

**UNIVERSIDADE ESTADUAL DE PONTA GROSSA
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO STRICTO SENSU**

TIAGO SOFIATI DE BARROS CARVALHO

**O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS CRIMINAIS –
ENFOQUE CONSTITUCIONAL, TEORIAS DA DECISÃO E PRÁTICA JUDICIÁRIA**

**PONTA GROSSA
2024**

TIAGO SOFIATI DE BARROS CARVALHO

**O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS CRIMINAIS –
ENFOQUE CONSTITUCIONAL, TEORIAS DA DECISÃO E PRÁTICA JUDICIÁRIA**

Dissertação apresentada para obtenção do título de Mestre em Direito, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estadual de Ponta Grossa, Área de concentração Teorias e Práticas Jurídicas no Sistema Penal.

Orientador: Prof. Dr. Eliezer Gomes da Silva

**PONTA GROSSA
2024**

C331 Carvalho, Tiago Sofieti de Barros
O dever de fundamentação das decisões judiciais criminais: enfoque constitucional, teorias da decisão e prática judiciária / Tiago Sofieti de Barros Carvalho. Ponta Grossa, 2024.
218 f.

Dissertação (Mestrado Profissional em Direito - Área de Concentração: Teorias e Práticas Jurídicas em Perspectiva Translacional), Universidade Estadual de Ponta Grossa.

Orientador: Prof. Dr. Eliezer Gomes da Silva.

1. Fundamentação. 2. Decisão judicial. 3. Sentença penal. 4. Desigualdades. 5. Princípios constitucionais. I. Silva, Eliezer Gomes da. II. Universidade Estadual de Ponta Grossa. Teorias e Práticas Jurídicas em Perspectiva Translacional. III.T.

CDD: 340



UNIVERSIDADE ESTADUAL DE PONTA GROSSA
Av. General Carlos Cavalcanti, 4748 - Bairro Uvaranas - CEP 84030-900 - Ponta Grossa - PR - <https://uepg.br>

TERMO

TERMO DE APROVAÇÃO

Tiago Sofiati de Barros Carvalho

**O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS CRIMINAIS – ENFOQUE CONSTITUCIONAL,
TEORIAS DA DECISÃO E PRÁTICA JUDICIÁRIA**

**Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre no
Programa de Pós Graduação em Direito – Mestrado Profissional, Setor de Ciências
Jurídicas da Universidade Estadual de Ponta Grossa, pela seguinte banca examinadora:**

Ponta Grossa, 29 de abril de 2024



Documento assinado digitalmente
ELIEZER GOMES DA SILVA
Data: 16/08/2024 11:23:56-0300
verifique em <https://validar.itl.gov.br>

Membros da Banca:

Prof. Dr. Eliezer Gomes da Silva. - (UEPG) – Presidente

Prof. Dra. Dirceia Moreira - (UEPG)

Prof. Dr. Clayton Maranhão (UFPR)

Prof. Dr. Alexandre Almeida Rocha (UEPG)

Dedico este trabalho aos meus pais.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos que estiveram comigo nessa que foi uma das mais desafiadoras jornadas. Não irei listar todas as pessoas que, mesmo sem saber, participaram desse processo. Muitas delas certamente não desconfiam que contribuíram de alguma forma. Portanto, neste momento, agradeço singelamente aos amigos e amigas, ou melhor, a todos aqueles e aquelas que são especiais para mim e que, desta forma, me mantiveram de pé quando achei que iria cair.

Agradeço ao meu orientador, Prof. Dr. Eliezer Gomes da Silva, por ter confiado na minha pesquisa. Agradeço por todo o tempo investido em mim e por ter, criteriosamente, avaliado meu trabalho. Devo muito a você. Agradeço também por me confortar quando eu precisei.

Agradeço também aos membros da minha banca, Dra. Dirceia Moreira e Dr. Clayton Maranhão, por todos os apontamentos, comentários, críticas e sugestões de melhorias e de leituras. Agradeço por todo o tempo que dedicaram ao meu trabalho. Agradeço, também, por compartilharem comigo as angústias que o tema desperta.

Agradeço à Universidade Estadual de Ponta Grossa por ter me acolhido e por tornar seu espaço acadêmico a minha casa.

Por fim, agradeço aos meus pais, Antonio e Eloise. Certamente, sem esse porto seguro, eu não teria ido tão longe.

RESUMO

CARVALHO, Tiago Sofiati de Barros. **O dever de fundamentação das decisões judiciais criminais - enfoque constitucional, teorias da decisão e prática judiciária**. Orientador: Eliezer Gomes da Silva. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Estadual de Ponta Grossa, Ponta Grossa, 2024.

A Constituição da República de 1988 estabelece que todas as decisões judiciais devem ser fundamentadas, sob pena de nulidade. A relevância dessa norma é assimilada quando compreendida a sua parte final. Se um juiz não fundamentar sua decisão, ela não poderá produzir efeito algum, não terá existido para o direito. Ainda assim, sobressai um questionamento: O que é uma decisão devidamente fundamentada? Como identificá-la? Foi apenas em 2019, com a Lei n. 13.964, que o legislador ordinário enfrentou, em alguma medida, essa questão. Previu, no artigo §2º do artigo 315 do Código de Processo Penal, hipóteses de decisões não fundamentadas. Contudo, sem perder de vista os avanços trazidos por essa modificação legislativa, a insuficiência e/ou a ausência de fundamentação ainda tem sido recorrentemente questionada nos tribunais do País, o que sugere que ainda há lacunas que precisam ser preenchidas. Além disso, essa situação ganha outro peso quando se percebe que a impossibilidade de se identificar uma decisão fundamentada coincide com a impossibilidade de se apurar o bom funcionamento do próprio sistema de justiça. Por isso, esse trabalho tem por objetivo investigar os contornos constitucionais da fundamentação das decisões judiciais criminais. Trata-se de pesquisa exploratória, de natureza aplicada e, também, translacional, incorporando pesquisa bibliográfica e documental. Foram estudados os princípios que estruturam o sistema jurídico brasileiro, notadamente o princípio do Estado de Direito, o princípio democrático e o princípio republicano e, ainda, a aproximação que tais princípios mantêm com o dever de fundamentação. Foram apresentados aportes doutrinários sobre a fundamentação, argumentação e sobre questões processuais e, por fim, a prática judicial foi analisada. Como resultado, foi encontrada uma base constitucional sólida, em uma doutrina firme que, apesar das divergências, soube apontar para as principais questões problemáticas que envolvem a fundamentação das decisões, mas que ainda parece não conseguir, com a mesma propriedade, vincular a devida fundamentação a questões de ordem ética (notadamente quando, em sua atividade processual, se depara o Juiz, a Juíza, com questões relacionadas a gênero, raça, situação socioeconômica e tantos outros vetores de desigualdade, envolvendo os sujeitos do processo, réus e vítimas). São questões inevitáveis para a magistratura, no contemporâneo Estado de Direito Democrático, para as quais a legislação penal e processual penal revela-se manifestamente lacunosa ou incipiente e demanda, portanto, de inovadoras e desafiadoras contribuições acadêmicas não dissociadas de desafios de ordem prática. Ousamos enfrentar algumas dessas questões e, nos possíveis limites do presente trabalho, vislumbrar alguns horizontes para suprir essa importante lacuna, teórica e prática, articulando princípios constitucionais e as possibilidades infraconstitucionais do direito nacional, dissecando aspectos das teorias da decisão, pesquisando soluções no direito comparado, desvelando achados da pesquisa criminológica e interdisciplinar.

Palavras-chaves: Fundamentação. Decisão judicial. Sentença penal. Desigualdades. Princípios constitucionais.

ABSTRACT

CARVALHO, Tiago Sofiati de Barros. **The duty to state reasons for criminal judicial decisions – constitutional approach, decision theories and judicial practice.** Advisor: Eliezer Gomes da Silva. Dissertation (Master's in Law) - Universidade Estadual de Ponta Grossa, Ponta Grossa, 2024.

The 1988 Brazilian Constitution establishes that all judicial decisions must be adequately motivated under penalty of nullity. Thus, if a judge does not justify his/her decision, it cannot produce any legal effect; it will not exist for the law. Still, a question arises: What is a properly reasoned decision? How to identify it? Only in 2019, with Law no. 13,964, did the ordinary legislator touch a part of this issue to some extent, as §2 of Article 315 of the Code of Criminal Procedure cited hypotheses of unfounded decisions. However, without losing sight of the advances brought by this legislative change, the insufficiency and lack of justification of judicial decisions (especially the criminal ones) have still been repeatedly questioned in the country's courts, which suggests that gaps still need to be filled. Furthermore, this situation gains additional weight when one realizes that the impossibility of identifying a reasoned decision coincides with the impossibility of determining the proper functioning of the justice system itself. This dissertation is the result of exploratory research of a translational nature, incorporating a bibliographic and documentary approach. Therefore, this work first investigates the constitutional contour for criminal justice decisions: the principles that structure the Brazilian legal system were studied, notably the principle of the rule of law, the democratic principle, and the republican principle, as well as the proximity that these principles maintain with the judge's duty to provide sound reasons to his/her decisions. Notwithstanding the solid constitutional basis related to the necessity of principled sentencing, there remain many problematic issues that a contemporary judge must face (notably involving issues such as gender, race, socioeconomic situation, and many other vectors of inequality involving the subjects of the process, defendants, and victims). These are inevitable questions for the judiciary in the contemporary democratic State of Law, for which criminal and criminal procedural legislation reveals itself to be manifestly lacking or incipient. Therefore, it demands innovative and challenging academic contributions that are not dissociated from practical challenges. Along with this text, we present and discuss theoretical contributions to judicial decision-making, legal reasoning, argumentation, procedural issues, and sentencing. We dare to face some of these issues and, within the possible limits of the present work, envision some horizons to fill this critical theoretical and practical gap, articulating constitutional principles and the infra-constitutional possibilities of national law, dissecting aspects of decision theories, researching solutions in comparative law, revealing findings from criminological and interdisciplinary research. Finally, with due attention to its concrete implications for judicial practice, we sketch a protocol containing basic principles and procedures for an ethically principled judicial decision.

Keywords: Reasoning. Judicial decision. Criminal sentence. Inequalities. Constitutional principles.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
 CAPÍTULO 1 - O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988 E NO DIREITO INTERNACIONAL CONVENCIONAL	13
1.1 A CONSTITUIÇÃO, O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO (ART. 93, IX) E SUAS CONEXÕES	13
1.1.1 O dever de fundamentação e o Estado de Direito: uma possibilidade concreta de controle dos atos do poder judiciário	13
1.1.2 O princípio democrático e o dever de fundamentação das decisões: fortalecimento de um cidadão-partícipe	18
1.1.3 A contribuição da fundamentação para com a coisa pública	23
1.2 O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS	39
 CAPÍTULO 2 - POSTULADOS TEÓRICOS SOBRE A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS E QUESTÕES PROCESSUAIS PENAIS	48
2.1 O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL: CONCEITOS NÃO ESCLARECIDOS, AUSÊNCIA DE SISTEMATIZAÇÃO DAS NORMAS E A REFORMA PROMOVIDA PELA LEI N. 13.964, DE 2019	48
2.2 APORTES TEÓRICOS SOBRE A DECISÃO JUDICIAL.....	55
2.3 APROXIMAÇÃO PROCESSUAL: O (DEVIDO) PROCESSO, CONTRADITÓRIO E OUTRAS QUESTÕES CONEXAS À FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS.....	91
 CAPÍTULO 3 - A PRÁTICA JUDICIÁRIA BRASILEIRA: DA FORMAÇÃO DOS MAGISTRADOS À ATIVIDADE FORENSE	114
3.1 VELHOS E NOVOS DESAFIOS DO DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO	114
3.2 A INTERPRETAÇÃO DO DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	123
3.3 ABUSOS DO CONVENCIMENTO NA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS	129
 CAPÍTULO 4 - FAZENDO JUSTIÇA E FUNDAMENTANDO SENTENÇAS CRIMINAIS EM SOCIEDADES INJUSTAS E DESIGUAIS – DESAFIOS E LIMITES ÉTICOS DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES	139
4.1 O QUE PODEMOS APRENDER COM O PROTOCOLO PARA JULGAMENTO COM PERSPECTIVA DE GÊNERO.....	139
4.2 O QUE PODEMOS APRENDER PARA ALÉM DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO E COM O DIREITO ESTRANGEIRO, NO JULGAMENTO DE CASOS ENVOLVENDO QUESTÕES RACIAIS.....	164

CONCLUSÕES - POR UM PROTOCOLO PARA A FUNDAMENTAÇÃO DEMOCRÁTICA E REPUBLICANA DAS DECISÕES JUDICIAIS CRIMINAIS	194
REFERÊNCIAS	204
ANEXO A - PROTOCOLO PARA JULGAMENTO DE CASOS CRIMINAIS	215

INTRODUÇÃO

Nos últimos tempos, as atividades do Judiciário brasileiro têm tido uma visibilidade sem precedentes. Sua atuação tem sido reproduzida diariamente nos mais variados portais de comunicação. Jornais, televisão e redes sociais estão sempre exibindo algo que um ou outro magistrado fez. Essa cada vez maior exposição das decisões judiciais – e seu salutar debate em esfera pública, com transparência democrática – intensifica uma antiga necessidade republicana: o equilíbrio entre a necessidade de se “convencer”, ao dizer o direito, e a responsabilidade de fazê-lo com fundamentação não apenas lógica, técnica, convincente, mas impessoal, íntegra, ética. Esse processo deverá ter o condão de modular toda e qualquer interpretação que venha a ser feita, enfim, do artigo 93, IX, da Constituição Cidadã, que dispõe, textualmente, *que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos e que todas as decisões serão fundamentadas*¹, sob pena de nulidade.

Os magistrados devem observar as obrigações que decorrem do viés estritamente democrático e, também, as que decorrem do Estado como República, isto é, da necessidade de cuidar da coisa pública. Em nenhuma destas ocasiões haverá quaisquer condições de mensurar a qualidade da prestação sem, antes, avaliar o discurso judicial. Por isso, a necessidade deste ser (poder ser) avaliado se mostra, então, urgente.

Apesar dos esforços que especialmente a doutrina tem despendido para buscar e apresentar alguns contornos mais previsíveis (ou, também, palpáveis) deste discurso, na prática tem sido notadamente difícil controlá-lo. Daí o problema de pesquisa ser exatamente este controle ou, melhor, a possibilidade de controle da fundamentação das decisões judiciais criminais e as matérias que devem compor este mister constitucional. A hipótese é a de que ainda subsistem recursos – aproveitados, inclusive, por uma parcela importante do Poder Judiciário - que têm permitido que os magistrados digam qualquer coisa de qualquer forma, sem que a comunidade

¹ A pesquisa poderá usar o termo ‘motivação’ para fazer referência à *devida* fundamentação – quando não estiver citando diretamente posicionamentos de outros autores. Há, ainda assim, uma preferência pela expressão ‘fundamentação’, já que a Constituição estabelece expressamente que todas as decisões devem ser *fundamentadas*. Oportunamente, a respeito da possibilidade destes termos serem ou não sinônimos, é possível dizer que, à vista do que a pesquisa busca, a fundamentação (ou, ainda, a motivação, a justificação) é vista como um mister constitucional, um encargo social, independente da terminologia adotada (respeitando, claro, certos limites conceituais).

destinatária da prestação jurisdicional disponha de meios que viabilizam concretamente o controle e a observância dessa obrigação constitucional. Dito ainda de outro modo, a hipótese é a de que, mesmo hoje, não se percebe como materialmente factível o exercício desse controle.

A pesquisa será exploratória², de natureza aplicada e, também, translacional³. Serão adotados como procedimentos a pesquisa bibliográfica e documental⁴. O objetivo geral é o investigar os desdobramentos constitucionais da fundamentação das decisões judiciais criminais. Os objetivos específicos são (i) compreender a relação que o dever de fundamentação mantém com os princípios estruturantes do sistema jurídico brasileiro (princípios do Estado de Direito, democrático e republicano),

² GIL, A. C. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 41. Estas pesquisas têm como objetivo proporcionar maior familiaridade com o problema, com vistas a torná-lo mais explícito ou a constituir hipóteses.

³ “A pesquisa translacional trata-se de uma inovadora orientação de pesquisa científica que promove a articulação, em firme retroalimentação, de teoria e prática. Procura, muito, restaurar um equilíbrio perdido ínsito a uma visão de sobrevalorização da pesquisa básica e subvalorização da pesquisa aplicada (sem mencionar a desconsideração da possibilidade de uma desejável simbiose entre uma e outra modalidade de pesquisa). Desta maneira, porque não pode desprezar uma priorização de demandas da sociedade, obriga maior comprometimento ético e social para o progresso da ciência (ante sua maior visibilidade e permeabilidade a descompromissadas críticas externas) do que os modelos de pesquisa mais isolados e autoritários. Esta pesquisa, pois, inserida em um Programa de Mestrado que preza por essa pesquisa translacional, busca aferir, continuamente, até que ponto as teorias jurídicas têm tido relevância na solução de questões e problemas práticos vivenciados não apenas por profissionais e instituições do Direito, mas por usuários dos sistemas de justiça, propondo, quando for o caso, aperfeiçoamentos teóricos na “pesquisa básica” (teorias jurídicas), inspirados pelo real funcionamento dos sistemas de justiça (práticas jurídicas) e pelas demandas sociopolíticas. Em suma, a perspectiva translacional em Direito procura vencer o tradicional ímpeto acadêmico de supor automaticamente projetadas (e irreversíveis), no universo prático das realidades em exame, resultados de estudos e pesquisas teóricas. Também procura superar a realidade de que pesquisas aplicadas, sobre como operam e funcionam profissionais e instituições dos sistemas de justiça, em regra realizada por pesquisadores das ciências sociais sem formação jurídica, tendem a analisar o campo jurídico de modo incompleto, porque incapazes de propor avanços (inovações) na teoria geral do direito, em normativas e políticas em tópicos relevantes à realidade estudada. Não se constitui, portanto, em fomento à mera pesquisa aplicada, na medida em que esta (invariavelmente com o instrumental metodológico clássico das ciências sociais) procura testar, experimentar pressupostos teóricos do Direito ou aspectos de estrutura e funcionamento de instituições do sistema de justiça, sem se aventurar por uma espécie de engenharia reversa (prática-teoria-prática) que o enfoque translacional possibilita empreender. Por fim, procura não apenas testar fundamentos teóricos do Direito em ambientes práticos, mas, também, formular hipóteses e construir se não teorias jurídicas ao menos diretrizes, proposições, políticas e programas a partir de insights da realidade prático- -profissional do Direito, bem como à luz das demandas sociopolíticas” (SILVA, E. G. Direito translacional: teorias e práticas jurídicas em interface bidirecional a proposta de um novo mestrado em direito na UEPG. **Revista Humanidades e Inovação**, v. 8, n. 8, p. 238-245, 2021).

⁴ A pesquisa bibliográfica é a desenvolvida com base em material já elaborado, constituído principalmente de livros e artigos científicos. A pesquisa documental, por sua vez, assemelha-se muito à pesquisa bibliográfica. A diferença essencial entre ambas está na natureza das fontes. Enquanto a bibliográfica se utiliza fundamentalmente das contribuições dos diversos autores sobre determinado assunto, a documental vale-se de materiais que não recebem ainda um tratamento analítico, ou que ainda podem ser reelaborados de acordo com os objetos da pesquisa (GIL, 2002, p. 44-45).

(ii) investigar a conexão entre o dever de fundamentação e o direito convencional, (iii) estudar as contribuições teóricas sobre a fundamentação e argumentação, (iv) compreender e demonstrar as principais questões constitucionais-processuais vinculadas ao dever de fundamentação, (iv) entender como o Poder Judiciário – especialmente o Supremo Tribunal Federal – interpreta o artigo 93, IX, da Constituição de 1988, (v) apreender, a partir da senda aberta especialmente pelo o Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça, como o Judiciário pode considerar, com razão e sensibilidade jurídicas, sociais e políticas, aspectos relacionados a outros vetores de desigualdade, para além da questão de gênero (como raça ou etnia, situação socioeconômica etc.); (vi) conhecer e buscar no direito comparado recursos que possam inspirar inovação no direito interno (seja em termos de mudanças legislativas seja no tocante à hermenêutica jurídica dos casos concretos) e (vii) esboçar uma ferramenta prática (um protocolo mesmo) que possa ser utilizada pelos magistrados quando da decisão criminal.

A pesquisa será conduzida da seguinte maneira:

O Capítulo 1 se preocupará em evidenciar os princípios que estruturam o ordenamento jurídico brasileiro, isto é, os que se situam no vértice da estrutura normativa constitucional. Depois, buscará aproximá-los da norma (também constitucional) que estabelece o dever de fundamentação das decisões judiciais. A intenção é de demonstrar, a partir da exposição dos princípios, a formatação que a fundamentação devida exige e, ainda, ao mesmo tempo, evidenciar as atribuições que o magistrado deste século XXI deve assumir. Será também demonstrado que, hoje, os magistrados devem observar ainda os tratados e convenções internacionais, isto é, devem exercer, quando cabível, um controle de convencionalidade.

O Capítulo 2 cuidará de questões teóricas a respeito da decisão. Antes disso, será realizado um mergulho no Código de Processo Penal para investigar o que o legislador ordinário trouxe em termos conceituais (que, na sequência, poderão ser confrontados com a produção doutrina). Como foi adiantado, serão, então, apresentadas as contribuições teóricas de juristas que enfrentam verticalmente o tema (fundamentação e argumentação) e, ainda, questões relacionadas ao processo penal (conexas ao objeto de estudo).

O Capítulo 3, por sua vez, procurará compreender como o Poder Judiciário tem interpretado o disposto no artigo 93, IX, da Carta Magna. Desta maneira, buscará,

primeiro, entender um pouco da história desta instituição e do processo de formação daqueles que a representam. Na sequência, será investigado como o Supremo Tribunal Federal ressignificou essa norma (quando do julgamento do Questão de Ordem com Repercussão Geral no Agravo de Instrumento n. 791.292/PE) e, ainda, como os magistrados têm feito uso do artigo 155 do artigo do Código de Processo Penal, que, ao que parece, tem o condão de impactar a qualidade da fundamentação.

Por último, o Capítulo 4 fará um recorte na fundamentação como objeto de estudo. Do tripé que estrutura a fundamentação, esta seção observará, sobremaneira, a conexão mantida com o princípio republicano, isto é, a fundamentação como instrumento a serviço dos objetivos republicanos, que revelam, por seu turno, a sua dimensão ética. Essa fração derradeira da pesquisa será dividida em duas partes. A primeira parte estará preocupada com o estudo do Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero. Serão investigadas as bases fundantes, a intenção e as contribuições práticas deste instrumento elaborado pelo CNJ e, especialmente, a possibilidade deste ser replicado em casos criminais. A segunda parte buscará no direito canadense uma alternativa prática, à vista dos problemas enfrentados nessa ambiência, para os julgamentos envolvendo questões raciais e étnicas. Buscará, novamente, compreender sua utilidade, o que a justificou e, ainda, em que medida serve às pretensões brasileiras.

Assim, dando cumprimento à translacionalidade da pesquisa, será feita uma proposta de criação de um protocolo para julgamento de casos penais, considerando os propósitos constitucionais, as carências teóricas e práticas encontradas, os problemas sociais, as potencialidades das ferramentas estudadas e, sobremaneira, aqueles que poderão e deverão usufruir dessa ferramenta.

CAPÍTULO 1

O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988 E NO DIREITO INTERNACIONAL CONVENCIONAL

1.1 A CONSTITUIÇÃO, O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO (ART. 93, IX) E SUAS CONEXÕES

1.1.1 O dever de fundamentação e o Estado de Direito: uma possibilidade concreta de controle dos atos do poder judiciário

É preciso destacar que a Constituição brasileira, a chamada “Constituição Cidadã”, distingue-se, até certo ponto, do conjunto de constituições modernas que surgiram com o Estado de Direito em sua acepção liberal. Enquanto as constituições predominantemente esmeram-se no asseguramento de um Estado liberal, prestigiando liberdades individuais (liberdade pessoal, propriedade privada, liberdade de contratar etc.)⁵, a atual Constituição brasileira notabilizou-se por um especial empenho em assegurar condições materiais para o desenvolvimento da democracia em sentido muito mais abrangente. Não apenas com cláusulas de proteção do cidadão em face de abusos do Estado (o que o Estado não deve fazer em detrimento do cidadão), mas sobretudo com previsões normativas que permitam criar legítimas expectativas do cidadão em face do Estado (o que o Estado deve fazer em benefício do cidadão).

Neste enredo, o processo de democratização *materia*⁶, como esclarece Diaz, resume o objetivo maior da nossa Constituição. Não por outra razão, todas as normas constitucionais devem ser reenviadas, em termos de normatividade, à democracia. Neste sentido, a força de atração da Constituição se justifica(rá) pela necessidade de afirmação não de qualquer conteúdo, mas dos conteúdos que representam os seus ideais humanísticos⁷. Assim, se a Constituição é a condição de possibilidade formal do direito brasileiro, a democracia deve ser compreendida, portanto, como a condição

⁵ COELHO, I. M. O perfil constitucional do Estado Contemporâneo: O Estado Democrático de Direito. **Rev. Inf. Legisl. Brasília**, ano 30, n. 118, abr./jun. 1993. p. 10.

⁶ DÍAZ, E. **Estado de derecho y sociedad democrática**. Madrid: EDICUSA, 1975, p. 40.

⁷ AYRES BRITTO, C. A constituição como a lei das leis e a democracia como princípio dos princípios constitucionais: A civilizada trajetória que vai da democracia política à democracia social e à democracia fraternal ou solidária. **Revista Jurídica Escola do Poder Judiciário do Acre**, ano 2, n. 2, 2022, p. 125.

de possibilidade material. Em outras palavras, se todas as normas devem observar, *sempre*, a Carta Magna, isto é, retornar ao texto constitucional, esse reenvio também deve acontecer em relação à democracia.

Haveria possibilidade de sustentar, ainda, que a fundamentação para os atos dos poderes públicos seria essencialmente fornecida pelo catálogo de direitos fundamentais previsto na Constituição⁸. Essa afirmação não parece estar equivocada. Contudo, o conteúdo da democracia parece ser mais amplo e determinante. A Carta Magna não encontra limites apenas nos direitos expressamente previstos ou tratados nomeadamente como tal. Longe disso. Por exemplo, o Supremo Tribunal Federal, sem alterar o texto constitucional, reconheceu o direito ao desenvolvimento e à paz como direitos de quarta geração. Essa possibilidade de ampliação do quadro de direitos ilustra, desde logo, a capacidade do texto de se adaptar ao tempo. Como indica Miranda, nenhuma Constituição sequer conseguiria esgotar seu conteúdo em um único momento⁹.

Além disso, mais do que revelar a *continuidade* do projeto constitucional, a possibilidade de desenvolvimento de novos direitos tem o condão de evidenciar que a Constituição de 1988 constitui um sistema aberto de regras e, sobretudo, de princípios, que dependem, por sua vez, de outras tantas normas para serem concretizados¹⁰. Assim, a oportunidade de alargamento do rol dos direitos prestigia, pois, exatamente o conteúdo desses princípios – e não o contrário. Parece mais adequado, *por isso*, defender que o núcleo material da Carta Magna reside, sim, na democracia – ou no seu cariz democrático.

O reenvio normativo à democracia acontece, portanto, com *todas* as normas da Constituição e, conseqüentemente, com todas as disposições infraconstitucionais. Cada norma, em algum grau, a abastece com seu conteúdo – ao mesmo tempo que

⁸ Neste sentido, “a legitimidade material da Constituição não se basta com um dar forma ou constituir de órgãos; exige uma fundamentação substantiva para os atos dos poderes públicos e daí que ela tenha de ser um parâmetro material, diretivo e inspirador desses atos. A fundamentação material é hoje essencialmente fornecida pelo catálogo de direitos fundamentais” (CANOTILHO, J.J.G. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993. p. 74).

⁹ MIRANDA, J. Nos trinta anos da Constituição de 1988. **Revista Populus**, Salvador, n. 5, dezembro, 2018, p. 93.

¹⁰ LAFER, C. **Desafios: Ética e Política**. São Paulo: Siciliano, 1995. p. 239. À título de exemplo, a relação entre os direitos de terceira e de quarta geração e o princípio da solidariedade pode ser apreendida com o seguinte exemplo: os direitos de terceira geração consagram o princípio da solidariedade e constituem, por isso, ao lado dos de quarta geração, um momento importante no processo de expansão e de reconhecimento dos direitos humanos, qualificados estes, enquanto valores indisponíveis, como prerrogativas impregnadas de natureza essencialmente inesgotável.

a democracia justifica sua razão de ser. Cabe compreender, assim, como o dever de fundamentação das decisões judiciais serve – ou se encaixa – a este Estado que se afirma democrático. Para tanto, é necessário iluminar os elementos que compõem, juntos, o eixo estrutural da democracia. A esquematização que será apresentada na sequência não está prevista expressamente no texto da Constituição de 1988. Trata-se de construção doutrinária, que, certamente, resume precisamente as traves-mestras jurídico-constitucionais do nosso estatuto político.

Canotilho e Moreira, neste sentido, indicam, como princípios estruturantes, constitutivos e indicativos da ideia diretiva de *toda* a ordem constitucional, os princípios do Estado de Direito, democrático e republicano. Para referidos autores, “o Estado de direito é democrático e só sendo-o é que é Estado de Direito. O Estado democrático é Estado de Direito e só sendo-o é que é Democrático”¹¹. Essa mesma organização é compartilhada por José Afonso da Silva¹². Há, ademais, outras tantas sistematizações que divergem em um ou em outro ponto, mas que acabam por situar esses mesmos princípios em seus vértices¹³.

É preciso esclarecer, ademais, que o recurso a estes esquemas se dá tão somente para fins didáticos porque, na prática, a tarefa de compreender estes princípios isoladamente, como se cada um representasse um universo particular, restaria, possivelmente, frustrada. Assim, é possível considerar que a democracia, como *valor institucional*, se desdobra nestes três segmentos, autênticos critérios de interpretação e de integração: os princípios do Estado de Direito, democrático e republicano.

Com isso, o dever de fundamentação das decisões judiciais, como norma constitucional, precisa(rá) ser compreendido a partir das conexões que mantém exatamente com esses três princípios, até porque, como esclarece José Afonso da

¹¹ CANOTILHO, J.J.G.; MOREIRA, V. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. Coimbra: Coimbra Editora, 1984. p. 73.

¹² SILVA, J. A. Os princípios constitucionais fundamentais. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, Brasília, v.6, n.4, p. 17-22, out./dez. 1994. p. 19.

¹³ AYRES BRITTO, C. A constituição como a lei das leis e a democracia como princípio dos princípios constitucionais: a civilizada trajetória que vai da democracia política à democracia social e à democracia fraternal ou solidária. **Revista Jurídica Escola do Poder Judiciário do Acre**, ano 2, n. 2, 2022. Oportunamente, relevante mencionar o esquema apresentado por Carlos Ayres Britto. Neste, o ex-ministro do STF coloca a democracia como o princípio maior, como o princípio-continente. Na sequência, entenderá que a República e a Federação constituem os primeiros princípios-conteúdos da democracia como princípio supremo. Parece, cabe elucidar, que o princípio do Estado de Direito não foi expressamente citado por ter sido, aparentemente, incluído na ideia de democracia. Assim, consta que “a democracia, ali no Título I, com o nome de Estado Democrático de Direito, foi erigido a princípio maior” (p. 128).

Silva, é o sentido destas normas que deverá conduzir à aplicação das demais do ordenamento jurídico brasileiro. Os órgãos do Poder, especialmente o Judiciário, devem, pois, considerá-las regentes e operantes no momento da criação e aplicação do direito¹⁴. Cabe, pois, (tentar) iluminar a relevância *particular* das conexões que a norma prevista no artigo 93, IX, da Carta Magna mantém com esses princípios.

Canotilho logo defende que a liberdade do magistrado *não* pode ser concebida como liberdade de motivos ou de determinação, completamente alheia às determinantes materiais, contidas exatamente nessas normas constitucionais hierarquicamente superiores¹⁵. O jurista português, ainda que aparentemente sem intenção, parece ter tratado, neste ponto, justamente do conteúdo da fundamentação.

Outrossim, um dos aspectos nucleares do Estado de Direito é a existência de princípios, regras e de procedimentos. A fundamentação é, pois, por este ângulo, um procedimento a ser observado. Pode – ou, ao menos, deve – ser compreendida, sim, como um *modo de proceder*. Assim, por este recorte, os representantes do Poder Judiciário, quando fundamentam suas decisões, estão densificando o princípio do Estado de Direito.

Não por outra razão Canotilho sustenta que do princípio do Estado de Direito deduz-se, sem qualquer dúvida, a existência de um *procedimento* justo e adequado ao *acesso ao direito* e de *realização dos direitos*¹⁶. Neste enredo, a Constituição precisa, então, estabelecer garantias gerais de procedimentos e de processo. E assim o fez. Nesta sistemática¹⁷, o jurista português reconhece, inclusive, o *princípio* da fundamentação dos atos judiciais exatamente como uma garantia *de processo* judicial e o posiciona dentro do princípio da proteção jurídica e das garantias processuais.

¹⁴ SILVA, J. A. Aplicabilidade das normas constitucionais. **Revista Pensar**, Fortaleza, v. 2, n. 2, p. 7-22, ago. 1993. p. 10.

¹⁵ CANOTILHO, J. J. G. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994. p. 247.

¹⁶ CANOTILHO, 1993, p. 385.

¹⁷ Dentro da categoria das garantias processuais e procedimentos, que está dentro do princípio da proteção jurídica e das garantias processuais, Canotilho a divide em outras três categorias: a) garantias de processo judicial, na qual estão o princípio do juiz legal, o princípio da audição, o princípio de igualdade processual das partes e o princípio da conformação do processo segundo os direitos fundamentais; b) as garantias de processo penal, na qual estão a garantia de audiência do arguido, a proibição de tribunais de exceção, a proibição de dupla incriminação, princípio da notificação das decisões penais, o princípio do contraditório, etc.; c) garantias do procedimento administrativo, na qual estão o direito de participação do particular nos procedimentos em que está interessado, da imparcialidade da administração, da informação, etc. (CANOTILHO, 1993, p. 385-386).

Este, como assinalado anteriormente, concretizador do princípio do Estado de Direito¹⁸.

Faz-se necessário assimilar, portanto, o que este processo visa garantir. Afinal, se a fundamentação busca garanti-lo, busca, também, garantir exatamente os objetos de interesse deste processo. Assim, importa sublinhar que este processo do qual estamos tratando precisa ser entendido como uma metodologia de garantia de direitos fundamentais. Neste sentido, sem perder de vista as teorizações que tentam apresentar contornos mais rígidos, que serão tratadas em outro momento, o processo a ser garantido pela fundamentação deve ser compreendido, singelamente, como um instrumento de atuação das fórmulas constitucionais¹⁹.

Ademais, a qualidade da relação que deve existir entre o dever de fundamentação e outras tantas normas constitucionais (sobretudo entre as normas-garantia) pode ser apreendida com a lição de Bargi:

Há, entre as garantias – imparcialidade, independência, juiz natural, duplo grau de jurisdição, *contraditório*, igualdade processual etc. - uma *interpenetração recíproca*, de tal modo que umas conferem efetividade às outras e são também por estas reforçadas, dando lugar a um sistema circular apto a assegurar, em níveis cada vez mais elevados, a proteção do indivíduo por meio do processo²⁰.

Finalmente, necessário lançar mão de uma consideração que apresenta, talvez, alguns contornos problemáticos do objeto da pesquisa. A existência de regras e de procedimentos costuma ser vinculada aos Poderes Legislativo e ao Executivo. Diz-se, e muito, que o legislador deve observar a lei com rigor, que não pode ultrapassar seus limites e que deve respeitar as formalidades nela impostas. Diz-se, também, que o administrador deve executar o previsto na lei e promover políticas públicas. O Poder Judiciário, talvez, por receber da própria Constituição a missão de garantir o cumprimento de suas diretivas, figura não raras vezes apenas como controlador (dos demais Poderes).

No entanto, por mais que esse Poder detenha, certamente, essa competência, ainda está abaixo da Carta Magna, isto é, também precisa respeitá-la em todas as

¹⁸ CANOTILHO, 1993, p. 385.

¹⁹ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Processo e Constituição: o devido processo legal. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, n. 23-24, 1982.

²⁰ BARGI, A. **Procedimento probatorio e giusto processo**. Napoli: Jovene, 1990. p. 105.

suas dimensões. Em outras palavras, o Poder Judiciário também precisa ser controlado (inclusive no que tange à exigência de fundamentação de suas decisões). Neste ponto, Canotilho esclarece que a garantia da proteção jurídica se dá também contra o juiz e os atos do poder judicial, não se podendo admitir, num Estado de direito democrático, que os juízes, detentores de poderes públicos e vinculados aos direitos fundamentais, pudessem ficar impunes *ad infinitum* no caso de violação destes direitos²¹.

Ocorre que é, precisamente, o *controle* do dever²² de fundamentação pelo Poder Judiciário que se revela bastante frágil. É neste ponto que surge um cenário de vulnerabilidade ao constitucional sistema de freios e contrapesos: um magistrado responsável por atestar o cumprimento do dever de fundamentação, por outro magistrado, assim o fará necessariamente por meio da fundamentação. Contudo, sem uma referência minimamente objetiva do que pode ou não ser considerado fundamentado, como controlar a fundamentação da decisão que atesta que determinada decisão esteve devidamente fundamentada?

É possível sinalizar, portanto, que o dever de fundamentação como norma constitucional é um dos pontos basilares do próprio Estado de Direito, sobretudo por representar não apenas uma garantia de procedimento e/ou de processo, mas, também, por representar o próprio procedimento a ser seguido pelos magistrados. Certamente, essa obrigação conseguirá revelar sua feição procedimental se e quando ela apresentar parâmetros que possam ser submetidos a um controle. Aliás, parece ser exatamente esse o ponto de contato entre Estado de Direito e procedimento, é dizer a possibilidade *concreta* de fiscalização do cumprimento deste modo de proceder.

1.1.2 O princípio democrático e o dever de fundamentação das decisões: fortalecimento de um cidadão-partícipe

Afora o já apresentado, o Estado de Direito desejado pela Constituição de 1988 não pode se contentar com um programa que seja *estranho* aos cidadãos, ou seja, com a possibilidade destes cidadãos só poderem exigir um controle jurídico dos

²¹ CANOTILHO, 1993, p. 388.

²² Esclarece-se que o texto não fará distinção entre as expressões “dever” e “obrigação”. Ambas, nesta pesquisa, quando mencionadas, estarão tratando de atividades que o magistrado deverá necessariamente observar, sob pena de o interessado poder reclamar e, também, uma autoridade superior poder forçá-lo a fazer.

atos deste Estado. Há que se considerar ainda, alguns *custos democráticos*²³. O princípio democrático, assim, como adiantado, inaugura o processo de democratização material da administração pública – e, por administração pública, deve ser entendido todos os Poderes que estão à serviço da *coisa pública*.

Cabe, oportunamente, esclarecer algumas dimensões dessa democracia, visto que nem todas conversam forte e diretamente com o dever de fundamentação. Sob a ótica da teoria democrática representativa, a democracia é vista nos órgãos representativos, nas eleições periódicas, no pluralismo partidário e na separação dos Poderes. Essa vertente não parece, à primeira vista, muito próxima do objeto da pesquisa. No entanto, o princípio democrático implica, também, na estruturação de processos que ofereçam aos cidadãos *efetivas* possibilidades de apreender a democracia e, principalmente, de participar dos processos de decisão e de exercer, assim, o controle crítico na divergência de opiniões²⁴.

Aqui, certamente, a conexão se mostra mais estreita. Afinal, se a democracia envolve a compreensão, a participação, a integração e o envolvimento dos cidadãos, a jurisdição há de prover (com fundamentação adequada) ferramentas e instrumentos para o exercício do controle crítico daquela atividade estatal. Neste sentido ainda, vale recordar que Häberle sinaliza que o princípio democrático faz ampliar, inclusive, o número de intérpretes da Constituição. Quer dizer com isso que a democracia deve deixar de se desenvolver apenas no contexto da delegação de responsabilidade formal do povo para órgãos estatais para abraçar, igualmente como intérpretes, o próprio povo²⁵.

Deste modo, o destinatário da norma penal e processual penal também precisa ser (e ser visto como) um participante ativo do seu processo de interpretação. Exige-se, então, *intensa* participação dos acusados (mediados, sempre, por seus

²³ Canotilho deixa em evidência a necessidade de o Estado de Direito ter que assumir (altos) custos democráticos para que possa ser vislumbrada uma sociedade nos termos esperados pela Constituição. Registra, neste sentido, que o poder político carece de uma legitimação e justificação que só pode vir do povo, *mas* que a forma democrática exigirá, sempre, *procedimentos, formas* e processos de modo a evitar uma democracia sem Estado de Direito e, naturalmente, um Estado de Direito sem democracia (CANOTILHO, 1993, p. 347).

