindo o pensamento de Gomes Filho, têm se posicionado a favor da motivação implícita se, além de houver relação lógica entre a questão que deveria ter sido objeto de justificação mas não foi e a questão expressamente decidida, essa referida questão efetivamente explicitada atender a mesma finalidade do ponto não explicitado expressamente, permitindo um julgamento à contrário.²

Com relação à fundamentação *per relationem*, alega Badaró (2012, p. 29):

A motivação *per relationem* é aquela em que o magistrado não fornece as suas razões de decidir, limitando-se a invocar os fundamentos de um outro ato já praticado, acolhendo-os e tornando-os como sua razão de julgamento.

² Cf STF, HC 84.383/RS, Rel. Min. CÉZAR PELUZO, Data de Julgamento: 31/10/2006, Data de publicação: DJe 07/12/2006. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14730743/habeas-corpus-hc-84383-rs/inteiro-teor-103116891?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 18/10/2017

A crítica a essa forma de motivação reside justamente no ponto de que a explicitação das razões de decidir não são propriamente específicas àquele caso concreto. De certa forma há risco de não se analisar pormenorizadamente as particularidades do fato. Nesse sentido afirma Hartmann (2002, p. 111) que a remissão a um outro documento pela *fundamentação per relationem* pode deixar de lado a análise de uma questão importante para a solução do caso concreto, bem como pode haver risco dessa referida remissão referenciar alguma decisão não fundamentada, ou com fundamentação deficiente. A autora, por outro lado, alega que nada impede que o juiz acate as mesmas razões de decidir ou acate as razões de decidir de uma das partes, contanto que transcreva expressamente os pontos aceitos que serão incorporados à decisão. Badaró (2012, p. 29), embora alegue a não aceitação desse modelo de fundamentação por boa parte da doutrina, complementa alegando que é possível que o juiz acolha integralmente os argumentos das partes, sem acrescentar uma completa fundamentação, porém ele deve explicitar expressamente as razões de seu convencimento, mesmo concordando com os argumentos invocados pela parte.

Não obstante o pensamento do autor, deve-se lembrar que a motivação precisa respeitar a garantia do contraditório, e assim, embora o juiz possa acolher os argumentos de uma das partes, sem necessidade de fundamentar e justificar detalhadamente, bastando a explicitação das razões de seu convencimento, ele, por outro lado, deve analisar as provas e argumentos defensivos da outra parte, ou seja, deve justificar o porquê do não acolhimento dos argumentos defensivos. Porém, deve-se analisar todos os argumentos defensivos? Essa pergunta nos remete à análise da última forma de motivação polêmica: a fundamentação sucinta.

A fundamentação sucinta está ligada com a desnecessidade de uma fundamentação detalhada em relação a todos os argumentos defensivos, desde que o magistrado explicita suas razões de decidir em todos os pontos relevantes da causa, ou seja, na valoração dos fatos e do direito e na análise dos elementos de prova, sendo necessário apenas que enfrente as teses relevantes da parte contrária (FERNANDES, GOMES FILHO e GRINOVER, 2001, p. 214)

A jurisprudência também parece se conformar nesse sentido. De acordo com o STF:

Consoante jurisprudência dominante, só se considera nula a decisão desprovida de fundamentação, não aquela que, embora concisa, contenha motivação. Logo, os fundamentos, nos quais se suporta a r.

sentença de primeiro grau, apresentam-se claros e nítidos e, por conseguinte, não dão lugar a omissões, obscuridades ou contradições, pois o não-acatamento de todas as teses arguidas pelas partes não implica cerceamento de defesa, uma vez que ao julgador cabe apreciar a questão de acordo com o que ele entender atinente à lide. Não está o magistrado obrigado a julgar a questão posta a seu exame de acordo com o pleiteado pelas partes, mas sim com o seu livre convencimento. (STF, AgReg no AI nº 847.887/MG, Min. LUIZ FUX, 1ª TURMA, julgado em 13 de nov. de 2011, DJe em 01/02/2016)

O grande problema dessa forma de fundamentação, permitida pela jurisprudência e por boa parte da doutrina, é que o juiz simplesmente ignora as teses defensivas da parte contrária, analisando apenas àquelas que ele julga útil para a causa, ferindo uma garantia constitucional deveras importante, que é o contraditório na sua perspectiva substancial. Não obstante esse argumento, o Art. 489, §1º, inciso IV do NCPC, também trouxe um novo paradigma às fundamentações das decisões judiciais, exigindo expressamente a análise dos argumentos que infirmam a conclusão adotada pelo juiz, sob pena de falta de fundamentação. Neste sentido, afirma Didier (2017, p. 381) que o juiz deve analisar todas as teses derrotadas contrárias, sob pena de violar a garantia do contraditório na perspectiva substancial, bem como o art. 489, § 1º, inciso IV do NCPC.

3.4 DA FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO NOS MOTIVOS DE FATO E DE DIREITO

De acordo com o artigo 381, III do Código de Processo Penal:

Art. 381 A sentença conterá:

[...]

III- a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão;

Pela análise do artigo, percebe-se que a motivação ou fundamentação deve abranger a análise fática e também a análise jurídica, ou seja todas as justificações das escolhas feitas pelo juiz não se refere apenas aos fatos, mas também está relacionada com a justificativa das escolhas no plano da aplicação do Direito.

Conforme já visto, o juiz deve justificar todas as escolhas feitas no processo de decisão sob pena de vício de fundamentação por incompletude da motivação.

A primeira análise aqui se reportará às escolhas feitas no plano dos fatos. Como já explanado anteriormente (em especial no subitem 2.3.1), o juiz ao analisar e valorar os fatos, depara-se com três grandes etapas, quais sejam: a análise da credibilidade das provas; a valoração individual das provas e a valoração conjunta das mesmas.

Dessa forma, é possível visualizar aqui três grandes escolhas que devem ser justificadas racionalmente.

Não é função aqui destrinchar a análise de cada uma delas, mas apenas explicitar e explicar sucintamente como as mesmas ganhariam o status de argumentos jurídicos racionais, uma vez que a motivação depende necessariamente dos mesmos.

Como visto (no subitem 2.4.2), para que haja um argumento jurídico racional, é necessário que haja um argumento que, além de sustentar determinada afirmativa, seja aceito e aplicável a toda situação semelhante, com fundamentos suficientes que garantem tal aceitação ou universalidade, bem como esteja de acordo com o Ordenamento Jurídico (pretensão de correção).

Dessa forma, a análise de credibilidade e as valorações individuais e conjuntas das provas dependem, primeiramente, da sustentação de argumentos racionais, ou seja, argumentos aceitos, capazes de tratar toda situação igual de forma semelhante (visão de Alexy, explanada no subitem 2.4.2), no contexto valorativo de uma sociedade (visão de Auditório Universal de Perelman explanada no subitem 2.4.2). Mas não é suficiente, a racionalidade também depende da garantia dessa aceitação, ou melhor da fundamentação desse argumento, de modo a afastar o estado de dúvida acerca dessa aceitação. Caso haja dúvida se referido argumento tratará de forma igual toda situação semelhante, o mesmo não poderá ser utilizado para sustentar a valoração individual ou conjunta, bem como a credibilidade das provas, uma vez que essa aceitação do argumento não está devidamente fundamentada, ferindo uma regra básica para a racionalidade do argumento (conforme explanado no subitem 2.4.2). A garantia desse tratamento igual a toda situação semelhante pode ser feita, por exemplo, por intermédio da dogmática, da jurisprudência, bem como de outras áreas interdisciplinares, como as Ciências Sociais, a Psicologia, etc., essenciais aos argumentos que levam os fatos em consideração. (conforme explanado no subitem 2.4.2)

Por fim, tais argumentos devem estar de acordo com o Ordenamento Jurídico (pretensão de correção). Aqui ganha importância a análise dos princípios basilares do processo penal, bem como a adequação dos argumentos ao respectivo império da lei. Dessa forma, a análise de credibilidade e a valoração das provas devem levar em consideração o princípio da verdade real (verdade processual real), o princípio do *in*

dubio pro reo, o princípio da presunção de inocência, etc, bem como respeitar as limitações impostas pela lei (como a vedação das provas ilícitas, respeito aos limites da lide, etc)

Tendo em vista a necessidade dos referidos argumentos estarem de acordo com o Ordenamento Jurídico, tal busca da verdade deve estar atrelada aos limites da lei, em especial o artigo 155, “caput” do Código de Processo Penal, que limita o convencimento do juiz às provas constantes dos autos. Além disso, afirma Lopes Jr. (2006, p. 274) que a verdade deve ser sempre a processual, e não a hipotética real, ou seja, a verdade passível de prova e oposição, na qual, na dúvida ou na insuficiência de provas, a presunção de inocência deve necessariamente prevalecer.

Dessa forma, não estando a motivação fática da decisão judicial preenchida com argumentos jurídicos racionais, há vício de fundamentação. Nesse sentido afirma Scheid (2007, p. 137):

[...] o livre convencimento motivado nada mais é que uma liberdade de seleção e de valoração das provas angariadas, sendo indispensável a presença de ‘controles’ de racionalidade sobre a introdução do material probatório no processo, bem como acerca da sua utilização pelo magistrado.