²⁴ *Ibid.*, p. 388.

²⁵ HABERLE, P. **Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2022, p. 31.

representantes processuais) na aferição crítica e no desenvolvimento do direito por meio da justiça²⁶.

Desta maneira, na medida em que o direito processual, sob ótica constitucional, exige que a condição de parte traga elementos da própria participação democrática, novas formas de participação do cidadão são demandadas, como, a título de exemplo, o desenvolvimento e aprimoramento de formas mais eficazes de interação nas audiências judiciais, o que perpassa inclusive pela depuração e simplificação da linguagem (de resto bem-vinda aos próprios profissionais do Direito) nas interações com o cidadão comum.

Ainda assim, por mais que a democracia demande, hoje, alternativas diversas que possam concretamente integrar os indivíduos na sociedade (especialmente nos momentos de decisão), faz-se necessário destacar que, em sede processual, o *contraditório* ainda é um dos canais mais promissores (e fundamentais), desde que, naturalmente, seja adequadamente observado. É possível dizer, pois, que não haverá democracia sem contraditório ou, em outras palavras, que o contraditório é uma condição necessária à democracia.

O contraditório, nesta trama, se mostra esperadamente uma peça essencial do processo. Trata-se, certamente, de um dos pilares do seu eixo estrutural. A construção de um conceito para ele, seja qual for, precisará evidenciar e potencializar essa participação do indivíduo. Por isso, suficiente, por ora, a noção de contraditório como um *espaço procedimentalizado* para a garantia da participação dos afetados na construção do provimento final²⁷. Essa (tentativa de) definição, apesar de se mostrar bastante abrangente, consegue, ainda assim, dar conta de apresentar as questões nucleares que devem estar associadas ao contraditório (e ao processo): a participação concreta dos envolvidos e a superação da ideia do juiz como construtor singular da decisão.

Assim, por este ângulo genuinamente democrático, o contraditório revela suas duas propriedades particulares: a (possibilidade de) influência das partes e a garantia de que não deverão ser afetadas por uma decisão que não tenha contado com participação de cada uma delas. Barros e Marques, didaticamente, explicam que

²⁶ HABERLE, 2022, p. 15.

²⁷ BARROS, F. M.; MARQUES, L. A. M. A atuação do juiz no contraditório dinâmico: uma análise comparativa entre o sistema processual penal adversarial chileno e o modelo constitucional de processo brasileiro. In: GONZÁLEZ, L. **Desafiando a Inquisição**: ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil. Santiago, Chile: CEJA-JSCA, 2017. p. 348.

esses atributos se referem ao princípio da influência e à garantia da não surpresa, respectivamente²⁸.

Streck, neste mesmo sentido, esclarece que o contraditório precisa garantir a coparticipação e o debate das partes, a influência dos argumentos suscitados por todos os sujeitos processuais e, ainda, certificar que, nas decisões, não apareçam fundamentos que não tenham sido submetidos ao espaço público processual²⁹.

Todos esses contornos do contraditório objetivam, como se observa, a potencialização da participação do indivíduo. Afinal, não se permite mais que a decisão seja um simples ato de inteligência de um terceiro. Essa decisão, portanto, deve ser um produto de um esforço de reconstrução do caso pelas partes. Não por outra razão Streck entende, com razão, que a influência das partes é uma *condição de legitimidade* do provimento final. É dizer, pois, que *não* será legítima qualquer decisão que não tiver sido efetivamente *influenciada* pela argumentação das partes³⁰. Em outras palavras, a decisão deverá ser o *reflexo* da participação dos envolvidos no processo³¹. Neste ponto, ganha destaque a conexão umbilical entre o contraditório, como parte nuclear do eixo estrutural do processo constitucionalizado, e a fundamentação.

Há que se compreender que o princípio da influência e a garantia da não surpresa, considerados solitariamente, não bastam. É dizer que a observância de ambos não garante que a decisão judicial venha a ser, diretamente, um produto das partes. Nada obsta, *na prática*, que um magistrado considere exaustiva e cuidadosamente, como deve, todas as teses levantadas e discutidas pelas partes, as deixe cientes de todos os atos processuais e, ainda assim, ao final, no ato decisório, deixe de mencioná-las. A fundamentação, neste enredo, tem a responsabilidade de preencher exatamente este espaço deixado pelo contraditório. Assim, Barros e Marques esclarecem que:

²⁸ GONZÁLEZ, 2017, p.348-349.

²⁹ STRECK, L. Novo Código de Processo Penal: O problema dos sincretismos de sistemas (inquisitorial e acusatório). **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 46, n. 183, jul./set. 2009. p. 128-129.

³⁰ *Ibid.*, p. 130.

³¹ Explica Marques que, se a principiologia constitucional exige que o ato decisório seja construído no processo de forma compartilhada, a fundamentação precisa espelhar a argumentação jurídica empreendida pelas partes e mostrar, por meio da prova produzida, porque a decisão enuncia a resposta adequada, diante de pontos de vistas opostos (MARQUES, L. A. M. O modelo constitucional de processo e o eixo estrutural da processualidade democrática. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 2, n. 1, 2016. p. 53).

A fundamentação é indissociável do contraditório, pois a participação dos afetados na construção do provimento só será *plenamente* garantida se a decisão apresentar *em sua fundamentação* a argumentação dos respectivos afetados.

Afora isso, é preciso deixar em relevo máximo que o contraditório visa potencializar a *participação* concreta, ou seja, não busca garantir o êxito de uma ou de outra parte. Essa preocupação trazida pelo contraditório impactará, sem dúvida alguma, a fundamentação, pois, desta maneira, a motivação deverá ser ampla, abrangendo não apenas a versão aceita, mas também as razões pelas quais o julgador recusou a versão contrária. Cabe sublinhar, portanto, que do direito de participação das partes deverá decorrer o *direito de obter respostas* para todas as suas alegações e provas³².

Neste sentido, Streck sintetiza o que está em jogo ao pontuar que “é a partir do fiel cumprimento do dever fundamental de fundamentar as decisões judiciais que deverão ser equacionadas a questão da democracia que subjaz ao devido processo penal”³³. Também a realçar a relação estreita que a democracia mantém com o Estado de Direito, colhe-se um excerto de Häberle:

O juiz está em permanente comunicação ou em diálogo com as partes, com os colegas do tribunal, com o mundo jurídico, com o povo etc. Essas influências contêm também uma parte de legitimação e evitam o livre arbítrio da interpretação judicial. *Legitimação* essa que não há de ser entendida apenas em seu sentido formal. Resulta da participação, isto é, da *influência qualitativa e de conteúdo* dos participantes sobre a decisão³⁴.

O dever de fundamentação, então, se mostra como o procedimento a partir do qual o magistrado conseguirá demonstrar que o seu provimento final contou *efetivamente* com a participação do cidadão, assegurando o uso adequado dos canais de participação das partes. É possível afirmar, portanto, que a participação, isto é, a *matéria* do princípio democrático é *uma das* expressões do dever de fundamentação. Vale dizer, a norma prevista no artigo 93, IX, da Carta Magna potencializa as normas que materializam a democracia, ou seja, as normas que estabelecem direitos e garantias do indivíduo (à guisa de exemplo, o direito à prova – além do próprio contraditório).

³² STRECK, 2009, p. 131.

³³ *Ibid.*, p. 131.

³⁴ HÄBERLE, 2022, p. 31.

Em suma, a influência *qualitativa* da participação ilustra, enfim, o ponto de contato entre o dever de fundamentação e a democracia e o Estado de Direito. A garantia de uma influência com qualidade, isto é, *efetivamente decisiva*, exigirá necessariamente um mecanismo de controle, é dizer, que a torne controlável. Portanto, fundamentação, contraditório e democracia se alimentam reciprocamente. E as duas propriedades (ser procedimento e matéria) devem ser buscadas na disposição que abriga o dever de fundamentação das decisões³⁵.

1.1.3 A contribuição da fundamentação para com a coisa pública

Como explorado acima, o princípio republicano também mantém conexão íntima com a norma prevista no artigo 93, IX, da Constituição de 1988, assim como com os outros princípios estruturantes. Neste momento, serão apresentados os pontos de contato entre essas duas disposições constitucionais.

Desde logo, cumpre evidenciar que um dos objetos da República é a *igualdade perante e na lei*. Explica Sarmiento que ninguém deve(ria) estar abaixo e acima das leis. Busca-se, com isso, a horizontalidade nas relações sociais³⁶. No entanto, sabidamente, por questões históricas, estruturais e culturais, a sociedade brasileira ainda precisa caminhar para que esse componente seja garantido. É sabido que um amplo contingente de pessoas não consegue exercer – nem de longe – os direitos que são garantidos pela ordem jurídica. Oportunamente, esclarece ainda que parcela significativa dessas pessoas desafortunadas estão vinculadas ao sistema de justiça criminal. Por isso, interessa particularmente a transcrição que segue:

Presos, favelados e a população de rua, dentre outros grupos de excluídos normalmente *não* se beneficiam das normas jurídicas vigentes, como se estivessem fora do contrato social. Relacionam-se com o Estado sobretudo pelo contato com o seu aparelho repressivo-punitivo: são as vítimas das execuções sumárias; os favelados “esculachados” pela polícia em suas operações; as pessoas que lotam as nossas “masmorras medievais”. Um claro exemplo de *violação antirrepublicana* da igualdade perante a lei se dá na aplicação da Lei de Entorpecentes. Quando a polícia flagra jovens negros e pobres na posse de pequenas quantidades de droga, enquadra-os como

³⁵ Häberle sinaliza que questionamentos sobre o *método* de interpretação da norma só podem ser feitos quando se falar de uma interpretação intencional e consciente, isto é, dos intérpretes jurídicos, como o juiz. A interpretação do cidadão, que vive a norma dispensa uma ou outro método. Entende Häberle que toda a atualização da Constituição, por meio de qualquer indivíduo, constitui, ainda que parcialmente, uma interpretação constitucional antecipada (HÄBERLE, 2022, p.13-14).

³⁶ SARMENTO, D. O Princípio Republicano nos 30 anos da Constituição de 1988: por uma República Inclusiva. **Revista EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 3, p. 296-318, set./dez. 2018. p. 307.

traficantes e eles são presos. Mas quando as mesmas quantidades são encontradas com pessoas de classe social mais elevada, essas são tratadas como consumidoras e não se sujeitam ao cárcere³⁷.

É preciso destacar que, apesar de a igualdade se apresentar como um pilar elementar já daquele Estado de Direito que superou o Estado absoluto, a desigualdade social, *ainda hoje*, é um dos fatores que tem minado a possibilidade de sucesso do princípio republicano. Cada Poder estatal, portanto, dentro de suas competências, precisa *promover* a igualdade.

Neste sentido, para além da previsão expressa deste princípio no corpo da Carta Magna (artigo 5º, I), o constituinte se preocupou em prever a dignidade como *fundamento* e a construção de uma sociedade justa e a erradicação da pobreza como *objetivos* da República. *Todas* essas disposições também visam concretizar a República. É possível assegurar que todas, ademais, terminam por brindar a igualdade e, ainda, estão previstas em normas constitucionais que vinculam necessariamente todos os Poderes, inclusive o Judiciário³⁸.

Portanto, precisam os magistrados considerá-las, sobretudo no momento do ato decisório, já que é neste instante que as suas ações apresentam um maior potencial de transformação. Devem os juízes, assim, nas palavras de Philip Petit, contribuir para a construção de uma sociedade decente, é dizer, para o desenvolvimento de uma sociedade cujas instituições deixem, finalmente, de humilhar as pessoas, de privar o cidadão em sua honra e passem a tratá-las exatamente como seres humanos³⁹.

Deste modo, máximo relevo merece essa vertente do princípio republicano por revelar (mais) um substrato *material* da fundamentação. Ainda, é relevante notar e sinalizar, sem demora, que a possibilidade de mudança (de transformação) parece não residir na prerrogativa de decidir, mas, sim na *obrigação* que o juiz tem de, então, adotar um discurso que possa concretamente modificar positivamente a realidade dos jurisdicionados e dos cidadãos. O juiz precisa, pois, incorporar às decisões esse

³⁷ SARMENTO, 2018, p. 308.

³⁸ Sobre esse ponto, Canotilho destaca que a realização da Constituição é uma tarefa de todos os órgãos constitucionais, inclusive do Judiciário. Esse Poder deve aplicar as normas constitucionais, fazendo dela uma Constituição eficaz. Por realizar, entende-se tornar eficazes as normas constitucionais, os princípios e regras (CANOTILHO, 1993, p.201-202).

³⁹ PETIT, P. Freedom with Honor: A republican ideal. **Social Research**, v. 64, n. 1, 1997, p. 52.

substrato material⁴⁰. Aliás, mais do que simplesmente incorporar, ele deve *buscar, sempre* que possível, a igualdade.

Logo, apesar de o processo penal hodierno acabar representando, em grande medida, apenas uma resposta repressiva do Estado, o princípio republicano e a igualdade são vetores que devem, certamente, conduzir este processo. Relevante pontuar, portanto, que eventual dificuldade de inclusão desse elemento no processo penal terá o condão de indicar certa resistência em assegurar as intenções constitucionais.

Neste sentido ainda, dispõe Canotilho que a vinculação dos tribunais à garantia dos direitos é efetivada justamente através da determinação e *direção* das decisões *pelos* direitos fundamentais materiais. Há que acentuar, oportuna e novamente, a eficácia recíproca que existe entre estes direitos e o procedimento. Se por um lado o procedimento precisa ser determinado, sempre, por estes direitos, por outro a concretização destes dependerá certamente da observância de um procedimento que tenha sido organizado, de fato, à luz (e para estes) destes mesmos direitos⁴¹.

Importa, no mais, ampliar essa relação, sobretudo quando compreendido que esses direitos *não* podem ser desconectados das normas-base que estruturam o ordenamento jurídico (especialmente, dos princípios já mencionados neste capítulo). Portanto, como visto em outras oportunidades, os princípios que tonificam estes direitos fundamentais também devem *direcionar* a construção do procedimento judicial, permitir a sua compreensão e, naturalmente, influenciá-lo.

Há que se reconhecer, contudo, que muitos magistrados pouco saberão como buscar a horizontalidade nas relações sociais em sede de um processo penal (aqui, especialmente a partir da promoção da igualdade). Herança, quiçá, do ensino universitário que, *mesmo hoje*, insiste em informar que as respostas às questões sociais podem ser encontradas (apenas) na literalidade dos enunciados das leis. De fato, neste cenário, cabe registrar que o Código de Processo Penal não ostenta um

⁴⁰ Assinala Canotilho, neste ponto, que a parametricidade material das normas constitucionais conduz a exigência da conformidade substancial dos atos de Estado e dos Poderes Públicos com as normas e princípios hierarquicamente superiores da Constituição. O mesmo acontece com o Judiciário, que passa a precisar considerar para o exercício do poder o referencial material extraído da Constituição (PETIT, 1997, p. 74, 956).

⁴¹ *Ibid.*, p. 586.

único artigo sequer que obrigue o juiz a observar a igualdade (ou outras tantas disposições similares).

É possível perceber, aqui, à guisa de comparação, que o diploma processual penal brasileiro deixa de prever importantes orientações hermenêuticas que o Código de Processo Civil exhibe logo em seu artigo 1º⁴². Ainda assim, não parece demais defender que um intérprete ciente das intenções constitucionais poderia ampliar o alcance de uma ou de outra disposição desse diploma processual, isto é, submetê-las a uma filtragem (interpretação) constitucional. Ademais, não podemos olvidar que a antiga “Lei de Introdução ao Código Civil” (Decreto-Lei n. 4657/42), revigorada em 2017 como “Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro” (LINDB), já previa, em sua redação original, até hoje mantida (artigo 5º) que “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum” e, ainda, que a Lei n. 13.655/2018 acrescentou à LINDB o artigo 20, nos seguintes termos:

Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas⁴³.

Também vale destacar que o artigo 27 da LINDB estabelece que a decisão do processo, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, poderá impor compensação por *benefícios indevidos ou prejuízos anormais ou injustos* resultantes do processo ou da conduta dos envolvidos. Sobre esse último artigo, é necessário reconhecer que o processo penal é marcado por eventos que podem provocar os prejuízos exigidos pelo dispositivo em questão.

Por exemplo, processos que tratam do crime de tráfico de drogas, não raras vezes, começam com discricionariedades e excessos da polícia (abordagem pessoal ilegal e/ou violação de domicílio). Ainda que nulidades possam ser suscitadas pela

⁴² O artigo 1º do Código de Processo Civil de 2015 estabelece que o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil (STRECK, 2015).

⁴³ BRASIL. Lei n. 13.655, de 25 de abril de 2018. Inclui 16 novos artigos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), instituída pelo Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 25 abr. 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm. Acesso em: 13 ago. 2024.

defesa, essa impugnação não tem o condão de tornar inexistentes os danos que, muitas vezes, decorrem desses exageros.

A propósito, cabe pontuar que, muito por falta de indícios visíveis, até mesmo pela audiência de custódia (frequentemente) não ocorrer dentro do prazo legal, a visualização desses prejuízos acaba sendo inviabilizada. Neste mesmo sentido, processos que buscam a responsabilização pela prática de crimes patrimoniais, como furto e roubo, também acabam desconsiderando agressões que muitos acusados sofrem no momento da apreensão. É possível incluir nesse rol de prejuízos anormais ou injustos a longa duração do processo penal.

São, portanto, várias as situações que podem se amoldar aos prejuízos anormais ou injustos exigidos. Em verdade, tratam-se, infelizmente, de prejuízos *normais*, já que, hoje, não são mais eventos esporádicos. Ainda assim, se não são genuinamente anormais, são mais que injustos. Representam, certamente, punições não previstas na lei. A compensação, neste enredo, torna-se possível e, mais que isso, considerando a responsabilidade dos representantes do Poder Judiciário para com a dignidade da pessoa, a construção de uma sociedade justa e, certamente, para com os direitos fundamentais, um *dever* a ser observado pelo magistrado criminal.

Cabe nesta ocasião esclarecer o contexto de construção destas disposições. Assim, explica Didier que a disposição da LINDB surgiu para garantir a segurança jurídica por meio da entrega de decisões mais qualificadas⁴⁴. Leal, por sua vez, de forma bastante cirúrgica, destaca que, em um cenário de elevada carência argumentativa, obrigar tomadores de decisão a, ao lado de princípios vagos, considerar mais um *elemento de justificação*, pode contribuir para o aumento da qualidade da fundamentação das suas decisões⁴⁵. Reconheceu-se, pois, que o cumprimento do dever de fundamentação, como norma constitucional, tem deixado a desejar.

⁴⁴ DIDIER, F.S.; OLIVEIRA, R. A. Dever judicial de considerar as consequências práticas da decisão: interpretando o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. **A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, n. 75, p. 143-160, jan./mar. 2019. p. 145.

⁴⁵ LEAL, F. Inclinações pragmáticas no Direito Administrativo: nova agenda, novos problemas. O caso do PL 349/15. In: MENDONÇA, J. V. S.; LEAL, F. (coord.). **Transformações do Direito Administrativo**: consequencialismo e estratégias regulatórias. Rio de Janeiro: UERJ/FGV-Rio, 2017. p. 27.

Neste mesmo enredo, Sundfeld, um dos responsáveis pelo projeto de lei que deu origem à Lei n. 13.655 de 2018⁴⁶, assim justificou a integração desse postulado e da regra de densificação do dever de fundamentação:

A simples pertinência de um princípio ao caso concreto não é bastante para justificar a solução específica. É indispensável formular *explicitamente* a regra geral que se vai aplicar, justificando-a com a *análise profunda das alternativas existentes*, de seus custos e, ainda, de seus possíveis efeitos positivos e negativos⁴⁷.

A respeito especificamente da regra que densifica a norma prevista no artigo 93, IX, da Constituição da República de 1988, importa assinalar que essas disposições revelam pronta e claramente a preocupação para com a *explicitação* do percurso que o magistrado deve percorrer até a assunção das consequências de sua decisão. Para não restar dúvida, Didier explica que:

O artigo 20 acrescenta uma *regra específica de fundamentação* ao reclamar que a exigência do conceito jurídico indeterminado não apenas esteja demonstrada no caso concreto como, também, que fique claro que o julgador *considerou as consequências* práticas decorrentes de cada um dos sentidos possíveis decorrentes e que avaliou tais consequências à luz da proporcionalidade⁴⁸.

Didier, ainda, ao considerar *especificamente* o artigo 20 da LINDB, defende, então, que o juiz, ao se deparar com princípios normativos indeterminados, deve(rá) buscar os seus sentidos possíveis, sopesar esses sentidos considerando as possíveis consequências de cada um e, por fim, à luz dessas consequências, definir o sentido a ser atribuído⁴⁹. São essas as etapas, portanto, que deverão ser explicitadas segundo este doutrinador.

Há que se defender, no mais, que a preocupação não pode residir apenas na discricionariedade do magistrado quando encontra uma norma semanticamente aberta, mas, também, na assunção de todas as consequências potencialmente indesejadas e/ou injustas. Deste modo, é adequado afirmar, desde já, que o magistrado deve se preocupar concretamente com as repercussões de suas

⁴⁶ Essa lei incluiu o artigo 20 na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

⁴⁷ SUNDFELD, C. A. Princípio é preguiça. In: **Direito administrativo para céticos**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 206.

⁴⁸ DIDIER; OLIVEIRA, 2019, p. 152.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 149.

decisões. É oportuno alertar, ainda, que as sentenças penais são sabidamente as que promovem as consequências mais indesejadas, não apenas em razão da pena, mas, também, pelas condições de muitos estabelecimentos penitenciários brasileiros e, claro, pelo rótulo que muitos condenados recebem⁵⁰. Essa particularidade, aliás, parece acentuar a obrigação que o magistrado tem de observar seu entorno. Do contrário, não poderá compreender as consequências dos seus atos.

Neste cenário, portanto, o magistrado *precisa* explicitar os sentidos possíveis das normas penais cabíveis ao caso (não apenas dos princípios), sopesar os sentidos destas em vista das consequências (que, *muitas vezes*, são absolutamente previsíveis) e, então, definir, enfim, o melhor sentido da norma. Essa obrigação, vale destacar, novamente, decorre diretamente dessa regra especial densificadora do dever de fundamentação das decisões judiciais.

É sabido, contudo, que o limite previsto no artigo 20 da LINDB pode fazer com que alguns magistrados se preocupem com as consequências apenas quando considerados estes princípios indeterminados. Assim, para que essa regra especial não se torne inócua, faz-se necessário indicar que ela serve *prontamente*, por exemplo, à decisão que pretenda decretar a prisão preventiva de um indivíduo⁵¹. Isso porque ordem pública e econômica, conveniência da instrução criminal ou garantia da aplicação da lei penal são conceitos que trazem, seguramente, aquilo que o *caput* deste artigo entendeu por valores jurídicos abstratos⁵².

Deste modo, o magistrado, *antes* da decretação desta prisão, deve(ria) buscar os possíveis sentidos destes valores, sopesá-los em vista das possíveis consequências de cada sentido e, então, considerando esses resultados, definir o sentido a ser atribuído. É dizer, assim, que todos os desdobramentos práticos que

⁵⁰ Há que se pensar, por exemplo, ao menos à guisa de reflexão, se disposições como a prevista nos artigos em estudo não deveriam ser consideradas por juízes criminais *antes* de uma sentença condenatória. Estes juízes têm, sim, legitimidade para determinar o cumprimento da pena em regime fechado. Mas teriam a mesma legitimidade se essa determinação for, na execução da pena, privar direitos diferentes da liberdade? Essa possibilidade precisaria ser considerada por este magistrado? Neste sentido, não há como desconsiderar a ADPF n. 347, que reconheceu que há um estado de coisa inconstitucional no sistema carcerário brasileiro.

⁵¹ Segundo o artigo 312 do Código de Processo Penal, a prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.

⁵² Nos termos do parágrafo primeiro do artigo 3º do Decreto n. 9.830 de 2019, consideram-se valores jurídicos abstratos aqueles previstos em normas jurídicas com alto grau de indeterminação e abstração.

podem decorrer da segregação *cautelar* de uma pessoa quando da escolha dos significados deveriam constar expressamente na fundamentação.

Há, ademais, o elemento de justificação trazido pelo artigo 282, §6º, do Código de Processo Penal que também não pode ser desconsiderado. Logo, ao tempo que o legislador determinou que o magistrado deverá enfrentar as consequências dos sentidos atribuídos aos valores abstratos previstos na norma, definiu também que este deverá, ainda, justificar o não cabimento de medidas menos enérgicas.

É preciso ficar clara, com isso, a relação estreita que existe entre a consideração das consequências como postulado hermenêutico e a regra especial de fundamentação. Aliás, importa destacar que é exatamente a *mesma* conexão que a fundamentação mantém com o contraditório e com as exigências do República como princípio. Didier, neste sentido, esclarece finalmente que:

Não há como controlar o atendimento ao postulado (hermenêutico) inserido no *caput* do artigo 20, senão pela análise da fundamentação da decisão. É *irrelevante* que o julgador tenha considerado intimamente as consequências práticas das soluções para o problema jurídico se essa análise não tiver sido *explicitada* na fundamentação do pronunciamento⁵³.

A fundamentação, portanto, permite que a consideração das consequências das decisões se faça presente no processo e qualifique, concretamente, a atuação do magistrado. Este mesmo processo ocorre, como visto, com a participação efetiva das partes e, também, com a promoção da igualdade e com a demonstração do modo adequado de cuidar da coisa pública. Todos estes são, é possível assim sustentar, *elementos de justificação*. Já a possibilidade de controle a partir da fundamentação, por sua vez, revela a exigência de um modo de proceder particular.

De todo modo, uma alternativa (que já existe) seria observar o artigo 3º do Código de Ética da Magistratura, que estabelece que a atividade judicial – *de todas as áreas* – deve(ria) promover a *solidariedade*. O que merece destaque, agora, é justamente a relação visceral existente entre este objetivo da República (artigo 3º, I, CF/88) e a igualdade. Esta, sobretudo a material⁵⁴, depende(rá) particularmente, e

⁵³ DIDIER; OLIVEIRA, 2019, p. 158.

⁵⁴ A igualdade material refere-se à igualdade que considera concretamente as singularidades dos indivíduos e, ao final, os torna capazes das mesmas coisas. Vai além de enunciar que todos são iguais.

muito, vale já adiantar, da agregação social solidária entre os indivíduos. E é fácil entender o porquê. Quanto maior for a solidariedade social, maior será a *percepção da necessidade* de equalização das condições materiais de vida de todos⁵⁵. É dizer, em outras palavras, que quanto mais disposta a olhar o próximo estiver uma pessoa, maiores serão as chances das diferenças entre elas serem observadas, compreendidas e, assim, sentidas e atenuadas. É justamente essa postura que precisa ser internalizada, portanto, pelos magistrados – e *externalizada* na fundamentação.

Por sua vez, o artigo 25 do Código de Ética (ecoando disposições já referidas na LINDB) dispõe que, ao proferir decisões, incumbe ao magistrado atuar de forma cautelosa, atento às *consequências* que pode provocar. Neste mesmo sentido, o artigo 20 da Lei de Introdução ao Direito Civil Brasileiro. Faz-se necessário reiterar, ademais, que essa postura não deixa de ser exigida dos magistrados criminais. Novamente, muito pelo contrário. O universo criminal é, sabidamente, um ambiente fértil em desigualdade e desintegração social. Portanto, é um ambiente adequado para horizontalizar ou, pelo menos, atenuar a verticalidade das relações humanas. Sabe-se que a maioria significativa dos encarcerados praticaram – ou desconfia-se que tenham praticado – os crimes de tráfico de drogas, roubo e furto (Dados do CNJ no Tópico 4.1).

Assim, sabe-se, igualmente, que essa maioria tem um traço em comum: todos, de uma forma ou de outra, atingidos pela desigualdade social. Todos os que ocupam as vagas do sistema penitenciário brasileiro são desigualmente tratados apenas em relação a um determinado grupo. Isso porque, *entre eles*, todos são iguais. Todos estão, talvez com algumas raras exceções, inseridos em um contexto de vulnerabilidade e de segregação social. Assim, o magistrado pode e *deve* agir e, no Capítulo 4, abordaremos alguns possíveis caminhos práticos para o cumprimento desse dever constitucional, quando se deparam, por exemplo, com questões envolvendo gênero e raça, ou de desigualdade socioeconômica em geral. Vale, oportunamente, afirmar o óbvio: a prestação jurisdicional não pode mais se contentar tão somente com a imposição de uma pena.

⁵⁵ AMORIM, P. S. M. C. A solidariedade como fundamento antropológico para a busca da igualdade material. **Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco**, n. 6, 2013, p. 351.

Convém esclarecer, ainda, que *não* se pretende recomendar que pessoas de classes marginalizadas sejam sumariamente absolvidas, isto é, que a pobreza seja uma espécie de causa de exclusão de ilicitude ou de culpabilidade. Quer-se, aí sim, demonstrar apenas que, sob a égide de um Estado que se orienta por uma Constituição como a brasileira, o magistrado criminal deve ter preocupações que vão muito além da aplicação de uma pena. Os objetivos previstos na Constituição precisam se harmonizar com os objetivos do processo penal. Assim, se historicamente questões de fato (do fato punível) e de direito (relativas ao fato punível) eram as (únicas) que integravam a fundamentação das decisões judiciais, hoje outras tantas questões devem ser integradas a esse discurso.

A necessária preocupação do magistrado para com a promoção de uma igualdade real, mesmo (e principalmente) no curso de um processo penal, também pode ser assimilada por meio da compreensão das ondas de acesso à justiça⁵⁶. Cappelletti, neste contexto, defende que a horizontalidade das relações deve(ria) perpassar pela transformação dos protocolos – muitas vezes rígidos – que costumam, ainda, ser utilizados. Indica, assim, que o acesso *igual* ao direito e à justiça passaria, pois, pela adoção de procedimentos mais simples e racionais, mais econômicos, eficientes e especializados para certos tipos de controvérsias, pelo emprego de uma justiça coexistencial, pela submissão da atividade pública a formas mais acessíveis de controle e, também, pela criação de formas de justiça mais descentralizadas e participativas⁵⁷.

Deve ficar clara, no mais, a conexão que a promoção da igualdade mantém, primeiro, com os aspectos nucleares do Estado de Direito e da democracia. A

⁵⁶ Três grandes tendências evolutivas nos ordenamentos jurídicos contemporâneos revelaram distintos e sucessivos movimentos de ação e pensamento ou, ainda, três dimensões. As duas primeiras, não citadas no texto, são as seguintes: (i) dimensão constitucional, consistente na busca de certos valores fundamentais, que muitos ordenamentos modernos afirmaram com normas às quais assina-se força de *lex superior*, vinculando o próprio legislador ordinário, impondo sua observância através de formas e mecanismos jurisdicionais especiais; de tal sorte teve o fenômeno da grandiosa difusão das jurisdições constitucionais, fenômeno que encontramos decênios após a segunda guerra mundial e (ii) dimensão transnacional, consistente na tentativa de superar os rígidos critérios das soberanias, com a criação do primeiro núcleo de uma *lex universalis* e com a constituição, portanto, do primeiro núcleo de um 'governo universal' ou transnacional, o *world government* auspiciado. Essa tentativa reflete-se, em particular, na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 e nos Pactos que na mesma declaração vieram. Desses inventou-se uma primeira realização concreta; quer dizer, o Pacto Internacional sobre Direitos Civil e Políticos e o Pacto sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos adotados pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1966 (CAPPELLETTI, M. **Processo, ideologias e sociedade**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editora, 2008. p. 379-380).

⁵⁷ *Ibid.*, p. 390.

possibilidade de controle dos atos praticados pelos magistrados revela essencialmente a preocupação de todo e qualquer Estado *que se diz* de Direito. Por sua vez, o controle, sobretudo quando realizado por todos, em igual qualidade, se aproxima do ideal da República. Por isso, a simplicidade e a racionalidade (sugestões de Cappelletti) são, certamente, *atributos* de um discurso potencialmente controlável. Quando, de fato, os seus destinatários conseguem alcançá-lo, o resultado evidencia, então, a realização de um dos objetos que decorrem do princípio republicano⁵⁸.

De outro lado, a justiça participativa, também citada pelo jurista italiano, revela o quão próximos estão os princípios democrático e o republicano. Neste caso, a adoção deste formato de justiça (participativa e, quando possível, descentralizada) prestigia a *participação* dos cidadãos (sentido estrito do princípio democrático) e, também, essa participação, novamente, quando igual entre todos os participantes, se aproxima do ideal da República. Essa dinâmica relacional que existe entre esses princípios, ademais, precisa oportunamente ser aproveitada para registrar, de vez, a interdependência que caracteriza a interação existente entre essas normas.

A respeito especificamente do dever de fundamentação como norma constitucional, cabe, enfim, assegurar que essa abordagem do princípio republicano (que trata da igualdade real) determina que o magistrado criminal deverá proferir decisões *acessíveis*, isto é, efetivamente *compreensíveis*. A promoção da igualdade, neste ponto, parece definir algumas características (ou, talvez, virtudes) da fundamentação devida. Esta deve ser, pois, clara - isto é, evidente - para *todos* os interessados (na sequência será visto quem são estes interessados). Deve ser, naturalmente, *explícita*. Aliás, convém destacar oportunamente que, *por este ângulo*, a simplicidade da linguagem – a incentivada pela Portaria n. 353 de 2023 do CNJ - faz a fundamentação se aproximar das exigências constitucionais (ver mais no Tópico 2.2).

É possível afirmar, assim, que a decisão será tão controlável quanto mais for *assimilável* por todos os seus destinatários. É dizer, portanto, que a *clareza* da

⁵⁸ Interesse observar que a necessidade de promover a igualdade na sentença criminal não quer significar, *obrigatoriamente*, que o magistrado deverá abrir um tópico sobre a igualdade (assim como existe o tópico sobre as questões de fato e de direito). A satisfação do princípio republicano, tendo em vista, principalmente, seu objeto, pode se dar, também, de outras formas. Neste sentido, como demonstrado, a preocupação para com o estilo do discurso e da apresentação da sentença, à guisa de exemplo, aproxima o juiz do cumprimento dessa função.

fundamentação é também uma exigência do Estado de Direito. Por outro lado, quanto *menos* pessoas conseguirem compreender a mensagem transmitida pelo julgador, maior será a verticalidade das relações sociais – e maior a desigualdade que o magistrado produzirá a partir de sua fundamentação.

Não por outra razão a participação genuína das partes na construção do provimento tem o condão de acentuar significativamente a possibilidade de entendimento e de controle da fundamentação. Neste sentido, Ibañez, ao tratar agora da função extraprocessual da motivação, consegue apresentar os contornos que aqui estão sendo evidenciados:

[...] a sentença, ao transcender a dimensão burocrática, demanda um *estilo diverso* do convencional, que teria que concretizar-se, em primeiro lugar, em uma *linguagem diferente*, adequada para o novo tipo de comunicação, e, provavelmente, uma *nova estrutura*⁵⁹.

Afora isso, também como componente do princípio republicano, há que se destacar a preocupação para com a *responsabilidade das autoridades por seus atos*. Quer isso significar que o poder que essas figuras públicas desfrutam não só não os isenta de responsabilidades, como, pelo contrário, justifica ainda a incidência de instrumentos adequados de responsabilização⁶⁰. A intenção aqui é bastante evidente. A inexistência de quaisquer mecanismos que possa servir para apurar eventual excesso ou erro faz com que a nossa sociedade retorne ao período dos monarcas absolutos.

Nestes termos, o poder exercido pelos representantes do Poder Judiciário, como autoridades, precisa justificar a incidência de ferramentas e instrumentos para e de responsabilização e, igualmente, fomentar a criação de referências, critérios ou parâmetros que tornem possível o controle do (bom) cumprimento da função que cabe aos magistrados. A utilidade do dever de fundamentação, assim, fica patente quando se percebe que as técnicas de controle do poder estatal apontadas por Sarmiento, como a separação dos Poderes, o sistema de freios e contrapesos, a submissão à legalidade e a garantia de liberdades individuais⁶¹, apenas servirão efetivamente para o combate à tirania e à sujeição – outro componente do princípio

⁵⁹ IBAÑEZ, Perfecto Andres. **Valoração da prova e sentença penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 66-67.

⁶⁰ SARMENTO, 2018, p. 307.

⁶¹ *Ibid.*, p. 309.

republicano, vale registrar – se e quando acompanhadas de outras tantas normas que possam viabilizá-las, como, exatamente, a prevista no artigo 93, IX da Carta Magna.

Um último elemento que faz erguer a República como princípio conversa com o *modo de cuidar* desta *res* pública e que, novamente, se aproxima da norma que estabelece o dever de fundamentação das decisões. Por este viés, os responsáveis pela gestão da coisa, que é, como se sabe, *pública*, devem atuar, antes de tudo, de forma *impessoal*, ou seja, sem o favorecimento de um em detrimento de outro indivíduo, sobretudo quando este integrar grupos vulneráveis, além de, naturalmente, observar as regras de suspeição e impedimento. Exige-se, ademais, por óbvio, zelo para com aquilo que pertence a uma coletividade, isto é, para aquilo que não nos pertence. Por isso, exige-se, por conseguinte, que os agentes estatais sejam transparentes.

Esse *ser transparente*, no mais, comportamento esperado deste agente público, quando determinado pelo princípio da publicidade, quer também significar uma atuação estatal aberta, voltada ao seu destinatário real, que é a *sociedade*⁶². É imperioso que se compreenda, neste ponto, que a realização da justiça – ou da prestação jurisdicional – pertence a todos e, portanto, precisa ser de conhecimento *notório*. Neste sentido, assinalam Moraes, Fernandes e Almeida que somente quando os cidadãos sabem, por meio da publicidade, *como, quando, por que e por quem* os atos estatais são produzidos, alçando *legitimidade* interna e externa, estes passam a ser aceitos e respeitados por todos⁶³.

Nucci, especificamente tratando do universo criminal, destaca que o mérito da publicidade reside na *garantia* da imparcialidade do juiz (pois, assim, seus atos estarão sendo acompanhados pelas partes e pelo público em geral), na possibilidade de controle efetivo destes atos (quando estes chegam, justamente, a este público geral) e na consagração da persuasão racional, quando impõe-se, enfim, a motivação de suas decisões.

⁶² NUCCI, G. S. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 344.

⁶³ MORAES, M. Z.; FERNANDES, A. S.; ALMEIDA, J. R. G. **Sigilo no processo penal**: eficiência e garantismo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 41.

Não obstante, o mérito da publicidade, primeiro, parece não residir na promoção de um juiz neutro⁶⁴. O mérito da publicidade, neste sentido, deve residir, sim, na garantia de que o magistrado atuará *comprometido* com a coisa pública. O modo de cuidar desta coisa não exige um juiz neutro, mas, *muito pelo contrário*, um juiz que intenciona alcançar os objetivos constitucionais. Neste ponto, tem absoluta razão Coutinho quando sinaliza que:

O direito é *ideológico*, isto é, tutela nas suas regras *interesses* que podem facilmente ser identificados dentro de cada sociedade. Categorias linguísticas genéricas como ‘bem comum’, ‘interesse coletivo’, ‘igualdade’ e, especialmente, ‘*democracia*’ são exemplos que conseguem ilustrar, em alguma medida, o ideal buscado pela nossa sociedade. Todos estes foram, inclusive, assim como ocorre com os demais dessa mesma categoria, contemplados em *posições especiais* no texto da Constituição da República de 1988⁶⁵.

Em suma, é dizer, portanto, que o magistrado, embora tenha o dever de ser imparcial,⁶⁶ no sentido de promover tratamento igualitário às partes do processo,

⁶⁴ A imparcialidade, como pretensão de neutralidade do juiz, precisa ser reinterpretada. Essa convergência semântica – entre imparcial e neutro – deve ser sumariamente descartada. Um rápido exercício mental precisa, neste ponto, ser realizado para que essa assertiva possa ser apreendida. O magistrado, antes de ser magistrado, nasce *ser humano* – sim! – e não deixa de sê-lo quando aprovado no concurso da magistratura. E, justamente neste período anterior à investidura no cargo (de protetor da Constituição), este magistrado passa(rá) por diversas experiências que, invariavelmente, influenciarão na sua maneira de agir, de ser e de pensar. Acreditar que as crenças e convicções pessoais deste magistrado serão deixadas de lado no momento de decisão é ingenuidade ou uma estratégia daqueles que defendem a parcialidade. Portanto, a imparcialidade pode ser vista, como sugere Marques, como um mito (MARQUES, 2016, p. 48).

⁶⁵ COUTINHO, J. N. M. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, ano 30, n. 30, 1998, p. 172.

⁶⁶ Não se desconhece que, hoje, a compreensão da imparcialidade vai além. Embora seja um atributo eminentemente subjetivo, dizendo respeito à pessoa do julgador e ao seu posicionamento psíquico, em relação ao objeto do processo e às partes, a partir do julgamento do Caso Piersack vs Bélgica, pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, ganhou espaço na doutrina a distinção entre imparcialidade objetiva e subjetiva. Pode se distinguir, então, entre um aspecto subjetivo, que trata de verificar a convicção de um juiz determinado em um caso concreto, e um aspecto objetivo, isto é, se o juiz oferece garantias suficientes para excluir qualquer dúvida razoável de sua imparcialidade. No caso citado, foi decidido que “todo juiz em relação ao qual possa haver razões legítimas para duvidar de sua imparcialidade deve abster-se de julgar o processo. O que está em jogo é a confiança que os tribunais devem inspirar nos cidadãos em uma sociedade democrática”. Em outro julgado, o Caso De Cubber vs. Bélgica, o TEDH decidiu que “a própria direção, praticamente exclusiva, da instrução preparatória das ações penais empreendidas contra o requerente, o magistrado já havia formado nesta fase do processo, segundo toda verossimilhança, uma ideia sobre a culpabilidade daquele. Mais tarde, com a sentença do Caso Hauschildt vs. Dinamarca, o TEDH passou a considerar que não só a intervenção prévia do julgador na fase de investigação, mas, sobretudo, a natureza dos atos por ele praticados em tal fase, são relevantes para determinar se é fundada ou não a dúvida sobre a imparcialidade do julgador, que poderá ser comprometida em seu aspecto objetivo. O Tribunal, então, firmou posicionamento no sentido de que o juiz, em relação ao qual se possa temer legitimamente sua falta de imparcialidade, perde a confiança que os Tribunais de uma sociedade democrática hão de inspirar em seus jurisdicionados – começando, no processo penal, pela confiança dos próprios acusados. Desta maneira, segundo

deve, por outro lado, estar consciente da necessidade de ser um agente construtor da realidade em que vivemos. Assim, convém ainda assinalar que este magistrado não pode mais, então, ser considerado – e, sobretudo, se considerar - um mero aplicador de normas, responsável por exercer atividades simplesmente (re)cognitivas. Neste sentido, novamente Coutinho:

A democracia processual exige que os sujeitos se assumam ideologicamente. Por isso é que não se exige que o juiz seja tomado por neutro, mas que procure, à vista dos resultados práticos do direito, assumir um *compromisso efetivo com as reais aspirações das bases sociais*. Exige-se não mais a neutralidade, mas a clara assunção de uma postura ideológica⁶⁷.

Afora isso, importa destacar que a publicidade, por si só, não tem o condão de garantir a execução das ideias constitucionais pelo magistrado – substituindo, aqui, a pretensa neutralidade. Nota-se, facilmente, que a assunção ideológica (como seria, também, a neutralidade) não garante que os atos judiciais alcancem as partes e o público. Por isso, é preciso evidenciar a relação umbilical que existe entre a publicidade (entre o *ser transparente*) e a fundamentação.

Ainda que Nucci tenha defendido que aquela tem o mérito de consagrar a motivação, parece mais adequado pontuar que as duas mantêm uma relação de interdependência. Não por outra razão publicidade e fundamentação estão previstas na *mesma* norma constitucional⁶⁸. Ilustrativamente, é dizer, portanto, que a fundamentação precisa ser pública para poder ser controlada e a publicidade exige um *substrato material* para ser publicizado. Esse substrato, nesta oportunidade, é fornecido (também) pelo modo de cuidar da coisa pública.

Finalmente, faz-se necessário iluminar o espaço de relevância que ocupa o *indivíduo* neste esquema. O magistrado deve considerar o indivíduo como parte de

a teoria da aparência geral de imparcialidade, para que a função jurisdicional seja legitimamente exercida, não basta que o magistrado seja subjetivamente imparcial, mas é necessário também que a sociedade acredite que o julgamento se deu perante um juiz imparcial. Um julgamento que toda a sociedade acredite ter sido realizado por um juiz parcial será tão pernicioso e ilegítimo quanto um julgamento realizado perante um juiz intimamente comprometido com uma das partes. Consequentemente, tão importante quanto o juiz ser imparcial, é o juiz parecer ser imparcial. Se a sociedade não acredita que a justiça foi feita, porque ao acusado não foi assegurado um julgamento imparcial, o resultado de tal processo será ilegítimo e prejudicial ao Poder Judiciário (BADARÓ, G. **Processo Penal**. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2021. p. 76-78).

⁶⁷ COUTINHO, 1998, p. 173.

⁶⁸ Conforme artigo 93, IX da CR/88: todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão *públicos*, e *fundamentadas* todas as decisões [...].

um processo (viés democrático) e, também, como membro de uma coletividade (viés republicano). Essas duas condições devem, pois, conduzir a atuação judicial ou, em outras palavras, *qualificar* a fundamentação das suas decisões.

Neste sentido, Sarmento esclarece que:

O ideário republicano envolve a ideia de que os cidadãos devem participar *ativamente* na gestão da *res pública*. A esfera pública é concebida como um fórum, em que existe disputa, sim, mas também a troca de razões e argumentos⁶⁹.

Portanto, o primeiro capítulo se preocupou em evidenciar que o dever de fundamentação como norma constitucional se aproxima estreitamente dos princípios nucleares do ordenamento jurídico e, assim, da Constituição da República de 1988. Desta maneira, o princípio do Estado de Direito exibiu, quiçá, a qualidade primária da fundamentação. Aliás, a relação entre este princípio e a fundamentação é, provavelmente, a mais visceral. Isso porque a norma prevista no artigo 93, IX, da Carta Magna abriga a garantia mais rudimentar de um Estado *que pretende ser* de Direito, que é a possibilidade de ser controlado.

Como visto, deverá, então, ser justamente por meio da fundamentação que todos os interessados conseguirão controlar os atos de poder. E é essa dimensão, enfim, que faz com que a fundamentação deva se preocupar com a sua estrutura, com a qualidade (objetiva) do seu discurso. O princípio democrático, por seu turno, abastece a fundamentação com um dos seus principais substratos materiais, isto é, a participação dos indivíduos nos processos de decisão. Em termos de processo, este princípio escancarou especialmente o vínculo umbilical que existe entre contraditório e a fundamentação das decisões.

Por fim, o princípio republicano, menos difundido na sociedade brasileira, potencializa as propriedades do dever de fundamentação ao tempo que integra no provimento judicial fundamentos de ordem ética (outros tantos substratos materiais ou elementos de justificação das decisões). Assim, todas essas conexões tiveram o condão de revelar também, ao fim e ao cabo, a extensão da atuação dos magistrados nos dias de hoje. Em suma, o magistrado deve(ria) permitir que sua decisão seja controlada (ou controlável), deve(ria) fomentar a participação concreta das partes e,

⁶⁹ SARMENTO, 2018, p. 314.

também, deve(ria) se mostrar, cada vez mais, um agente transformador de sua comunidade.

1.2 O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

À Constituição da República de 1988 foi dada atenção ímpar. Ainda assim, alguns ajustes finos precisam ser feitos, sem que isso, naturalmente, torne nossa Carta Magna menos relevante. Por muito tempo, por mais de um século, certamente, a cultura jurídica latino-americana adotou um paradigma jurídico fundado em três características nucleares. Uma delas é a pirâmide justamente com a Constituição no ápice da ordem jurídica. As outras duas são o hermetismo de um direito pretensamente puro, com ênfase no ângulo interno da ordem jurídica e na dimensão rigorosamente normativa e o *state approach*, que integra como conceitos estruturais e fundantes a soberania do Estado no âmbito externo e a segurança nacional no âmbito interno⁷⁰.

Hoje, como sublinha Piovesan, testemunha-se a crise desse paradigma e a emergência de um novo modelo, que tem adotado, também, três traços essenciais. A Constituição é um deles, mas agora compartilha seu espaço com tratados internacionais de direitos humanos. Repudia-se, aqui, um sistema endógeno e autorreferencial⁷¹. A pirâmide tradicional de Kelsen, em suma, é substituída por um trapézio jurídico da contemporaneidade⁷². Os outros traços são a próspera abertura do direito, caracterizado pelo diálogo interno com o externo⁷³ e, ainda, o *human rights approach*, que integra como conceitos estruturais e fundantes a soberania popular e a segurança cidadã no âmbito interno⁷⁴. A respeito desta questão, Canotilho esclarece que:

⁷⁰ PIOVESAN, F. Direitos humanos e diálogo entre jurisdições. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, n. 19, jan./jun., p. 68-69, 2012.

⁷¹ *Ibid.*, p. 69.

⁷² As Constituições latino-americanas estabelecem cláusulas constitucionais abertas, que permitem a integração entre a ordem constitucional e a ordem internacional, especialmente no campo dos direitos humanos, ampliando e expandindo o bloco de constitucionalidade. Ao processo de constitucionalização do direito internacional conjuga-se o processo de internacionalização do direito constitucional (PIOVESAN, Direitos humanos e diálogo entre jurisdições, 2012, p. 69).

⁷³ Há, aqui, permeabilidade do direito mediante o diálogo de jurisdições, empréstimos constitucionais e a interdisciplinaridade, a fomentar o diálogo do direito com outros saberes e diversos atores sociais, ressignificando, assim, a experiência jurídica. Crescem no Brasil, por exemplo, a realização de audiências públicas pelo STF, contando com os mais diversos atores sociais, para enfrentar temas complexos e de grande impacto social (PIOVESAN, Direitos humanos e diálogo entre jurisdições, 2012, p. 70).

⁷⁴ *Ibid.*, p. 71.

Os direitos humanos articulados com o relevante papel das organizações internacionais fornecem um enquadramento razoável para o constitucionalismo global. [...] o constitucionalismo global compreende a emergência de um Direito Internacional dos Direitos Humanos e a tendencial elevação da dignidade humana a pressuposto ineliminável de todos os constitucionalismos. [...] é como se o Direito Internacional fosse transformado em parâmetro de validade das próprias Constituições nacionais (cujas normas passam a ser consideradas nulas se violadoras das normas do *jus cogens* internacional)⁷⁵.

Daqui, percebe-se logo que a interpretação jurídica passou, então, a se ver pautada pela força expansiva exatamente da dignidade, como princípio, e dos direitos humanos, atribuindo, desta maneira, prevalência ao *human rights approach* (abordagem de direitos humanos). Assim, é em meio a essa transição paradigmática que emergiu, enfim, a necessidade de se fomentar – também – o controle das convenções que, de forma persistente, tratam desses direitos, isto é, de se fomentar o controle de convencionalidade e, ainda, o diálogo entre jurisdições no espaço interamericano⁷⁶.

Apesar disso, o *legado* dos regimes autoritários ditatoriais, com uma cultura de violência e de impunidade, parece ainda modular, em grande medida, o Estado brasileiro. Neste sentido, observa Piovesan que a região latino-americana tem sido caracterizada por elevado grau de exclusão e desigualdade social. O Brasil, em especial, exhibe índices igualmente preocupantes. Segundo dados da ECLAC (Economic Commission for Latin America and Caribbean), à vista dos últimos dez anos, aproximadamente 30% da população tem vivido na pobreza (1 a cada 3 brasileiros) e cerca de 10% na extrema pobreza (1 a cada 10 brasileiros)⁷⁷. São sinais de que o sistema interamericano de direitos humanos se legitima, a cada dia mais, para a proteção dos direitos humanos, sobretudo quando as instituições nacionais se mostram falhas ou omissas.

Neste percurso, é adequado afirmar que avançamos. Contudo, também, por vezes, regredimos. Desde o processo de democratização do Brasil e, sobretudo, desde a promulgação da Constituição de 1988, os mais relevantes tratados internacionais de proteção dos direitos humanos foram ratificados pelo Brasil. Ainda assim, nota Piovesan que

⁷⁵ CANOTILHO, 1993, p. 901.

⁷⁶ PIOVESAN, Direitos humanos e diálogo entre jurisdições, 2012, p. 72.

⁷⁷ Informações em: Population living in extreme poverty and poverty by geographical area. https://statistics.cepal.org/portal/cepalstat/dashboard.html?indicator_id=3328&area_id=927&lang=en. Acesso em: 19 abr. 2014.

Embora a Carta Magna seja exemplar na tutela dos direitos humanos e tenha introduzido avanços extraordinários para sua proteção, acabou por confiar a guarda do texto ao antigo Supremo Tribunal Federal, marcado até então por uma ótica acentuadamente privatista e por uma herança jurisprudencial de tempos ditatoriais. Vale dizer, a justiça de transição no Brasil foi incapaz de fomentar reformas institucionais profundas, a culminar, por exemplo, na criação de uma Corte Constitucional⁷⁸.

Em suma, a hierarquia dos tratados de direitos humanos no âmbito interno brasileiro, mesmo hoje, gera debates, isto é, não se revela, ainda, uma questão absolutamente pacífica. Não se perde de vista, aqui, o julgamento do Recurso Extraordinário n. 466.343, que, em 2008, conferiu aos tratados de direitos humanos um regime especial e diferenciado, diferente do regime jurídico aplicável aos tratados tradicionais, contrariando, pois, a jurisprudência antecedente que, desde 1977, parificava tratados internacionais às leis ordinárias⁷⁹.

De todo modo, como bem observou Piovesan, nada obstante esse *status* diferenciado aos tratados de direitos humanos, o STF acabou por divergir no que se refere à hierarquia a ser atribuída a estes tratados, restando dividido, ainda, entre a tese da supralegalidade e a da constitucionalidade dos tratados de direitos humanos⁸⁰. A Suprema Corte, então, nessa ocasião, parece ter ressuscitado a discussão a respeito do paradigma tradicional, que entende a ordem jurídica como uma pirâmide em que a Constituição assume o ponto mais elevado, e do contemporâneo, que faz essa Carta Maior compartilhar espaço com os tratados internacionais.

Em 2016, na ADI n. 5.240, de relatoria do Ministro Luiz Fux, foi firmado o entendimento de que os tratados, desde que ratificados e internalizados na ordem jurídica brasileira, ostentam um caráter supralegal. Por fim, para Piovesan, vale registrar, deve(ria) prevalecer a tese da hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos à luz de uma interpretação sistemática e teleológica da Constituição, considerando a racionalidade e integridade valorativa da Constituição de 1988⁸¹. Essa leitura soa notadamente adequada.

⁷⁸ PIOVESAN, Direitos humanos e diálogo entre jurisdições, 2012, p. 86.

⁷⁹ Essa jurisprudência anterior, aliás, mitigava e desconsiderava a força jurídica dos tratados internacionais. Tal paridade operava sempre em favor da prevalência da lei, que poderia revogar tratado, mas não poderia ser revogada por ele (PIOVESAN, Direitos humanos e diálogo entre jurisdições, 2012, p. 87).

⁸⁰ PIOVESAN, F. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 108.

⁸¹ *Ibid.*, p. 111.

Afora isso, há que se destacar, finalmente, que, em dezembro de 2021, o Conselho Nacional de Justiça recomendou textualmente que *todos* os tribunais sigam os tratados e convenções internacionais de direitos humanos em vigor no Brasil e observem a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, tendo em vista a necessidade de controle de convencionalidade das leis internas⁸². Esse julgamento, que se deu nos autos de ato normativo n. 0008759-45.2021.2.00.0000, na 61ª Sessão Extraordinária do seu Plenário, explicou em que consiste esse controle:

O mecanismo de controle de convencionalidade representa uma importante mudança no paradigma legal brasileiro, tendo em vista a premente necessidade de aproximação com o sistema regional de direitos humanos. O seu uso pode ser retratado como uma possibilidade de compatibilizar os instrumentos internacionais em direitos humanos com o ordenamento jurídico interno. Na perspectiva latino-americana, a Corte Interamericana de Direitos Humanos desponta como expoente interpretativo da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de forma a firmar precedentes e *standards* interpretativos mínimos a serem seguidos por seus Estados parte⁸³.

Além disso, convém sinalizar que essa recomendação considerou, a todo momento, os deveres do magistrado para com a sociedade. Em outras palavras, a proposta de recomendação foi acolhida à vista das atribuições destes que integram o Poder Judiciário. Desta maneira, ganharam destaque o dever de aplicação da norma que melhor beneficie a promoção dos direitos humanos e, também, o de buscar o melhor dos ordenamentos, sabendo da crescente internacionalização do direito⁸⁴.

Foi também apontado que, visando à efetiva observância dos objetivos de tratados internacionais, pode-se conjugar, em âmbito nacional, o Código de Processo Civil de 2015, que determina, em seu art. 8º, que o juiz deve atender aos fins sociais e às exigências do bem comum. Rapidamente, faz-se necessário registrar que essa disposição parece justificar - ou, ao menos sugerir - a inclusão desses mesmos fins na legislação penal e processual, o que até o momento não aconteceu.

⁸² A recomendação considerou o artigo 1º do Decreto 678/92, que estabelece que 'os Estados-Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social' e o artigo 27 do Decreto n. 7,030/09, que dispõe que 'uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado'.

⁸³ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Ato Normativo n. 0008759-45.2021.2.00.0000. Relatora Conselheira Flávia Pessoa, Brasília, julgado em 29/11/2021.

⁸⁴ *Ibid.*

Por último, sem perder de vista as decisões que trataram diretamente de direitos, que serão eventual e oportunamente incluídas na pesquisa, serão apresentados, neste momento final da seção, alguns posicionamentos firmados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos a respeito da fundamentação das decisões judiciais. Antes disso, ainda, uma leitura mais abrangente sobre a fundamentação na Convenção Americana de Direitos Humanos.

Dito isso, cabe já sublinhar que, em que pese o artigo 66.1 dessa Convenção estabeleça que as sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos também devem ser fundamentadas, ao estudar o seu artigo 8º não se encontra a garantia da fundamentação das decisões judiciais (ou algo do gênero), ainda que trate expressamente das garantias judiciais. Esse enfrentamento, no final das contas, tem sido realizado pela própria jurisprudência da CIDH, ao interpretar, justamente, este artigo aparentemente lacunoso (especificamente nesta questão)⁸⁵.

Por exemplo, no Caso Ibarra e outros vs Equador, de 2015, a Corte compreendeu que “uma exposição clara constitui parte essencial de uma correta motivação de uma decisão judicial”⁸⁶. Já no Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez vs Equador, de 2007, a Corte Interamericana de Direitos Humanos entendeu que a fundamentação suficiente “é aquela que permite que os interessados conheçam os motivos pelos quais se manteve a restrição de liberdade do indivíduo”, e que, para tanto, se faz necessário verificar se as “ações judiciais garantiram não apenas a possibilidade formal de interpor alegações, mas a forma em que, substantivamente, o direito de defesa se manifestou como verdadeira salvaguarda dos direitos do processado”.

Ademais, definiu a motivação como sendo “a exteriorização da justificação arrazoada que permite chegar a uma conclusão”⁸⁷. Em outro momento, a Corte acrescentou:

⁸⁵ O artigo 8º (1) da CADH estabelece que toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

⁸⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso “García Ibarra e outros vs Equador”**. Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 17 de novembro de 2015, parágrafo 151.

⁸⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso “Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez vs Equador”**. Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 21 de novembro de 2007, parágrafo 107.

A motivação da decisão judicial é condição de possibilidade para garantir o direito de defesa. Com efeito, a argumentação oferecida pelo juiz deve mostrar claramente que foram devidamente levados em conta os argumentos das partes, e que o conjunto de provas foi analisado rigorosamente, ainda mais em âmbitos nos quais se comprometem direitos tão importantes como a liberdade do processado⁸⁸.

Percebe-se, então, que a Corte compreendeu o dever de motivação como uma garantia vinculada à adequada administração da justiça, que passa a outorgar credibilidade às decisões judiciais no marco de uma sociedade democrática. Além disso, pareceu também concordar com o entendimento da doutrina de que a fundamentação deve se preocupar com a controlabilidade dos limites dos poderes dos órgãos judiciais, seja um controle endoprocessual ou extraprocessual⁸⁹. Esse mesmo caminho, aliás, tomaram os julgamentos a seguir demonstrados:

Quadro 1 - Julgamentos da Corte Interamericana a respeito da fundamentação das decisões

continua

Categoria	Caso(s)	Entendimento da CIDH
O magistrado é obrigado a responder todas as alegações das partes?	Caso Apitz Barbera e outros vs Venezuela (2008) e Tristán Donoso vs Panamá (2009)	O dever de fundamentar não exige uma resposta detalhada a todo argumento das partes. Varia de acordo com a natureza de cada decisão. A fundamentação da decisão judicial “deve mostrar que foram levadas em conta as alegações das partes e que o conjunto de provas foi analisado. Demonstra às partes que foram ouvidas. Por todas essas razões, é uma das garantias para salvaguardar o direito ao devido processo ¹ .
A decisão “Recebido hoje. Defiro”.	Caso Escher vs Brasil (2009)	A juíza não expôs em sua decisão a análise dos requisitos legais nem os elementos que a motivaram a conceder a medida, nem a forma e o prazo em que se realizaria a diligência ² .
A fundamentação <i>per relationem</i>	Caso López Mendonza vs Venezuela (2011)	O tomador de decisão deveria responder e sustentar autonomamente suas decisões, e não simplesmente remeter-se às prévias declarações de responsabilidade ³ .

⁸⁸ Caso “Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez vs Equador, *op.cit.*, parágrafo 118.

⁸⁹ TARUFFO, M. **La motivación de la sentencia civil**. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006. p. 356.

Quadro 1 - Julgamentos da Corte Interamericana a respeito da fundamentação das decisões

conclusão

Categoria	Caso(s)	Entendimento da CIDH
Invocação de princípios jurídicos	Caso Atala Rizzo e filhas vs Chile (2012)	O tribunal utilizou-se do princípio, sem explicar a razão pela qual desconsiderou a vontade expressa das filhas de ficar sob a guarda da mãe. Também não explicou em sua decisão como avaliou ou levou em consideração as declarações e preferências feitas pelas menores de idade que constavam nos autos. Limitou-se a fundamentar sua decisão no suposto interesse superior das três menores de idade, mas sem motivar ou fundamentar a razão pela qual se considerava legítimo ir contra a vontade expressa das meninas durante o processo de guarda. Por isso, a Corte entendeu que a decisão do tribunal superior do Chile violou o art. 8.1 da CADH ⁴ .
A fundamentação não se resume ao relatório ou ao fundamento legal	Caso Ramírez Escobar vs Guatemala (2018) e Caso López Lone e outros vs Honduras (2015)	A sentença fez uma lista das diligências e provas realizadas e as leis aplicáveis, sem realizar qualquer raciocínio sobre o interesse superior da criança nem sobre o porquê era necessária a medida excepcional de separar as crianças de sua mãe. A mera descrição das atividades ou diligências realizadas, com a enumeração das normas que poderiam resultar aplicáveis aos fatos ou condutas sancionadas, não satisfaz os requisitos de uma fundamentação adequada⁵ (Caso Ramírez Escobar vs Guatemala). ** Houve uma breve exposição dos fatos ou das condutas” e, adiante, houve uma enumeração das normas supostamente descumpridas. o tribunal superior não explicou adequadamente “a relação entre os fatos e as normas indicadas”. A mera enumeração das normas que poderiam resultar aplicáveis aos fatos ou condutas sancionadas não satisfaz os requisitos de uma adequada fundamentação⁶ (Caso López Lone e outros vs Honduras).

Notas:

¹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso “Apitz Barbera e otros vs Venezuela”**. Exceção preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 05 de agosto de 2008, parágrafos 77 e 78.

² CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso “Escher vs Brasil”**. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 06 de julho de 2009, parágrafo 140.

³ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso “López Mendonza vs Venezuela”**. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 1º de setembro de 2011, parágrafo 146.

⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso “Atala Rizzo e filhas vs. Chile”**. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de fevereiro de 2012, parágrafos 196-208.

⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso “Ramírez Escobar vs Guatemala”**. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 09 de março de 2018, parágrafos 187-192.

⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso “López Lone e outros vs Honduras”**. Exceção preliminar, Mérito, Reparações e Custas, 2015.

Fonte: O autor

À vista dessa amostra, Fonseca observou que a interpretação sobre o conceito de fundamentação de decisões judiciais da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos coincidiu, em grande parte, com a noção de fundamentação adequada quem tem sido preconizada pela doutrina processual⁹⁰. Este autor considerou, em verdade, as disposições do Código de Processo Civil, que são exatamente as mesmas das que estão previstas no Código de Processo Penal. A análise mais vertical dessas disposições será feita ao longo da pesquisa (Capítulo 2). Por ora, então, resta atestar que os recortes das decisões acima transcritas se enquadraram, uma a uma, em cada uma das situações que caracterizam decisões não fundamentadas⁹¹.

Desta maneira, é salutar ponderar que, ao mesmo tempo que direito interno e o internacional juntaram forças e reforçaram posicionamentos que buscam, de fato, tornar a fundamentação um instrumento à serviço do Estado Democrático de Direito e, mais especificamente, do processo justo, também consolidaram ideias que poderiam, sim, ser aprimoradas. A necessidade – ou, como visto, a desnecessidade – de o magistrado ter que enfrentar todos os argumentos é uma destas questões, que perpassa, inclusive, pelo contraditório, uma das conexões mais elementares da fundamentação.

Neste ambiente, Nardelli investigou algumas decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos que enfrentaram o tema e alcançou resultados semelhantes. Percebeu, logo, que a motivação também não consta expressamente no texto da Convenção Europeia de Direitos Humanos e que é considerada uma garantia que está(ria) implícita no seu artigo 6º, que trata do direito ao justo processo⁹². Identificou

⁹⁰ FONSECA, V. A fundamentação das decisões judiciais e os direitos humanos: uma interpretação convencional do art. 489, §1º do CPC a partir da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, n.16, v.23, n.1, jan./abr., 2022. p.1481.

⁹¹ O artigo 6º (1) da CEDH estabelece que qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a protecção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.

⁹² NARDELLI, M. A. M. A garantia da motivação das decisões judiciais à luz do direito ao processo justo e da jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v.15, jan./jun. 2015. p. 365.

que a CEDH entende, assim como a CIDH, que o dever de fundamentar as decisões não pode ser entendido como uma exigência de responder detalhadamente todos os argumentos suscitados pelas partes (Casos Van der Hurk vs Holanda, 1994, Ruiz Torija vs Espanha, 1994 e Hiro Balani vs Espanha, 1994)⁹³.

Encontrou também uma decisão que assegurou ser imperioso que o Tribunal realize um exame adequado das alegações, argumentos e provas e, ainda, que o magistrado não pode se contentar pura e simplesmente em endossar as conclusões da jurisdição inferior (Caso Boldea vs Romênia, 2007)⁹⁴. Observou, por fim, a atenção que recebe a função endoprocessual da fundamentação, especialmente quando a Corte expressou que os fundamentos devem ser explicitados com suficiente clareza, como pressuposto do direito das partes de apresentar um recurso (Caso Hadjianastassiou vs Grécia)⁹⁵.

Apesar das respostas obtidas, Nardelli concluiu que o Tribunal Europeu não estabeleceu qualquer formulação positiva que possa concretizar o que se entende por motivação suficiente dentro dos padrões do processo justo⁹⁶. De todos os resultados de sua pesquisa, esse parece ser o mais representativo. Isso porque, realmente, com essas interpretações da CEDH, ainda *não* é possível compreender e afirmar, com segurança, se uma decisão estará ou não devidamente fundamentada. Essa (im)possibilidade revela, sobremaneira, a dificuldade de tratar da fundamentação das decisões. Não por outra razão, *vale tentar entender*, nenhuma das duas convenções a integram em seus textos. A fundamentação é, pois, como visto, misturada e/ou confundida com o conteúdo dos artigos 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos e 6º da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

A fundamentação, de fato, atravessa (e se relaciona com) todos esses elementos que integram esses dispositivos convencionais, mas, mesmo assim, demanda – ou, melhor, *precisa* de - um espaço próprio, especialmente quando se pretende alguma mudança social. Ficam, portanto, as contribuições ímpares deste direito internacional e, também, a certeza de que precisa seguir avançando.

⁹³ NARDELLI, 2015, p. 366.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 368.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 367-368.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 368.

CAPÍTULO 2

POSTULADOS TEÓRICOS SOBRE A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS E QUESTÕES PROCESSUAIS PENAIS

2.1 O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL: CONCEITOS NÃO ESCLARECIDOS, AUSÊNCIA DE SISTEMATIZAÇÃO DAS NORMAS E A REFORMA PROMOVIDA PELA LEI N. 13.964, DE 2019

O Código de Processo Penal não se preocupa – ao menos como deveria se preocupar – em inaugurar um título ou um capítulo especial para o tema da fundamentação. Ainda que, bem se sabe, esse diploma normativo seja *anterior* à Constituição da República de 1988, o legislador ordinário poderia, sem que tivesse que enfrentar muitos obstáculos, abrir um espaço particular para tratar da norma prevista no artigo 93, IX, da Carta Magna. Isso, contudo, não ocorreu, originalmente.

Apenas em 2019, com a Lei n. 13.964, de 2019 (o chamado “Pacote anticrime”, que deu nova redação ao artigo 315 do CPP), sinalizou-se (como veremos) uma maior preocupação do legislador processual penal com alguma densificação do dever de fundamentação. Sem a pretensão de apresentar todas as normas que, de uma forma ou outra, acabaram por tratar dessa obrigação constitucional, cabe, ainda assim, apresentar um cenário global que permita demonstrar *como* o legislador aparentemente absorve(u) essa disposição constitucional e a reproduziu neste diploma processual que é diariamente utilizado por magistrados criminais.

O Código de Processo Penal, por vezes, faz uso da fundamentação como um mero *atributo* da decisão ou de um despacho. Nessas ocasiões, são simplesmente exigidas decisões *fundamentadas*. À guisa de exemplo, é o que se reclama do magistrado que decide realizar o interrogatório de réu preso pelo sistema de videoconferência ou por outro recurso tecnológico (art. 185, §2º), decreta a prisão (art. 283), relaxa a prisão ilegal, converte a prisão em flagrante em preventiva ou concede a liberdade provisória (art. 310 e incisos), substitui ou denega a prisão preventiva (art. 315), prorroga o período da prisão preventiva (art. 316, § único), substitui ou revoga interdição de direito (art. 375) e rejeita queixa ou denúncia nos processos de responsabilidade de funcionários públicos (art. 516).

Em outras tantas situações, o legislador trata diretamente de um ou de outro fundamento (cabível em determinadas ocasiões). Neste sentido, um magistrado que

recebe pedido de medida cautelar só poderá considerá-lo urgente ou de perigo se considerar apenas os *elementos do caso concreto* (art. 282, §3º). Do mesmo modo, um magistrado só poderá determinar a prisão preventiva se indicar o *não cabimento das demais medidas cautelares* (art. 282, §6º). É dizer, pois, que, neste caso, a máxima utilidade da prisão como fundamento *único* não serviria. E, ainda que desse conta de afastar o cabimento dessas outras tantas medidas, este magistrado teria que demonstrar necessariamente um *receio de perigo* e a *existência concreta de fatos novos ou contemporâneos* (art. 312, §2º).

O artigo 155, particularmente, também parece delimitar os fundamentos. Contudo, nesta oportunidade, o legislador parece ter se preocupado em prever um fundamento inadmissível (ou, melhor, insuficiente). Esse dispositivo em questão estabelece que os *elementos informativos colhidos na investigação*, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas, *quando* desconectados de qualquer outro elemento produzido no curso do processo, perdem exatamente a qualidade de fundamento.

O legislador ordinário, ao menos até 2019, como adiantado, tratava então apenas de sinalizar expressamente que algumas decisões e despachos deveriam ser fundamentados. Por mais virtuosas que sejam essas disposições, pouco contribuem, à primeira vista, para o esclarecimento do que pode ser considerada uma decisão devidamente fundamentada, isto é, pouco contribuem, de fato, para a compreensão dos contornos do dever de fundamentação das decisões. Aliás, cabe sublinhar que essas previsões sequer seriam necessárias. Afinal, se a fundamentação de *todas* as decisões é uma exigência *constitucional*, mesmo as decisões desacompanhadas dessa qualidade – fundamentadas – deveriam ser, certamente, fundamentadas.

Ainda assim, a *previsão expressa* dos fundamentos aceitáveis para um ou outro caso facilita, ainda que em termos, a satisfação do dever de fundamentação como norma constitucional. E sabemos que a escolha de conceitos notadamente *abertos* tem permitido, com grande recorrência, que os representantes do Poder Judiciário definam livremente os sentidos destes fundamentos. Basta considerar as hipóteses que têm – ou vinham - admitido o decreto de uma prisão preventiva para que seja compreendida essa zona de discricionariedade que se forma quando da escolha de parâmetros demasiada e potencialmente subjetivos. A título de exemplo, a prisão preventiva, em tese, pode ser decretada, sem qualquer óbice, como garantia

da ordem pública e econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

É dizer, portanto, que uma decisão que decretar a prisão cautelar *deverá* ser considerada fundamentada se – e somente se – o magistrado fundamentar seu decreto *nessas* condições. A lei, aqui, apesar de estabelecer expressamente a moldura fora da qual nenhum magistrado pode(ria) avançar, pecou, porém, justamente quando da construção de uma moldura notadamente *fragmentada*. Afinal, o que vem a ser ordem pública e econômica, conveniência da instrução e, enfim, garantia da aplicação da lei penal?

A possibilidade concreta de um magistrado (poder) atribuir *inúmeros* sentidos aos fundamentos acaba por transformar essa moldura em cinzas. Em verdade, em casos como este, o que se percebe é que, à vista da práxis, não há fundamento algum. Se não há fundamento, parece razoável sustentar que inexistirão quaisquer condições de se verificar o cumprimento do dever de fundamentação das decisões (e, também, de controle dos atos judiciais). Por outro ângulo, talvez seja exatamente a impossibilidade de controle da decisão que revela a inexistência de fundamento (nos termos constitucionais). Portanto, a previsão de um fundamento para determinada decisão parece ser, sim, um caminho promissor, mas certamente precisará suceder a preocupação para com essas particularidades, isto é, com a abertura de seu conceito. O fundamento adotado, seja ele qual for, precisará estar circunscrito em um espaço que permita sua apreciação racional e objetiva.

Não raras vezes são encontradas disposições no Código de Processo Penal que repetem justamente essa sistemática, ou seja, que deixam grande margem para que o magistrado adapte o sentido do fundamento exigido. É o que se nota, novamente à guisa de exemplo, no texto do artigo 126, que estabelece que, *para a decretação do sequestro, bastará a existência de indícios veementes da proveniência ilícita dos bens*. Apesar da aparente cautela do legislador, no final das contas quem decidirá *livremente* se os indícios são ou não veementes será o magistrado. Os problemas que daí decorrerão serão os mesmos do decreto da prisão preventiva.

Afora isso, conforme a leitura do texto do Código de Processo Penal avança, é possível ainda perceber que a abertura semântica dos fundamentos (previstos expressamente no corpo deste diploma processual) não se apresenta como a única questão que impacta o dever de fundamentação das decisões judiciais. Em outros dois momentos, o legislador ordinário revela o que parece ser um outro elemento de

uma decisão fundamentada ou, quiçá, apenas uma consequência necessária da falta de toda e qualquer sistematização dessa norma constitucional. Nessas ocasiões, o legislador aparentemente sugere – ou, no mínimo, permite compreender desta forma - que *fundamentar* e *justificar* são – ou podem ser - atividades distintas e/ou complementares.

Neste sentido, nos termos do parágrafo terceiro do artigo 282 do CPP, os representantes do Poder Legislativo estabeleceram que *os casos de urgência ou de perigo deverão ser justificados e fundamentados em decisão que contenha elementos do caso concreto que justifiquem a medida excepcional* e, conforme o parágrafo sexto do mesmo artigo, que *o não cabimento da substituição da prisão preventiva por outra medida cautelar deverá ser justificado de forma fundamentada nos elementos presentes do caso concreto*. Essas duas redações, sobretudo à vista da forma como foram escritas, parecem acrescentar um elemento às decisões. Não seria mais suficiente, portanto, fundamentar. O magistrado precisa(ria), ao menos nessas duas oportunidades, fundamentar e, ainda, justificar ou justificar fundamentadamente⁹⁷.

Sem antes se preocupar em estabelecer parâmetros identificadores de uma decisão fundamentada e, até mesmo, do que pode ser considerado um fundamento válido, o legislador parece ter lançado mão de um novo termo (de uma nova ação/atividade) que, invariavelmente, tem o condão de dificultar o entendimento e a concretização do dever de fundamentação como norma constitucional. Algumas questões, naturalmente, precisam ser, ao menos, consideradas: Justificar e fundamentar seriam atividades distintas? Existe a possibilidade de o magistrado fundamentar sem justificar ou de justificar sem fundamentar? Até este instante, é possível afirmar que o legislador não ofereceu quaisquer respostas para essas questões.

O CPP de 1941 parece, portanto, *pelo menos até 2019*, ter contribuído pouco para a concretização do dever de fundamentação das decisões judiciais como norma constitucional. Por isso, ainda que a previsão (e, logo, a admissão) expressa de um ou de outro fundamento possa vir a ser um caminho alvissareiro, haverá casos - talvez os mais impactantes na vida do indivíduo - que não poderão ser resolvidos de forma

⁹⁷ É sabido que as conjunções aditivas, como a letra 'e', expressam a ideia de acréscimo ou adição. Por isso, quando o legislador estabeleceu que os casos de perigo e urgência deverão ser justificados e fundamentados, acabou por definir que o juiz deve desempenhar duas atividades diferentes. Caso não tenha sido essa a intenção, terá sido invariavelmente redundante.

tão simples⁹⁸. Por exemplo, uma sentença condenatória deverá estar, sabidamente, justificada na ocorrência de um delito. Há que se questionar, pois, se a prática deste crime é um dos fundamentos da decisão ou apenas um pressuposto de uma condenação. São situações, à primeira vista, distintas.

Em outras palavras, os fundamentos de uma sentença que termina em condenação (tipicidade, ilicitude e culpabilidade) seriam os mesmos exigidos pelo artigo 93, IX, da Constituição? Basta(ria) o magistrado evidenciar que o réu praticou algum crime para considerar fundamentada uma sentença? Vale registrar, aqui, que o artigo 386 do Código de Processo Penal se preocupou em indicar que este juiz deverá absolver o acusado se reconhecer estar provada a inexistência do fato, não haver prova da existência do fato, não constituir o fato infração penal, estar provado que o réu não concorreu para a infração penal, não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal e existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena ou não existir prova suficiente para a condenação. O legislador parece ter se preocupado tão somente em definir, em suma, que o magistrado deverá condenar quando da prática de um delito e absolver quando o denunciado não tiver concorrido para a prática deste delito ou, ainda, quando inexisterem provas suficientes para o decreto condenatório.

Contudo, esses fundamentos não parecem ser os exigidos por uma sentença devidamente motivada. A identificação de um crime está circunscrita em um universo bastante reduzido, isto é, do direito penal. Já a identificação de uma sentença (especialmente a condenatória) *fundamentada* abarca, não apenas a identificação deste crime, mas, também, outras tantas diretrizes, de natureza constitucional, processual e assim por diante⁹⁹.

Em 2019, com a Lei n. 13.964, de 2019, que modificou dispositivos de diversas leis penais, o cenário mudou consideravelmente. Apesar dos seus aspectos polêmicos, não deixou de representar um avanço no tratamento relativamente à fundamentação das decisões judiciais. Assim, o legislador ordinário promoveu uma

⁹⁸ Por mais que uma decisão que determina a prisão cautelar de um indivíduo seja, de fato, menos complexa que uma sentença, não há como ignorar que essas decisões também estão integradas à norma do artigo 93, IX, CF/88. É dizer, portanto, que todas essas decisões também deverão dar conta de observar todas as dimensões da fundamentação. Por exemplo, mesmo essa decisão, acima citada, deveria respeitar o contraditório.

⁹⁹ Sobre essa questão: o objeto da garantia constitucional deve ser a possibilidade concreta e efetiva de obter a tutela, e não a simples reafirmação do direito à sentença. Este direito, inclusive, já é assegurado pelos princípios informadores do processo (BARACHO, 1982, p. 92).

importante alteração¹⁰⁰ no artigo 315 do Código de Processo Penal, que passou a exibir o seguinte texto:

§ 2º *Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:*
 I - Limitar-se 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 - Limitar-se 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.

A mesma lei também acrescentou outro parágrafo (1º) ao artigo 315 do CPP, completando o inócuo *caput* (“A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada e fundamentada”) para acrescentar (§ 1º do artigo 315) que “na motivação de decretação da prisão preventiva ou de qualquer outra cautelar, o juiz deverá indicar concretamente a existência de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada”.

Embora com as limitações e inconvenientes de mais uma entre muitas modificações pontuais trazidas ao CPP, os dois parágrafos acrescidos ao artigo 315 do CPP (especialmente o §2º) demonstram um (ainda que tardio) reconhecimento de que ao legislador ordinário também incumbe densificar o dever de fundamentação previsto no artigo 93, IX da Carta Magna, diminuindo, tanto quanto possível, o largo espaço para a discricionariedade judicial, especialmente no momento da sentença.