E ainda complementa:

[...] um magistrado que assuma o dever de motivar de modo profissional e honesto, deverá projetar esforço em prol de eliminar, de seu discurso, elementos cuja utilização não seja suscetível de justificação racional, para, então, desenvolver sua atuação unicamente na seara do racionalmente justificável. (SCHEID, 2007, p. 138)

Com relação à motivação de Direito, conforme visto, o juiz deve necessariamente individualizar a norma jurídica ao caso concreto. A norma jurídica não se confunde com o texto, ela é o significado extraível do mesmo, ou melhor sua interpretação. Não basta extrair seu significado, sua interpretação, é necessário também delimitar seu alcance, ou seja individualizar sua interpretação de forma a atingir o caso concreto (conforme visto no sub item 2.3.2). Além disso, tendo em vista a natureza de um processo penal, é obrigatório também a subsunção do fato à lei, ou melhor, a dedução lógica do fato perante a norma jurídica (conforme visto no subitem 2.3.2)

Dessa forma, a motivação de Direito para que seja completa deve explicitar todas essas escolhas interpretativas e aplicativas da lei, sob pena de incompletude da fundamentação, como forma de garantir a integridade da decisão (conforme visto no

subitem 3.2). Scheid (2007, p. 114) resume bem o conteúdo mínimo na motivação de Direito:

Em síntese, na motivação de direito, o juiz deve demonstrar as razões jurídicas condutoras da aplicação da lei que dá forma ao dispositivo. Nesse passo, a motivação de direito deve ser concebida como a exposição do critério interpretativo por meio do qual o magistrado se vale para aplicar a lei. Portanto, o direito a ser escolhido é um dos temas da sentença.

3.5 DA APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 489, §1º DO NCPC NO CPP

Um ponto importante a ser destacado no campo da falta da fundamentação, foi a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, que densificou semanticamente de forma objetiva o que se entende de ausência de motivação nas decisões judiciais, garantia fundamental insculpida no artigo 93, IX da Constituição Federal de 1988. A importância foi grande pois facilitou a discussão sobre o tema, que antes dependia de forte apelo argumentativo pelas partes. Agora há também a força imperativa da lei para ajudar a encerrar a discussão.

A primeira discussão que se faz é se esse conceito legal de falta de fundamentação, expresso no artigo 489, §1º do NCPC é aplicável no Processo Penal. Embora sejam diplomas (Códigos) diferentes, é possível trazer um ponto de intersecção entre os dois pelo artigo 3º, “caput” do Código de Processo Penal, o qual autoriza o emprego da analogia, da interpretação extensiva e dos princípios gerais de direito no processo penal.

Dessa forma, seria possível a analogia do art. 489, §1º do NCPC no Processo penal?

De acordo com a doutrina, sim. Primeiramente porque o CPP é silente quanto à regulação da matéria e segundo porque há semelhança suficiente ao ponto de autorizar sua prática também ao processo penal, uma vez que o dever de motivação abarca amplamente todas as Jurisdições (e dentro delas a Criminal). Nesse sentido alega Cruz (2006, p. 343):

o disposto no art. 489, §1º do CPC, que ineludivelmente, há de ser aplicado na jurisdição criminal, não só por força do disposto no art. 3º do CPP, mas porque o dever de motivação da decisão judicial independe da espécie de jurisdição (civil, criminal ou trabalhista) exercida.

Assim, considerando a possibilidade de aplicação do art. 489,§1º do CPC no CPP, será feita agora uma análise pormenorizada do mesmo. De acordo com o artigo 489,§1º do NCPC:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

De acordo com o inciso I, haverá vício de fundamentação a simples indicação, reprodução ou paráfrase do ato normativo sem a específica correlação com a causa. Dessa forma, não basta a simples alusão ao dispositivo da lei, deve-se analisar especificamente as provas e indícios que autorizam a aplicação da mesma, bem como interpretar os textos da lei. Nesse sentido alega Didier (2017, p. 371), ao explicar esse inciso:

Para decidir, o julgador precisa interpretar. Precisa interpretar as alegações de fato que compõem as causas de pedir e de defesa, e precisa interpretar também os enunciados normativos em que os fatos alegados supostamente se enquadram. Para dizer *sim* ou *não*, *verdadeiro* ou *falso*, *certo* ou *errado*, o juiz precisa, necessariamente, extrair da expressão (significante) um sentido (significado).

De acordo com o inciso II, os conceitos jurídicos indeterminados devem necessariamente possuir uma incidência concreta. Por conceito jurídico indeterminado deve ser entendido aqui aquelas expressões vagas sem um sentido determinado com muita abstração. Didier (2017, p. 374) explica melhor os mesmos:

Falamos dos textos normativos que contêm conceitos jurídicos indeterminados, assim entendidos aqueles compostos por termos vagos, de acepção aberta, que, por isso mesmo, exigem um cuidado maior do intérprete/aplicador quando do preenchimento do seu sentido.

Assim, ao se deparar com expressões vagas, o juiz deve necessariamente atribuir um sentido concreto ao mesmo. Um bom exemplo de expressão vaga na seara

penal seria a expressão “motivo fútil” nos homicídios qualificados dolosos. De acordo com Cruz (2016, p. 346):

Assim, exemplificativamente, incorrerá em tal vício de fundamentação o juiz que, ao condenar o réu por homicídio doloso, o qualifica como tendo motivação fútil, sem, todavia, explicar em que consiste, no caso concreto, a futilidade do motivo, à luz do conceito que a doutrina e a jurisprudência conferem a tal qualificadora objetiva do crime em apreço.

De acordo com o inciso III, há vício de fundamentação se houver emprego de motivos vagos que justificam qualquer tipo de decisão. Assim, motivos genéricos que não tem relação com o caso concreto não devem ser aceitos, o juiz deve necessariamente dizer o porquê e de que modo os fatos estão provados. Nesse sentido, afirma Didier (2017, p. 378-379):

O magistrado tem necessariamente que dizer por que entendeu presentes ou ausentes os pressupostos para a concessão ou denegação da tutela provisória; tem que dizer de que modo as provas confirmam os fatos alegados pelo autor (e também por que as provas produzidas pela parte contrária não o convenceram).

Cruz (2016, p. 346) complementa essa explicação do inciso, alegando que deve-se evitar decisões cheias de deduções jurídicas e citações doutrinárias se não for acompanhadas da análise específica do caso concreto.

De acordo com o inciso IV, há vício de fundamentação se não forem analisados todos os argumentos que infirmem (contrariem) a conclusão adotada pelo juiz. Dessa forma, a decisão deve necessariamente analisar todos os fundamentos da tese derrotada sob pena de invalidação por falta de fundamentação, garantindo-se assim, a proteção ao contraditório. É o que se pode compreender nas palavras de Didier (2017, p. 381):

Se a decisão não analisa todos os fundamentos da tese derrotada, seja ela a invocada pelo autor ou pelo réu, será inválida por falta de fundamentação. É o que diz o art. 489, §1º, IV do CPC. Essa decisão contraria a garantia do contraditório, vista sob a perspectiva substancial, e não observa a regra da motivação da decisão.

Uma das repercussões desse inciso está na fundamentação *per relationem*, na qual o juiz não apresenta argumentos próprios que explicitem as razões do seu convencimento, e sim de outra peça dos autos. Ora, como analisar os argumentos que contrariem a razão do juiz, se nem ao menos sabemos dos argumentos próprios do juiz? Por isso, para a utilização dessa forma de fundamentação, é necessário um

mínimo de fundamentação própria, o suficiente para examinar todas as questões fático-jurídicas. Nesse sentido, afirma Cruz (2016, p. 349):

[...] tem-se exigido, porém, que o órgão julgador incorpore ao seu ato o teor da decisão relatada, que lhe acresça alguma fundamentação própria e que demonstre haver examinado todas as questões fático-jurídicas que deveria enfrentar ao proferir a decisão

De acordo com o inciso V, também haverá vício de fundamentação se ao invocar precedentes ou enunciado de súmulas, não se identifica seus fundamentos determinantes nem se ajusta o caso concreto aos referidos fundamentos. Assim, o precedente ou enunciado de súmula depende necessariamente de fundamentos que o conectem ao caso concreto, semelhantemente com o que ocorre no inciso I, só que ao invés de ser um ato normativo, aqui é um precedente. Neste sentido afirma Cruz (2016, p. 351): “A hipótese do inciso V é, assim, em tudo similar à do inciso I, o qual veda aplicar ato normativo ‘sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida.’”

Fazendo um paralelo, da mesma forma que é necessário interpretar a lei, é necessário também interpretar o precedente. Tal interpretação permite contrapor o caso concreto com o referido precedente (*distinguishing*). Nesse sentido afirma Didier (2017, p. 383):

É preciso entender que, assim como o juiz precisa interpretar o texto legal para verificar se os fatos concretos se conformam à sua hipótese normativa, cumpre-lhe também interpretar o precedente para verificar a adequação da situação concreta à sua *ratio decidendi*. Ao método de contraposição entre o caso concreto e o caso que ensejou o precedente dá-se o nome de distinção, *distinguishing* (ou *distinguish*), que deve ser realizado expressamente na fundamentação.

3.6) DA NULIDADE ABSOLUTA POR FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO

Nos itens anteriores foi explanado o que se entende por falta de fundamentação. Aqui o objetivo é outro, é explanar as consequências da falta de fundamentação. Como veremos a seguir, a falta de fundamentação tem como consequência a sanção de nulidade. Há duas espécies de nulidades, a absoluta e a relativa. O objeto de estudo desse item é delimitar as hipóteses de falta de fundamentações que ensejam a nulidade absoluta, analisando primeiramente o art. 93, IX da Constituição Federal e excluindo os vícios que ensejam apenas possibilidade de nulidade relativa.

De acordo com o artigo 93, IX da Constituição Federal/ 1988:

Art. 93. [...]

[...]

IX - Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade

[...]

Conforme teor do dispositivo, há vinculação direta pelo próprio texto constitucional da falta de fundamentação com a cominação de nulidade da decisão judicial. Tal expressão “nulidade” se refere à nulidade absoluta?