Com essa modificação legislativa, não basta mais a mera indicação da lei que, segundo o magistrado, seria aplicável a uma situação concreta; nem a formulação da norma aplicável com o emprego de linguagem diferente daquela usada pela lei. Agora, faz-se necessário que se expliquem o(s) *porquê(s)* da escolha das normas para a solução do caso concreto (arts. 489, §1º, I, CPC e 315, §2º, I, CPP). À mesma necessidade de que se explicita, também, a ligação entre a norma eleita e o caso

¹⁰⁰ O legislador processual penal copiou, literalmente, o conteúdo do artigo 489, § 1º, do CPC de 2015, para incluir um segundo parágrafo ao artigo 315 do CPP.

concreto (arts. 489, §1º, II, CPC e 315, §2º, II, CPP)¹⁰¹. A doutrina, ainda, orientará a leitura constitucional que essas novidades legislativas exigem. Trata logo de estabelecer, assim, que o emprego de um conceito indeterminado ou mesmo de uma cláusula geral, por exemplo, *não é livre*. Alvim, aqui, assinala que deve existir um consenso relativamente ao significado e ao alcance desses termos, por mais difícil que seja, sobretudo pela necessidade de respeito ao princípio da legalidade e da isonomia¹⁰². Neste mesmo sentido, Coutinho destaca cirurgicamente: não há(verá) direito sem uma dogmática onde as palavras tenham um sentido aceito pela maioria¹⁰³.

O legislador ordinário, ainda, impediu que o magistrado considere, para fins de fundamentação, motivos que poderiam servir para toda e qualquer decisão. O texto do inc. III, no campo penal, é, pois, mais que pertinente. Não eram – e, em verdade, ainda não são – raras as decisões que exibiam na fundamentação razões absolutamente genéricas, como, por exemplo, as que autorizavam a segregação cautelar e as que prorrogavam medidas como a interceptação telefônica. Além disso, estabeleceu também o legislador que não basta que se tenha como material para se verificar se a decisão é adequadamente fundamentada exclusivamente a própria decisão. Essa regra do inc. IV, explica Alvim, exige que conste, na fundamentação, o enfrentamento dos argumentos capazes, em tese, de afastar a conclusão adotada pelo julgador¹⁰⁴. Essa redação é absolutamente apropriada, mas, ao mesmo tempo, bastante problemática.

Prontamente, Alvim sugere que a expressão ‘*argumentos*’ não foi a mais feliz, apesar de não demorar para pontuar que é larga e abrangente para acolher, como significado, a tese jurídica diversa da adotada, qualificação e valoração jurídica de um texto etc. No mais, a expressão ‘*capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador*’ parece também não coincidir *integralmente* com o objetivo da norma (ou parece permitir que se faça uma interpretação distante da adequada). Não por outra razão, o Supremo Tribunal Federal parece ter se aproveitado justamente dessa

¹⁰¹ ALVIM, T. A. **Embargos de Declaração – Como se motiva uma decisão judicial?** 4. ed.rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 240.

¹⁰² *Ibid.*, p. 244.

¹⁰³ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Glosas ao “Verdade, dúvida e certeza”, de Francesco Carnelutti, para os operadores do Direito. In: SILVEIRA Marco Aurélio de; MURATA, Ana Maria Lumi Kamimura. **Observações sobre a propedêutica processual pena** (org.). Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019.

¹⁰⁴ ALVIM, *op. cit.*, p. 246.

imprecisão quando da interpretação do artigo 93, IX, da Carta Magna (Capítulo 3, Tópico 3.2).

Em suma, esse (não tão novo) dispositivo estabelece, então, que só se pode aferir se a decisão está adequadamente fundamentada no contexto do processo em que foi proferida, isto é, define que a coerência interna *corporis* é necessária, mas não basta¹⁰⁵. Por fim, trouxe a Lei n. 13.964 a necessidade de o magistrado demonstrar o liame entre o precedente, súmula e jurisprudência utilizados e o caso em julgamento.

2.2 APORTES TEÓRICOS SOBRE A DECISÃO JUDICIAL

A par da (des)organização axiomática das disposições do Código de Processo Penal que tratam do dever de fundamentação das decisões judiciais (como enfrentado no tópico anterior – a despeito de algum avanço na parcial reforma do CPP em 2019), logo se percebe que essa deficiência não decorre de eventual lacuna doutrinária sobre o tema. Muito pelo contrário. A doutrina que busca enfrentar a fundamentação é bastante vasta¹⁰⁶, como, nos limites do presente trabalho, procuraremos resumir.

Antes de a pesquisa avançar, porém, alguns esclarecimentos se mostram necessários, especialmente para situar adequadamente as contribuições teóricas que serão evidenciadas. Dito de outro modo, também, faz-se necessário apresentar, ainda que não exaustivamente, os autores que serão mencionados: Michele Taruffo, Riccardo Guastini, Manuel Atienza e Lenio Streck.

Dito isso, importa logo esclarecer que Michele Taruffo filia-se ao realismo, que é uma das muitas faces do ceticismo jurídico¹⁰⁷, para o qual o Direito, em si, não

¹⁰⁵ ALVIM, 2018.

¹⁰⁶ Provavelmente pela centralidade que assume esse objeto de estudo, a fundamentação é verticalmente estudada pela doutrina tanto direta quanto indiretamente. Neste sentido, hermenêutica jurídica, filosofia do direito, teoria da argumentação e questões relacionadas ao direito constitucional e ao processo penal invariavelmente perpassam pela norma prevista no artigo 93, IX, da Constituição da República de 1988 (Brasil, 1988).

¹⁰⁷ O ceticismo pode ser compreendido como uma das teorias da interpretação. Os céticos compreendem que interpretar é conhecer o significado, mas não só. Isso porque entendem que existem vários significados possíveis para o texto. Há, assim, várias respostas corretas e vários sentidos possíveis. Cabe, então, ao intérprete escolher o melhor significado. O ceticismo se desdobra em duas outras vertentes, que discutem sobre até onde pode ir este poder discricionário. Os céticos moderados vislumbram limites ou uma moldura, fora da qual o intérprete não poderia ir. Esses limites coincidem com o sentido dos elementos textuais. Já os céticos radicais elasticam os limites do intérprete. Poderíamos falar também dos tipos de interpretação (e não mais em teorias de interpretação). Neste caso, estaríamos falando da atividade do intérprete, que pode ser cognitiva (conhecer e descobrir), decisório (decidir) e criativa (decidir e adotar um sentido novo). Como será visto, Guastini trata bastante dessa diferenciação.

possui valor próprio ou autonomia perante, por exemplo, a moral, polícia e a economia. Para estes céticos, os textos jurídicos são indeterminados e, portanto, cabe(rá) ao intérprete atribuir o sentido que entender cabível. Para quem parte desta posição teórica, em suma, o Direito é (seria) aquilo que os tribunais dizem que ele é¹⁰⁸.

O processualista italiano, contudo, não entende que o juiz, ao final de um processo, poderá eleger simplesmente a melhor das narrativas, isto é, a mais coerente e persuasiva, mas, sim, que este juiz deverá optar pela narrativa que se mostrar *verdadeira*. Por ser realista, então, reconhece que cada fato poderá ter diversas narrativas e, exatamente por isso, adota(rá) a concepção da verdade por correspondência, segundo a qual, resumidamente, a realidade externa existe e constituirá o critério de referência que determinará a veracidade ou a falsidade dos enunciados que dela se ocupam. Eis o que Taruffo fala sobre essa ideia de verdade:

É usual assumir a teoria da verdade judicial como correspondência como uma premissa para se afirmar que as decisões judiciais devem adequar-se à verdade a fim de serem justas e corretas. Em tal perspectiva, os fatos devem ser estabelecidos precisamente, com base nos meios de prova relevantes e admissíveis, como condição necessária para a aplicação correta das normas jurídicas substantivas. Assim, a questão não é (somente) dos relatos prestados e nem da linguagem ou da coerência normativa. Uma decisão é verdadeira quando corresponde aos eventos que realmente ocorreram na situação empírica que está na base da controvérsia judicial¹⁰⁹.

Taruffo, portanto, como é possível perceber, aposta no juiz como sujeito a quem cabe(ria) a função epistêmica fundamental, ou seja, a apuração dos fatos. Isso fica bastante evidente quando pontua que a passividade deste juiz termina(ria) por desenvolver um papel contraepistêmico, na medida em que um juiz passivo deixa que o processo seja dominado por sujeitos que na maior parte dos casos são indiferentes – se não hostis – em relação à descoberta da verdade¹¹⁰.

¹⁰⁸ A evidência de um contraponto se mostra pertinente: o realismo pode estar servindo de combustível para o ativismo judicial, que é sempre danoso à democracia porque gestado dentro da vontade do julgador em detrimento da integridade do sistema e da autoridade da Constituição. Se a Constituição é apenas um texto sem valor até que seja atribuído sentido pelo intérprete, o que impede que o Supremo diga que onde se lê “dia” deva ser lido “noite”. Além disso, se o direito é o que os tribunais dizem que ele é, para que seriam necessários advogados, professores ou procuradores? Bastam juízes. No entanto, este realismo jurídico também se mostra autofágico, porque se há um tribunal acima que irá definir o que é o Direito, qual seria a necessidade de todos aqueles que estão abaixo? (DELAPIEVE, Thales. **Precisamos falar sobre o realismo jurídico**. 9 mar. 2024. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-mar-09/precisamos-falar-sobre-realismo-juridico/> Acesso em: 25 jul. 2024).

¹⁰⁹ TARUFFO, Michele. **A prova**. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 28.

¹¹⁰ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 145.

Riccardo Guastini adere também ao realismo jurídico, que, para este autor, é compreendido como a conjunção de três teses intrinsecamente conectadas: uma tese ontológica, que discute sobre o tipo de entidade que é o Direito¹¹¹, uma tese metodológica, que tem por objeto a interpretação e investiga a atividade interpretativa e, ainda, uma tese epistemológica, que questiona em que consiste o conhecimento científico do Direito¹¹².

Para o realismo – que Guastini chama de *metodológico* -, em especial, a interpretação judicial, isto é, a atribuição de significado aos textos normativos, que são indeterminados¹¹³, não é uma atividade cognitiva, mas, sim, decisória¹¹⁴. É um ato de vontade, e não de conhecimento. Essa interpretação decisória – ou interpretação-decisão - consiste em escolher um significado determinado, descartando os restantes. Desta maneira, entende(rá) que nenhum juiz tem a obrigação de se conformar às escolhas interpretativas de um outro juiz, ainda que seja da Suprema Corte¹¹⁵.

¹¹¹ Dentro do realismo ontológico, por Direito se pode entender ao menos três coisas bem distintas: (i) como um conjunto de textos normativos, (ii) como um conjunto de normas produto da interpretação e manipulação criativa destes textos normativos e (iii) como um conjunto de normas vigentes GUASTINI, Riccardo. El realismo jurídico redefinido. In: VAQUERO, Álvaro Nuñez (org.). **Modelando la ciencia jurídica**. Peru: Palestra Editores, 2014. p.88.

¹¹² O realismo epistemológico combina duas teses diferentes. A primeira é uma tese descritiva relativa à doutrina ou à dogmática tal como ela se desenvolve na realidade. A segunda é uma tese prescritiva relativa ao conhecimento científico do Direito, ou seja, à forma como a própria ciência jurídica deve se desenvolver (GUASTINI, 2014, p. 95).

¹¹³ Lacunas e antinomias não precedem à interpretação, mas, sim, são posteriores a ela. Dada uma determinada interpretação, os textos normativos podem apresentar uma lacuna e/ou uma antinomia, mas, perante uma interpretação diferente, é possível que a lacuna e/ou antinomia desapareçam (GUASTINI, 2014, p. 96).

¹¹⁴ O vocábulo “interpretação” pode se referir a um ato de conhecimento, outras vezes a um ato de decisão, e outras a um ato de criação normativa. Guastini faz essa distinção. A interpretação cognitiva – ou interpretação-averiguação – consiste em identificar, em um texto normativo, os diferentes possíveis significados (levando em conta as regras da língua, as diferentes técnicas em uso, as teses dogmáticas existentes na doutrina etc.) sem escolher alguma. Consiste em enumerar os diferentes significados que podem ser atribuídos a um texto normativo por meio do emprego de um ou outro método interpretativo, da ação de uma ou outra tese dogmática, ou seja, consiste em enumerar diferentes significados que previsivelmente serão atribuídos a um texto normativo. Do ponto de vista lógico (não psicológico), a interpretação decisória pressupõe seguramente essa interpretação cognitiva, que coloca em evidência a indeterminação do ordenamento, isto é, a equivocidade dos textos normativos. A interpretação decisória irá solucionar essa indeterminação. Além disso, essa interpretação se distingue em dois tipos: a decisória-padrão, que consiste em escolher um significado no âmbito dos significados identificados (ou identificáveis) mediante interpretação cognitiva e interpretação criativa, que consiste em atribuir a um texto um significado “novo”. A interpretação cognitiva é, então, uma operação científica, que carece de qualquer efeito prático, enquanto a interpretação decisória e a criativa são operações “políticas”, que podem ser realizadas tanto por um jurista, como por um órgão de aplicação (GUASTINI, Riccardo. **Interpretar e argumentar**. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2022. p. 33-36).

¹¹⁵ Ainda assim, reconhece que assim é apenas em teoria. Isso porque, não obstante esse entendimento, sinaliza que, se um juiz, na interpretação de determinada lei, se distancia das orientações interpretativas dos tribunais, especialmente quando se está diante de interpretações consolidadas, é provável que a sua sentença seja impugnada pela parte vencida e sucessivamente

Lenio Streck, por seu turno, vem sustentando (um)a Crítica Hermenêutica do Direito que, em síntese, consiste na conjunção de perspectivas que, na filosofia e na teoria do Direito, compartilham pressupostos hermenêuticos em relação a certos temas como, por exemplo, racionalidade, conhecimento e interpretação¹¹⁶. Tem se mostrado, aliás, um crítico fervoroso do positivismo que, como compreende, se transformou em uma concepção matematizante do social, a partir de uma dogmática jurídica formalista, de nítido caráter retórico, mas que, paradoxalmente, apostou em um solipsismo judicial que parece ignorar as conquistas semânticas da Constituição de 1988¹¹⁷.

Prontamente, cabe destacar que o jurista brasileiro reconhece que o Estado Democrático de Direito proporcionou uma nova configuração nas esferas de tensão dos Poderes do Estado, decorrente do novo papel assumido pelo Estado e pelo constitucionalismo e, ainda, que existe um conjunto de elementos que acabam por identificar essa fase da história do Direito e do Estado: textos constitucionais principiológicos, a previsão/determinação de efetivas transformações da sociedade (caráter compromissório e diretivo das Constituições) e as crescentes demandas sociais que buscam no Poder Judiciário a concretização de direitos¹¹⁸. Identifica, assim, que o grande dilema contemporâneo é, pois, construir as condições para evitar que a justiça constitucional (ou o poder dos juízes) se sobreponha ao próprio Direito e defende, então, que este Direito não é e não pode ser aquilo que os tribunais dizem que é¹¹⁹.

Streck, neste cenário, se preocupa com uma hermenêutica que possa ser capaz de intermediar a tensão entre o texto e o sentido do texto e de dar conta do mundo prático. Assim, insiste que:

Essa hermenêutica não pode continuar a ser entendida como uma teoria ornamental do Direito, que sirva tão somente para colocar "capas de sentido" aos textos jurídicos. No interior da virtuosidade do círculo hermenêutico, o compreender não ocorre por dedução (tampouco por subsunção).

pela Suprema Corte. Por isso, os precedentes exercem sobre os juízes uma eficácia persuasiva (GUASTINI, 2022, p.74-75).

¹¹⁶ No plano da hermenêutica jurídica, tem afirmado que a norma (que é produto da atribuição de sentido a um texto) não é – não pode ser – uma capa de sentido a ser simplesmente acoplada a um texto desnudo. Ela é, aí sim, a construção do sentido do texto (STRECK, Lenio. Superando os diversos tipos de positivismo: porque hermenêutica é aplicatio? **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, v. 34.2, jul./dez. 2014. p. 286).

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 279.

¹¹⁸ STRECK, Lenio. A crítica hermenêutica do direito e a questão da discricionariedade judicial. **Revista Direito e Liberdade**, v. 18, n. 1, p. 221-245, jan./abr. 2016. p. 236.

¹¹⁹ Streck chama esse supe teórico de falácia do realismo jurídico (STRECK, 2016, p. 237).

Consequentemente, o método (o procedimento discursivo) sempre chega tarde, porque pressupõe saberes teóricos separados da “realidade”¹²⁰.

Daqui emerge a questão-chave trazida por Streck - e que acaba por colocar em xeque outras tantas teorias:

O que tais teorias não levam em conta é a relevante circunstância de que, antes de qualquer explicação causal que resolveria *easy cases*, existe algo mais originário, que é a pré-compreensão, forjada no mundo prático. Em outras palavras, antes de argumentar, o intérprete já compreendeu. O uso da linguagem não é arbitrário, isto é, ‘a linguagem não depende de quem a usa’. A compreensão antecede qualquer argumentação. Ela é condição de possibilidade¹²¹.

A linguagem, então, passa a ser entendida não mais como terceira coisa que se coloca entre o (ou um) sujeito e o (ou um) objeto e, sim, como condição de possibilidade, isto é, passa a ser o que está dado, e, portanto, não pode ser produto de um sujeito solipsista, que constrói o próprio objeto de conhecimento¹²². É exatamente isso, inclusive, que Streck vem denominando de Hermenêutica Jurídica e(m) Crise, Nova Crítica do Direito ou, ainda, Crítica Hermenêutica do Direito.

À vista disso, Streck diverge (esperadamente) de Guastini e, principalmente, de Taruffo em pontos relevantes. Entende, pois, que a base teórica desses autores está(ria) fora deste giro linguístico¹²³, que ambos ignoram a intersubjetividade e a normatividade da linguagem como condição epistêmica e, assim, deixam de atentar para a indispensável dimensão justificatória dos enunciados (empíricos ou não). A noção de livre convencimento, neste contexto, revela(ria), então, não apenas um déficit de responsabilidade política e jurídica em relação ao dever de justificação de decisões judiciais, mas, também, nesse sentido, uma dose de irresponsabilidade epistêmica¹²⁴.

Streck compreende ainda que existe uma contradição insolúvel das concepções que tentam conciliar a teoria da verdade como correspondência com a

¹²⁰ STRECK, 2016, p. 237.

¹²¹ *Ibid.*, p. 237.

¹²² STRECK, Lenio. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p.17.

¹²³ Assim, o problema da verdade – e, portanto, da manifestação da verdade no próprio ato judicante – não poderia se reduzir a um exercício da vontade do intérprete (julgar conforme sua consciência), como se a realidade fosse reduzida à sua representação subjetiva (STRECK, 2013, p. 19).

¹²⁴ STRECK, Lenio; JUNG, Luã. Livre convencimento judicial e verdade: crítica hermenêutica às teorias de Ferrajoli, Taruffo e Guzmán. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, v. 27, n. 1, jan./abr. 2022. p. 16.

ideia de livre convencimento. Explica que, em qualquer sentido teórico que seja relevante, a teoria da verdade como correspondência pressupõe que nossos juízos são verdadeiros quando adequados ao “mundo externo”, havendo, portanto, uma subordinação daqueles em relação a este. Questiona, então, como poderia ser possível, portanto, propor este conceito de verdade e, ao mesmo tempo, dizer que os juízes possuem liberdade em relação à avaliação das provas ou aos próprios fatos que devem considerar para a formulação de suas decisões¹²⁵.

Ao fim e ao cabo, Streck espera que:

Possamos ser epistêmica e politicamente responsáveis, no sentido de demandar que a concretude da interpretação, seja de dispositivos legais ou de fatos, a qual sempre transborda a possibilidade de antecipação de sentido por meio de simples enunciados, não confere ao exercício da atividade judicial liberdade no sentido usual que pode ser observado na jurisprudência e que é, por sua vez, sustentado, ainda que indiretamente, por equívocos teóricos. A atividade jurisdicional, portanto, não pode ser compreendida como uma racionalidade subjetiva e desvinculada, tal qual o conceito de livre convencimento sugere. É, ao contrário, uma prática que deve estar epistemológica e politicamente sujeita à justificação e à revisão diante de novos argumentos¹²⁶.

Por fim, esse capítulo da pesquisa recorrerá ainda às contribuições de Manuel Atienza, que é, como se declara, constitucionalista¹²⁷, não-positivista e assente na unidade da razão prática. O jurista espanhol também defende um objetivismo moral¹²⁸,

¹²⁵ STRECK; JUNG, 2022, p. 18.

¹²⁶ *Ibid*, p. 19.

¹²⁷ A constitucionalização do direito significou também o fim do positivismo jurídico: o Direito já não é apenas a lei imposta pela autoridade, mas uma criação humana cujo objetivo é satisfazer certos valores que se concretizam em direitos fundamentais. Portanto, a nossa ideia de Direito já não pode ser puramente formal, mas deve necessariamente incorporar elementos substantivos e de valor (ATIENZA, Manuel. Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista. **Observatório da Jurisdição Constitucional**, Brasília, IDP, ano 7, n. 2, jul./dez. 2014. p. 14).

¹²⁸ Na discussão em torno do objetivismo moral, Atienza entende que existem alguns mal-entendidos que precisam, então, ser dissipados: os críticos do objetivismo parecem pensar que aqueles que defendem a objetividade dos valores, do discurso moral, postulam a existência de entidades misteriosas que seriam o equivalente aos átomos no mundo físico. Mas ser um objetivista não significa - ou não significa necessariamente - ser um realista moral. Os valores podem muito bem ser pensados como propriedades que atribuímos a certas ações e estados de coisas, não arbitrariamente, mas porque satisfazem necessidades básicas dos indivíduos ou lhes dão capacidades indispensáveis para desenvolver uma vida boa. E o que se quer dizer com o objetivismo moral é que há espaço para a discussão racional destes valores últimos; não significa entrar no domínio da irracionalidade ou do discurso puramente retórico e persuasivo. Outro erro comum é confundir o objetivismo com o absolutismo moral, a pretensão de correção - quando uma tese moral é seriamente defendida - com a pretensão de verdade absoluta, com o dogmatismo e a intolerância característicos do discurso religioso. Mas é exatamente o contrário. O que o objetivista faz é expor os seus juízos ao discurso racional, e nisso ele difere precisamente tanto do cético como do absolutista. O objetivismo moral é, portanto, uma concepção falibilista (como é o caso da

reconhece a importância dos princípios, da ponderação e do papel ativo da jurisdição e, finalmente, acentua o caráter argumentativo do Direito¹²⁹.

A tese da unidade da razão prática, em particular, pressupõe que, no raciocínio prático, as razões últimas são as de caráter moral e que, por exemplo, o raciocínio de um juiz deve ter necessariamente uma dimensão moral¹³⁰. Apoiado em Nino, assim, Atienza acrescenta que a justificação do raciocínio do juiz precisa se mover em dois níveis. No primeiro, o mais básico, devem ser articuladas as razões que legitimam a prática social baseada na Constituição. No segundo nível, quando se trata de justificar ações e decisões, devem ser excluídas as razões justificativas incompatíveis com a preservação desta Constituição. Quer dizer, aqui, que podem existir razões moralmente justificadas que, no entanto, não podem ser utilizadas na argumentação jurídica¹³¹.

Além disso, Atienza procura deixar evidente a necessidade de se combinar regras e princípios¹³²:

É tão errado defender que o raciocínio justificativo do juiz deve se limitar ao esquema da subsunção, como, também, recorrer à ponderação seguindo o lema “mais ponderação do que subsunção”. É óbvio que precisamos dos dois esquemas argumentativos, simplesmente porque, por vezes (coloquemo-nos na perspectiva de um juiz), para a resolução de um caso, temos uma premissa normativa que é uma regra (mais precisamente, uma regra de ação), enquanto outras vezes o ponto de partida não é uma regra, mas um princípio (ou, melhor ainda, uma conjunção de princípios que conduzem a soluções opostas). Esta última situação pode ocorrer se se verificar uma de duas circunstâncias: que exista uma lacuna normativa ao nível das regras; ou que exista uma lacuna axiológica, porque existe um desajuste entre (o sentido textual das) regras e as suas razões subjacentes, os princípios que lhes dão sentido¹³³.

ideia de verdade na ciência) da correção moral (ATIENZA, Manuel. Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo, 2014, p. 17).

¹²⁹ *Ibid.*, p. 10.

¹³⁰ Atienza não tarda em explicar que isso não significa que o raciocínio jurídico e o raciocínio moral se confundem, nem significa que o raciocínio jurídico seja um caso especial do raciocínio moral. Além disso, sinaliza que a argumentação jurídica – por exemplo, a motivação de um juiz – goza de certa autonomia em relação à argumentação moral devido, sobretudo o caráter fortemente institucionalizado da primeira (ATIENZA, Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo, 2014, p. 15).

¹³¹ *Ibid.*, p. 15.

¹³² Para Atienza, a ponderação é um procedimento racional (formalizável do ponto de vista lógico), em relação ao qual se podem estabelecer critérios de controle racional, embora não sejam os da lógica formal, mas os critérios da racionalidade prática. Os critérios estritamente lógicos também não são suficientes no caso da subsunção, uma vez que a sua utilização pressupõe o estabelecimento de premissas, e esta última não é uma operação lógico-dedutiva. E é também inegável que o raciocínio de ponderação envolve sempre maiores níveis de discricionariedade do que o raciocínio puramente subsuntivo e que, por isso, deve ser utilizado excecionalmente, enquanto a sua utilização exige níveis de justificação particularmente exigentes (ATIENZA, Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo, 2014, p. 20).

¹³³ ATIENZA, Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo, 2014, p. 20.

Desta maneira, nota-se que o constitucionalismo não-positivista de Atienza é uma teoria argumentativa do Direito, na medida em que sublinha que a prática jurídica é, em enorme medida, de natureza argumentativa, embora o autor reconheça, também, que nem tudo no Direito seja argumentação. Neste enredo, então, assinala(rá) que a consciência desta dimensão deve abrir possibilidades ao jurista de transformar essa prática, exatamente no sentido de aproximá-los dos valores do constitucionalismo. Daqui, pois, o fechamento de Atienza:

Daí a importância de se desenvolver uma teoria cujo maior potencial consiste em ligar, de uma forma que se poderia chamar “natural”, a teoria com a prática e, ao mesmo tempo, a teoria do Direito com as ciências sociais e com a filosofia. Para isso, é necessário um conceito de argumentação suficientemente amplo e sistemático, que permita articular a dimensão lógico-formal com a dimensão material e a dimensão pragmática (retórica e dialética). E que contribua, portanto, para orientar os juristas na resolução de três questões fundamentais da sua prática: como compreender e analisar uma argumentação que tenha tido lugar num qualquer domínio ou instância jurídica; como avaliá-la; e como argumentar¹³⁴.

Esses apontamentos não pretenderam esgotar a contribuição teórica destes juristas. Buscaram, aí sim, evidenciar o entendimento elementar que cada um destes tem a respeito de temas como, por exemplo, conhecimento, interpretação, verdade, decisão e justificação e, sobretudo, demonstrar que, na verdade, *divergem* em aspectos relevantes destas questões que se conectam umbilicalmente com o objeto desta pesquisa, a fundamentação das decisões judiciais. Essa exposição, ainda que breve, buscou, pois, respeitar a escola jurídica e as premissas teóricas de cada um dos autores mencionados, especialmente por não compartilharem das mesmas ideias, como visto.

Desta maneira, é possível afirmar que esses esclarecimentos procuraram ilustrar um pouco do mapeamento teórico que existe sobre esses temas (que, sabidamente, estão vinculados à maneira de vermos, hoje, o Direito). Por isso, cabe finalmente pontuar que este trabalho optou por não abraçar, muito menos de forma integral, um ou outro jurista. Aliás, é preciso destacar que todos os autores que foram e que ainda serão mencionados podem, sem sombra de dúvida, contribuir teoricamente para o desenvolvimento da fundamentação das decisões judiciais como objeto de pesquisa e como atividade que, aliás, tem se mostrado notadamente

¹³⁴ ATIENZA, Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo, 2014, p. 22.

precária e insuficiente. Naturalmente, algumas das ideias se distanciarão daquilo que a pesquisa busca preservar. Tudo isso será percebido ao longo da pesquisa.

Cabe deixar claro, por ora, que a pesquisa defende sobremaneira os seguintes pontos: (i) A Constituição precisa vincular o sentido de *todas* as normas e, especialmente, a atividade judicial, (ii) Não há qualquer espaço para a discricionariedade judicial, isto é, sem perder de vista as justas críticas ao verbo “convencer”, o “convencimento” do magistrado não é e não pode ser livre; (iii) O sentido da Constituição não pode ser determinado e atribuído por magistrados – nem mesmo por aqueles que integram as Cortes Superiores¹³⁵; (iv) A fundamentação, especialmente como norma constitucional, ostenta uma função processual e uma função processual; (v) A fundamentação das decisões precisa ser *controlável* pelas partes do processo e por qualquer um do povo – e esse atributo objetivo (vi) A fundamentação, assim, deve exibir uma estrutura discursiva (argumentativa) (pré)determinada.

Dito isso, podemos, enfim, avançar com os aportes teóricos acerca da fundamentação das decisões judiciais. Guastini, por exemplo, esclarece que uma coisa são os *motivos* de uma decisão e, outra, as *razões* que a sustentam¹³⁶. Aqueles são estados, eventos mentais e/ou psíquicos ou, ainda, impulsos, emoções, atitudes e sentimentos que induzem um sujeito a ter uma crença, isto é, a sustentar uma tese

¹³⁵ Sobre a questão, vale destacar o que Streck explica: A Constituição deve ser vivenciada como Constituição, e isso depende da *pré-compreensão* do intérprete. Chegamos às coisas do mundo a partir de um ponto de vista e, neste sentido, o discurso sobre o mundo tem uma estrutura do algo como algo. Compreender é um compreender algo como algo. Isso significa que o estar-no-mundo depende dessa pré-compreensão, que é condição de possibilidade da compreensão desse algo. Assim, compreendemos a Constituição quando confrontamos com a sociedade para a qual é dirigida, examinamos os dispositivos que determinam o resgate das promessas da modernidade, através da nossa consciência acerca dos efeitos que a história tem sobre nós, damos conta da ausência de justiça social e constatamos que os direitos fundamentais-sociais foram integrados ao texto constitucional pela exata razão de que a imensa maioria da população não os tem. Tudo isso significa dizer que uma baixa compreensão acerca do sentido da Constituição – naquilo que ela significa no âmbito do Estado Democrático – acarretará uma baixa aplicação, com efetivo prejuízo para a concretização dos direitos fundamentais-sociais. Desta maneira, as condições de possibilidade para que o intérprete possa compreender um texto implicam a existência de uma pré-compreensão acerca da totalidade (que a sua linguagem lhe possibilita) do sistema jurídico-político-social. Assim, a força normativa da Constituição dependerá de uma adequada interpretação, já que é a interpretação que se constitui como condição de possibilidade para o acontecer de uma nova teoria das fontes e das normas, completando-se, assim, a superação do positivismo (STRECK, 2014, p. 276-279).

¹³⁶ Dito de outra forma, o vocábulo <*razonamiento*> pode designar tanto um processo mental como um discurso. O processo mental através do qual se chega a uma conclusão ou decisão e, respectivamente, o discurso, com o qual se argumenta, se dão razões para apoiar essa conclusão ou decisão (GUASTINI, Ricardo. **Interpretar y argumentar**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014. p. 232).

ou a tomar uma decisão¹³⁷. Por conta dessas propriedades, o jurista italiano alerta que os ordenamentos jurídicos contemporâneos, como o brasileiro, não permitem que sejam utilizados e apresentados na e como motivação¹³⁸. Não por outra razão, este termo - *motivação* - deve ser compreendido como a exposição *não* dos motivos, mas, sim, tecnicamente falando, das razões, que são, por sua vez, *enunciados de linguagem* que devem ser alegados publicamente para sustentar ou *justificar* uma tese ou uma decisão¹³⁹.

Esses enunciados, ademais, quando integrados à decisão, são distinguidos em dois níveis. No primeiro deles, que Guastini – e importante parcela da doutrina – chama de *justificação interna*, o magistrado deve operar um raciocínio dedutivo e, assim, aplicar uma regra. Essa operação se vê estruturada, em suma, da seguinte maneira: uma primeira premissa é a regra que se aplica, uma segunda premissa é uma proposição fática, empírica, que descreve os fatos do caso, uma terceira premissa é um enunciado genérico de subsunção, uma quarta premissa é um enunciado individual de subsunção e, por fim, a conclusão é um preceito singular e concreto¹⁴⁰.

Importa sublinhar, no mais, que esse processo – é dizer, o caráter dedutivo da argumentação – tem o condão de garantir *tão somente* a validade lógica da conclusão, mas *não* o seu fundamento jurídico. Por isso, Guastini destaca que a conclusão alcançada estará juridicamente fundada *apenas* se a premissa normativa for uma norma positiva *válida* e, ainda, se a premissa fática for uma proposição *verdadeira*, cuja verdade tenha sido provada (de acordo também com as normas jurídicas que regulam a aquisição e valoração das provas).

No segundo nível, onde reside a chamada *justificação externa*, deverão estar os enunciados mediante os quais o juiz justifica(rá) exatamente as premissas da justificação interna (inclui aqui as premissas fáticas e normativas, ambas decorrentes de comprovação empírica)¹⁴¹. A título de exemplo, Guastini cita, para este momento, os argumentos interpretativos, que justificarão a interpretação escolhida de uma ou

¹³⁷ GUASTINI, Ricardo. *Interpretar y argumentar*, 2014, p. 233.

¹³⁸ O magistrado deve, aí sim, mostrar que a sua decisão está fundada sobre normas jurídicas positivas (GUASTINI, *Interpretar y argumentar*, 2014, p. 234).

¹³⁹ *Ibid.*, p. 233.

¹⁴⁰ A título de exemplo: (1) Os assassinos devem ser castigados; (2) Tício cortou a garganta de Caio; (3) Cortar a garganta de alguém constitui um assassinato; (4) Tício cometeu um assassinato; (5) Tício deve ser castigado (GUASTINI, *Interpretar y argumentar*, 2014, p. 253).

¹⁴¹ *Ibid.*, p.253.

mais disposições (o significado comum das palavras, a suposta intenção do legislador, o argumento ao contrário, argumento analógico e o argumento da dissociação) e os argumentos construtivos, que justificarão um ou outro tipo de construção jurídica (existência de uma lacuna axiológica, formulação de normas implícitas com o fim de preencher uma lacuna e/ou de especificar um princípio, solucionar uma antinomia)¹⁴².

Especialmente sobre a justificação da premissa de fato, para além da garantia da verdade dessas proposições depender de observações empíricas e de conjecturas sobre os nexos causais entre os eventos, Guastini não deixa de reconhecer também que os procedimentos de comprovação dos fatos estão ainda *condicionados* por normas jurídicas, como as que regulam a coleta, o uso e a valoração das provas (à guisa de exemplo, as regras sobre a carga da prova, as presunções legais, o princípio da livre convicção, etc.)¹⁴³. No mais, destaca que o juiz não acessa – nem poderia acessar - estes *feitos* diretamente, mas, sim, a partir de provas.

Neste sentido, cabe sublinhar que são essas (provas), inclusive, que autorizam o magistrado a considerar verdadeira determinada proposição do presente e a inferir desta outra proposição sobre o passado. Essa inferência, contudo, explica Guastini, não tem carácter dedutivo. Entre as duas proposições *não* há(verá) mais um nexo de implicação lógica. Há(verá), aí sim, apenas um nexo, mais *débil*, de congruência narrativa¹⁴⁴. Em vista deste enredo, tem-se, aliás, que é justamente essa impossibilidade de o magistrado experienciar diretamente os fatos que trará consequências importantes para a fundamentação das decisões, ou, melhor, a tornará *inevitável*. É o que explica Ibañez:

O que se quer alcançar com o processo (passa) a pertence(r) à categoria do conhecimento *provável*, pois a conclusão em que se traduz não se segue logicamente às premissas, de acordo com uma qualquer lei geral universal. Não decorrendo do quadro probatório uma certeza dedutiva é, por isso, *inevitável* a exigência de fundamentação, isto é, que as decisões sejam eficazmente motivadas em matéria de fato e de direito¹⁴⁵.

Para este jurista espanhol, ademais, a sentença precisa ostentar quatro campos diferenciados. O dos antecedentes processuais e probatórios, no qual devem

¹⁴² GUASTINI, *Interpretar y argumentar*, 2014, p. 254.

¹⁴³ *Ibid.*, p. 256.

¹⁴⁴ *Ibid.*, p. 256.

¹⁴⁵ IBAÑEZ, Perfecto Andres. Sobre a formação racional da convicção judicial. *Revista Julgar*, n. 13, 2011. p. 167.

constar *todas* as incidências da causa que sejam relevantes para o sentido da decisão. Neste momento, cabe ao magistrado apresentar *analiticamente* o quadro probatório que foi trazido pelos vários meios de prova e, assim, oferecer uma síntese *honest*a e suficientemente expressiva do resultado do exame *contraditório* das distintas fontes de prova. Ibañez, a respeito deste ponto, enuncia expressamente que o desenvolvimento do contraditório da audiência deve ser referido na decisão¹⁴⁶ e que, se não existir uma afirmação deste contraditório a propósito da posição das partes, do que trouxeram ao processo em termos de prova e das confrontações entre elas, será difícil assumir um critério de qualidade da *ratio decidendi*¹⁴⁷.

Um outro campo corresponde ao relato dos fatos provados, que serve para deixar fixados os fatos provados, expressos mediante proposições assertivas, seguindo na exposição o curso do *iter criminis*, com a fixação de todos os dados relevantes. O terceiro campo refere-se à fundamentação da decisão sobre os fatos. Exige-se, aqui, a abertura de um espaço no qual se explique e se justifique por quê, a partir do material apresentado, se chegou à conclusão que se expressa nos fatos provados. Requer-se, explica Ibañez, um tratamento individualizado dos distintos elementos de prova que possa ilustrar o porquê atribuiu-se um valor, positivo ou negativo, ao que se seguirá numa síntese. Em resumo, o juiz deve explicar o *porquê* foi dado determinado valor a determinada prova – e não a outra. Por fim, o último campo é o da fundamentação da questão de direito, isto é, a identificação da norma aplicável¹⁴⁸.

Importa sinalizar, ainda, que essa estrutura da decisão acompanha uma racionalidade *democrática* da argumentação. Ibañez não perdeu de vista que o dever de motivação exhibe, hoje, uma função extraprocessual, que inaugura um novo âmbito de relações, que passa a ter o julgador, por um lado, e a totalidade dos jurisdicionados, por outro. Isso, naturalmente, tem implicado em exigências de natureza formal, como já visto, e, também, de conteúdo político-garantista.

É oportuno destacar que recentemente o Conselho Nacional de Justiça instituiu, por meio da Portaria n. 351 de 2023, o Selo Linguagem Simples, com a finalidade de reconhecer e estimular, em todos os graus de jurisdição, o uso de uma

¹⁴⁶ IBAÑEZ, 2011, p. 171.

¹⁴⁷ Isso tanto vale para os destinatários diretos da decisão, como para um eventual leitor e mesmo para o tribunal que venha a ser chamado a conhecer da decisão em outra instância (IBAÑEZ, 2011, p. 171).

¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 171-173.

linguagem *simples* e compreensível a todos os cidadãos na produção das decisões judiciais e na comunidade geral com a sociedade. Em síntese, a Portaria incentiva o descarte de expressões *técnicas* quando desnecessárias (art. 2º, I, a), a utilização de versão resumida de votos nas sessões de julgamento (art. 2º, II, a) e a elaboração de textos em linguagem simples (art. 2º, III, a). Apesar de estas disposições buscarem potencializar o acesso à justiça, não estão isentas de uma avaliação mais criteriosa. Pelo contrário. O CNJ priorizou a facilitação da comunicação entre aquele que presta um serviço e aquele que goza deste mesmo serviço.

Contudo, cabe repetir prontamente o questionamento feito por Streck: a ciência (ou uma área do conhecimento como o Direito) é algo para ser facilitado sem que perca a sua substância? A preocupação deste jurista brasileiro – e parece aqui ter muita razão – é com a desnaturação, neste processo, das teorias jurídicas e, também, com a possibilidade do objeto (do direito) desaparecer com essa pretendida simplificação. Afinal, para essa simplificação ter sucesso, seria preciso, destaca, que houvesse de fato, *antes*, uma substância complexa e sofisticada a ser explicada para o público¹⁴⁹. A tradução da complexidade jurídica deve, sim, ter espaço, mas isso não quer significar renunciar a uma técnica que, expressamente, foi preterida pela Portaria. Não basta a comunidade entender, isto é, não basta a comunidade entender o português utilizado pelos operadores do Direito. Essa mesma comunidade deve – e tem o direito de – ter acesso ao bom Direito. Neste ponto, a mera simplicidade da linguagem, por si só, não parece favorecer esse objetivo – e não parece assim alcançar a estrutura apresentada por Ibañez.

Por fim, convém ainda assinalar que o artigo 2º, I, b desta Portaria também sugeriu a criação de manuais e guias para orientar os cidadãos sobre o *significado* das expressões técnicas. Esse ponto, em especial, será enfrentado com maior verticalidade por Streck, mais adiante. Por ora, faz-se necessário apenas mostrar como, de fato, o Poder Judiciário tomou para si a missão de definir os conceitos jurídicos – o que impactará, naturalmente, a qualidade da fundamentação das decisões.

¹⁴⁹ STRECK, L.L. Sobre a simplificação da linguagem do Direito que o CNJ deseja. **Consultor Jurídico**, 25 jan. 2024. Disponível em: <https://conjur.com.br/2024-jan-25/sobre-a-simplificacao-da-linguagem-do-direito-que-o-cnj-deseja/#:~:text=H%C3%A1%20um%20projeto%20anunciado%20pelo,senten%C3%A7as%2C%20votos%20e%20ac%C3%B3rd%C3%A3os%E2%80%9D%20e>. Acesso em: 13 fev. 2024.

Michele Taruffo, por sua vez, é outro jurista que enfrenta com verticalidade a fundamentação das decisões judiciais. Ao que parece, cabe já sublinhar, seu compromisso é com (um)a (pretensa) *verdade*. Neste sentido, defende depressa que o processo persegue – ou, ao menos, deveria perseguir – a verificação da verdade dos fatos¹⁵⁰. Assim, cabe(ria) ao juiz decidir sobre a verdade ou a falsidade dos enunciados que os descrevem, isto é, dizer quais enunciados de fato são verdadeiros e quais não são¹⁵¹. Desta feita, apesar de assim compreender, Taruffo também entende(rá) que as provas produzidas devem ainda observar e atingir determinados *standards* exigidos para uma fixação positiva dos fatos, o que, ao menos por ora, dispensa uma crítica mais trabalhada sobre a possibilidade (sugerida pelo jurista) de o magistrado poder construir uma história diferente das apresentadas, caso entenda que nenhuma das narrativas das partes tenha sido confirmada¹⁵². De fato, há que destacar, logo, as regras epistêmicas de julgamentos e a vertente democrática do processo – que, naturalmente, vão muito além da busca de qualquer verdade.

Afora isso, Taruffo enfatiza, assim como faz Guastini, a necessidade de o magistrado apresentar razões – e *não motivos*. Entende que a decisão judicial correta precisa(rá) apresentar uma estrutura lógica fundamental, que deverá ostentar, ademais, uma justificação interna, que deriva da correção lógica entre a premissa de direito e a premissa de fato da decisão e, ainda, as justificações externas destas premissas, é dizer, os argumentos com os quais se justificará essa premissa de direito e os argumentos com os quais se justificará a verificação dos fatos da causa¹⁵³.

Necessário ainda repisar que Taruffo estabelece que o juiz deverá formular juízos sobre os enunciados relativos aos fatos em termos de falsos ou verdadeiros e que momentos como este, de *opções axiológicas*, são *inevitáveis* e particularmente importantes quando as disposições se referem às disposições que expressam princípios gerais (como as normas constitucionais) ou normas vagas que contenham cláusulas gerais¹⁵⁴.

Daqui não há como não recorrer rápida e prontamente a Streck, que não só critica a confusão que alguns doutrinadores fazem entre princípios gerais de direito e

¹⁵⁰ TARUFFO, M. Sobre la complejidad de la decisión. **Precedente**, Cali, Colombia, v. 1, p. 181-200, jul./dic. 2012. p. 188.

¹⁵¹ *Ibid.*, p. 189.

¹⁵² TARUFFO, M. Narrativas processuais. **Julgar**, n. 13, p.111-153, 2011. p. 133.

¹⁵³ TARUFFO, 2012, p. 192.

¹⁵⁴ TARUFFO, 2012, p. 193.

princípios constitucionais, como, também, indica que, ao contrário do que tem sido dito na tese da distinção enunciativa sobre a ‘abertura semântica desses princípios’, é justamente a regra que ‘abre a interpretação’, isto é, é a regra que pretende abarcar todos os casos (e, na verdade, não abrange nenhum, sem a cobertura densificatória fornecida pelo mundo prático da singularidade principiológica)¹⁵⁵.

De todo modo, Taruffo parece limitar, *somente em alguma medida*, a atuação do juiz, ainda que sustente a possibilidade da *eleição* de um ou de outro valor. Isso porque, como será visto com mais profundidade, sobretudo com Streck, não há, na verdade, liberdade na eleição de um ou de outro valor, haja vista que este (seu sentido) não depende – não pode depender – da livre escolha do magistrado.

Há, em suma, sentidos que precisam ser pré-compreendidos pelo intérprete. Por ora, portanto, faz-se necessário acrescentar que o jurista italiano explica, então, que esses juízos não são - não podem ser - simples opções subjetivas, emotivas e irracionais do sujeito – isto é, não podem ser os motivos, já qualificados por Guastini -, que essas eleições devem ser cumpridas segundo critérios racionais e, também, que precisam ainda ser *expressamente* referenciados¹⁵⁶. Desta forma, Taruffo conclui que o juiz não precisa se preocupar em persuadir ninguém. Deve, aí sim, resolver um problema se servindo de métodos e critérios racionais. Nesta atividade, inclusive, sustenta que:

A persuasão retórica não tem nada a ver. Se pode dizer que o juiz leva em conta elementos como provas e argumentações, de cujos fundamentos ou inconsistências é ‘persuadido’, o que não implica, porém, que seu raciocínio tenha propriamente uma dimensão retórica, tendo, sim, uma forte estrutura lógica. O que determina o raciocínio do juiz não é uma mera persuasão, mas, sim, uma *valoração/avaliação racional das provas e uma justificação logicamente fundada da escolha da norma que figura como regra de juízo*¹⁵⁷.

Interessa ainda clarificar que Taruffo associa a ideia de *racionalidade* à existência de *critérios* com os quais se possa administrar a justiça e compreende que a escolha em torno das funções do processo penal faz com que o valor da racionalidade seja ou não incluído na tabela de valores que deve inspirar a ação dos

¹⁵⁵ A regra jurídica (preceito) não trata de uma situação concreta, uma vez que diz respeito às inúmeras possibilidades. À guisa de exemplo, a regra ‘matar alguém’ não diz respeito a um homicídio, mas, sim, de como devem ser tratados os casos em que alguém tira a vida de outrem. É nesse sentido que o princípio, este sim, individualiza a *applicatio* (STRECK, 2013, p. 113).

¹⁵⁶ TARUFFO, 2024, p. 194.

¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 197.

juízes¹⁵⁸. Neste mesmo sentido, assinala que uma concepção racional da decisão pode ou não ser objeto de escolha do legislador e que a indiferença do sistema político quanto a verificação racional dos fatos tem o condão de abrir caminho para ideologias irracionais¹⁵⁹.

À vista da realidade brasileira, cabe evidenciar prontamente que, ainda que o Código de Processo Penal brasileiro seja de 1941 e que, mesmo com as atualizações legislativas, o seu conteúdo reproduza, ainda hoje, o autoritarismo penal, é possível – e necessário – ponderar que a intenção do legislador constituinte supre – e *muito* – todas as deficiências que nosso CPP apresenta – o que permite afirmar, no mais, que o sistema político pátrio dispõe de inúmeras normas que, ao fim e ao cabo, inspira suficientemente a atuação judicial.

Assim, entende-se que Taruffo tem razão, sim, quando sinaliza que a escolha (de uma concepção racional da decisão) pode ser vista nas normas relacionadas às *provas*, especialmente as que tratam de sua avaliação e nas normas que preveem expressamente a obrigação do juiz motivar suas decisões¹⁶⁰. Contudo, para além dessas, o contraditório e outras tantas disposições constitucionais, quando e se bem interpretadas, também parecem revelar essa mesma escolha.

O jurista italiano centraliza suas atenções nas disposições que tratam diretamente das provas – o que reforça sua preocupação para com a verdade¹⁶¹. Desta maneira, defende que uma concepção racional é adotada quando se entende que *todas* as provas relevantes devem ser admitidas, já que o uso destas maximizaria a possibilidade de sucesso na reconstrução *verdadeira* dos fatos. Para além disso, também defende (e o faz expressamente) uma avaliação *discricionária* dessas provas por parte dos juízes. Para Taruffo, aliás, essa discricionariedade trata-se de uma exigência da racionalidade.

Por conta da aparente incompatibilidade entre as premissas de um Estado de Direito e esta pretensa discricionariedade, o próprio jurista se viu obrigado a esclarecer o que alegou. Assim, tão logo assinalou que o magistrado deve ser livre

¹⁵⁸ TARUFFO, Michele. **Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos**. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2013. p. 93.

¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 93.

¹⁶⁰ *Ibid.*, p. 93.

¹⁶¹ Para Taruffo, um ordenamento que ostenta muitas regras de exclusão de meios de prova não conduz a uma concepção racional da decisão, porque impede o ingresso de provas que poderiam ser úteis para uma corroboração racional da verdade dos fatos (TARUFFO, 2013, p. 94).

para utilizar sua *própria razão* (!) na avaliação das provas (e, assim, averiguar a verdade dos fatos), também criticou uma certa interpretação que tem sido feita do livre convencimento, isto é, uma concepção radicalmente subjetivista do conceito da íntima convicção. Em suma, a explicação do jurista italiano:

O livre convencimento não quer significar a avaliação das provas como fruto de uma persuasão interior, subjetiva. Essa leitura do livre convencimento representa o fundamento para uma concepção radicalmente irracionalista da decisão sobre os fatos. A eleição a favor de uma concepção racionalista, por sua vez, pressupõe que o livre convencimento seja interpretado no sentido de que a discricionariedade na avaliação das provas deva ocorrer *segundo critérios que assegurem seu controle racional*. Necessário, para tanto, adotar uma *concepção epistêmica e não retórica da prova*¹⁶².

Outrossim, por mais que Taruffo entenda que nenhuma decisão possa ser considerada justa se estiver fundada em uma averiguação falsa ou errada dos fatos de uma causa, reconhece também que no processo só se pode tratar das verdades *relativas*¹⁶³. Reconhece, assim, que a verdade processual – aqui o próprio jurista trata de uma verdade *processual* – é relativa no sentido de que está fundada exclusivamente nas provas que são adquiridas no processo e, assim, no grau de confirmação que estas provas são capazes de atribuir aos enunciados que dizem respeito aos fatos da causa¹⁶⁴. Portanto, apesar de intentar (alguma) discricionariedade a favor do juiz, esta, dentro de uma concepção racional da decisão (defendida por Taruffo), deverá estar vinculada necessária e umbilicalmente às *regras epistêmicas* de avaliação do conjunto probatório – o que parece ao menos atenuar essa atividade discricionária.

De todo modo, processual ou não, a verdade, como já adiantado, norteia notadamente o entendimento de Taruffo. Não por outra razão, o jurista sublinha que:

A verdade que se fala se deve conceber como uma aproximação processual dos fatos a sua realidade empírica ou histórica. O processo implica na adesão a uma concepção correspondentista da verdade, justamente porque exige que se verifique, com base nas provas disponíveis, se ocorreram os fatos de que depende a subsistência das posições jurídicas objeto de controvérsia [...] o processo fica em uma situação em que se tende a estabelecer qual é a narrativa mais certa enquanto confirmada por provas disponíveis, porque é

¹⁶² TARUFFO, 2013, p. 95.

¹⁶³ Desta forma, reconhece que as verdades absolutas são patrimônio exclusivo de alguma metafísica ou de alguma religião fundamentalista (TARUFFO, 2013, p. 98).

¹⁶⁴ *Ibid.*, p. 98.

*na confirmação probatória da verdade dos fatos que está a condição fundamental da justiça da decisão*¹⁶⁵.

É possível observar que Taruffo sugere que a decisão será *justa* quando a verdade dos fatos puder ser confirmada. Estabelece, assim, uma relação importante entre justiça, verdade e prova. Naturalmente, essa inteligência tem o condão de impactar os atributos da fundamentação das decisões. Sem demora, tem-se que essa verdade (dos fatos) é considerada o resultado de uma atividade que se articula em *passos controláveis*, como, à guisa de exemplo, a coleta de informações, a verificação da confiabilidade destes dados, a análise de relevância e a formulação de inferências logicamente válidas. Então, apesar de enxergar as provas como instrumentos à disposição dos magistrados para o estabelecimento dessa verdade, deixa em igual relevo a sua preocupação para com a *controlabilidade* dessa atividade, isto é, com a existência de critérios racionais capazes de orientá-la.

Taruffo, ademais, atesta que essas referências vão variar de acordo com o tipo de processo e, sobretudo, com o tipo de decisão. No processo penal, entende(rá) que a prova da culpa do réu deverá ainda ser estabelecida '*para além da qualquer dúvida razoável*' ou que deve atingir um grau equivalente a uma '*probabilidade muito elevada*' ou a uma '*certeza prática*'¹⁶⁶.

Afora isso, para que essa verdade não seja definida livremente pelo magistrado ou, melhor, para que não dependa de sua íntima convicção, Taruffo destaca a serventia da *validade científica* das provas, isto é, dos instrumentos que corroboram a ocorrência dos fatos. Entende, inclusive, que esse recurso retira(rá) a atividade decisória justamente do domínio da irracionalidade subjetiva. Em outras palavras, parece sustentar que aquela atividade articulada em passos controláveis precisa ser validada cientificamente, muito por permitir justamente o controle da atividade judicial. No mais, a preocupação para com o controle fica (ainda) mais evidente quando o jurista italiano considera (enfim) a constitucionalização do dever de motivação das decisões. Assim, explica que:

A constitucionalização do dever de motivação transforma a função dessa obrigação. Para além da função endoprocessual, a motivação passa a representar a *garantia de controlabilidade* do exercício do poder judicial fora do contexto processual (concepção democrática do poder). Se a motivação

¹⁶⁵ TARUFFO, 2013, p. 98-99.

¹⁶⁶ O problema dos standards vem a ser a margem de erro na verificação do fato que se tem por tolerável. A determinação dessa margem vem a ser um aspecto muito importante para a racionalidade da decisão (TARUFFO, 2013, p. 102).

tem que tornar possível o controle das razões pelas quais o juiz exerceu de certa maneira seus poderes decisórios, então se percebe que a motivação deve justificar *todas* as eleições que o juiz realizou para chegar à decisão final. Se algumas escolhas não são justificadas, isso implica que o controle sobre o seu fundamento racional não é possível¹⁶⁷.

Taruffo dá conta então de qualificar o chamado (por ele) *princípio da completude da motivação*. A justificação racional deve, pois, contemplar *todas* as escolhas feitas durante a interpretação da norma e a avaliação das provas. Ademais, para além de o magistrado ter que explicar a reconstrução e a determinação dos fatos, a valoração das provas e as inferências realizadas¹⁶⁸, deve, ainda, explicitar o raciocínio em relação às provas que avaliou *negativamente*, especialmente as contrárias à reconstituição dos fatos que ele próprio elaborou.

Reside aqui, aliás, um ponto nuclear do devido cumprimento do dever de fundamentação. Isso porque, esclarece Taruffo, permitir que o juiz fundamente sua decisão com base apenas em elementos favoráveis ao seu juízo comporta(ria) um risco de um viés de confirmação (seleção das informações favoráveis e descarte *a priori* das que lhe são contrárias)¹⁶⁹. Assim sendo, sublinha que:

A avaliação negativa das provas é indispensável para justificação do fundamento da decisão. Justamente porque *essas provas são os instrumentos de controle da validade racional e do fundamento probatório de toda a reconstrução dos fatos*, a demonstração de sua inatendibilidade é uma condição necessária para a confiabilidade das provas favoráveis a esta reconstrução¹⁷⁰.

Taruffo apresenta, portanto, importantes atributos da fundamentação das decisões judiciais. Ainda assim, não há como não considerar que o jurista italiano busca, a todo custo, recuperar um passado que, sabidamente, não pode mais ser experienciado. Essa pretensão, no mais, acaba por modular, por exemplo, a compreensão que tem do processo, que passa a ser visto como um instrumento dessa pretensa verdade dos fatos. Assim, mesmo que Taruffo se aproxime (e é o que acontece) das premissas de um Estado de Direito (da ideia de controle dos atos de Poder), é sabido que essa concepção de processo (a que visa e exige a verificação

¹⁶⁷ TARUFFO, 2013, p.104.

¹⁶⁸ Trata, aqui, especificamente da justificação externa.

¹⁶⁹ Taruffo, 2013, p. 105.

¹⁷⁰ *Ibid.*, p. 106.

da ocorrência dos fatos e a que procura uma narrativa *certa*) parece se distanciar da que importa para este próprio modelo de Estado.

O processo - ou, melhor, o devido processo - precisa ser aquele que consegue absorver e refletir especialmente as normas constitucionais. Por isso, o processo (sobretudo o penal) parece ser melhor compreendido e qualificado se e quando considerado uma condição de possibilidade para a efetivação de direitos¹⁷¹ a partir, ainda, de um perfil democrático-constitucional em que às partes são conferidos direitos fundamentais capazes de salvaguardá-las de arbitrariedades.

Desta maneira, se por um lado Taruffo entende que todas as provas devem ser admitidas para aumentar a possibilidade de sucesso na reconstrução dos fatos, por outro é possível afirmar que o juiz deve se preocupar com a presunção de inocência e com as regras que tratam da distribuição do ônus da prova (compreender e observar, pois, o mister da acusação) e, ainda, com a garantia dos direitos fundamentais dos indivíduos submetidos a um processo penal (o próprio Taruffo, inclusive, trata dos valores trazidos pelo sistema político). Vale destacar, de todo modo, que essas questões potencial e aparentemente problemáticas não tem o condão de inutilizar as tantas outras contribuições teóricas deste jurista italiano.

Assim, cabe assinalar também que Taruffo não renuncia à racionalidade das decisões e, neste sentido, a associa (muito) à validade científica das provas. Mesmo a pretensão de uma determinada verdade se viu vinculada a esta cientificidade¹⁷². Não por outra razão tratou a verdade (algo *a priori* pouco palpável) como o resultado de uma atividade articulada em passos controláveis (essa, aí sim, palpável). Por isso, parece entender que esses passos devem estar revestidos de uma propriedade que pode ser chamada de controlabilidade. Por exemplo, a análise da relevância de uma prova deve perpassar, então, por critérios racionais, objetivos, isto é, passíveis de controle. E, ainda, complementa que o uso desse critério deve ser apresentado exata

¹⁷¹ STRECK, L.; DIETRICH, W. G. O que o processo civil precisa aprender com a linguagem? **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 12, n. 2, p. 317-335, maio/ago. 2017. p. 333.

¹⁷² A utilização de qualquer coisa trazida pelo senso comum pra a construção da narrativa não é um método fiável para construir narrativas processuais. Esquemas narrativos, como estereótipos, enredos e máximas de experiência, são hegemônicos (num dado contexto social), na medida em que são produzidos e impostos, no âmbito do senso comum, pela opinião pública, por grupos de poder cultural, econômico, político ou religioso. Esses esquemas têm como efeito impor como normais as situações, comportamentos e critérios de valoração que se configuram como positivos e dignos de aprovação pelos grupos sociais que os partilham e impõem – e, ainda, fazer considerar anormais, e por isso valorar negativamente, todas as situações ou comportamentos que não correspondam a estes esquemas. A incidência destes esquemas se traduz na distorção dos fatos narrados (TARUFFO, 2013, p.143-144).

e expressamente na decisão. Nota-se, pois, que, ao fim e ao cabo, Taruffo faz prevalecer a exigência principal do Estado de Direito, ou seja, a necessidade de controle da decisão judicial como ato de poder.

Essa leitura ficou mais possível de ser feita quando o jurista italiano reconheceu que o dever de fundamentação passou a integrar diversas constituições pátrias e, desta maneira, a função dessa obrigação que rompe os limites do processo. Assim, conseguiu justificar o porquê o magistrado não pode mais se contentar em esclarecer as escolhas feitas para sua decisão final. Deve, sim, justificar não somente todas as suas escolhas, mas, especialmente, aquilo que *contrariar* justamente sua decisão. A racionalidade, aliás, explicou Taruffo, reside exatamente nesta possibilidade. Deixou patente, desta maneira, que o magistrado não deve apenas decidir. Precisa apresentar, então, razões que ostentam, por sua vez, um sentido muito mais largo que um mero ato decidir.

Manuel Atienza, de mais a mais, também reconhece que o processo de justificação e de argumentação sofre(u) importantes transformações com o movimento constitucionalista. Considera que o Estado de Direito, como ideal ético-político, se vincula exatamente à necessidade de as decisões dos órgãos públicos – notadamente, aqui, o Poder Judiciário – serem argumentadas¹⁷³. Isso porque, complementa, no contexto deste modelo de Estado, a justificação das decisões passa a não depender mais apenas da autoridade que as emitiu, mas, também, do *procedimento* a ser seguido e do *conteúdo* de justiça¹⁷⁴. Não por outra razão entende que é este Estado Constitucional que oferece as maiores possibilidades para a argumentação (em comparação a qualquer outro tipo de organização de Poder)¹⁷⁵.

Neste cenário, compreende ainda que o Direito deixa, então, de ser uma realidade já dada, um produto de uma autoridade (de uma vontade) para ser, fundamentalmente, uma *prática social* (que deve incorporar uma pretensão de correção ou de justificação), o que acaba por revelar, pois, um componente moral e político da argumentação.

Atienza revela, assim, sua opção por uma razão prática ou, melhor, pela necessidade de o órgão julgador apresentar razões intersubjetivamente válidas à luz

¹⁷³ ATIENZA, M. Estado de Derecho, argumentación e interpretación. **Anuario de Filosofía del Derecho**, p. 465-484, 1997. p. 480.

¹⁷⁴ Por isso a tendência de outorgar crescente importância à motivação – à justificação mediante argumentos – tanto em termos quantitativos como em termos qualitativos (ATIENZA, 1997, p. 480).

¹⁷⁵ *Ibid.*, p. 480.

de critérios gerais de racionalidade prática e, também, de critérios positivados no ordenamento jurídico¹⁷⁶. Esse olhar condicionará toda a análise que faz da argumentação judicial (especialmente a do juiz). É o que se observa logo que Atienza vai além da teoria da argumentação jurídica dos precursores e, aparentemente, da teoria *standard*¹⁷⁷. Em outras palavras, é o que se percebe quando decide tratar de uma dimensão material da argumentação. Desta maneira, para além de também considerar a distinção existente entre a chamada justificação interna¹⁷⁸ e externa, como fizeram, inclusive, Guastini, Ibañez, Taruffo e muitos outros, apresentará a estrutura da argumentação a partir de três concepções distintas: uma formal, outra material e, ainda, uma pragmática.

A respeito da concepção *formal* da argumentação, Atienza explica que todos os argumentos devem apresentar uma determinada forma, uma estrutura, e que é disso que se ocupa(rá) a lógica em sentido estrito. Não se trata, no mais, da forma de uma atividade, mas, sim, da forma do produto ou do resultado dela. Trata-se, pois, das premissas, da conclusão e, sobretudo, da relação que se estabelece entre esses dois elementos, a(s) inferência(s)¹⁷⁹, que pode ostentar, ainda, diferentes caráteres¹⁸⁰. As que mais importam para o estudo da argumentação judicial são as inferências dedutivas e as indutivas. Neste sentido, tem-se que no Direito:

¹⁷⁶ O pragmatismo defendido por Atienza passa pela seguinte explicação: a unidade da razão prática não supõe a confusão entre o Direito, a moral e a política. Ademais, na teoria do Direito, carece(rá) de valor qualquer trabalho que não esteja direcionado a melhorar o Direito e o mundo social, ainda que, naturalmente, esse objetivo possa ser de longo prazo e contando com muitas mediações (Cf. ATIENZA, M. **Curso de Argumentação Jurídica**. v.1. Curitiba: Alteridade, 2017. p. 32).

¹⁷⁷ O que caracterizou a teoria da argumentação dos precursores, em suma, foi a tese de que o raciocínio jurídico não poderia ser visto como um tipo de raciocínio dedutivo. Essa teoria foi tratada, a título de exemplo, por Recaséns Siches (que defendeu a ideia de um *logos de lo razonable*, que contradizia o *logos de lo racional*) e por Viehweg (que sustentava que o peculiar do raciocínio jurídico se encontrava na noção tradicional de tópica, que não seria uma *ars iudicandi*, uma técnica referida à passagem das premissas à conclusão, mas, sim, uma *ars inveniendi*, voltada à descoberta das premissas e centrada na noção de problema, e não de sistema. Por outro lado, nos autores que integra(ram) a concepção *standard*, o raciocínio jurídico não aparece já como contraposto ao dedutivo. O que sustenta seus defensores (Wróblewski, Peczenik, Aarnio, Alexy e MacCormick) é que para compreender esse raciocínio em toda sua complexidade são necessários outros recursos, além de uma lógica em sentido estrito (ATIENZA, 2017, p.34).

¹⁷⁸ Costuma-se dizer que o silogismo subsuntivo, a subsunção, é o esquema geral de argumentação na justificação judicial. Ou, dito em outras palavras, constitui a justificação interna do raciocínio judicial (ATIENZA, 2017, p.64).

¹⁷⁹ Inferir consiste, então, em passar de alguns enunciados a outros. É, pois, uma ação ou uma atividade. Uma inferência é o resultado dessa atividade. E a relação de inferência é a que se estabelece entre alguns enunciados (as premissas) e outro (a conclusão). A lógica (a lógica formal *standard*) não se ocupa em sentido estrito da ação de inferir, mas sim das inferências ou, melhor, da relação abstrata de inferência (ATIENZA, 2017, p.52).

¹⁸⁰ *Ibid.*, p.49.

O exemplo que antes se colocava é o de uma dedução: “o juiz que comete um ato de prevaricação deve ser condenado à pena mínima de um ano; o juiz *j* cometeu um ato de prevaricação; portanto, o juiz *j* deve ser condenado a uma pena mínima de um ano”. Contudo, não é dedutivo, mas indutivo, a seguinte inferência: “a testemunha *t* afirmou que viu como *a* ameaçava com uma pistola *b* em um lugar *l* e em um tempo *t*; a autópsia mostrou que *b* faleceu no lugar *l* e no tempo *t* por disparos de uma pistola; quando a polícia foi deter *a*, encontrou em seu poder a pistola que logo provou ser a mesma com que alguém havia disparado contra *b*; portanto, *a* causou a morte de *b*”.

A diferença entre essas duas inferências reside no fato de que na dedutiva a passagem das premissas à conclusão tem um tipo de necessidade que não existe na indutiva. Em uma dedução é *impossível* que as premissas sejam verdadeiras e as conclusões falsas. Já na inferência indutiva poderia dar-se que as premissas sejam verdadeiras, porém, não a conclusão¹⁸¹. A relevância dessa noção para a argumentação judicial perpassa pela compreensão de que as operações argumentativas feitas por um magistrado (especialmente o criminal) são exatamente – ou, ao menos, precipuamente – as deste segundo tipo.

Por isso, a certeza da impossibilidade de se concluir de certa maneira (com ampla fiabilidade)¹⁸² faz com que este magistrado tenha que se preocupar, de sobremaneira, com a qualidade epistêmica das premissas (das provas que evidenciam essas premissas fáticas e normativas), ainda mais quando conhecidas as normas constitucionais que tratam dos direitos e das garantias fundamentais do acusado (à guisa de exemplo, a presunção de inocência).

Neste sentido ainda, cabe registrar que, se a validade dedutiva de um argumento depende exclusivamente de considerações formais, o mesmo não ocorre(rá) na indução, já que o seu esquema formal pouco dirá na hora de avaliar os argumentos indutivos, ou seja, importarão, neste caso, as questões materiais e contextuais. Além disso, Atienza destaca oportunamente que, além das limitações de poucas vezes (o magistrado) dispor dos dados pertinentes para efetuar exatamente esse cálculo probabilístico (da conclusão), o argumento probatório (a justificação externa da premissa fática) não poderá terminar com uma afirmação do tipo “*com uma probabilidade x, o acontecimento A ocorreu*”, mas sim da forma “*A ocorreu*”. Será

¹⁸¹ ATIENZA, 2017, p. 52-53.

¹⁸² O que se quer dizer é que, na indução, é provável, em um grau maior ou menor, que se os fatos são verdadeiros (ou as normas válidas ou corretas), então o será também a conclusão [...] em seu sentido qualitativo, todas as induções são argumentos de probabilidade, isto é, a passagem das premissas à conclusão é provável e não necessária (ATIENZA, 2017, p. 57).

necessária, então, uma *premissa adicional* que possa estabelecer qual é o grau de probabilidade (o standard de prova) para considerar com provado um fato¹⁸³. Afora isso, ao considerar o ofício justamente de um juiz criminal, assim finaliza:

Não obstante, a posição institucional de um juiz pode fazer com que um argumento não seja aceitável no contexto da motivação de uma sentença, pois do juiz se exige que respeito o princípio de presunção de inocência e um standard de prova quem em matéria penal, é particularmente exigente, pois requer que os fatos sejam considerados verdadeiros 'além de toda dúvida razoável'¹⁸⁴.

Por fim, Atienza não tarda em admitir que a lógica (a dedutiva standard) estampa relevantes “problemas”, que não consegue dar conta, por si só, da complexidade dos argumentos jurídicos. Acentua, também, ao mesmo tempo, que isso não quer significar que ela seja inútil, que se deva dela prescindir na argumentação jurídica, mas, sim, que a lógica apenas não é o instrumento adequado para estudar e manejar os argumentos¹⁸⁵. Explica, então, o seu alcance:

A lógica não se ocupa propriamente dos argumentos, mas dos esquemas de argumentos. Por isso, por si só, não permite justificar (ou explicar, averiguar ou prever) nada. A consideração dos elementos formais dos argumentos tem um grande valor analítico e estratégico: permite saber que premissa haveria que pressupor para que o argumento fosse sólido, em que direção devemos dirigir nossos objetivos quando se trata de refutar ou debilitar um argumento etc. Portanto, deve-se estar não contra a lógica, mas sim contra o imperialismo da lógica, contra a pretensão de que onde acaba a dedução começa a arbitrariedade¹⁸⁶.

Se, então, a concepção formal da argumentação não considera o conteúdo de verdade ou de correção das premissas e das conclusões, isso não acontecerá com a sua concepção *material*. Na verdade, neste enfoque material é justamente o oferecimento de boas razões que interessa(rá). Nesta dimensão, explica Atienza, a relevância e o peso das premissas são conceitos centrais. Assim, essa relevância (das premissas em relação à conclusão) não é unicamente uma questão formal. Não se trata simplesmente de comprovar que o argumento respeita uma certa forma, que é um caso particular de esquema geral de argumento¹⁸⁷.

¹⁸³ ATIENZA, 2017, p. 58.

¹⁸⁴ *Ibid.*, p. 59.

¹⁸⁵ *Ibid.*, p. 67-68.

¹⁸⁶ *Ibid.*, p. 68.

¹⁸⁷ *Ibid.*, p. 79.

Um primeiro fator fundamental para o julgamento da relevância das premissas é a *interpretação*. Uma premissa, normativa ou fática, será ou não relevante se ela puder ser alcançada a partir de um processo adequado de interpretação, porque, como esclarece Atienza, há uma passagem interpretativa entre o material normativo bruto (os enunciados que o jurista encontra nas leis, nas jurisprudências, nas fontes do Direito etc.) e o que constitui a premissa normativa de seu raciocínio¹⁸⁸. O mesmo ocorre, inclusive, ainda que os critérios interpretativos não sejam os mesmos, entre o manifestado por uma testemunha, um documento probatório, um acontecimento etc. e o significado atribuído a eles quando se convertem em premissas de um raciocínio¹⁸⁹. Além disso, a relevância também dependerá de que o enunciado nas premissas resulte *válido*, em um sentido amplo da expressão¹⁹⁰.

A respeito desse fator, o jusfilósofo espanhol sustenta que:

Em relação às premissas normativas, terá que se tratar de normas válidas de acordo com o critério amplo de validade. Em relação às premissas fáticas, a validade faz referência, em princípio, a critérios externos ao sistema (*critérios epistemológicos*) que podem ser usados para certificar sua verdade, mas também os critérios provenientes do sistema (das normas probatórias) que podem fazer com que uma premissa fática, do ponto de vista externo ao sistema, deveria ser considerada verdadeira (ou como muito provavelmente verdadeira) não possa, sem embargo, ser considerada válida (prova proibida) ou que uma premissa fática (que não poderia ser considerada como verdadeira) seja dotada de validade pelo sistema (por meio de uma norma de presunção)¹⁹¹.

À vista do ordenamento jurídico pátrio, deve ficar em evidência, primeiro, a preocupação para com a existência de critérios epistemológicos que possam nortear o raciocínio do juiz. Taruffo, aliás, como foi visto, tratou também dessa necessidade ímpar. Ademais, a respeito especificamente dos critérios - ou normas - do próprio sistema que dão conta de balizar a validade de certas premissas, é possível destacar oportunamente, apenas à guisa de exemplo, as disposições que apuram a relevância (objetiva) da confissão e dos elementos de informação produzidos em sede de inquérito policial¹⁹².

¹⁸⁸ ATIENZA, 2017, p. 79.

¹⁸⁹ *Ibid.*, p. 79.

¹⁹⁰ *Ibid.*, p. 80.

¹⁹¹ *Ibid.*, p. 80.

¹⁹² Os artigos 197 e 200 do Código de Processo Penal estabelecem, respectivamente, que 'o valor da confissão se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para a sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas existe compatibilidade ou concordância' e 'que a confissão será divisível e retratável, sem

Atienza, assim, enfatiza que, na indução, importam, seguramente, essas questões de peso, o que não acontece(rá) do ponto de vista da lógica dedutiva¹⁹³, isto é, importam os critérios que serão utilizados para dotar de maior ou menor força as premissas e, assim, a conclusão. Exemplifica, então, que os fatos probatórios (as premissas individuais) devem ser, pois, confiáveis, suficientes. Já o enunciado que expressa(rá) uma regularidade (o enunciado geral) deverá estar suficientemente fundamentado, deverá estabelecer um grau de probabilidade causal satisfatório etc.¹⁹⁴

Afora isso, para além da preocupação para com a interpretação e com a validade das premissas e da conclusão, este jurista espanhol sinaliza ainda que outros tantos critérios (materiais) se mostram igualmente necessários. Desta maneira, ao recorrer à universalidade, à coerência, à adequação das consequências, à moral social e à moral justificada, acaba por revelar (e confirmar) sua opção por uma filosofia moral e política que, ao fim e ao cabo, busca articular e estabelecer alguma ordem (até mesmo hierárquica) entre os diversos tipos de razões justificativas que concorrem no Direito¹⁹⁵.

Assim, apesar de registrar expressamente que não é possível estabelecer uma hierarquia estrita entre essas razões, assinala que caberia, sim, reconstituir o funcionamento dos direitos dos Estados Constitucionais (sua 'lógica interna') para destacar a prevalência das *substantivas* (frente às formais, por exemplo)¹⁹⁶. Neste sentido, acrescenta que:

Dentro do grupo dessas razões substantivas, as de correção gozam de prioridade *prima facie*, ainda que em certas circunstâncias excepcionais possam ser derrotadas por razões de fim (por objetivos sociais); e umas e outras (as razões substantivas desses dois tipos) podem também ser derrotadas por razões institucionais¹⁹⁷.

prejuízo do livre convencimento do juiz, *fundado no exame das provas em conjunto*'. Já o artigo 155 do mesmo diploma legal dispõe que '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*'.

¹⁹³ Do ponto de vista da lógica dedutiva, não faz sentido colocar uma questão como a do peso das premissas: todas (todas as que não são supérfluas) têm o mesmo peso, têm a mesma força, pois cada uma delas é condição necessária para que se possa levar a cabo a inferência (ATIENZA, 2017, p. 80).

¹⁹⁴ *Ibid.*, p. 80.

¹⁹⁵ Apoiado em Summers (1978), Atienza considera as razões formais ou autoritativas, que apelam para algum tipo de autoridade jurídica (lei, precedente, etc.), as substantivas, que derivam sua força justificativa de considerações de caráter moral, econômico, político e, em geral, social, as finalistas, cuja força provem da condição de servirem para apoiar uma decisão que previsivelmente contribuirá para um fim valioso, as razões de correção, que apelam a uma norma moral válida que se aplica a uma certa situação e, finalmente, as institucionais, que aparecem vinculadas a papéis ou processos institucionais específicos (ATIENZA, 2017, p. 81-82).

¹⁹⁶ *Ibid.*, p. 82.

¹⁹⁷ *Ibid.*, p. 82.

A *universalidade*, neste enredo, se aplica tanto em relação a problemas normativos quanto a problemas de fato. Está, no mais, implícito no próprio esquema de justificação interna. Em outros termos, a premissa maior – normativa – do silogismo judicial terá que ser um enunciado de caráter universal. Quer dizer: para todo x , se x é p , então deverá ser também q . Atienza, ademais, esclarece que o critério utilizado para a construção da premissa normativa, a *ratio decidendi*, não poderá ser *ad hoc*¹⁹⁸.

A título de exemplo, se no caso c a norma n foi interpretada no sentido n' é porque essa foi também a interpretação que no passado se fez nos casos análogos a c e, sobretudo, será aquela que, no futuro, continuará sendo feita quando aparecerem novos casos semelhantes a c . Esse mesmo requisito (da universalidade) aplica-se também a problemas de tipo fático, como adiantado. Na justificação externa da premissa fática, deve-se incluir também um enunciado de tipo universal, ainda que seja de natureza probabilística¹⁹⁹.

A ideia da *coerência*, por seu turno, está ligada à de consistência lógica, mas desta difere porque aquela se refere à compatibilidade de uma norma (e, também, de uma *decisão*,) em relação a valores, princípios e teorias. A coerência é, portanto, uma questão de grau. Como ilustração, explica Atienza, a fundamentação de uma decisão poderá então conter uma inconsistência lógica (ser incompatível com alguma norma específica do sistema, com algum elemento probatório) e, no entanto, ser a mais coerente entre as possíveis e, em consequência, estar justificada²⁰⁰.

Assim, diz-se, pois, que uma norma será coerente se e quando puder ser subsumida a partir de uma série de princípios e valores (de determinado ordenamento). Observa-se, deste modo, que diante de um problema interpretativo, a razão para interpretar a norma n no sentido n' e não no sentido n'' é justamente que n' está mais de acordo com os princípios e valores de um sistema ou, também, que esta interpretação se mostra mais coerente com certa filosofia moral e política²⁰¹.

¹⁹⁸ ATIENZA, M. Como evaluar las argumentaciones judiciales. *Diánoia*, v. 56, n. 67, p.113-134, nov. 2011. p. 122-123.

¹⁹⁹ À guisa de exemplo, a premissa poderá ser um enunciado que estabeleça que se ocorrerem x , y e z (os fatos do presente considerados verdadeiros: os fatos probatórios), então é provável que tenha ocorrido outro fato do passado, p (o fato que se quer provar). E o requisito da universalidade exigiria que essa premissa de tipo probabilístico será utilizada também em todos os casos em que se derem as mesmas circunstâncias - a não ser que se trate de uma lei científica ou uma máxima de experiência que tenha sido desmentida pela experiência (ATIENZA, 2017, p. 132).

²⁰⁰ *Ibid.*, p. 133.

²⁰¹ *Ibid.*, p. 133.

Atienza, não raras vezes, vincula implícita e explicitamente a argumentação aos preceitos nucleares do Estado Constitucional (considerando, aqui, a realidade brasileira). Mais do que isso, na verdade, vincula os preceitos de cada ramo do Direito à argumentação²⁰². Acentua-se, desta maneira, a necessidade de o magistrado considerar as máximas de experiências (as que ostentam, naturalmente, um rigor epistêmico satisfatório), as teorias (especialmente as científicas) e, sobretudo, as normas (constitucionais e processuais penais) que consagram os direitos e garantias individuais.

Um outro requisito da dimensão material da argumentação é o da *adequação das consequências*. No Direito, aliás, as razões finalistas desempenham um papel que pode ser maior ou menor, a depender de o sistema jurídico abraçá-las (ou não). Atienza explica que uma razão fim é uma razão cuja força justificativa derivará do fato de que, se tal decisão for tomada, será possível prever que ela terá efeitos que satisfaçam a algum objetivo social valioso (saúde pública, segurança, democracia etc.).

Exatamente por conta dessa definição, entende também que esse fundamento consequencialista, por se tratar de uma previsão de efeitos e estados de coisas do futuro, termina por revelar uma atividade bastante complexa, sobretudo quando compreende que as instituições judiciais não contam com recursos adequados para isso (é dizer, não foram desenhadas para cumprir essa função). Portanto, apesar de a necessidade de se colocar limites (a esta atividade), cumpre ressaltar que a legislação brasileira parece ter se preocupado, sim, com as razões fins. É o que se nota, por exemplo, nos artigos 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) e 25 do Código de Ética da Magistratura Nacional²⁰³.

Os últimos dois requisitos, o da *moral social* e o da *moral justificada*, serão estudados sincronicamente. Como adiantado, Atienza integra à argumentação um componente moral. Entende ser indubitável que critérios de moralidade devam pesar na argumentação e, também, na avaliação desta argumentação. Em suma, sinaliza que:

²⁰² A noção de coerência é, então, relativa, mas não puramente formal, já que se refere a máximas de experiência, teorias científicas, princípios e valores com determinados conteúdos (ATIENZA, 2017, p. 134).