A primeira distinção que se deve fazer aqui é se a ausência de fundamentação é uma decisão inexistente ou nula. A resposta mais acertada parece ser a segunda pois embora haja falta de fundamentação, inegavelmente há decisão judicial, logicamente com um defeito gravíssimo passível de invalidação, ou seja, embora inexista fundamentação, existe uma decisão judicial com defeito grave. Deve-se lembrar também que a fundamentação é um dos elementos da decisão judicial e não possui vida autônoma em si mesma. (conforme visto no subitem 2.2.2). Assim, embora haja inexistência de fundamentação, analisando a mesma como elemento da decisão judicial, tal inexistência gera um defeito na decisão judicial e não necessariamente uma inexistência desta. Nesse sentido, afirma Didier (2017, p. 392):

É possível designar uma decisão sem fundamentação de ilegítima, espúria, absurda, autoritária etc., mas é inegável que ela é uma decisão. A partir do momento que pode atribuir a um substantivo alguns adjetivos é porque algo existe para ser qualificado.

Importante também transcrever os ensinamentos de Pontes de Miranda acerca da diferença entre inexistência e defeito. De acordo com ele: “defeito não é falta. O que falta não foi feito. O que foi feito, mas tem defeito, existe. O que não foi feito não existe, e, pois não pode ter defeito.” (MIRANDA, 1983, p. 13 *apud* DIDIER, 2017, p. 392). Assim, embora a fundamentação eventualmente não tenha sido feita, foi feita uma decisão judicial, e analisando na perspectiva dessa última, há defeito e não inexistência da mesma.

Enfim, a falta de fundamentação gera necessariamente nulidade absoluta?

Para responder essa pergunta, imprescindível aqui conhecer as noções de nulidade absoluta e relativa. A nulidade absoluta é uma sanção específica voltada às hipóteses em que o prejuízo é manifesto e evidente, ferindo a própria ordem pública, o interesse público existente na correta aplicação legal. Já na nulidade relativa, o prejuízo é sentido apenas pela parte afetada, sendo que seu reconhecimento depende

da análise do caso concreto. Nesse sentido afirma Fernandes, Gomes Filho e Grinover (2001, p. 22) que na nulidade absoluta: “a gravidade do ato viciado é flagrante e manifesto o prejuízo que sua permanência acarreta para a efetividade do contraditório ou para a justiça da decisão; o vício atinge o próprio interesse público de correta aplicação do direito”. E com relação à nulidade relativa alega Cintra, Dinamarco e Grinover (2010, p. 374): “Quando é exclusivamente da parte o interesse visado pela determinação legal da forma, então se trata de nulidade relativa [...]”. E ainda complementam:

A nulidade relativa nunca é cominada pela lei (é sempre ‘nulidade não cominada’) e seu reconhecimento depende sempre da comparação do ato celebrado em concreto com o modelo legal: se não houver fidelidade a este e se não estiver em jogo um interesse da ordem pública, estaremos diante de um caso de nulidade relativa[...] (CINTRA, DINAMARCO e GRINOVER, 2010, p. 374)

O ponto nevrálgico então para a caracterização de uma nulidade absoluta seria a existência de uma exigência protetiva do interesse público, da ordem pública em si, sendo tal prejuízo sentido de forma evidente, de plano, e não apenas após a análise do caso concreto, como ocorre com as nulidades relativas.

Dessa forma, a nulidade absoluta geraria um prejuízo presumido, que ofende a ordem pública, evidentemente constatado pela violação de normas constitucionais ou constantes de Tratado Internacional de Direitos Humanos ou até mesmo de violação de dispositivos infra-legais cominados com a sanção de nulidade, não passíveis de convalidação por outra norma legal. Nesse sentido, afirma Lima (2017, p. 1585-1588) que devido ao princípio do prejuízo, insculpido no art. 563 do Código de Processo Penal, o qual alega que toda nulidade depende de efetivo prejuízo para as partes, a nulidade absoluta depende da caracterização de prejuízo, sendo este presumido, pois aferível da violação à direitos fundamentais (como o devido processo legal, contraditório, etc), constantes da Constituição Federal e Tratados Internacionais de Direitos Humanos e normas de ordem pública (como por exemplo as nulidades cominadas no art. 564 do CPP não sujeitas à convalidação pelo art. 572 do CPP), ficando a outra parte encarregada de demonstrar que o mesmo não ocorreu. Não obstante a alegação da existência de prejuízo presumido, pois aferível de plano, o

STF têm entendido que mesmo nas nulidades absolutas, deve-se comprovar o efetivo prejuízo concreto.³

Considerando essa vinculação da nulidade absoluta com a violação de normas de ordem pública, de interesse público, em que o prejuízo é manifesto, pois não ofensivo apenas aos interesses particulares das partes, mas de toda a coletividade, como é possível vincular a nulidade absoluta com a falta de fundamentação?

Conforme já visto, a finalidade da motivação abarca duas modalidades, a função endoprocessual, que o que está em jogo é a explicitações de razões como forma de garantir às partes o pleno controle da decisão com vistas à impugnação da mesma, e a exoprocessual, em que o foco é garantir o controle da legitimidade da função jurisdicional. Tendo em vista essa necessidade de controle da função jurisdicional, a fundamentação também adquire finalidade de tutelar a própria qualidade da jurisdição (e não apenas o controle da decisão pelas partes) e assim, eventual vício prejudica não apenas os interesses das partes, mas a própria sociedade e o interesse público como um todo, ou seja, eventual prejuízo afeta a própria jurisdição e não apenas o interesse das partes, podendo dar ensejo à nulidade absoluta por falta de fundamentação. Com relação à proteção da função jurisdicional pela motivação, afirma Lima (2017, p. 1506):

Com o passar do tempo, a garantia da motivação das decisões passou a ser considerada também como garantia da própria jurisdição. [...] Muito além de uma garantia individual das partes, a motivação das decisões judiciais funciona como exigência inerente ao próprio exercício da função jurisdicional.

Pacelli complementa vinculando a idéia de violação da função jurisdicional com a nulidade absoluta, além de fazer uma comparação com a nulidade relativa. De acordo com ele:

Com efeito, enquanto a nulidade relativa diz respeito ao interesse das partes em determinado e específico processo, os vícios processuais que resultam em nulidade absoluta referem-se ao processo penal

³ conforme se depreende do teor do julgamento feito no HC 107. 769/ PR pela 1ª Turma do STF de relatoria de Cármen Lúcia em que se alegou: “[...] o princípio *dopas de nullité sans grief* exige, em regra, a demonstração de prejuízo concreto à parte que suscita o vício, independentemente da sanção prevista para o ato, podendo ser ela tanto a de nulidade absoluta quanto a relativa, pois não se decreta nulidade processual por mera presunção” (STF, 1ª Turma, HC 107.769/PR, Rei. Min. Cármen Lúcia, j. 18/10/2011, DJe 225 25/11/2011)

enquanto função jurisdicional, afetando não só o interesse de algum litigante, mas de todo e qualquer (presente, passado e futuro) acusado, em todo e qualquer processo. O que se põe em risco com a violação das formas em tais situações é a própria função judicante, com reflexos irreparáveis na qualidade da jurisdição prestada. (PACELLI, 2017, p. 920-921)

Assim, toda vez que a motivação abarcar justificações em que há abuso da função jurisdicional, afetando não apenas o interesse de algum litigante mas de todo e qualquer acusado (no contexto de qualquer processo), ou melhor, afetando a própria jurisdição (e não algum interesse particular), haverá nulidade absoluta.

Tendo em vista essa necessidade de qualidade da jurisdição prestada para que não haja nulidade absoluta, a motivação deve necessariamente conter explicitações e justificações que abarcam um exercício legítimo da função jurisdicional. Aqui entram em cena, além da necessidade de atuação concreta da lei, o respeito às garantias e direitos fundamentais, bem como uma ampla abertura à participação pelo juiz, garantindo-se a legitimidade democrática ao processo. (conforme visto no subitem 2.1.1 e 2.1.2). Mas conforme dito, o prejuízo deve ser aferível de plano para poder dar ensejo a nulidade absoluta, ou seja, caso haja necessidade de destrinchar o caso concreto para perceber o prejuízo, a nulidade relativa será o melhor caminho, já que há interesse prevalecente das partes e não da jurisdição como um todo.

Outro ponto interessante aqui de possibilidade de nulidade absoluta por falta de fundamentação reside na entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil, em especial no seu artigo 489,§1º, o qual prevê hipóteses legais de falta de fundamentação. Considerando a necessidade de violação da ordem pública, do interesse público, em que o prejuízo é manifesto, para que seja possível a nulidade absoluta, a violação a alguma das hipóteses previstas neste artigo, poderá dar ensejo à mesma. Neste sentido, afirma Pacelli (2017, p. 921 - 922) que com relação à nulidade absoluta, não há necessariamente um prejuízo presumido, e sim uma pressuposição da existência de um prejuízo, sendo que existindo violação de lei, é constatado a existência de prejuízo. Ainda acrescenta o autor que não é qualquer violação da forma (violação da lei) que enseja nulidade absoluta e sim, as violações das formas que protegem a própria função judicante, com reflexos na qualidade da jurisdição prestada. (PACELLI, 2017, p. 920-921)

Assim, caso houver violação de lei, instituída com a finalidade precípua de tutelar a própria jurisdição, tal violação pode caracterizar a nulidade absoluta, uma vez que o prejuízo já está pressuposto, evidente. Tal artigo 489,§1º do NCPC vêm para explicitar o conteúdo essencial das motivações das decisões judiciais, perante todo e qualquer caso apresentado ao Poder Judiciário, e dessa forma protege a qualidade da jurisdição como um todo, e não apenas algum interesse das partes, podendo, por isso, dar ensejo à nulidade absoluta se houver violação de suas hipóteses normativas.