²⁰³ O artigo 20 da LINDB estabelece que nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos *sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão*. Já o artigo 25 do Código de Ética dispõe que, especialmente ao proferir decisões, incumbe ao magistrado atuar de forma cautelosa, *atento às consequências que pode provocar*.

Mesmo em casos fáceis, tanto a premissa normativa como a fática repousam em última análise sobre a aceitação pelo juiz de seguir os critérios do ordenamento jurídico (de obedecer ao Direito), ou seja, a premissa última é de natureza moral. E quando se trata de interpretar os conceitos valorativos, morais, da Constituição, parece evidente que não cabe outra coisa senão recorrer a uma filosofia moral e política²⁰⁴.

Para o jurista, ainda, o juiz, em vista de sua posição institucional, não só não pode ser indiferente (ou contradizer) às convenções sociais como, ainda, deve considerá-las quando da apresentação de suas razões (essa posição faz pressupor limites quanto ao tipo de razões que pode usar e quanto ao alcance dessas razões). Mesmo assim, ciente das dificuldades²⁰⁵ que decorrem da busca por uma moral genuinamente social, Atienza admite que o Direito não consegue proporcionar razões últimas de caráter justificativo, e tampouco pode fazê-lo a moral social.

Por isso, compreende que os critérios de justificação das decisões judiciais têm que provir de uma moral racionalmente justificada (que, portanto, às vezes podem não corresponder à moral social)²⁰⁶. Apela, então, a uma filosofia moral que possa apresentar propostas de teorias éticas (normativa) capazes de sustentar o objetivismo moral e que, como consequência, forneçam métodos para descobrir a moral correta²⁰⁷.

Finalmente, Atienza trata da concepção *pragmática* da argumentação judicial. Por esta perspectiva, a argumentação é considerada um tipo de interação linguística, ou seja, não é mais um tipo de relação com lugar entre proposições ou entre razões e crenças e atitudes práticas, senão entre dois ou mais sujeitos. Como atividade, a argumentação é desenvolvida por meio de regras de comportamento linguístico dos

²⁰⁴ ATIENZA, 2017, p. 139-140.

²⁰⁵ São reconhecidos alguns problemas quando da tentativa de se construir uma moral social: pode ocorrer que não seja fácil saber qual a opinião majoritária ou que, simplesmente, não haja uma opinião claramente majoritária; não se pode descartar a possibilidade de que essas opiniões, mesmo majoritárias, sejam expressão de preconceitos que vão contra os próprios valores do ordenamento. Em muitas sociedades podem predominar ou ter uma grande aceitação, por exemplo, opiniões xenófobas ou contrárias aos princípios do garantismo penal, reconhecidos em todas as Constituições contemporâneas; o apelo à democracia, à opinião da maioria, por céticos ou relativistas morais, não parece estar bem justificado: se não há critérios objetivos em matéria de moral, tampouco o será aquele baseado na democracia, na opinião da maioria; as Constituições contemporâneas incorporam um código moral (refletido nas declarações de direitos) que não é simplesmente a moral estabelecida (ATIENZA, 2017, p. 138).

²⁰⁶ *Ibid.*, p. 138.

²⁰⁷ Atienza entende que a postura mais adequada é a do chamado construtivismo ou procedimentalismo moral, em alguma versão defendida por Rawls, Habermas ou Nino.

sujeitos que nela intervém²⁰⁸. Reside, nesta ideia, a dialética e a retórica (usualmente a lógica encerrará os três sentidos que as teorias gerais costumam tratar sobre o tema)²⁰⁹.

As duas ostentam diferenças relevantes. Enquanto no debate dialético os participantes têm um papel ativo, na retórica somente uma das partes desempenha(rá) um papel ativo (o papel de destinatário, o do auditório, é preponderantemente passivo). Ainda, se a contradição possui um papel central na dialética, na retórica é a persuasão que exercerá essa posição²¹⁰. Desta maneira, em não sendo – ou, melhor, não podendo ser – as razões do magistrado um discurso para persuadir, como já sinalizou, inclusive, Taruffo, sobra, ao que parece, a concepção dialética da argumentação.

É muito importante dar-se logo conta, sublinha Atienza, que existem diversos *tipos de diálogos* e que cada um deles é regido por *regras distintas* e dirigido a obter *fins igualmente distintos* entre si. Apoiado em Walton, o jusfilósofo espanhol trata de diferentes diálogos como, por exemplo, as brigas e disputas pessoais, o debate forense, a discussão crítica ou diálogo racional, a pesquisa, a negociação, a incitação à ação, o diálogo educativo e a busca de informação (no interrogatório das testemunhas, a título exemplificativo).

Percebe-se, pois, que a argumentação judicial se perfaz em inúmeros momentos do processo. No ato da sentença, deve ficar em evidência, pois, que os sujeitos que compõem a relação dialética com o juiz são as partes – e essa relação é obrigatória. As regras processuais – de um processo constitucionalizado, e não do processo instituído pelo Código de Processo Penal de 1941 – e, sobretudo, o contraditório, neste enredo, são as que devem ditar o ritmo das razões (da argumentação) que devem ser apresentadas pelo magistrado.

Por último, serão estudadas algumas contribuições de Lenio Streck, jurista brasileiro que parece se preocupar com os caminhos indicados pela Constituição

²⁰⁸ ATIENZA, 1997, p. 476.

²⁰⁹ As teorias gerais, filosóficas, sobre a argumentação costumam distinguir três perspectivas no estudo dos argumentos: a lógica, a dialética e a retórica. O fato de Atienza incorporar uma dimensão material, como visto, tem a ver, ao menos em parte, com o interesse deste jurista exatamente pela argumentação jurídica.

²¹⁰ Ainda sobre as diferenças: na retórica prevalecem os discursos longos, enquanto que as intervenções de cada parte em um debate tendem a ser curtas (ou mais curtas); o discurso retórico é, pode-se dizer, unidirecional, enquanto que o dialético avança em espiral ou como uma linha quebrada; a dialética está mais vinculada à filosofia (à descoberta da ‘verdade’), enquanto que a retórica se inclina mais à literatura, à psicologia ou à política; as regras que regem a dialética são essencialmente normas de comportamento, enquanto que as da retórica têm, essencialmente, um caráter técnico (ATIENZA, 2017, p. 89).

(muitos deles conectados à decisão judicial) e, também, com a evidência de uma crise em potencial no Direito (sobretudo uma crise hermenêutica). Streck critica – e o faz expressa e duramente – a insistência de muitos num ou noutro método (como solucionador dos problemas jurídicos) e numa razão teórica ou prática, a(s) teoria(s) da argumentação e, especialmente, o decisionismo ou discricionarismo. Por outro lado, defende firmemente uma hermenêutica filosófica e, como será demonstrado, a superação do primado epistemológico do sujeito (de uma subjetividade assujeitadora).

Streck assume como ponto de partida o paradigma²¹¹ da filosofia da linguagem ou, ainda, a defasagem da metafísica clássica e da filosofia da consciência. Brevemente, essa evolução – que alcança, hoje, aquela (última) ruptura paradigmática sobre a estrutura do pensamento²¹² - pode ser explicada da seguinte maneira:

Para a metafísica clássica, os sentidos estavam nas coisas (*as coisas teriam sentido porque haveria nelas uma essência*). É entendida como ontologia, doutrina que estuda os caracteres fundamentais do ser: aquilo sem o qual algo não é; se refere às determinações necessárias do ser [...] até Kant, o ser era, então, um predicado real. *Pensava-se que havia uma relação real entre ser e essência*. Portanto, o *sentido era dependente dos objetos*, que tinham uma essência e, por isso, era possível revelá-lo. A superação do objetivismo (deste realismo filosófico) dá-se na modernidade (ou com a modernidade). Naquela ruptura histórico-filosófica, ocorre uma *busca da explicação sobre os fundamentos do homem*. O fundamento não é mais o essencialismo com uma certa presença da *illuminatio divina*. O homem *não* é mais sujeito às estruturas. Anuncia-se o nascimento da subjetividade. *Ele passa a 'assujeitar' as coisas*. É o que se pode denominar de esquema sujeito-objeto, em que o mundo passa a ser explicado (e fundamentado) pela razão, circunstância que proporcionou o surgimento do Estado Moderno²¹³.

A descontinuidade da filosofia da consciência – nome que leva este paradigma da subjetividade – ocorrerá no século XX, a partir do chamado giro linguístico, que, esclarece Streck, liberta(rá) a filosofia do *fundamentum* que, da essência, passara, na modernidade, para a consciência. Essa guinada se sustentou não apenas no fato de que, agora, os problemas filosóficos seriam linguísticos (em

²¹¹ Os paradigmas conformam o nosso modo de compreender o mundo.

²¹² Desde o início, houve um compromisso da filosofia com a verdade; a filosofia sempre procurou esse olhar que desvendasse o que as coisas são [...] quatro séculos antes da Era Cristã, já se discutia a 'justeza dos nomes', isto é, as condições de possibilidade para que objetos pudessem ter determinados nomes (e não outros). Essa questão atravessa séculos, experimentando diferentes respostas, representadas por diferentes 'princípios epocais', que igualmente fizeram a longa travessia de duas metafísicas, chegando, nessa quadra do tempo, ao universo das posturas e teorias filosóficas que representam as posições hoje consideradas como pós-metafísicas. No campo do direito, essa(s) questão(ões) permanece(ra)m difusas em um misto de objetivismo e subjetivismo (STRECK, 2013, p.11-12).

²¹³ *Ibid.*, p.13-14.

face da propalada ‘invasão’ da filosofia da linguagem), como, também, no ingresso do mundo prático na filosofia. Da epistemologia avançou-se, pois, em direção a este novo paradigma, no qual existiu a descoberta de que, para além do elemento lógico-analítico, deveria presumir, sempre, uma dimensão de caráter prático-pragmático²¹⁴.

Em outras palavras, neste giro linguístico (ou *linguistic turn*), a invasão que a linguagem promoveu no campo da filosofia acabou por transferir o próprio conhecimento para o âmbito da linguagem. Seria – e ainda é – na linguagem que se dá o sentido (e não mais na consciência do pensamento pensante). O sujeito surge, portanto, na linguagem e pela linguagem²¹⁵.

Numa palavra, como sugere Streck, esta viragem ontológica-linguística é o raiar de uma nova possibilidade de constituição de sentido. Tratou-se, assim, da superação do elemento apofântico, com a introdução desse elemento prático, que são as *estruturas prévias* que condicionam e precedem o conhecimento. Assim, a inovação é que:

*o sentido não estará mais na consciência (de si do pensamento pensante), mas, sim, na linguagem, como algo que produzimos e que é condição de nossa possibilidade de estarmos no mundo. Não nos relacionamos diretamente com os objetos, mas com a linguagem, que é a condição de possibilidade desse relacionamento*²¹⁶.

O Direito não poderia ficar de fora desse (não tão novo) esquema, sobretudo quando se sabe que, culturalmente, a linguagem sempre foi produto de sujeitos solipsistas²¹⁷, que construíam – e *ainda constroem* – o seu próprio objeto de conhecimento. Essa viragem, neste sentido, segundo Streck, se colocou como o que *precede* qualquer relação positiva. Quer dizer: não pode mais haver mais um sujeito solitário, pois, agora, existe uma comunidade que antecipa qualquer constituição de sujeito²¹⁸. No mais, apoiado em Ernildo Stein, complementa:

O acesso a algo é pela *mediação do significado e do sentido*. Não existe acesso às coisas sem a mediação do significado. Então, se não existe acesso às coisas sem a mediação do significado, não podemos compreender as coisas sem que tenhamos um modo de compreender que acompanha qualquer tipo de proposição; e este modo de compreender é exatamente este ‘como’ que sustenta a estrutura fundamental do enunciado assertórico algo enquanto algo, algo como algo (*etwas als etwas*). Essa expressão revela que

²¹⁴ STRECK, 2013, p.14.

²¹⁵ *Ibid.*, p.14.

²¹⁶ *Ibid.*, p.16-17.

²¹⁷ Streck, aqui, trata dos juízes solipsistas.

²¹⁸ *Ibid.*, p. 17.

não temos acesso aos objetos assim como eles são, mas sempre de um ponto de vista, a partir de uma clivagem²¹⁹.

A atividade judicial (o ato de decidir, especificamente) é substancialmente impactada por essas mudanças. A interpretação deixa, então, de ser um ato de ‘colocar’ capas de sentido aos fatos. Interpretar, agora, é compreender e compreender, por seu turno, é aplicar. Não se interpreta mais para compreender, mas, sim, compreende-se para interpretar²²⁰. Streck sinaliza que o intérprete não pode mais retirar do texto algo que o texto possui(ria)-em-si-mesmo. Assim, é preciso assimilar que o sentido do direito se situa *antes* do processo do conhecimento (antecipa qualquer interpretação), isto é, que o jurista não fabrica o seu objeto de conhecimento. A compreensão, por sua *presença antecipada*, é algo que não podemos mais dominar. O sentido não está, portanto, a nossa disposição. A interpretação (sobretudo a realizada pelo juiz) será, em suma, a explicitação do compreendido²²¹.

Streck, aliás, sem desconhecer que textos jurídicos exibem, sim, vaguezas e ambiguidades e que princípios podem ser mais ou menos abertos em termos de significado, estabelece que a realização (a concretização) destes textos (transformação em normas) não depende(rá), pois, de uma subjetividade assujeitadora (esquema S-O), como se os sentidos a serem atribuídos pudessem ser frutos da vontade do intérprete. Acrescenta, neste mesmo sentido, que as coisas não podem ser reduzidas aos nossos conceitos e às nossas concepções de mundo, ou seja, não podem estar à disposição deste intérprete²²².

Não por outra razão Streck desaprova a nossa cultura (jurídica) que tem revelado, mesmo nos dias de hoje, uma função de reproduzir decisões tribunalícias. Seria – ou é - o *império* dos enunciados assertóricos, que tem atenuado, ainda, a relevância das reflexões doutrinárias²²³, completa. Neste sentido, resume:

Aposta-se, cada vez mais, no mito do dado, como é o caso das súmulas vinculantes e os efeitos de uma decisão sobre outras. Quer-se superar o mito da plenipotencialidade da lei com outras novas tentativas objetivistas e

²¹⁹ STRECK, 2013, p. 17.

²²⁰ *Ibid.*, p. 76-77.

²²¹ *Ibid.*, p. 91.

²²² *Ibid.*, p. 95 e 96.

²²³ Como consequência, a doutrina se acaba se contentando com migalhas significativas ou restos dos sentidos previamente produzidos pelos tribunais. A velha jurisprudência dos conceitos alcança os nossos dias paradoxalmente a partir do lugar que era o seu destinatário: as decisões judiciais. São elas, agora, que produzem a conceitualização. E com uma agravante: o sacrifício do mundo prático (STRECK, 2013, p. 98-99).

objetificadoras. Para esse novo esquema, aposta-se no sentimento individual do juiz²²⁴.

A *intersubjetividade*, em oposição ao sujeito assujeitador (do esquema S-O), manifesta-se, portanto, no conceito de *significância*, que se apresenta como responsável pela formação de projetos de sentido e significados que se articulam no Discurso. Será dessa dimensão de significância que emergirá a possibilidade do significado. Isso quer dizer, entende Streck, que quando produzimos um enunciado – que foi resultado da interpretação da compreensão afetivamente disposta – *é porque já nos movemos antes compreensivamente nessa estrutura múndica chamada significância*. Essa estrutura não tem o sentido do ver teórico contemplativo, mas sim o sentido da vida cotidiana (mundo compartilhado)²²⁵. Por isso o afastamento da razão prática ou teórica (anteriormente mencionado). Trata-se, agora, de um mundo prático – e não de uma razão prática²²⁶.

O magistrado, neste enredo, passa a não dispor de distintas possibilidades para solucionar um caso concreto, isto é, deixa de poder escolher aquela que lhe pareça mais adequada. Assim, *decidir* não pode ser considerado sinônimo de *escolher*. São ações que se mostram notadamente distintas. Isso porque existe, com a vigência da filosofia da linguagem, justamente um contexto originário que impõe uma diferença importante quando nos colocamos diante destes dois fenômenos. A escolha é um ato de opção que se desenvolve sempre que estamos diante de duas ou mais possibilidades. Será, pois, sempre parcial. A decisão, por sua vez, se dá a partir do comprometimento *com algo que se antecipa*, e não a partir de uma escolha²²⁷.

No caso da decisão, Streck destaca que esse algo que se antecipa é a compreensão daquilo que a comunidade política constrói como direito (essa compreensão não é a soma de diversas partes, mas, sim, um todo que se apresenta como a melhor interpretação do direito).

Esse todo que se antecipa, esse todo que se manifesta na decisão, ademais, é aquilo que mencionamos sempre como pré-compreensão (que não pode ser confundida com a mera subjetividade ou pré-compreensão do intérprete)²²⁸. Desta maneira, percebe-se que:

²²⁴ STRECK, 2013, p.120.

²²⁵ *Ibid.*, p.102.

²²⁶ *Ibid.*, p.103.

²²⁷ *Ibid.*, p.107.

²²⁸ *Ibid.*, p.108.

É o modo como se compreende(rá) esse sentido do direito projetado *pela comunidade política* (que é uma comunidade virtuosa, de princípios) que condicionará a forma como a decisão jurídica será realizada, de maneira que somente a partir desse pressuposto é que poderemos falar em respostas corretas ou adequadas. Toda decisão deverá se fundar em um compromisso (pré-compreendido). Esse compromisso passa pela reconstrução da história institucional do direito e pelo momento de colocação do caso julgado dentro da cadeia de integridade do direito. Não há decisão que parte do grau zero de sentido. Portanto, a decisão não se apresenta(rá) como um processo de escolha do julgador das diversas possibilidades de solução da demanda. Ela se dará como um processo em que o julgador deve estruturar sua interpretação de acordo com o sentido do direito projetado pela comunidade política²²⁹.

Assim, esse processo também terá – ou teria - o condão de impedir a cisão entre o momento decisório e o ato de fundamentação. Segundo Streck, o julgador não decide para, apenas *depois*, buscar a fundamentação. Pelo contrário, ele só decide porque já encontrou, *antes*, o fundamento. Isso porque, explicado anteriormente, existe um sentido que é – precisa ser - antecipado ao julgador, do qual a decisão será parte inexorável (dependente) do fundamento²³⁰. É dizer, pois, que não se pode aceitar que este julgador possa justificar a decisão de modo a mascarar os verdadeiros fundamentos que são, como visto, inexoráveis à decisão. A falsa ideia de que a decisão se traduz na possibilidade de o juiz fazer escolhas acaba servindo, muitas vezes, de alibi para que a fundamentação não venha explicitada na decisão²³¹.

Por isso, Streck e Raatz sublinham que fundamentar não significa - não pode significar – encobrir o fundamento a partir de uma simples ‘justificação racional’, mas, sim, *deixá-lo* vir à tona. Cumprirá com o dever de fundamentação, então, o julgador que explicitar o compreendido²³² (o pré-compreendido). Explicam, ainda, que apenas desse modo o julgador poderá colocar em xeque seus pré-juízos diante da Constituição, da lei, da doutrina e da jurisprudência²³³. Neste sentido, o artigo 93, IX, da Constituição Federal:

Somente será respeitado quando o julgador se desincumbir do ônus de demonstrar que sua decisão é correta, que está fundada em prejuízos legítimos e que sua subjetividade não se sobrepõe ao direito e a sua história institucional, levando-se em consideração o contexto circunstancial dos fatos

²²⁹ STRECK, 2013, p. 108.

²³⁰ STRECK, L. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 180.

²³¹ STRECK, L.; RAATZ, I. O dever de fundamentação das decisões judiciais sob o olhar da crítica hermenêutica do Direito. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, ano 15, n. 20, p. 160-179, jan./jun. 2017. p. 168.

²³² STRECK; RAATZ, 2017, p. 168.

²³³ *Ibid.*, p. 169.

definidor do caso concreto. Com efeito, não se encontrará cumprido o dever de fundamentação somente com a menção a critérios lógicos, sendo indispensável colocar o sentido ventilado na decisão no contexto da história institucional do direito²³⁴.

A interpretação (que se mescla à aplicação) dos textos jurídicos se mostrou, pois, *orientada*. A este respeito, inclusive, Streck concordou com Dworkin quando este resolveu combinar princípios jurídicos com objetivos políticos e colocar à disposição dos juristas e intérpretes um manancial de possibilidades para a construção e/ou elaboração de respostas coerentes com o direito positivo²³⁵. Em suma, é dizer que as decisões judiciais não podem ser tomadas, então, a partir de critérios pessoais. A justiça e, claro, o Poder Judiciário não podem mais depender da opinião pessoal que juízes tenham sobre as leis ou sobre os fenômenos sociais, até porque os sentidos sobre os dois são produtos, como visto, desta intersubjetividade – e não de um indivíduo isolado²³⁶.

Assim, tanto o juiz como os demais partícipes da relação jurídico-processual precisam estar necessariamente vinculados e sustentados por um *processo de compreensão* que envolve(rá) o surgimento de todo e qualquer enunciado teórico no direito²³⁷. Sinaliza, assim, que todos precisam assumir um compromisso com a Constituição (considerá-la o vetor de sentido que é) e com a legislação democraticamente construída, no interior da qual há uma discussão, no plano da esfera pública, das questões ético-morais da sociedade²³⁸. É deste lugar, aliás, que saem – e sairão – os sentidos que deverão ser compreendidos por todos aqueles que compõem o chamado círculo hermenêutico.

As contribuições de Streck, portanto, parecem revelar grande valia. Primeiro, por evidenciar – e, sobretudo, se preocupar com – o problema da discricionariedade judicial. Não por outra razão, critica Taruffo por considerar que este defende o

²³⁴ STRECK, L. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 289.

²³⁵ STRECK, 2013, p. 110.

²³⁶ O direito não é e não pode ser aquilo que o Judiciário diz que é. Tampouco é e será aquilo que, em um momento, a doutrina, compilando a jurisprudência, disser que é a partir de um repertório de ementários ou enunciados com pretensões objetivadoras. O direito não é, enfim, um dicionário recheado de conceitos (STRECK, 2013, p. 118).

²³⁷ Há, portanto, uma circularidade que se desconhece entre o movimento interno do universo jurídico em sua constituição e aqueles que querem fazer de conta que estão de fora do círculo e podem decidir, discutir, aplicar, explicitar elementos que constituem estruturas e instancias incorporadas pela dogmática jurídica (STRECK, 2013, p. 118).

²³⁸ STRECK, 2013, p. 112.

protagonismo judicial (por entender que este nutre uma confiança exacerbada no julgador) e que as partes, assim, não poderiam ser os atores institucionais mais relevantes para o processo (por serem pessoalmente nele interessados)²³⁹.

Segundo, por promover uma aproximação robusta entre Constituição e (conteúdo da) fundamentação, isto é, por destacar enfaticamente a *compreensão* como um vetor de racionalidade de primeiro nível²⁴⁰, o que não quer sugerir, em absoluto, a desnecessidade de a decisão se preocupar (também) com uma racionalidade lógico-argumentativa – essa, por sua vez, tratada substancialmente por Guastini, Ibañez, Taruffo e Atienza. Desta maneira, alguns importantes pontos de contatos entre as proposições de todos estes juristas podem ser observados. Entretanto, essa discussão será reservada para um capítulo à parte.

2.3 APROXIMAÇÃO PROCESSUAL: O (DEVIDO) PROCESSO, CONTRADITÓRIO E OUTRAS QUESTÕES CONEXAS À FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

A fundamentação das decisões judiciais, sempre que analisada, estará imersa, em alguma medida, em um horizonte processual. Por esta razão, essa ambiência precisa ser explorada. O processo, hoje, se aproxima da distinção que o constitucionalismo moderno promove(u) entre as garantias gerais (políticas) e as especiais. Assim, pode tanto ser compreendido sob o prisma do exercício do poder como, ainda, pelo aspecto da tutela dos direitos fundamentais. Como garantia do correto exercício deste poder, em sua estrutura mais simples, o processo busca criar condições para alcançar soluções apoiadas numa verdade apta a ser compartilhada pela sociedade²⁴¹.

Gomes Filho, aqui, acrescenta que este objetivo deve prevalecer, inclusive, nos processos jurisdicionais, já que não seria adequada aos fins de pacificação social

²³⁹ Neste sentido, Taruffo entende que a passividade do juiz termina por desenvolver um papel contraepistêmico, na medida em que o juiz passivo deixa(ria) que o processo seja dominado por sujeitos que na maior parte dos casos são indiferentes – se não hostis – em relação à descoberta da verdade. Assim, a atribuição de poderes instrutórios adequados, bem como seu efetivo exercício, aparecem como atributos relevantes para a busca da verdade e que [...] uma busca neutra e imparcial pode surgir como um método preferível em larga escala [...] qualquer atividade racional de apuração de fatos aspira à neutralidade: espera-se que seus protagonistas, mais do que defensores que zelam por um interesse de parte, sejam atores desinteressados (TARUFFO, M. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 145).

²⁴⁰ STRECK, 2011, p. 398.

²⁴¹ GOMES FILHO, A. M. **A motivação das decisões penais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 23.

uma decisão adotada *autoritariamente* ou que fosse decorrência de uma escolha realizada sem levar em conta o conjunto de atividades de prova e de argumentação realizado pelos interessados no litígio²⁴². Já como garantia especial, o processo se transforma em um instrumento que procura viabilizar uma ampla proteção dos direitos, especialmente os consagrados pela Constituição. De mais a mais, à vista da natureza dos valores sociais, como a igualdade, a dignidade da pessoa, a liberdade etc., é necessário ainda que se faça presente uma *estrutura* processual tal que permita que essa dimensão garantista não reste inócua.

Em outras palavras, esse modelo complexo de processo exige, então, uma forma capaz de *assegurar* a preservação desses valores. Daí, finaliza Gomes Filho, apoiado em Chiavario, ser impossível desvincular dessa ideia de processo a presença de *exigências mínimas* que possam constituir *garantias* de um desenvolvimento processual que não seja mera encenação ou pura formalidade. Aliás, são justamente essas garantias as expressões dos valores fundamentais de civilidade e que, muito por isso, deverão informar as atividades de aplicação jurisdicional do direito²⁴³.

Afora isso, a *pluralidade* de garantias se mostra igualmente obrigatória. Isso porque o *direito fundamental* a um processo justo não consegue dar conta de se firmar em garantias unicamente particulares. Assim, muito pelo contrário, precisará se firmar na *coordenação* de outras tantas garantias. Trata-se, aliás, de uma relação notadamente elementar. Neste sentido, Bargi sublinha cirurgicamente que:

Há, entre elas (as *garantias*), uma interpenetração recíproca, de tal modo que umas conferem efetividade às demais e serão também por estas reforçadas, dando lugar a um sistema circular apto a assegurar, em níveis cada vez mais elevados, a proteção do indivíduo por meio do processo²⁴⁴.

Por conveniência metodológica, Gomes Filho separa as garantias em garantias do juiz e garantias do contraditório. Esclarece que, àquela, ligam-se a imparcialidade, a independência, o juiz natural e, em certa medida, o duplo grau de jurisdição, e, desta, resultam a igualdade processual, a defesa, nas suas vertentes autodefesa e defesa técnica, o direito à prova, o direito à presunção de inocência (no

²⁴² GOMES FILHO, 2013, p. 25.

²⁴³ Não se trata, contudo, de uma simples orientação filosófica, visto que essa consciência tem sido acompanhada pela progressiva positivação e, mais precisamente, pela constitucionalização do direito ao processo, com a correspondente explicitação, cada vez mais completa e analítica, das garantias do processo nos textos constitucionais (GOMES FILHO, 2013, p. 28).

²⁴⁴ BARGI, 1990, p. 105.

sentido de regra de decisão), o duplo grau de jurisdição etc.²⁴⁵. Todas essas garantias, a um só tempo, sinaliza Grinover²⁴⁶, representam instrumentos de proteção dos destinatários do provimento e da própria jurisdição. Todas cumprem, também, a função de possibilitar o controle da efetividade das demais garantias, o que as tornam *garantias das garantias*.

A motivação das decisões, neste contexto, integra(rá) visceralmente essa relação ímpar de garantias e, assim, fará parte da mencionada circularidade. No mais, convém assinalar que quando considerada a esfera penal, essa interpenetração que existe entre as garantias deve considerar ainda o conjunto de garantias de caráter material. Fica em relevo máximo, desta maneira, a simetria que existe entre garantias penais e processuais penais²⁴⁷.

A respeito da motivação das decisões, tem-se logo que a fundamentação constitui um dos requisitos formais das decisões e, como tal, vem sendo tratada nos códigos e leis processuais para atender algumas necessidades de racionalidade e eficiência da atividade jurisdicional (ver tópico 2.1). Daqui Gomes Filho já verticaliza sua análise das funções da motivação que, conquanto internas ao processo, estão relacionadas a princípios que decorrem da ordem constitucional e, quiçá, enfrenta detidamente a sua função instrumental em relação às demais garantias processuais (já referenciadas).

A primeira função é a de assegurar que as decisões adotadas possam ser o resultado de uma efetiva apreciação, pelo juiz, de todas as questões de fato e de direito suscitadas. Neste sentido, ao observar que as atividades processuais representam uma garantia para o correto exercício do poder, assegurando uma metodologia que possibilita a ampliação das hipóteses de solução de problemas concretos, Gomes Filho pondera que não seria razoável admitir que pudesse o juiz, ignorando os resultados de todas aquelas atividades, proferir decisões que constituíssem produtos de simples vontade pessoal²⁴⁸. Afinal, o processo não deve apenas ostentar uma aparência de legitimidade. Deve, aí sim, *ser* legítimo.

²⁴⁵ GOMES FILHO, 2013, p. 30.

²⁴⁶ GRINOVER, A. P. **Defesa, contraditório, igualdade e *par conditio* na ótica do processo de estrutura cooperatória**: Novas tendências do direito processual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 1.

²⁴⁷ GOMES FILHO, *op.cit.*, p. 29.

²⁴⁸ *Ibid.*, p. 81.

Para decidir, então, o juiz precisa conhecer o material trazido ao processo. Não se deve perder de vista, assim, como bem define Watanabe, que a cognição é preponderantemente um ato de inteligência, que perpassa pela análise e valoração das alegações e das provas produzidas pelas partes²⁴⁹. De forma salutar, pois, Gomes Filho destaca que é justamente ao exigir que essa atividade intelectual seja reproduzida na motivação que o ordenamento dá conta de assegurar a consideração *efetiva* de todos aqueles elementos que foram trazidos ao processo²⁵⁰.

Além disso, a necessidade de o juiz ter que apresentar suas razões representa também um estímulo à efetiva imparcialidade e ao exercício independente²⁵¹ da função judiciária, já que, assim, espera-se que não sejam feitas escolhas subjetivas ou que venham a ser resultados de eventuais pressões externas²⁵². Gomes Filho explica que é a exigência de *explicitação* deste *iter* decisório que deverá induzir a que nele apenas sejam consideradas dados objetivos²⁵³. Convém destacar a opção pelo verbo *induzir*, pois, de fato, a exigência de motivação, aqui, não consegue garantir, por si só, que o magistrado não faça uso de motivos espúrios e subjetivos – é dizer, não garante, em absoluto, a devida imparcialidade (Ver Tópico 1.1.3).

Por isso, ainda que muitas vezes a real atitude do julgador possa estar dissimulada pela apresentação de motivos diversos daqueles que efetivamente levaram a uma determinada opção, isso – ainda assim - não diminui a importância da motivação para o objetivo apontado, até porque a própria *obscuridade* ou *incoerência* revelada na descrição do processo intelectual que conduziu à decisão também pode(rá) ser indicação reveladora de uma eventual parcialidade²⁵⁴. A síntese, então, dessa função da motivação se mostra de importância ímpar. Esteado em Taruffo, Gomes Filho conclui que a decisão será imparcial se – e *apenas se* – restar

²⁴⁹ WATANABE, K. **Da cognição no processo civil**. São Paulo: RT, 1987, p. 40.

²⁵⁰ Essa exigência se mostra singular quando considerada a motivação dos provimentos penais. Nesses casos, essa obrigação integrará e completará todo o sistema de garantias penais e processuais penais cuja rigorosa observância constitui condição de legitimidade da imposição de qualquer medida punitiva no estado de direito. será com a justificação explícita das decisões penais que se realizará concretamente a máxima garantista veritas, *non auctoritas facit iudicium* (GOMES FILHO, 2013, p. 82).

²⁵¹ A motivação das decisões também busca ratificar os limites da independência do juiz, evitando, assim, que a autonomia em face dos Poderes Legislativo e Executivo ou de outros órgãos do próprio Poder Judiciário se converta em arbítrio.

²⁵² GOMES FILHO, 2013, p. 83.

²⁵³ *Ibid.*, p. 83.

²⁵⁴ *Ibid.*, p. 84.

demonstrado que o juiz decidiu imparcialmente²⁵⁵ - isto é, a imparcialidade não pode ser presumida.

Se até agora a relação de instrumentalidade entre a motivação e as garantias processuais já se mostrou bastante clara, essa ligação ficará ainda mais latente quando considerado o contraditório. Aqui o dever de enunciação dos motivos do provimento deve(rá) ser traduzido, para o magistrado, na obrigação de levar em conta os resultados deste contraditório e, ao mesmo tempo, demonstrar que o *iter* de formação do provimento desenvolveu-se à luz da participação dos interessados. Bem sublinha Gomes Filho que de nada adiantaria outorgar às partes um vasto leque de prerrogativas, poderes e faculdades se as suas atividades pudessem ser desprezadas pelo juiz no momento da decisão²⁵⁶.

Neste enredo, aliás, a noção de processo proposta por Elio Fazzalari merece atenção particular. Isso porque a dialeticidade do processo (ou, melhor, a sua estrutura dialética) não pode (mais) se esgotar com a *mera participação* dos interessados em contraditório. Precisa envolver, aí sim, a *relevância* desta participação para o magistrado. É dizer que, ainda que possam ser desatendidos os materiais produzidos pelas partes, não poderão ser, em nenhuma hipótese, ignorados²⁵⁷.

Aconteceu com Fazzalari, na verdade, explica Lopes Jr., uma reavaliação da jurisdição na estrutura processual ao tempo que se permitiu superar a concepção tradicional de poder-dever jurisdicional para a dimensão de um poder condicionado (ao contraditório) e, ainda, que se passou a situar o juiz como garantidor exatamente do contraditório e não de contraditor – fazendo, assim, uma recusa ao ativismo judicial característico do sistema inquisitório²⁵⁸.

Ainda nesta ambiência, Gomes Filho entende que essa exigência não tem o condão de impedir que o magistrado se valha de elementos trazidos ao processo por sua *própria iniciativa*, seja no terreno das provas, seja quanto à solução da questão

²⁵⁵ GOMES FILHO, 2013, p. 84.

²⁵⁶ *Ibid.*, p. 84.

²⁵⁷ FAZZALARI *apud* GOMES FILHO, 2013, p. 85.

²⁵⁸ A teoria de Fazzalari deve ser pensada em conjunto com o pensamento de Goldschmidt, contribuindo decisivamente para a construção de um processo penal democrático, que preze pelo contraditório e as demais regras do jogo (devido processo). O maior inconveniente é que Fazzalari é um processualista civil e, como tal, sua obra alinha-se na Teoria Geral do Processo, tão combatida por nós. Daí por que podemos trabalhar com Fazzalari no Processo Pen, desde que respeitadas as categorias jurídicas próprias deste processo e feitas as devidas correções com a concepção de Goldschmidt (LOPES JR., A. **Direito Processual Penal**. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 40).

de direito. Entretanto, não tarda em ressaltar que, nesses casos, esses elementos só poderão servir como fundamentos do provimento judicial *depois* de submetidos ao contraditório e, igualmente, depois de consideradas as eventuais alegações apresentadas pelas partes a respeito²⁵⁹. É a ideia que se extrai, inclusive, do artigo 9º do Código de Processo Civil de 2015, que dispõe que *não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida*.

Barros e Marques, aliás, buscaram (em 2017, antes da reforma sofrida pelo CPP) normas similares na legislação processual penal, mas acabaram por concluir que:

O Código de Processo Penal de 1941 *não* dispõe de muitas hipóteses de concretização do contraditório, seja na versão de ação e reação, seja na versão dinâmica e atual de influência e não surpresa. Isso se deve à *influência do processo inquisitivo em toda sua construção legislativa*. Assim, não se falava e ainda não se verifica nos dias atuais o reconhecimento do contraditório no inquérito, as decisões cautelares eram tomadas sem contraditório prévio, o recebimento da denúncia era sem contraditório prévio, e até o direito ao recurso por limitar hipóteses à defesa que não garantem simétrica paridade entre as partes é exemplo de limitação do contraditório²⁶⁰.

Mesmo assim, Barros e Marques admitem também a possibilidade de uma terceira via (de uma solução jurídica dada pelo juiz diferente da pretendida e debatida entre as partes), *desde que*, ao decidir, o magistrado assegure que as partes realizem de forma *antecipada* um debate sobre o tema da decisão, de modo que, na sequência, fundamente sua decisão nos argumentos debatidos e dialogados com as partes²⁶¹. Contudo, à vista da *ratio* do contraditório, não admitem o contraditório *postergado* - que se dá(ria) por meio de recurso de apelação. A título de síntese da relação estreita que existe entre motivação e contraditório, tem-se, então, que:

Quando se desenvolve a noção de contraditório dinâmico, vinculado à *influência* e à *garantia de não surpresa*, fica fácil entender a *codependência* do contraditório com a necessidade de fundamentação das decisões e suas implicações para a proposta de compreensão de uma teoria do processo, vista a partir de um modelo constitucional. Pois, ao se exigir que a construção da decisão respeite o contraditório, não mais se permite que o provimento seja um ato isolado de inteligência de um terceiro imparcial [...] A

²⁵⁹ GOMES FILHO, 2013, p. 85.

²⁶⁰ BARROS; MARQUES, 2017, p. 350.

²⁶¹ Se o caso penal trazido na denúncia tiver tipificação diversa, sem prévio contraditório com a participação das partes, estas serão surpreendidas com a nova classificação, não participando previamente da argumentação. Nesse caso, a aplicação do direito estaria sendo algo exclusivo e solitariamente exercido pelo juiz. Assim, antes de dar a nova classificação, o magistrado deveria determinar vistas às partes para que apresentem argumentos para a aplicação ou não da nova tipificação (BARROS; MARQUES, 2017, p. 352).

fundamentação da decisão é, pois, indissociável do contraditório, visto que a participação dos afetados na construção do provimento, base da compreensão do contraditório, só será plenamente garantida se a referida decisão apresentar em sua fundamentação a argumentação dos respectivos afetados, que podem, justamente pela fundamentação, fiscalizar o respeito ao contraditório e garantir a aceitabilidade racional da decisão²⁶².

Antes de avançar, convém tratar um pouco mais, à guisa de reflexão, da possibilidade – ou da impossibilidade – de o magistrado discordar do Ministério Público e da defesa. Ainda que parcela relevante da doutrina – e, inclusive, o próprio Poder Judiciário²⁶³ – entenda que, sim, essa opção existe e, ainda, que não viola o sistema acusatório (consagrado expressamente, aliás, pela Lei n. 13.964, de 2019), uma outra parcela – igualmente relevante – defende firmemente que essa opção está fora de cogitação, por entender que, desta forma, restaria violado o princípio do devido processo penal em sua dimensão macro, bem como o contraditório e a imparcialidade do juiz²⁶⁴. Em meio a este debate, parece salutar trazer a interpretação que Prado faz da questão:

Sabe-se que as provas (os meios de prova) não falam por si. O conjunto probatório deve ser necessariamente interpretado pelas partes e esta interpretação é o objeto das alegações finais. Ao pleitear a absolvição, o acusador suprime argumentos que, por não existirem mais, não poderão ser considerados em linha de contraditório pela defesa, cuja função consiste em tutelar a presunção de inocência. E processo sem contraditório é nulo²⁶⁵.

²⁶² BARROS; MARQUES, 2017, p. 349-350.

²⁶³ Neste sentido, por exemplo, REsp n. 2.022.413/PA, rel. Ministro Sebastião Reis, relator para acórdão Ministro Rogério Schietti, julgado em 14 de fevereiro de 2023.