Dessa forma, não é qualquer falta de fundamentação que enseja a nulidade absoluta, e sim somente aqueles vícios específicos que afetam a qualidade da jurisdição como um todo, e não apenas o interesse das partes, sendo que o prejuízo deve ser constatado de plano, ser evidente, perante todo e qualquer processo e acusado. Se tal prejuízo somente for constatável na aferição do caso concreto, eventual defeito de fundamentação ensejará nulidade relativa, e não a absoluta, pois afeta apenas o interesse da parte e não a jurisdição como um todo.

Assim, a nulidade absoluta por falta de fundamentação está relacionada aos vícios de fundamentação em que não se observa a legitimidade da função jurisdicional (como por exemplo quando há violação dos direitos fundamentais ou não há atuação concreta da lei) ferindo a jurisdição como um todo, aos vícios de fundamentação decorrentes da violação do art. 489,§1º do NCPC, por também haver violação da qualidade da própria Jurisdição e não especificamente do interesse das partes, bem como outros, caso seja constatado, no vício da motivação, que é a própria Jurisdição que está em jogo e não o interesse das partes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para se entender o que se entende por nulidade absoluta por falta de fundamentação nas decisões judiciais, foi necessário, inicialmente, explicitar os pontos principais em que há possibilidade de falta de fundamentação, tanto no plano dos fatos, quanto no plano jurídico. Tal explicitação, ao longo do trabalho, foi explanada em relação às possíveis necessidades da fundamentação, que para ser suficiente e aceita deve respeito às finalidades da motivação; ao conteúdo mínimo da motivação; à validade da motivação e ao respeito às regras de racionalidade na argumentação pela mesma.

Assim, de forma a conhecer melhor esses pontos possíveis de falta de fundamentação, foi feito uma explanação (resumida) do raciocínio jurídico na análise fática e na análise jurídica ao longo do capítulo dois (em especial o subitem 2.3), de forma a conhecer melhor as possíveis escolhas justificativas do juiz ao longo da decisão judicial. Aqui a importância está em conhecer um pouco esse conteúdo mínimo da motivação, que conforme visto, deve abarcar a justificação de todas as escolhas feitas na análise fática, a qual, pelo estudo, contém principalmente a análise das valorações individuais e conjunta das provas, bem como a análise de credibilidade das mesmas, e também na análise jurídica, a qual reside principalmente na individualização da norma jurídica aplicável, na subsunção dos fatos à lei e na individualização da pena.

Porém, não basta o juiz somente explicitar suas justificativas nas escolhas feitas ao longo da decisão judicial, o mesmo deve necessariamente justificar com argumentos racionais, que conforme visto no capítulo dois (em especial o subitem 2.4.2) deve se dar com argumentos válidos, aceitos e fundamentados perante aos valores da sociedade e ao Ordenamento Jurídico, capazes de tratar toda questão igual de forma semelhante.

Também foi explanado os pontos em que o convencimento do Juiz está limitado pelo Ordenamento Jurídico (e dessa forma não há argumento racional uma vez que não se está de acordo com o Ordenamento Jurídico), explicitados ao longo do capítulo um, os quais abarcam: a necessidade de prova produzida em contraditório, ressalvadas as provas cautelares, irrepetíveis, antecipadas e a utilização supletiva de eventual elemento obtido no inquérito policial; a vedação das provas ilícitas; a obediência aos limites da lide pelo juiz, bem como o respeito à iniciativa das partes

pelo mesmo.

Com relação ao respeito às finalidades da motivação pela fundamentação, foi visto que esta abarca a função endoprocessual, que tem por fim garantir explicitações de razões do juiz de forma a possibilitar eventual impugnação das partes, bem como abarca a função exoprocessual, que tem por fim a garantia da legitimidade da função jurisdicional. Com relação a esta última, foi feito um estudo resumido do que se entende por função jurisdicional, bem como esta se encaixa dentro do escopo de um processo, ao longo do capítulo dois (em especial o subitem 2.1), propiciando dados que permitem auferir quando há legitimidade da função jurisdicional.