²⁶⁴ Em 29 de janeiro de 2024, a ANACRIM protocolou a ADPF n. 1122 para sustentar e pedir a declaração de inconstitucionalidade do artigo 385 do Código de Processo Penal, que estabelece que, *nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada*. Nos termos da petição inicial, vale recortar os seguintes pontos: Decorre da Constituição da República de 1988, portanto, que o sistema processual penal adotado, em obediência ao Estado Democrático de Direito, é o acusatório, fundado que está, entre outras, nos direitos e garantias constitucionais concernentes ao contraditório, à ampla defesa, ao devido processo legal e à isonomia entre as partes. Se é acusatório, tem consequências. E aqui importam as normativas [...] na estrutura acusatória, o órgão jurisdicional está para decidir casos e questões; se não há quaisquer delas (quando o Ministério Público pede a absolvição, por exemplo), ele, juiz, não tem o que decidir. O impulso inicial — sempre na estrutura acusatória — não é suficiente para ele, Juiz, decidir quando não há questão ou mesmo o caso penal. Tanto é que se o Ministério Público quiser (e for permitido pela legislação) pode retirar a acusação e o processo deve ser arquivado. Isso não é desconhecido no Brasil: já se tem hipóteses assim nos processos decorrentes de ação de iniciativa privada [...] se o juiz condena mesmo que o Ministério Público tenha requerido a absolvição, ele o faz na condição de inquisidor, ferindo o sistema acusatório, o devido processo legal e o contraditório [...] admitir que um juiz possa condenar quando a acusação pede a absolvição, é admitir a participação no processo de um juiz que baseia sua decisão para além dos limites deduzidos pela parte, com fundamento em convicções próprias como exteriorização de sua vontade.

²⁶⁵ PRADO, G. Sobre o Projeto de Código de Processo Penal. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 46, n. 183, jul./set. 2009. p. 98.

Afora isso, a motivação, como garantia do processo, vincula-se também ao duplo grau de jurisdição, que procura ampliar as oportunidades para que a solução de uma causa seja a mais correta possível e, assim, potencializar a adequação da tutela do direito de defesa do acusado. Desta maneira, a *eficiência* desse reexame precisa perpassar pela explicitação *completa* do raciocínio decisório do primeiro julgador, porque, ao fim e ao cabo, sem a precisa indicação de todos os passos e opções tomados no percurso lógico que conduziu à decisão, tanto a tarefa da parte que faz a impugnação como a do órgão superior responsável pela reapreciação seriam inviabilizadas ou, ao menos, dificultadas²⁶⁶.

Do ponto de vista da parte prejudicada, a motivação servirá ainda para que se possa (tentar) avaliar a conveniência do meio de impugnação, pois, segundo Gomes Filho, pelo confronto das *razões* apresentadas na decisão e aquelas que normalmente são utilizadas nos julgamentos pelos órgãos superiores, já se terá uma indicação, mais ou menos precisa, das chances de provimento do recurso²⁶⁷. Já por outra perspectiva, a análise destas razões constituirá, além do mais, o *ponto de referência* não apenas para que possam ser identificados os vícios que autoriza(ria)m a impugnação, mas também para que possam ser proveitosamente desenvolvidos os argumentos apresentados pelo recorrente para postular a invalidação ou reforma daquela decisão. Por último, é por meio da motivação que poderão ser revelados eventuais erros ou injustiças praticadas pelo órgão inferior no exame das questões de fato e de direito debatidas²⁶⁸.

Por último, a motivação ostenta ainda uma conexão *visceral* com a publicidade processual. Como a relação de instrumentalidade recíproca existente entre essas garantias já foi tratada em outro momento da pesquisa (Tópico 1.3), resta aqui apenas destacar que a exigência de motivação constitui também uma condição de legitimidade das decisões que resolvem sobre as restrições à publicidade externa dos atos processuais admitidas pela Carta Magna. Esclarece Gomes Filho que mesmo em casos em que esta limitação se mostra permitida (art. 5º, LX, CR/88)²⁶⁹, sem uma expressa justificação sobre a existência de fatos concretos que caracterizem

²⁶⁶ GOMES FILHO, 2013, p. 87.

²⁶⁷ *Ibid.*, p. 87.

²⁶⁸ *Ibid.*, p. 87-88.

²⁶⁹ Art. 5º, LX, CR/88: a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem (Brasil, 1988).

as exceções constitucionais não será possível ao juiz determinar qualquer sigilo. Da mesma maneira, também não será possível dispensar uma adequada motivação nos casos em que a própria publicidade interna é restringida²⁷⁰. Em ambas as situações, a motivação constitui(rá) uma garantia da publicidade.

À vista de tudo isso, Alvim trata (um pouco mais) do que precisa ser objeto de decisão do juiz e, também, daquilo que constituirá o objeto dos embargos de declaração. Esclarece assim as questões (tidas por) *relevantes* que, quando omitidas, justificarão a utilização dessa ferramenta (para corrigir eventual problema na fundamentação). Cabe logo sublinhar que a relevância (ou a irrelevância) dessas questões levantadas não pode – por óbvio - fluir exclusivamente do magistrado. Muito pelo contrário, a mensuração da capacidade de influência no resultado do processo (justamente por aqui passa a ideia de relevância) deve partir necessariamente das *partes*.

Assim, ao refletir sobre quais pontos devem ser considerados pelo juiz, Alvim entende que não há como responder essa questão senão tendo como critério a atividade das partes, à luz do paradigma do Estado de Democrático de Direito²⁷¹. Neste mesmo sentido, Ommati acrescenta que, se o critério fosse o do juiz, não só não haveria fundamentação, contraditório e participação das partes em simétrica paridade como, ainda, haveria engodo, encenação, teatro²⁷².

Desta maneira, percebe-se de antemão que o controle do cumprimento do dever de fundamentação (ou da motivação) perpassa, também, pelo *direito à prova*, que inclui o direito ao exame, na sentença, das provas (consideradas pelas partes) relevantes para a solução da causa. Apoiada em Taruffo, Alvim assinala, inclusive, que a rejeição *imotivada* dos pedidos de prova reduziria a *nada* o direito que a parte tem de usar todos os meios de prova úteis e admissíveis. De mais a mais, o próprio *direito de defesa* também se mostra conectado ao ônus de motivação, que restaria invariavelmente esvaziado se o juiz não tivesse o dever de considerar todas as alegações do réu, concretamente manifestadas²⁷³. Em suma, de nada adiantaria

²⁷⁰ Por exemplo: quando o juiz, aplicando a regra do artigo 217 do CPP, determina a inquirição de testemunha por videoconferência ou a retirada do réu da sala de audiência.

²⁷¹ ALVIM, 2018, p. 264.

²⁷² OMMATI, J. E. M. Embargos declaratórios e o Estado Democrático de Direito. In: NERY JR, N; WAMBIER, T. A. A (coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais**. v.8. São Paulo: RT, 2005. p. 263.

²⁷³ ALVIM, *op. cit.*, p. 255-256.

assegurar a um indivíduo o direito de apresentar fundamentos (compreendidos por pertinentes) em e para o Juízo se a este direito não correspondesse o dever do Judiciário de examiná-los (todos eles)²⁷⁴.

É, então, exatamente o conteúdo disposto no §1º do artigo 489 do CPC/15, destaca Alvim, que deixa (enfim) patente o dever que o juiz tem de demonstrar que se inteirou adequadamente dos argumentos das partes, acolhendo alguns e rechaçando outros, *fundamentalmente*²⁷⁵ ou, melhor, que se inteirou dos argumentos (das razões) e, também, de *todo* o material probatório apresentado pelas partes. Não por outra razão, é preciso compreender que:

A escolha, expressamente feita, de uma das possibilidades não constitui, de fato, a justificação implícita da exclusão da outra, no sentido de que esta exclusão seria logicamente dedutível daquela escolha, até porque, muito comumente, o juiz trabalha com diversas possibilidades, e não necessariamente com um dilema²⁷⁶.

Em face das hipóteses trazidas por essa norma mencionada, que, aliás, em 2019, foram integradas ao §2º do artigo 315 do Código de Processo Penal (apresentadas no Capítulo 2, Tópico 2.1), Alvim entende, então, que cabe(rá) os embargos de declaração. A evidência de um *contraponto* se mostra, logo, necessária. Streck sustenta textualmente que os embargos declaratórios não se coadunam com a Constituição. Segundo este jurista, a Carta Magna estabelece que todas as decisões devem ser fundamentadas, o que desencadeia um dever fundamental de motivar ou explicitar a decisão. O órgão decisor deve, assim, amplas explicações à sociedade²⁷⁷. Como consequência, uma decisão (sentença ou acórdão) omissa, dúbia, incompleta, obscura ou contraditória é, *antes de tudo*, nula, írrita, nenhuma²⁷⁸.

Interessa notar, oportunamente, que Alvim não deixa de reconhecer que uma fundamentação inexistente ou deficiente também gera nulidade da sentença²⁷⁹ – apesar de compreender, também, que esses vícios podem ser, sim, corrigidos. Por isso, os embargos, para Streck, representarão, no plano simbólico, a admissão de que

²⁷⁴ ALVIM, 2018, p. 273.

²⁷⁵ *Ibid.*, p. 273.

²⁷⁶ *Ibid.*, p. 262.

²⁷⁷ É o que Streck chama de *accountability* processual-argumentativa.

²⁷⁸ STRECK, 2009. p. 126.

²⁷⁹ ALVIM, 2018, p. 240.

(um)a decisão possa até mesmo contraditória. Parece, no mais, trazer um argumento mais que pertinente:

Na prática cotidiana da operacionalidade do direito se sabe muito bem que as decisões que são 'salvas' pelos embargos não são apenas obscuras ou contraditórias. São, efetivamente, deficientemente fundamentadas, naquilo que se deve compreender a partir do comando constitucional.²⁸⁰

As duas leituras são salutares. Ainda assim, não se pode perder de vista que Alvim trata, sobretudo, de uma processualística civil. Talvez não por outra razão entende que todos os vícios do processo são sanáveis, no sentido de serem consertados ou relevados, se não houver prejuízo²⁸¹. A este respeito, aliás, Lopes Jr. alerta prontamente que os processos penal e civil possuem categorias jurídicas próprias. Enquanto este é o cenário da riqueza (de quem possui), aquele, cada vez mais, tem se mostrado o palco dos quem não tem, dos excluídos²⁸².

Assim, os elementos que fundam a diferença entre estes processos – ausência de liberdade e relação de poder instituída – tornam (mais que) obrigatório que o processo penal deixe de fazer uso de muitas das ferramentas e institutos do processo civil. Neste sentido, por exemplo, a importação justamente do *pas nullité sans grief* (tratado por Alvim) parece se mostrar, de fato, inadequada, já que, neste processo, a forma é (ao menos, deveria ser) garantia. Em síntese:

Iniciemos por um princípio básico – desconhecido pela Teoria Geral do Processo, por elementar: *forma é garantia*. O ritual judiciário está constituído, essencialmente, por discursos e, no sistema acusatório, forma é garantia, pois Processo Penal é exercício de poder e todo poder tende a ser autoritário. Violou a forma? Como regra, violou uma garantia do cidadão. E o tal 'prejuízo'? É uma cláusula genérica, de conteúdo vago impreciso e indeterminado, que vai encontrar referencial naquilo que quiser o juiz. Como dito, no processo penal existe exercício condicionado e limitado de poder, sob pena de autoritarismo. E esse limite vem dado pela 'forma'. Portanto, flexibilizar a forma, é abrir a porta para que os agentes estatais exerçam o poder sem limite, em franco detrimento dos espaços de liberdade. É rasgar o Princípio da Legalidade e toda a teoria da tipicidade dos atos processuais. É rasgar a Constituição²⁸³.

²⁸⁰ STRECK, 2009, p. 127.

²⁸¹ ALVIM, 2018, p. 250.

²⁸² LOPES JR., A. Quando a Cinderela terá suas próprias roupas? A necessária recusa à Teoria Geral do Processo. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v.1, n.1, 2015. p. 232.

²⁸³ *Ibid.*, p. 237.

Urge então encontrar um ponto de equilíbrio entre as duas propostas, isto é, entre a possibilidade de convalidação de uma decisão não fundamentada (ainda mais por meio dos embargos de declaração) e a impossibilidade de correção de uma decisão problemática²⁸⁴. Essa empreitada parece exigir, primeiro, que o dever de fundamentação seja *devidamente* compreendido (sobretudo pelos legisladores e por magistrados). Uma omissão ou uma contradição (por exemplo) longe está de representar um erro pontual. Pelo contrário, revela um problema orgânico e estrutural do processo, que atingirá, direta ou indiretamente, importantes direitos e garantias do indivíduo. É dizer, com isso, que esses vícios dificilmente poderão ser sanados com o acréscimo de um ou de dois parágrafos – *o que costuma acontecer*, não raras vezes, em sede de embargos. Não só, parece também necessário que o instrumento capaz de conformar uma decisão viciada esteja previsto adequadamente (em termos de sistema) no Código de Processo Penal (por exemplo, aproximar o artigo que trata dos embargos dos incisos do §2º do artigo 315, CPP) e, ainda, que suas condições de manejo estejam também esclarecidas, sem perder de vista exatamente o que essa norma constitucional representa.

Desta maneira, têm razão Silva e Cabral quando sinalizam que, quando o sistema jurídico-processual previu a possibilidade de *embargar* o quanto declarado, enunciado, numa decisão judicial, nada mais fez do que municiar as partes (e, em última análise, a sociedade) com um instrumento hábil para cobrar os juízes, caso a caso, compromissos caros ao exercício da magistratura. Sob tal perspectiva, os embargos contribuem, de fato, para uma espécie de controle de qualidade da prestação jurisdicional²⁸⁵. Faz-se necessário lembrar, aqui, que um dos alicerces de um Estado de Direito é justamente a possibilidade de controle dos atos dos Poderes (especialmente do Judiciário). Inclusive, se e quando observadas suas hipóteses permissivas, os embargos revelam significativa serventia.

Assim, ao repelirem incertezas ou redundâncias (ser ambíguo é, ao mesmo tempo, manter-se indefinido em circunstâncias em que se exige um posicionamento), hermetismos (ser obscuro é não prezar pela clareza, pela objetividade), incoerências (ser contraditório é não perceber que proposições e teses argumentativas se

²⁸⁴ Sobre esse ponto, Streck entende que a sentença com obscuridades ou contradições seria, então, corrigível no lugar de ser nula.

²⁸⁵ SILVA, E. G.; CABRAL, R. L. F. Dos embargos de declaração, da revisão criminal, do recurso especial, da carta testemunhável e dos recursos em geral. In: HAMMERSCHMIDT, D. (coord.). **Código de Processo Penal Comentado**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Curitiba: Juruá, 2023. p. 1319.

apresentam em conflito de coerência interna) e omissões (deixar de enfrentar o que deveria enfrentar)²⁸⁶, os embargos declaratórios parecem aproximar a decisão (então deficiente) das exigências que decorrem da norma prevista no artigo 93, IX, da Constituição de 1988.

Por último, em termos mais práticos, Silva e Cabral sugerem que a correção de eventuais problemas na fundamentação depende(rá) também da qualidade dos vícios observados (se vícios graves de estruturação linguística, quando não se entende o que foi escrito na decisão, ou se vícios de construção do pensamento jurídico, quando, embora possa ser compreendida, a decisão padece de coerência lógico-argumentativa). Explicam que:

A cassação da decisão, pelos vícios de primeira ordem (incoerência narrativa) somente ocorreria caso se apresentasse absolutamente inepta ou ininteligível a fundamentação do acórdão. E aí *independentemente* de oposição dos embargos, porque matéria de ordem pública, portanto cognoscível e ofício (no âmbito da dimensão 'profundidade' ou efeito devolutivo, ou do chamado efeito translativo dos recursos), ou porque subsumível como expressão mais rudimentar do descumprimento do art. 93, IX, da Constituição Federal. No entanto, no mais das vezes, o vício não é de ininteligibilidade puramente linguística, e sim de um texto em que a contradição, a obscuridade, a ambiguidade, o erro, constituem-se em eloquentes elementos sinalizadores de que a questão de direito foi mal enfrentada – hipótese de incongruência normativa. Essa situação autoriza a instância superior a desde logo reformar o julgado (e não apenas cassá-lo) aplicando o direito à espécie, como se expressa a antiga súmula 456 do STF, de todo compatível com o art. 1.034 do CPC²⁸⁷.

A título de nota derradeira, parece necessário, ao menos, repensarmos na ferramenta que se mostra(rá) apta a enfrentar os problemas da fundamentação (da motivação) das decisões judiciais criminais, especialmente as sentenças. Isso porque, nada obstante o proveito dos embargos, sobretudo quando observadas suas hipóteses legais de incidência, convivemos diariamente com graves problemas estruturais e sistêmicos que têm seriamente comprometido a sua eficácia. É dizer, pois, que parece ao menos prudente questionar se o uso dos embargos não se provou duramente contaminado.

Antes de a pesquisa avançar, é salutar pontuar que as partes também são responsáveis pela (boa) condução do processo e pela (in)observância do dever de fundamentação, isto é, é salutar tratar da responsabilidade das partes na

²⁸⁶ SILVA; CABRAL, 2023, p. 1322.

²⁸⁷ *Ibid.*, p.1327-1328.

concretização de um dever que é, como tem sido reiterado, constitucional. Neste horizonte, é crucial sinalizar, desde já, que a responsabilidade pelo cuidado da ordem constitucional (e não apenas do processo, frisa-se) é de todos. Bonavides, aqui, bem esclarece que, sem perder de vista as particularidades de cada indivíduo, todos devem – ou, ao menos, deveriam – trazer a Constituição para o dia a dia, para que esta pudesse constituir, desta maneira, as relações sociais e políticas em todos os níveis possíveis²⁸⁸.

Assim, o devido processo²⁸⁹, como instrumento à serviço da Carta Magna, também alcançará seu objetivo apenas quando adequadamente manejado por todos aqueles que o integram, isto é, pelo magistrado, naturalmente, mas também pela acusação e pela defesa. É possível afirmar antecipadamente, então, que há, sim, entre esses envolvidos, coincidência de interesses²⁹⁰, ainda que a competência (atribuição típica) de cada um seja notadamente singular. Não por outra razão, o bom funcionamento da engrenagem processual exige que cada um cumpra com exatidão a tarefa que lhe cabe.

A fundamentação das decisões judiciais, neste cenário, segue exatamente essa mecânica, ainda mais quando é sabido que o contraditório compõe a sua estrutura. O magistrado, como já visto, precisa recepcionar o material produzido pelas partes para, (só) *depois*, decidir, isto é, para, então, apresentar um discurso que possa ser controlado objetivamente. Assim, é preciso defender que Ministério Público, advogados e defensores públicos devem apresentar ao juiz um conteúdo que possa ser igualmente controlado. Se o magistrado deve se preocupar com a objetividade e a clareza do seu discurso (sobretudo em vista da função política e processual da motivação), não resta dúvida de que as partes devem buscar e oferecer um discurso que possa alcançar o magistrado desta mesma forma.

Aliás, seria (muito) confortável atribuir responsabilidade *apenas* ao Judiciário e desconsiderar a (in)suficiência (qualitativa) da participação das partes, principalmente em termos de argumentação. Inclusive, se o exercício do contraditório

²⁸⁸ BONAVIDES, P. **História Constitucional do Brasil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. p. 485.

²⁸⁹ A pesquisa se desenvolve para concluir que o processo penal é – precisa ser – o devido processo (previsto na Constituição de 1988).

²⁹⁰ Neste sentido, tem-se que o artigo 127 da Constituição estabelece que o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Já o artigo 133 da Carta Magna sinaliza que o advogado é indispensável à administração da justiça.

resulta em argumentos precários, a decisão só não será também precária quando e se o magistrado se apropriar de competências que não são suas²⁹¹.

O desempenho das partes no processo, até por refletir, obrigatoriamente, a fundamentação das decisões judiciais, explica, portanto, em grande medida, o não cumprimento da norma prevista no artigo 93, IX, da Constituição de 1988. Convém sinalizar, logo, que acusação e defesa também têm deixado a desejar. É preciso compreender, por isso, ainda que não exaustivamente, o discurso que cabe ao Ministério Público e aos advogados e defensores públicos.

Há que se reconhecer, prontamente, que a delimitação dos contornos da argumentação dos envolvidos no processo não é pacífica. Atienza, à guisa de exemplo, entende que a *posição institucional* do advogado no sistema jurídico determina diferenças importantes entre a argumentação forense e a dos juízes. Sinaliza que os argumentos dos advogados são essencialmente a argumentação ‘*de uma parte*’ e que a tese por estes defendida seria tão somente a favorável ao interesse dos seus clientes²⁹². Difere, assim, de Alexy, que, por sua vez, agasalha a teoria do discurso racional e a estende à argumentação dos advogados – e, desta maneira, sustenta que estes também constroem uma pretensão de correção²⁹³.

Atienza ainda sugere que a argumentação da defesa do acusado não estaria regida pelos princípios que caracterizam o discurso racional e que não seria aplicado, desta maneira, o princípio da *sinceridade*²⁹⁴. Assim, nada obstante a posição, sempre relevante, do jurista espanhol, vale, ao menos neste ponto, concordar com o jurista alemão que, com razão, pontua que:

A argumentação jurídica é um caso especial de argumentação prática no geral. É um caso especial porque está situado debaixo de uma série de *vínculos institucionais* que, brevemente, podem ser caracterizados como a vinculação à lei, ao precedente e à dogmática (tradução nossa)²⁹⁵.

Alexy posiciona a argumentação *jurídica* debaixo das leis, dos precedentes e da dogmática. Naturalmente, esse vínculo deve se estender à Constituição (como Lei

²⁹¹ Isto é, quando o magistrado decide e faz as vezes das partes. E daí este magistrado, fatalmente, será taxado de autoritário.

²⁹² ATIENZA, 2017, p. 167.

²⁹³ É possível que a tese do advogado coincida com o que seria a resposta correta ao caso, mas isso não supõe erigir uma pretensão, no sentido, por exemplo, de que fala Alexy (ATIENZA, 2017, p. 168).

²⁹⁴ *Ibid.*, p. 168.

²⁹⁵ ALEXY, R. Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. **Doxa**, n. 5, 1988, p. 149.

Maior). Difícil defender, portanto, que o discurso das partes também não esteja (não deva estar) inserido neste dinâmica. Ademais, a argumentação do advogado e do promotor, quando adequada, parece dar conta das condições da argumentação prática racional, como a não contradição, a universalidade (no sentido do uso coerente dos predicados utilizados), a clareza linguística e conceitual e, ainda, a verdade empírica²⁹⁶.

Aliás, cabe registrar prontamente que a imprecisão do e no discurso impedirá, seguramente, que o magistrado apreenda a tese apresentada – e os reflexos serão observados naturalmente na fundamentação. Atienza, portanto, ao tempo que admite que a defesa mente ou, ainda, que pode contrariar intencionalmente o que as provas evidenciam, parece ter vislumbrado, na verdade, um dos problemas que devem ser enfrentados, ainda mais quando reconhece também que o advogado deve(ria) dizer a verdade²⁹⁷ (a processual, vinculada ao contraditório, e não a verdade real). Isso porque, à vista dos valores que conduzem o ordenamento como um todo, parece não existir espaço para a má-fé das partes²⁹⁸.

Noutro giro, faz-se necessário ainda sublinhar que Atienza não vê diferenças importantes entre a argumentação que utilizam o juiz e a defesa em uma acepção *formal*, que trata, em suma, da concepção característica da lógica (formal). É essa a disciplina, importante esclarecer, que fornece(rá) esquemas ou formas de argumentos como, por exemplo, o silogismo subsuntivo. O discurso (tanto do juiz, como das partes) precisa, portanto, assumir uma forma, isto é, deve ser lógica e formalmente correto (ainda que não seja um raciocínio sólido ou persuasivo)²⁹⁹. Devem ser observadas, aqui, as regras de inferências. Portanto, advogados e promotores devem se preocupar, sim, com a correção e a clareza do encadeamento das proposições feitas. Premissas e conclusões devem ser devidamente construídas e demonstradas.

Agora, em contrapartida, Atienza entende também que a argumentação *especificamente* do advogado não cumpre – ou não precisaria cumprir - certas condições de caráter *substantivo*, como as incorporadas em uma teoria sobre as

²⁹⁶ ALEXY, R, Justicia como corrección. *Doxa*, n. 26, 2003, p. 165.

²⁹⁷ ATIENZA, 2017, p. 168.

²⁹⁸ Interessante observar que Atienza entende que a argumentação da defesa não busca uma pretensão de correção porque o advogado não é obrigado a mostrar os possíveis argumentos que enfraqueceriam sua posição. Neste caso, parece que o jurista espanhol atribui às partes a função que é do magistrado. Este que deve, ao receber pontos de vistas genuinamente distintos, verificar qual deverá prevalecer a partir de uma perspectiva racional e objetiva.

²⁹⁹ ATIENZA, *op.cit.*, p. 39.

fontes do Direito, sobre a interpretação ou sobre a prova³⁰⁰ e, também, que não perpassa(ria) pela preocupação para com as razões que foram adotadas para se acreditar ou desacreditar em algo e, ainda, com a conclusão alcançada³⁰¹. Por isso, o jurista espanhol vislumbra diferenças entre as argumentações (do juiz e do advogado) na sua acepção material.

Contudo, novamente, Atienza parece levar em consideração o que as partes *costumam fazer* – e não o que elas deveriam fazer (sobretudo à vista da fundamentação das decisões). Isso porque as partes no processo penal precisam, sem sombra de dúvida, se preocupar com a cientificidade das provas e com a racionalidade das suas manifestações. O magistrado, aliás, não pode(ria) sequer suprir qualquer carência neste sentido. A observância do contraditório por este magistrado depende, em verdade, justamente da entrega de discursos *qualificados* pelas partes. Afinal, como um discurso irracional (incoerente e/ou frágil sob uma perspectiva epistêmica) poderia ser avaliado sem incorrer em violação ao sistema acusatório?

É preciso ter em mente que as provas (os meios de prova) não falam *mais* por si. O conjunto probatório deve ser necessariamente interpretado pelas partes e será esta interpretação que deverá ser objeto das alegações finais. O juiz deve, portanto, receber exatamente essa leitura das provas feita pelas partes³⁰². Em caso de inexistência ou insuficiência, não poderá o magistrado fazer a função das partes, sob pena de violação ao sistema acusatório e ao contraditório. Por isso, é preciso existir preocupação com a qualidade do discurso das partes que enfrentam as provas do processo.

Nesta mesma direção, algumas falácias³⁰³ materiais têm o condão de evidenciar que as partes também devem se preocupar com a retidão *substantiva* (material) da argumentação. Atienza esclarece que essas falácias são transgressões

³⁰⁰ Importa sublinhar, oportunamente, que, desta forma, admite-se que seu discurso pode não ser bom. Isso porque Atienza estabelece que uma boa argumentação, conforme a perspectiva material, que não alcança a argumentação do advogado, pressupõe a correção formal e, ainda, teria que cumprir com essas condições de natureza substantiva (ATIENZA, 2017, p. 39-40).

³⁰¹ Na acepção material da argumentação, o fato de o argumentador ter tido a atitude psicológica correta é relevante. Em outras palavras, o ponto de vista interno não pode, aqui, ser ignorado (ATIENZA, 1997, p. 476). Por isso, Atienza entende que, nessa acepção, as argumentações são bem distintas, já que o advogado não precisa ou simplesmente não se preocupa com a *qualidade* das razões.

³⁰² PRADO, 2009, p. 98.

³⁰³ Falácias são argumentos que *parecem* bons sem sê-lo (ATIENZA, 1997, p.94).

de regras metodológicas relativa ao estabelecimento das premissas, como, por exemplo, a não advertência acerca da ambiguidade ou vagueza de certas expressões utilizadas nessas premissas ou, ainda, o tratamento argumentativo de uma regra como se princípio fosse ou de um princípio como se regra fosse. Desta maneira, ao contrário do que sustenta (O próprio) Atienza, as partes devem, sim, considerar essas (e outras tantas) preocupações nas suas argumentações.

Trata-se, ao fim e ao cabo, de dar legitimidade ao discurso. A acusação e a defesa não podem buscar e propor respostas adequadas em todo e qualquer lugar. Não é só o juiz que, como pondera Streck, se encontra hermeneuticamente limitado pela história institucional do direito e pela sua integridade³⁰⁴. Todos se encontram exatamente nessa mesma condição, sobretudo as partes de um processo (penal), que trata, precipuamente, de direitos fundamentais. É por isso que existem respostas adequadas e é, também por isso, que o cidadão tem o direito fundamental a uma resposta adequada à *Constituição*. O Estado-juiz tem, de fato, o dever de dá-la, mas as partes devem, necessariamente, permitir que o magistrado consiga cumprir essa tarefa (isto é, que o magistrado tenha condições de cumprir essa tarefa).

Portanto, basicamente, não podem a acusação e a defesa falar qualquer coisa e, ainda, de qualquer maneira. Assim, Coutinho defende, com acerto, que não pode existir um direito sem uma dogmática onde as palavras tenham um sentido aceito pela maioria³⁰⁵. Um discurso (somente) formalmente correto é, pois, ilegítimo. A sua substância é, finalmente, questão de legitimidade.

Neste enredo, faz-se necessário destacar, ainda, que as posições distintas que Ministério Público e advogados (e defensores) ostentam em um processo não alteram, em nada, essa realidade. A divergência de opiniões prestigia(rá), aliás, o Estado Democrático. A leitura que Atienza realiza das argumentações (do juiz e da defesa) tem dado conta, então, como dito, de demonstrar *uma das* causas da escassez qualitativa da fundamentação das decisões judiciais³⁰⁶. As partes, assim como o magistrado, devem – ao menos, deveriam – ser leais ao processo, às suas regras e a todos os seus destinatários. Deve(ria)m buscar, desde o início, qualificar o processo como espaço público de decisão.

³⁰⁴ STRECK, 2009, p. 137.

³⁰⁵ COUTINHO, 2019, p. 228.

³⁰⁶ Ambas as partes têm buscado defender interesses particulares e institucionais, quando, na verdade, deveriam cumprir as diretrizes constitucionais.

Esse objetivo parece perpassar, portanto, pela interpretação e construção qualificada (e, sobretudo, honesta) das questões de fato e das questões de direito e, ainda, pela compreensão do direito como *sistema* de normas. É possível vislumbrar, em suma, que a fundamentação das decisões judiciais será tão satisfatória (constitucional) quanto assim for a participação das partes (nestes termos). Por fim, vale retirar da vivência forense duas situações que dão conta de explicar, ainda que não totalmente, porque Ministério Público e defesa estão longe de guarnecer adequada e suficientemente os magistrados.

É sabido, primeiro, que o Poder Judiciário tem sido bastante acionado para decidir sobre a inépcia da peça acusatória³⁰⁷. Essa, conforme dispõe o artigo 41 do Código de Processo Penal, é responsável por apresentar ao magistrado e à defesa a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, bem como o rol de testemunhas. Constitui, assim, um imperativo categórico para a materialização dos direitos e garantias fundamentais do acusado, sobretudo o contraditório e a ampla defesa³⁰⁸. Desta maneira, vê-se logo que a denúncia não busca apenas inaugurar o processo penal.

Em sede de julgamento do Agravo Regimental no Recurso em Habeas Corpus n. 180.213/SC, por exemplo, o Ministro Reynaldo Soares da Fonseca sinalizou que, presentes todos os requisitos fáticos e descritivos necessários à compreensão da acusação e ao exercício do direito de defesa, não há que se falar em inépcia da denúncia³⁰⁹. Apesar de reconhecer, com acerto, que a peça acusatória deve permitir que a parte contrária compreenda a imputação, o Ministro deixou de esclarecer quais seriam esses requisitos fáticos e descritivos ou, tampouco, de esclarecer quais seriam os contornos destes requisitos que devem se fazer presentes na denúncia³¹⁰.

Essa leitura que fez o magistrado, que, inclusive, tem sido compartilhada por seus pares, não está equivocada. Porém, precisa ser desenvolvida. A clareza da

³⁰⁷ Ainda assim, é também sabido que a maioria das denúncias oferecidas pelo Ministério Público são entendidas por aptas pelos tribunais pátrios. Poucas são as peças acusatórias reconhecidas como ineptas.

³⁰⁸ Esse mesmo entendimento pode ser visto no voto do Ministro Ricardo Lewandowski quando do julgamento, em 2021, do Habeas Corpus n. 162.404, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes.

³⁰⁹ STJ. AgRg no RHC n. 180.213/SC, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 27/6/2023, DJe de 30/6/2023.

³¹⁰ O Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, desta forma, dá a entender que cabe(ria) ao próprio julgador decidir se a exordial pode ou não ser compreendida pela defesa, o que parece autorizar uma atividade notadamente arbitrária, sobretudo quando inexistentes quaisquer critérios que possam indicar quando uma denúncia é ou não apta.

imputação é, sim, uma das qualidades da peça acusatória, mas, seguramente, não é a única. Longe disso. A exposição do fato criminoso e das suas circunstâncias precisa evidenciar a acusação, mas, também, precisa viabilizar, concretamente, o debate entre as partes. É dizer, então, que o discurso, além de acessível, precisa ser *devidamente* estruturado e construído (assim como deve ser o discurso judicial e, como se verá, o discurso da defesa). Assim, merece destaque o que pontuou a Ministra Nancy Andrighi, em sede do julgamento do APn n. 989/DF:

Ocorre a inépcia da denúncia quando sua deficiência resultar em prejuízo ao exercício da ampla defesa do acusado, ante a ausência de descrição da conduta criminosa, da imputação de fatos determinados, ou *quando da exposição circunstancial não resultar logicamente a conclusão*³¹¹.

A denúncia será inepta, naturalmente, quando faltar a descrição da conduta criminosa. Contudo, também será inepta quando, apesar de existente uma narrativa, esta não permitir a compreensão das premissas que foram fixadas, das inferências que foram feitas e das conclusões que foram alcançadas e, também quando, como visto acima, da exposição circunstancial não resultar logicamente a conclusão. Em suma, muitas peças acusatórias são, sim, compreensíveis, mas, por seu turno, não são refutáveis, o que acaba comprometendo substancialmente o contraditório e, lá na frente, a fundamentação da decisão do julgador.

Num outro lado, a defesa técnica do acusado – ou, melhor, a falta desta defesa - também tem sido questionada nos tribunais brasileiros. Lopes Jr. explica que essa defesa se trata de uma verdadeira condição de paridade de armas, imprescindível para a concreta atuação do contraditório, fortalecendo, inclusive, a própria imparcialidade do magistrado – já que, assim, quanto mais atuante e eficiente forem as partes, mais alheio ficará o julgador³¹². Catena acrescenta que a defesa técnica deve funcionar como um mecanismo de autoproteção do sistema processual penal, que é estabelecido para que possam ser cumpridas as regras do jogo da dialética processual e da igualdade das partes³¹³.

³¹¹ STJ. APn n. 989/DF, relatora Ministra Nancy Andrighi, Corte Especial, julgado em 16/2/2022, DJe de 22/2/2022.

³¹² LOPES JR., 2016, p. 100.

³¹³ CATENA, Moreno. **La defensa en el proceso penal**. Madrid: Civitas, 1982. p. 112.

Portanto, vê-se que essa defesa não se satisfaz (nem poderia se satisfazer) com a presença *formal* de um defensor (esperadamente) qualificado³¹⁴. Como se pode notar, é a partir de sua atuação que o defensor pode(rá) e deve(rá) fazer do processo um autêntico espaço de debate. É, dizer, então, que somente assim a decisão judicial será, pois, a síntese de um debate realizado à luz do contraditório.

O Poder Judiciário demonstra que compreende a relevância e, especialmente, a fundamentação teórica da defesa técnica³¹⁵, mas, ainda assim, poucas são as vezes em que a ausência dessa defesa é reconhecida. Uma das maiores dificuldades enfrentadas por aqueles que buscam o reconhecimento da ausência da defesa técnica tem sido a demonstração da inexistência de defesa técnica quando o advogado ou o defensor de alguma forma se manifesta. Isso porque - ao menos - o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que a alegação de deficiência da defesa deve vir necessariamente acompanhada de prova de inércia ou de desídia do defensor, que cause, ainda, prejuízo concreto à regular defesa do réu³¹⁶.

Em outras palavras, essa Corte não tem enfrentado e/ou questionado a qualidade do trabalho do advogado constituído ou nomeado ou do defensor público quando existente, isto é, quando estes apresentam defesa escrita, participam da audiência de instrução, apresentam alegações finais e interpõem recursos de apelação³¹⁷. Como defendeu o Ministro Jorge Mussi em sede do julgamento do Habeas Corpus n. 243.126/GO, “não se pode qualificar como defeituoso o trabalho

³¹⁴ Brasileiro de Lima explica que nos processos de natureza criminal é imperativo que o réu compareça ao processo devidamente *acompanhado* de profissional habilitado (isto é, de advogado devidamente inscrito nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil ou defensor público). Contudo, alerta prontamente que não basta assegurar a presença formal deste defensor. Questiona, assim, a relevância da presença física do defensor que não arrola testemunhas, que não faz perguntas, que não oferece memoriais ou que os apresenta sucintamente, sem análise de prova (LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal**. 7.ed. rev.; ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 59-60).

³¹⁵ Por exemplo, no julgamento do Recurso em Habeas Corpus n. 39.788/SP, o relator Ministro Rogério Schietti Cruz sinalizou expressamente que “o direito de defesa, em uma visão individualista, privilegia o interesse do próprio imputado, mas sob ótica mais publicista da defesa, passa a ser concebido como uma garantia também da correta atividade jurisdicional. Assim, a defesa constitui não meramente um direito individual do acusado, mas uma garantia para o correto desenvolvimento do processo, em decorrência de um interesse público que supera o interesse do acusado e que, portanto, tendo como premissa a paridade de armas, não transige com a ausência de um contraditório efetivo. Por isso é que a atuação do defensor, público ou particular, não se reduz à defesa formal, contemplativa, mas demanda atuação combativa e tecnicamente capacitada, sob pena de considerar-se o réu indefeso”.

³¹⁶ Neste sentido, por exemplo, o Recurso em Habeas Corpus n. 39.788/SP, AgRg no AREsp n. 2.594.406/SP, AgRg no Habeas Corpus n. 685.313/PR e Habeas Corpus n. 646.105/DF.

³¹⁷ Neste sentido, à guisa de exemplo, o Recurso em Habeas Corpus n. 30.570/MT, o Recurso em Habeas Corpus n. 39.788/SP e o AgRg no Recurso em Habeas Corpus n. 174.999/AL.

realizado por um advogado contratado pelo paciente, já que este atua de acordo com a autonomia que lhe foi conferida por ocasião da habilitação ao exercício da advocacia”³¹⁸.

Sem adentrar verticalmente nos limites da autonomia deste profissional e avaliar, então, o cabimento deste argumento, é importante ao menos relembrar que a defesa técnica é (precisa ser) uma tarefa constitucionalmente orientada, assim como é o trabalho dos magistrados e dos representantes do Ministério Público. Desta maneira, também não podem os advogados falar qualquer coisa e de qualquer jeito. Do contrário, a paridade de armas e, sobretudo, o contraditório estarão em risco. Também restará comprometido o provimento jurisdicional, já que é reflexo direto da atuação das partes. Portanto, é prudente advertir que a defesa, se quiser ser, concretamente, técnica, precisa(rá) se preocupar em observar os requisitos formais e, também, materiais do discurso jurídico (da argumentação jurídica).

Assim, defesas apressadas podem certamente se mostrar insuficientes não por serem curtas, mas quando não conseguem exibir um discurso formalmente lógico, materialmente convincente e, *ainda*, preocupado com a cientificidade (objetividade) das provas. É evidente que uma defesa breve pode ser técnica. Porém, é preciso que os magistrados reconheçam que a autonomia do profissional do direito (do advogado, em especial) não se sobrepõe às regras do direito (as mesmas que devem ser observadas pelos representantes do Poder Judiciário quando fundamentam suas decisões).

Daqui podemos notar que andou muito bem o parágrafo único do artigo 261 do Código de Processo Penal ao estabelecer expressamente que a defesa técnica, quando realizada por defensor público ou dativo, deverá ser exercida através de manifestação fundamentada. Na verdade, o advogado particular não garante a defesa técnica por ter sido constituído, mas, aí sim, por compreender, previamente, o papel dessa defesa. Por isso, naturalmente, essa disposição legal deve(ria) ser estendida a todos os defensores.

É possível concluir, então, que inexistirá defesa técnica quando o defensor (seja particular, dativo ou público) for inerte, indiferente ou negligente, e, *também*, quando a manifestação deste defensor, ainda que existente, inviabilizar e/ou

³¹⁸ STJ. Habeas Corpus n. 243.126/GO, Rel. Ministro Jorge Mussi, 5ª T., DJe de 11/12/2014.

comprometer o debate processual, isto é, quando inviabilizar e/ou comprometer o contraditório concreto e, ainda, a sua absorção pelo magistrado.

É dizer, por fim, que a defesa do acusado que busca ser técnica precisará, por exemplo, fixar e demonstrar as premissas, evidenciar e esclarecer as inferências e as conclusões, produzir provas epistemicamente relevantes, contestar, objetivamente, as teses e provas contrárias (levantadas pelo Ministério Público) e, ainda, não perder de vista o caso concreto que está sendo julgado. Esse discurso, de fato, pouco tem sido visto e, seguramente, tem modificado a qualidade da decisão judicial.