Tendo em vista a necessidade de validade das motivações, foi visto que a mesma necessariamente precisa ser clara, expressa (explícita), coerente e lógica. Há duas formas de se perceber a coerência: a coerência entre os elementos da decisão judicial (Relatório, fundamentação e Dispositivo), em que a conclusão deve ser uma decorrência lógica do Relatório e da fundamentação, e a coerência entre os argumentos utilizados dentro da própria fundamentação. Tendo em vista os elementos da decisão judicial (Relatório, Fundamentação e Dispositivo), foi feito um estudo pormenorizado dos mesmos ao longo do capítulo dois (em especial o subitem 2.2.1). Com relação à necessidade de lógica nas fundamentações, foi feito um estudo resumido do que se entende por lógica, focando-se principalmente na lógica dedutiva e na lógica do razoável, ao longo do capítulo dois (em especial o subitem 2.4.1)

Por fim, adentrou-se no último subtema, tema e proposta central do trabalho, que é a possibilidade de nulidade absoluta quando houver falta de fundamentação da decisão judicial. Aqui a conclusão que se chegou foi a de que nem todas os vícios de fundamentação ensejarão nulidade absoluta, mas apenas aqueles que ofenderem a qualidade da Jurisdição em si, ou seja, a ofensa aos interesses das partes é apenas reflexa. Assim, para que haja nulidade absoluta por falta de fundamentação, é necessário uma ofensa direta à própria Jurisdição, que atinge não apenas o interesse particular das partes, mas também todo e qualquer acusado no contexto de todo e qualquer processo. Um bom exemplo de tal ofensa estaria consubstanciada na violação dos direitos fundamentais, em que a própria legitimidade da função jurisdicional é atacada (sendo superior ao interesse particular das partes) bem como na violação da recentíssima regra do art. 489, §1º do Novo Código de Processo Civil, que ao trazer um conceito legal do que se entende por falta de fundamentação, trouxe

mecanismos aptos para aferir a própria violação objetiva da Jurisdição. Podem existir outras possibilidades de nulidade absoluta por falta de fundamentação, mas o presente trabalho se resumiu apenas a estas.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 2ª ed. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva; revisão técnica da tradução e introdução à edição brasileira por Cláudia Toledo. São Paulo: Landy Editora, 2005.

ARAÚJO, Sérgio Luiz de Souza. **Teoria geral do processo penal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Prova e convicção**: de acordo com o CPC de 2015. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015

BADARÓ, Gustavo Henrique R.I. **Processo Penal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1988.

_____. **Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 15 de nov. de 2017.

_____. **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: 15 de nov. de 2017.

_____. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 15 de nov. de 2017.

_____. **Lei nº 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/l13105.htm>. Acesso em: 15 de nov. de 2017.

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**: parte geral, v.1. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2017

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e Argumentação**: Uma contribuição ao Estudo do Direito. 3ª ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2011

CARVALHO, Salo de. Revisita à desconstrução do modelo jurídico Inquisitorial. In: WOLKMER, Antônio Carlos (org.). **Fundamentos de História do Direito**. 7ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 299-320.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010

COELHO, Fábio Ulhoa. **Roteiro de lógica jurídica**. 3ª ed. São Paulo: MaxLimonad,

1997

CRUZ, Rogério Schietti. Dever de motivação das decisões judiciais no Novo Código de Processo Civil e reflexos na jurisdição Criminal. *In*: DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). **Processo Penal**: Coleção Repercussões do Novo CPC, v. 13. Salvador: Juspodivm, 2016.

DIDIER, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria da Proca, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória. 12ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**: Volume II. 4ª ed. São Paulo: Malheiros editores, 2004.

FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; GRINOVER, Ada Pellegrini. **As nulidades no processo penal**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramalhe. 42ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral. 15ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

HARTMANN, Érica de Oliveira. **A fundamentação das decisões no processo penal brasileiro e a teoria da argumentação de Chaim Perelman**. Orientador: Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Monografia (Bacharelado em Direito). Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2002. Disponível em: <<http://www.acervodigital.ufpr.br/handle/1884/45779>>. Acesso em 02/11/2017

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**: volume único, 5ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017

LOPES JR., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal**: Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. **Direito Processual Penal**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história**: lições introdutórias. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Fundamentos de História do Direito**. 7ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Tradução de Waldéa Barcellos; revisão da tradução de Marylene Pinto Michael. São Paulo:

Martins Fonte, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. O Direito Romano e seu ressurgimento no final da Idade Média. *In*: WOLKMER, Antônio Carlos (org.). **Fundamentos de História do Direito**. 7ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 195-230.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011)

NASPOLINI, Samyra Haydêe. Aspectos Históricos, políticos e legais da Inquisição. *In*: WOLKMER, Antônio Carlos (org.). **Fundamentos de História do Direito**. 7ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 283-298.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 10. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2005

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SANTOS, Rogério Dutra dos. A Institucionalização da dogmática jurídico- canônica medieval. *In*: WOLKMER, Antônio Carlos (org.). **Fundamentos de História do Direito**. 7ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 261- 282.

SCHEID, Carlos Eduardo. **A motivação das decisões penais a partir da teoria garantista**. 2007. Orientador: Doutor André Leonardo Copetti Santos. Dissertação (mestrado) em Direito. Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2007. Disponível em: <<http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/2389> > .Acesso em: 02/11/2017

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**: volume 3. 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Processo Penal**: volume 3. 31ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009