CAPÍTULO 3

A PRÁTICA JUDICIÁRIA BRASILEIRA: DA FORMAÇÃO DOS MAGISTRADOS À ATIVIDADE FORENSE

3.1 VELHOS E NOVOS DESAFIOS DO DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO

As atribuições do magistrado sabidamente mudaram. Não é mais possível considerá-lo, como um dia já foi, a mera boca da lei. A potência do conteúdo dessa lei, aliás, é uma das coisas que sofreram também importantes alterações. Bem se sabe, hoje, que texto e norma são elementos notadamente distintos, que ambos fazem parte de um processo de interpretação das disposições normativas. Daqui já é possível mensurar as novas competências que devem ser assumidas pelo magistrado contemporâneo. Este já não pode mais, então, considerar simplesmente que o material produzido pelo legislador é autossuficiente, que depende apenas da enunciação do seu significado. Este processo é, pois, (muito) mais complexo.

Necessário ainda sublinhar que problemas que podem decorrer da “complexidade” de alguns casos, da pluralidade semântica destes enunciados e de eventuais ambiguidades longe estão de encerrar a questão da interpretação da norma. Isso porque – e aqui há um ponto de contato com o objeto da pesquisa - mesmo nos casos considerados “fáceis”³¹⁹ o magistrado ainda teria obrigações muito relevantes, pois deveria esclarecer as razões que o levaram a escolher uma solução (supostamente simples) e não outra. Não pode(ria) se contentar, portanto, em apenas enunciar um sentido, mesmo que seja - aparentemente – evidente.

³¹⁹ A classificação dos casos em ‘casos fáceis’ e ‘casos difíceis’ é notadamente doutrinária. Quem dela faz uso costuma descrever os pretensamente fáceis como aqueles nos quais o direito forneceria uma resposta mais acessível, que não seria discutida. Já os casos difíceis (os *hard cases*) seriam aqueles nos quais seria possível propor algumas respostas corretas que se situam nas margens permitidas pelo direito positivo (ATIENZA, M. **As razões do direito: teoria da argumentação jurídica**. 2 ed. Forense Universitária, 2014. p. 273). Ainda, os casos fáceis seriam solucionados pela subsunção e, nos difíceis, se abriria um espaço para o papel criativo do juiz em decidir a partir de princípios ou valores imanescentes à lei, ou provenientes do ideal de justiça ou da própria sociedade, utilizando-se da ponderação e/ou argumentação jurídica. Essa divisão, contudo, precisa ser superada. Afinal de contas, primeiro, fundamentar, antes de tudo, trata-se de um dever constitucional e condição de validade de qualquer decisão, seja ela qual for (MOTTA, C. R. **A motivação das decisões cíveis como condição de possibilidade para resposta correta/adequada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 37). Assim, percebe-se que mesmo o caso tido como ‘único’, ‘peculiar’, ‘específico’, ‘isolado’, etc., requer uma profunda justificação demonstrando o rompimento (ou não) da cadeia de integridade do direito, sob pena de ser considerada nula (STRECK, L. **Verdade e Consenso**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 309). Em verdade, o caso concreto, usando a classificação, seria, então, sempre *hard*.

Essas questões, contudo, revelam somente *uma* das muitas preocupações dos representantes do Poder Judiciário. O magistrado deste Século XXI é – ou ao menos deveria tentar ser – um agente transformador de uma realidade. Precisa(ria) estar inserido, portanto, em sua comunidade³²⁰. Assim, Nalini parece ter razão quando sinaliza que:

os julgamentos de valor envolvidos nas escolhas críticas requerem *virtudes morais* e, inclusive, um forte sentido de responsabilidade pessoal, um intenso *sentimento de dever para com a humanidade, muita compaixão, uma sensação de obrigação para com o futuro a longo prazo*, habilidade para resistir a tentações e paixões perturbadoras, e dedicação total à *res publica*.³²¹

Ainda assim, apesar de conhecidas essas (não tão) novas responsabilidades, não é difícil perceber que o Poder Judiciário, *como um todo*, parece resistir bravamente em promover um magistrado capaz de atender às necessidades concretas (e complexas) da sociedade brasileira. São vários os fatores que têm contribuído para a formação permanente de juízes *anestésicos*³²². Todos estes, vale já adiantar, justificarão, em algum grau, a qualidade invariavelmente *superficial* das fundamentações judiciais e, por isso, muito aquém da que é sabidamente exigida pela Constituição.

Este processo de (des)construção do magistrado tem origem, é possível dizer, lá nos *bancos acadêmicos*, que insistem em transmitir um ensino burocrático e

³²⁰ Sobre a inserção do juiz na comunidade, vale recorrer à leitura que Prado faz do juiz natural: esclarece que quando o juiz inicia sua atividade no processo, não apenas regula a participação das partes, como, também, torna-se o destinatário de todas as informações relevantes que as partes levam ao processo, ou seja, as partes produzem a prova para este juiz. Por isso, o princípio do juiz natural nunca poderá ser desvinculado da pessoa do juízo. Esse princípio, sem que o identifique na pessoa de um juiz que concretamente presidirá o processo e decidirá a causa, fica totalmente esvaziado. Na sequência, esclarece que esse princípio tem origem na Carta Magna de 1215, que, em seu artigo 20, estabelecia que *nenhuma multa será lançada senão pelo julgamento de homens honestos da vizinhança*. Daqui, enfim, a relevância da pessoa: a estrutura do processo penal inglês encontrava-se orientada pela exigência de que a decisão fosse proferida por alguém inserido no contexto histórico-cultural da comunidade na qual viviam o acusado e o acusador, por isso *homens da vizinhança* (PRADO, G. **Em torno da jurisdição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 38).

³²¹ NALINI, J. R. Ética e Direito na formação do juiz. In: Gabinete do Ministro-Diretor da Revista (org.). **Doutrina Superior Tribunal de Justiça**: Edição Comemorativa – 15 anos. Brasília: STJ, 2005. p. 226.

³²² Como o nome sugere, o juiz anestésico é aquele que possui suas sensibilidades bloqueadas, atuando e alcançando resultados que, todavia, não se direcionam para os fins perseguidos. É, também, o juiz formalista, legalista, reduzido às operações tradicionais e que não consegue romper com o seu isolamento e distanciamento das partes ao analisar as demandas (AMARAL, A. C. **A violência doméstica a partir do olhar das vítimas**: reflexões sobre a Lei Maria da Penha em juízo. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2020. p. 261-262).

desumanizado. Ainda que se saiba que as matérias consideradas propedêuticas fazem parte da grade curricular, é notório que essas disciplinas são as que despertam menos entusiasmo dos estudantes, que optam, por sua vez, por conhecer, apenas, o conteúdo do que é produzido, diariamente, pelo legislador ordinário. A universidade, neste ponto, vale sinalizar, *precisa*, certamente, assumir parcela da responsabilidade pela formação de juristas que acreditam na garantia do bem comum pelo *simples* cumprimento de uma norma. Pastana, sobre o ensino jurídico no Brasil, esclarece que:

Nossa ciência jurídica permanece buscando neutralidade, imparcialidade, distanciamento e certeza. Essa lógica é passada cotidianamente nos cursos jurídicos, produzindo acadêmicos mais *preocupados com a técnica jurídica do que com as reflexões críticas acerca dessa ciência*. Um tema que *raramente aparece* no debate público sobre a *democratização do Judiciário* é o da formação dos juristas. É inquietante verificar, por exemplo, que muitos juízes se tornaram *burocratas, aplicadores inflexíveis da lei*³²³.

Do mesmo modo, Gajardoni explica que:

Ao revés de apresentarem uma *formação humanista* consistente, habilitando o profissional para o entendimento das transformações sociais, políticas e econômicas, possibilitando-lhe um distanciamento crítico, uma conscientização de suas funções nessa sociedade em constante mutação, as faculdades de Direito ainda zelam por uma formação *normativista-formalista* de seus alunos, preocupadas com um ensino *eminentemente técnico*, firmado em proposições e tipificações de condutas sociais à norma posta, desprezando qualquer tipo de conhecimento extra ou meta jurídico e interação com outras áreas do conhecimento³²⁴.

Ensina-se, pois, uma ciência jurídica *pretensamente* autossuficiente, incapaz de dialogar com as demais disciplinas e, assim, um saber (propositalmente) *fechado*, dotado de uma linguagem técnica e de uma razão própria. Com efeito, como bem sinaliza Pastana, essas duas, *linguagem* e *razão*, se mostram (cada vez mais) *inacessíveis* ao leigo³²⁵, que é, no final das contas, o interessado e o destinatário, importa sublinhar, da prestação jurisdicional. Noutro giro, a respeito da desejada autonomia desta ciência, convém ainda destacar que qualquer racionalidade a ser seguida pelos magistrados deve(ria) suceder, seguramente, um diálogo de saberes e ser aberta, epistemologicamente, para novos campos do conhecimento. É dizer, pois,

³²³ PASTANA, D. R; **Justiça penal no Brasil**: Discurso democrático, prática autoritária. São Paulo: Editora UNESP, 2009. p. 66-67.

³²⁴ GAJARDONI, F. F. As transformações do Direito e o novo perfil do profissional jurídico. **Revista Juris Síntese**, n. 41, maio/jun. 2003. p. 15.

³²⁵ PASTANA, *op.cit.*, p. 67.

que há que se chamar tudo que tem sido expulso por uma ciência formal – a ciência do direito. Contudo, destaca Lima que:

As ciências sociais permanecem ‘encantadas’ em um *isolamento perverso* que as condena a *discursar para si mesmas* como se nada estivesse acontecendo em seu entorno [...] nenhuma teoria produz por si mesma o conhecimento. A teoria, seja ela qual for, apenas ajuda a iluminar a mente de quem a utiliza em busca, aí sim, da construção do conhecimento³²⁶.

Neste enredo, portanto, o jurista que é aprovado no concurso da magistratura estará habilitado, *intencionalmente*, para atuar de forma mecânica e desinteressado pelo seu entorno³²⁷. No Brasil, ainda persistirmos em aceitar que o ensino é um *produto* e que, portanto, devemos estar atentos às *demandas* (especialmente as *não declaradas*) do mercado, do qual as faculdades de Direito também fazer parte³²⁸. Neste sentido, Pastana, novamente, assinala que:

Qualquer proposta que busque amplificar as fronteiras do conhecimento jurídico, reforçando, por exemplo, a necessidade de formação interdisciplinar, será *rechaçada* e reduzida a puro desvio de finalidade. A preocupação em formar um cidadão crítico, capaz de refletir sobre a sua própria responsabilidade cidadã, proporcionando ao mesmo tempo a capacidade de produzir conhecimento a partir desse compromisso é até mesmo *ridicularizado*³²⁹.

Afora isso, o Poder Judiciário, neste contexto, fomenta igualmente a formação de magistrados incapazes de olhar para além da(s) lei(s) e de seus processos. À vista disso, a própria previsão da *produtividade* no Estatuto da Magistratura, como critério de promoção dos juízes, parece sugerir que esta instituição pouco está comprometida com os objetivos constitucionais³³⁰.

³²⁶ LIMA, J.E.S. A racionalidade e o debate ambiental contemporâneo. **Caderno de Pesquisa Interdisciplinar em Ciências Humanas**, Florianópolis, v. 13, n. 102, p. 100-118, jan./jul. 2012. p. 111-112.

³²⁷ Não atua, por sua vez, de forma orgânica, observando, por exemplo, seu entorno.

³²⁸ JUNQUEIRA, E. B. **Faculdades de Direito ou fábricas de ilusões**. Rio de Janeiro: Letra Capital, 1999, p. 103.

³²⁹ PASTANA, 2009, p. 72.

³³⁰ O juiz de direito é avaliado em âmbito interno, pelos Conselhos Superiores da Magistratura, por merecimento e antiguidade. Estes critérios foram estabelecidos como garantia de uma atuação ao mesmo tempo independente e eficiente da magistratura. No entanto, a existência de uma avaliação institucionalizada, realizada pelos próprios pares, atua no sentido contrário ao da autonomia, agindo muito mais como uma medida de preservação corporativa da própria instituição. Assim, tal avaliação pode ser traduzida como um controle acerca da conduta pessoal e profissional dos juízes, muitas vezes funcionando como instrumento de pressão e de sujeição às regras que, embora veladas, possuem legitimidade. Se evidencia, então, mais uma contradição no exercício da prestação jurisdicional, que é justamente a impossibilidade de equilibrar expectativas sociais com

Nota-se, neste sentido, que a produção³³¹ revela uma obrigação *solitária* dos magistrados. Não estão previstos, pois, quaisquer deveres que reproduzam as intenções do legislador constituinte. Aliás, importa destacar que aquele trabalho muitas vezes mecânico, padronizado e repetitivo, que tanto o ensino jurídico tem prestigiado, combina cirurgicamente com essa produção em massa (que tende a crescer, com os avanços da chamada inteligência artificial regenerativa), agora também desejada pelo Poder Judiciário como instituição.

Ainda que fosse possível compatibilizar quantidade e qualidade, é sabido que problemas estruturais e a sobrecarga de trabalho, à guisa de exemplo, impossibilitariam, de todo modo, a coexistência de uma prestação jurisdicional célere, volumosa e adequada. Neste sentido, tem razão Coutinho quando, ao olhar para o processo penal, atesta que os valores consagrados em nosso Estado sequer combinariam com a pressa e, naturalmente, com trabalhos pensados em larga escala. Dispõe assim o jurista:

Daí, certamente, falar-se tanto em reformas em prol da 'celeridade', como se a *questão do tempo*, aqui, fosse equivalente, por exemplo, ao '*perecimento de um bem*'. Assim, se tem diferenças estruturais, há que se optar, sem meias palavras, por um processo penal de *defesa social*, típico dos regimes autoritários, ou por um processo penal constitucionalizado, *garantidor* dos direitos do acusado, *limitador* da violência do Estado. E este último, como é evidente, é *incompatível* com os anseios da celeridade no sentido de *se condenar mais rápido* ou se acalmar a sociedade, exatamente porque seu escopo é garantir que só se puna por meio de um *processo legal devido*, com a *observação do contraditório e dos direitos da defesa*. E para tanto, *não cabe a pressa* [...] falar apenas em celeridade como parâmetro de justificação política é mais uma afirmação do princípio da eficiência que pauta os sistemas penais em tempos de neoliberalismo³³².

É preciso deixar em relevo máximo, finalmente, que o resultado dessa formação acadêmica e das preocupações institucionais do Poder Judiciário deve(rá)

as aspirações individuais e carreiristas dos magistrados. Ademais, com uma burocracia funcional rígida esse Poder de Estado inibe o ingressante de atuar de forma comprometida com ideais burocráticos não hegemônicos, vale dizer, mais próximos das reais necessidades populares (PASTANA, 2009, p. 93-94).

³³¹ Os Tribunais farão publicar, mensalmente, no órgão oficial, dados estatísticos sobre seus trabalhos no mês anterior, entre os quais: o número de votos que cada um de seus membros, nominalmente indicado, proferiu como relator e revisor; o número de feitos que lhe foram distribuídos no mesmo período; o número de processos que recebeu em consequência de pedido de vista ou como revisor; a relação dos feitos que lhe foram conclusos para voto, despacho, lavratura de acórdão, ainda não devolvidos, embora decorridos os prazos legais, com as datas das respectivas conclusões (artigo 37, LOMAN).

³³² COUTINHO, 2019, p. 133.

ser visto, então, justamente *na* fundamentação das decisões, espaço no qual o magistrado tem e expressa sua voz que é, como visto, previamente formatada. Portanto, salvo algumas exceções, a fundamentação das decisões refletirá exatamente a aplicação *acrítica* (apenas da) lei e passará longe dos problemas concretos que atormentam o indivíduo e a sociedade brasileira. Igualmente, se mostrará abreviada, sob pena de o magistrado não conseguir oferecer os *números* necessários para a validação do seu ofício.

O domínio criminal tem ostentado uma realidade *quase* igual. A fundamentação tem refletido, também, a aplicação *acrítica* de uma lei que, aliás, se preocupa convenientemente com a mera subsunção de um fato a uma norma³³³. Essa operação, mecânica e breve, é, vale sublinhar, claramente compatível com as atividades esperadas daquele magistrado burocrata. As decisões criminais, desta forma, têm se preocupado em demonstrar, *apenas*, que um indivíduo praticou certa conduta e que, esta, por sua vez, trata-se de um delito. Raros são os magistrados que se preocupam com a história deste indivíduo e, à guisa de exemplo, com as consequências da aplicação de uma pena. Não obstante, cabe adiantar, não só não há nenhuma restrição neste sentido, como existem disposições que exigem expressamente essa postura³³⁴.

Ainda assim, como sinalizado, a realidade do espaço criminal é *quase* igual aos demais núcleos jurídicos. Isso porque, neste universo, a avaliação do fato e da norma não será apenas mecânica e desinteressada. Será, ainda, *enviesada* – não somente *acrítica*. Não há como desconsiderar, neste enredo, o funcionamento do sistema de justiça criminal, da força real dos agentes que deste fazem parte. Essas potências³³⁵ têm, sabidamente, o condão de influenciar decisivamente o processo de identificação do fato e da norma, ou seja, exatamente o processo de subsunção (única

³³³ Essa é a leitura que este pesquisador faz após anos de atuação como advogado criminalista.

³³⁴ O §10 do artigo 185 do Código de Processo Penal exige que o juiz busque informações pessoais do interrogado. O mesmo se observa no §1º do artigo 187 do mesmo diploma legal. Quer-se acreditar, em vista especialmente das disposições constitucionais, que esse conteúdo deve ser, em algum grau, considerado e utilizado pelo magistrado. Assim estabelecem, respectivamente: Do interrogatório deverá constar a informação sobre a *existência de filhos*, respectivas idades e *se possuem alguma deficiência* e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa presa e na primeira parte o interrogando será perguntado sobre a *residência, meios de vida ou profissão, oportunidades sociais, lugar onde exerce a sua atividade*, vida pregressa, notadamente se foi preso ou processado alguma vez e, em caso afirmativo, qual o juízo do processo, se houve suspensão condicional ou condenação, qual a pena imposta, se a cumpriu e outros dados familiares e sociais.

³³⁵ Trata-se, aqui, à título de exemplo, da mídia que, hoje, sabidamente produz um processo penal à parte, isto é, o processo penal midiático.

preocupação exigida dos magistrados). Todos os operadores do direito, em regra, especialmente os juízes, estão condicionados a reconhecer um fato punível a depender das características dos indivíduos. Esses (pré) juízos condizionarão, na sequência, o processo penal como um todo. Aqui, pode-se dizer, pois, que se confundem as regras de experiência (como regra técnica) e concepções do senso comum que não só se distanciam de referências objetivas como, ainda, sucedem preconceitos (conclusões que decorrem de experiências de vida).

O magistrado, desta maneira, toma(rá) antecipadamente por verdadeiros os eventos descritos na denúncia e, conseqüentemente, os atos processuais posteriores acabam por representar, muitas vezes, meras formalidades e, sem quaisquer dúvidas, serão, todos, abreviados – afinal, a conclusão já havia sido alcançada. Este roteiro impacta(rá), esperada e naturalmente, a fundamentação das decisões judiciais penais, que passam, pois, (i) a explicar, resumidamente, o processo de subsunção realizado, (ii) ostentar uma escolha *seletiva* das provas e (iii) se importar muito pouco com a contribuição das partes e, menos ainda, com os jurisdicionados. Por esta perspectiva, aliás, fica bastante fácil compreender o porquê o legislador ordinário manteve intacto os elementos descritos originalmente no artigo 381 do CPP como os suficientes para integrar a sentença³³⁶.

Necessário enfatizar, em tempo, que o silogismo, por si só, *dispensa* a participação dos atores processuais, isto é, se perfaz independentemente da contribuição da acusação e da defesa. O sistema de justiça penal, ademais, *precisa* igualmente desconsiderá-la (especialmente para atingir seus objetivos não declarados³³⁷). Por isso, cabe afirmar que a cooperação das partes terá razão de ser apenas se e quando compreendida a fundamentação que é exigida pela Constituição de 1988. Até o momento, *portanto*, os magistrados estão preparados apenas para decidir, mas não para fundamentar. São atividades nitidamente distintas, como visto.

À vista do exposto nesta seção, para complementar a compreensão do processo de construção da subjetividade dos representantes do Poder Judiciário e, também, para provocar reflexões e debates futuros, serão apresentadas, por fim, algumas informações que foram coletadas em pesquisa realizada pela Associação dos

³³⁶ 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.

³³⁷ Trata-se, aqui, da seletividade.

Magistrados Brasileiros, que encontrou elementos capazes de ilustrar satisfatoriamente o que temos à disposição em termos de magistratura. Serão consideradas apenas as informações relativas aos juízes estaduais ativos de primeiro grau.

A pesquisa identificou que 62,9% dos magistrados eram do sexo masculino e 37,1% do feminino. A respeito da cor, identificou que 78,6% eram brancos, 17% pardos, 1,6% eram negros, 1,5% amarelos e 0,1% indígenas. A religião predominante foi a católica romana, observada em 61% dos casos. Além disso, em relação à ocupação que o pai do magistrado(a) exerceu, foi observado que 19,2% (a maior fração) eram servidores públicos de alto escalão (diplomata, magistrado, oficial militar, professor universitário e funções com qualificação técnica de nível superior – médico, advogado, engenheiro etc.)³³⁸. Em termos de representatividade, esses dados são bem ilustrativos, e indicam o predomínio de magistrados brancos e de classe social privilegiada.

Sobre a formação destes(as) magistrados(as), foi visto que 62,9% frequentaram cursos preparatórios para realização do concurso público, 47,9% concordaram (muito ou pouco) com a exigência de cursos prévios ao concurso para a boa seleção dos representantes do Judiciário e 82,9% concordam (muito ou pouco) que cursos de formação continuada são importantes e que deveriam ser obrigatórios³³⁹. Foi também observado que 72% não exerciam atividade docente em universidade após a entrada na magistratura e, ainda, que apenas 29,8% tinham publicado algum trabalho em revistas especializadas, 12,8% tinham algum livro publicado na área do Direito publicado e, por fim, 18,3% tinham apresentado ao menos um trabalho em congressos³⁴⁰.

É possível notar, com essas informações, que a maioria dos magistrados passou pelo mencionado ensino que preza por questões acríicas, burocráticas, e não humanistas. No mais, apesar de uma fração relevante ter concordado com a oferta de cursos de formação continuada, a pouca participação em atividades acadêmicas parece indicar uma postura passiva dos magistrados.

Assim, convém já adiantar que a pesquisa também percebeu que, quando questionados sobre as obras jurídicas que os magistrados consideravam referências,

³³⁸ VIANNA, L.W.; CARVALHO, M.A.R.; BURGOS, M.B. **Quem somos – a magistratura que queremos**. Rio de Janeiro: Associação dos Magistrados Brasileiros, 2018. p. 237-271.

³³⁹ *Ibid.*, p. 162-164.

³⁴⁰ *Ibid.*, p. 181-194.

a doutrina apareceu em 92,3% dos casos, enquanto a literatura acadêmica e referências filosóficas apareceram, respectivamente, em 5 e 0,5% dos casos³⁴¹. Ainda, questionados sobre o que seria um bom magistrado, 28%, que representou a maior parte, respondeu que um bom magistrado seria aquele que presta um serviço jurisdicional célere, 24% que seria aquele que profere decisões bem fundamentadas e 19% aquele que atua objetivando a segurança jurídica. Apenas 9,3%, o menor índice, responderam que um bom magistrado é aquele que valoriza a justiça social³⁴².

Daqui cabe evidenciar pontualmente a opção dos magistrados por doutrinas, como manuais e/ou códigos comentados. A literatura acadêmica e reflexões, sabidamente mais críticas e densas, quase não apareceram nas respostas. Ainda, a preferência por obras que exibem respostas 'prontas' coincide com a valorização de um trabalho rápido (célere). Em posse dessas informações, que devem ser consideradas em conjunto, as respostas a seguir apresentadas justificarão, dentro do possível, o que se sustentou nessa seção, isto é, a dificuldade que os magistrados têm de dar conta de determinadas atribuições, notadamente as que exigem habilidades que extrapolam o âmbito estritamente jurídico.

Assim, quando questionados se devem priorizar o texto infraconstitucional à adoção de princípios constitucionais, 42,7% dos magistrados entenderam que sim. Questionados se devem aplicar os princípios constitucionais para fundamentar as decisões a respeito de temas *sobre os quais não há legislação específica*, 96,8% disseram que sim. Questionados se, no caso limite de temas sensíveis para a sociedade, sobre os quais não se constitui uma maioria parlamentar, o Poder Judiciário poderia exercer um papel criativo na produção de normas, *a fim de atender aos anseios da coletividade*, 47% responderam que sim. Por fim, questionados se, no caso limite de temas sensíveis para a sociedade, sobre os quais não se constitui uma maioria parlamentar, poderiam os magistrados interpretar criativamente as leis, desde que levem em conta as *consequências* de suas decisões, de acordo com o ideal de *bem comum*, 67,8% entenderam que sim.

Uma brevíssima análise desses dados: i) quase metade dos magistrados parece não ter compreendido, ainda, que a Constituição está *acima* das leis, ii) algumas questões formuladas podem demonstrar que o Poder Judiciário pode estar

³⁴¹ VIANNA; CARVALHO; BURGOS, 2018, p. 89.

³⁴² *Ibid.*, p. 167.

inseguro em relação ao que pode ou não fazer. Os princípios constitucionais devem ser observados sempre, e não apenas quando houver legislação específica. Inclusive, é a legislação infraconstitucional que não pode perder de vista as disposições constitucionais. Por último, é sabido que atender aos anseios da coletividade e observar as consequências são atribuições da magistratura³⁴³.

Desta maneira, essas questões, em particular, revelaram, sobremaneira, um desafio a ser enfrentado pela magistratura, é dizer, a assunção dessa responsabilidade sem incorrer em excesso, sem extrapolar do poder que lhe é devido ou, ainda, sem invadir o espaço dos demais poderes, especialmente o do legislativo. Não há dúvida, então, que essas informações colhidas na pesquisa explicam, em enorme medida, porque os magistrados são o que são e fazem o que fazem e, naturalmente, o *corpus* de grande parcela das fundamentações judiciais.

Para além desse panorama geral, faz-se necessário, agora, explorar, separadamente, a interpretação que o Supremo Tribunal Federal faz especificamente da norma prevista no artigo 93, IX, da Constituição e, na sequência, compreender como os magistrados pátrios têm apreendido o conteúdo do artigo 155 do Código de Processo Penal, que estabelece que *o juiz poderá formar sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial*.

3.2 A INTERPRETAÇÃO DO DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Faz-se necessário investigar a interpretação que o Supremo Tribunal Federal realiza do dever de fundamentação das decisões judiciais como norma constitucional. Incumbido da *guarda* da Carta Magna, um estudo do entendimento dessa Corte tem o condão de indicar o quão próximos estamos dos valores previstos na Constituição da República de 1988. Antes de apresentar os resultados dessa busca, uma consideração ainda precisa ser feita.

A interpretação de uma norma pelo Judiciário precisa ser enfrentada com cautela. Isso porque esse Poder, estando *abaixo* da Constituição, precisa não apenas atestar a constitucionalidade dos atos dos demais Poderes, mas, também, garantir que os seus *próprios* atos estejam de acordo com as diretrizes constitucionais. Por

³⁴³ Essas responsabilidades constam expressamente no Código de Ética da Magistratura, especialmente nos artigos 1º, 2º e 25.

isso, é razoável sustentar, desde já, que uma interpretação do Judiciário, mesmo a do STF, só pode(rá) ser considerada válida se e quando reproduzir as intenções da Constituição. É dizer, portanto, que essa Corte deve compreender, apreender e expressar o sentido da Carta Maior – e não ser a responsável por atribuir algum sentido a ela.

Neste mesmo sentido ainda, Ávila explica que os argumentos *jurisprudenciais*, que tratam dos precedentes do Poder Judiciário relativamente a uma norma objeto de interpretação, são *desdobramentos* dos argumentos sistemáticos que, por sua vez, são aqueles fundados na *estrutura* do sistema jurídico, isto é, que decorrem da ideia de *coerência* e que se deixam reconduzir aos princípios fundamentais do Estado Democrático do Direito³⁴⁴. Sugere-se, pois, que a interpretação de uma norma, mesmo pelo Supremo Tribunal Federal, não pode se descolar desses princípios. Assim, em vista de regras *prima facie* de interpretação de uma norma, deve-se compreender, portanto, que:

Um argumento será tão mais relevante quanto mais servir como meio para concretizar um princípio. É dizer, pois, que uma interpretação será tanto melhor fundamentada quanto maior for o apoio que receber dos princípios fundamentais Michele dentre os significados possíveis da norma, deverá ser escolhido aquele que mais intensamente corresponder aos valores estabelecidos pelos princípios e que menos intensamente os contrarie. Quanto mais importante for o princípio no ordenamento, pelo papel fundante que ele exerce sobre os argumentos, mais será relevante o argumento a ele reconduzível³⁴⁵.

Finalmente, as atenções podem tornar os olhos à concretização do dever de fundamentação pelo Supremo Tribunal Federal, sem perder de vista, naturalmente, essas considerações feitas. Busca-se, neste momento, (i) apresentar os contornos do dever de fundamentação das decisões como norma constitucional e, tanto quanto possível, o sentido que essa Corte extrai(u) dessa disposição, (ii) verificar se os princípios fundamentais que sustentam o Estado brasileiro são, em alguma medida, considerados neste processo de interpretação e, desta maneira, (iii) avaliar a distância que o STF mantém dos objetivos da Constituição de 1988.

Vale sublinhar, desde logo, que a interpretação da norma prevista no artigo 93, IX, da Carta Magna foi enfrentada *diretamente* pelo Supremo Tribunal Federal.

³⁴⁴ ÁVILA, H. Argumentação jurídica e a imunidade **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, v. 19, n.19, mar. 2001. p. 175.

³⁴⁵ *Ibid.*, p. 176-177.

Para a pesquisa, esse enfrentamento se mostra, ao menos neste instante, promissor, haja vista que os seus ministros tiveram a oportunidade de evidenciar toda a potencialidade que essa disposição possui. A tese final, firmada em sede da Questão de Ordem com Repercussão Geral no Agravo de Instrumento n. 791.292/PE, de relatoria do ministro Gilmar Mendes, julgada em 23 de junho de 2010 (Tema 339), foi a seguinte:

O art. 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão³⁴⁶.

Faz-se necessário destacar de antemão que, apesar de não ser a decisão recente, esse entendimento tem sido *reiteradamente* reproduzido nos julgamentos hodiernos. Por essa razão, será aqui considerado. Ainda assim, outros tantos serão utilizados para auxiliar na exposição deste posicionamento que tem sido adotado pela Corte responsável pela tutela da Carta Magna e, também, pelo Superior Tribunal de Justiça. Não foi utilizado um método específico de seleção. Todas as decisões selecionadas e utilizadas nessa seção foram escolhidas assim que se mostraram relevantes em uma perspectiva doutrinária, notadamente por corroborarem o julgamento (de repercussão geral) que enfrentou, diretamente, a fundamentação.

Em termos de representatividade, não é possível sustentar que essas decisões reproduzam um posicionamento pacífico da Suprema Corte, até porque, bem se sabe, ainda não temos um sistema estável de jurisprudência. Neste sentido, por exemplo, registra-se oportunamente que o voto que acolheu a tese da Questão de Ordem contou com o voto divergente do Ministro Marco Aurélio. Ainda assim, fornecem, seguramente, um pouco da linha argumentativa que pode ser, eventual e novamente, seguida pelos representantes da Corte que guarda a Constituição.

A tese consagrada pelo STF (a partir de 2015, incompatível com o artigo 489 do CPC, e partir de 2019, incompatível com o artigo 315, § 2º do CPP – como vimos) sinaliza, em síntese, que o artigo 93, IX, da Constituição da República de 1988 não exige que o magistrado se alongue na fundamentação e, tampouco, em um exame

³⁴⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. Repercussão Geral na QO no AI n. 791.292/PR. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 13 mar. 2023. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:supremo.tribunal.federal;plenario:acordao;re:2023-03-01;1237867-6557814>. Acesso em: 26 jun. 2024.

detalhado de cada uma das alegações das partes ou das provas e, ainda, a correção dos fundamentos escolhidos. Prestigiou-se, pois, a fundamentação sucinta³⁴⁷. Ademais, convém chamar atenção prontamente para outros pontos, igualmente relevantes: (i) rasa, a proposta se preocupou em firmar que ‘o art. 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados’, isto é, se preocupou em *repetir* o enunciado da norma interpretada e, ainda, (ii) o texto não integrou ou mencionou qualquer norma constitucional, ou seja, não esteve fundamentado (suportado por) em nenhuma norma dessa natureza.

Afora isso, a redação parece autorizar que o magistrado escolha, avalie e, sobretudo, disponha *livremente* dos fundamentos. Neste sentido, eventual pretensão de correção foi substituída, expressamente, pela pretensão de coerência (lógica) dos fundamentos escolhidos pelo julgador. Assim, o valor dos argumentos passa a residir, pois, não na possibilidade de ser reenviado, em termos de normatividade, a um princípio ou a uma norma superior, mas, sim, na sua mera logicidade. O relator ainda destacou textualmente em seu voto que a Constituição não exige que a fundamentação esteja correta - quanto a solução das questões de fato e de direito -, mas, aí sim, que sejam declinadas no julgado as premissas, corretamente assentadas ou não, e que se mostrem coerentes com o dispositivo do acórdão³⁴⁸.

Neste giro, a parte final desta transcrição se mostra bastante elucidativa. Esclarece, assim, que uma decisão, para que possa ser considerada devidamente fundamentada, deverá apresentar tão somente uma premissa, uma conclusão e, então, fundamentos que possam, em alguma medida, aproximá-las. Essa fórmula, ademais, quando observada, tem o condão de tornar *dispensável* a consideração exaustiva dos argumentos das partes.

Neste sentido, o ministro Marco Aurélio, em sede do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 1.208.580/SP, assinalou que a prestação jurisdicional prevista no artigo 93, IX, da Constituição pressupõe o enfrentamento, pelo órgão julgador, de todas as causas de pedir veiculadas, *exceto* quando, assentada uma

³⁴⁷ É possível que sejam aceitas fundamentações sucintas por conta dos problemas que impedem que os magistrados tenham muito tempo para enfrentar cada caso que chega ao Judiciário. A exigência de uma fundamentação alongada potencializaria, certamente, esses problemas.

³⁴⁸ Importa sublinhar que o Ministro Gilmar Mendes, na ocasião, faz referência também a um julgamento que foi proferido na década de 60, ou seja, quando sequer existia a Constituição da República de 1988.

premissa, ocorrer o prejuízo de certo enfoque³⁴⁹. A ministra Rosa Weber, neste mesmo julgamento, percorreu caminho similar:

Enfrentadas todas as causas de pedir veiculadas pela parte capazes de, em tese, influenciar o resultado da demanda, fica dispensado o exame detalhado de cada argumento suscitado, considerada a *compatibilidade* entre o alegado e o entendimento fixado pelo órgão julgador³⁵⁰.

O exame exaustivo da argumentação das partes é exigido, portanto, apenas quando o *próprio* julgador entender que uma tese tem força para contrariar a sua conclusão. Assim, à vista de um caso de repercussão geral, como foi compreendido, o Supremo Tribunal Federal demonstrou entender que o dever de fundamentação das decisões, previsto no artigo 93, IX, da Constituição, estará cumprido se a decisão se mostrar *coerente*, é dizer, quando ostentar uma conclusão que pode ser apreendida com a retomada do percurso argumentativo adotado pelo julgador³⁵¹. As razões das partes, neste enredo, parecem assumir espaço de relevância bastante reduzida no processo de concretização da norma em questão. Representam, é dizer, uma mera formalidade. Neste sentido, o ministro Luis Roberto Barroso informa que as decisões judiciais não precisam ser necessariamente *analíticas*, bastando que contenham fundamentos suficientes para justificar suas próprias conclusões³⁵².

Portanto, é possível perceber que o STF, no processo de interpretação do dever de fundamentação das decisões como norma constitucional, deixou de prever quaisquer argumentos que pode(ria)m ser reconduzidos às principais normas constitucionais. Importa sublinhar ainda que, em que pese a coerência tenha sido mencionada em alguns acórdãos, é sabido que a coerência esperada, que se extrai da ideia de sistema, diz respeito exatamente à possibilidade de os argumentos serem,

³⁴⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Primeira Turma. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 1.208.580/SP, julgado em 06/08/2019. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 13 set. 2019.

³⁵⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Primeira Turma. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 1.208.580/SP, julgado em 06/08/2019. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 13 set. 2019.

³⁵¹ Ainda que esses julgamentos não possam indicar, com certeza, que todos os tribunais (mesmo o próprio STF) entendem da mesma maneira, é preciso considerar que, por esse entendimento ter sido exarado em um julgamento de repercussão geral, deveria, sim, representar, pelo menos, o posicionamento institucional da Suprema Corte e, assim, dos demais tribunais. Inclusive, convém apresentar o voto vencido do Ministro Marco Aurélio, no julgamento desta Questão de Ordem: [...] ressaltar ao Judiciário emitir entendimento explícito sobre todas as causas de defesa, sobre todos os pedidos formulados pela parte. O órgão judicante não está compelido a fazê-lo apenas quando o que articulado se mostre incompatível com o entendimento já adotado no pronunciamento judicial.

³⁵² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Primeira Turma. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 798.053/PR, julgado em 18/11/2014. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 13 mar. 2015.

novamente, reconduzidos aos princípios de base da Carta Magna, e não à possibilidade de uma conclusão poder ser deduzida de uma premissa. Aliás, não deve causar surpresa que nenhum argumento histórico tenha sido utilizado. Isso porque, caso tivesse sido, a noção de coerência – e, claro, da própria fundamentação – teria sido, certamente, outra.

Gomes Filho, ao tratar dos requisitos, vícios e artifícios da motivação devida, destaca, sobremaneira, a sua *racionalidade* (ou a sua *logicidade*). Não tarda em explicar também que essa racionalidade precisa ser compreendida em suas duas dimensões, uma interna e outra externa. A respeito da *racionalidade interna*, esclarece que essa consiste na não contradição entre as várias proposições feitas ao longo do discurso justificativo³⁵³. Trata-se, como se percebe, da forma mais elementar de racionalidade lógica. Assim, apoiado em Taruffo, pontua que a motivação não pode ostentar argumentos ou afirmações incompatíveis ou contraditórias a respeito do mesmo objeto³⁵⁴. É essa racionalidade, aliás, que se relaciona à identificação do raciocínio judicial com o silogismo, que, embora seja um esquema insuficiente para reproduzir a atividade decisória realizada pelos magistrados, não deixa de ter um valor como instrumento capaz de tornar objetivamente verificável a correção de uma inferência feita a partir de premissas aceitas como certas³⁵⁵.

Já a *racionalidade externa* perpassa, antes, pela ideia de congruência normativa e congruência narrativa. A congruência de normas, ensina Gomes Filho, é questão de seu “fazer sentido”, em virtude de serem racionalmente correlatas, instrumental ou intrinsecamente, como um conjunto, ou para a realização de um ou mais valores comuns³⁵⁶. É dizer, em outras palavras, que:

O juiz, ao selecionar as normas e precedentes relevantes para a decisão, deverá, primeiro, verificar se os valores e princípios do ordenamento conferem um sentido às regras relevantes para a solução do caso; depois, quando essas regras são utilizadas para justificar a decisão, tem-se, na verdade, uma aplicação analógica destes mesmos princípios e valores e, portanto, uma decisão congruente em relação ao conjunto do ordenamento³⁵⁷.

³⁵³ GOMES FILHO, 2013, p. 148.

³⁵⁴ *Ibid.*, p. 148-149.

³⁵⁵ *Ibid.*, p. 149.

³⁵⁶ *Ibid.*, p. 150.

³⁵⁷ MACCORMICK *apud* GOMES FILHO, 2013, p.150-151.

A congruência narrativa, por sua vez, explica MacCormick por Gomes Filho, é a propriedade que consegue fornecer um *test* sobre a verdade ou a provável verdade de proposições sobre coisas ou eventos não observados diretamente, isto é, possibilitará que o mundo fenomênico se torne *inteligível*. Dito de outra forma, permitirá uma visão racional do mundo em que os eventos que a percepção nos revela sejam explicáveis ou, ainda, certificará que a decisão adotada pelo magistrado *faça sentido* em face dos fatos considerados provados³⁵⁸.

Assim, à vista desses requisitos, o STF parece ter priorizado a coerência textual da decisão, ou seja, a inexistência de argumentos e/ou afirmações incompatíveis a respeito de um mesmo objeto. Não foram observados, neste sentido, quaisquer elementos identificadores da racionalidade externa (da congruência normativa e da congruência narrativa). Portanto, a Corte guardiã da Constituição não parece ter buscado *interpretar* a norma prevista no artigo 93, IX, da Carta Magna. Se o fez, é possível afirmar, então, que há muito que caminhar neste sentido, já que o processo de atribuição de sentido (compatível com os valores constitucionais) passou muito longe de acontecer.

Mostra-se necessária, assim, uma nova leitura dessa norma. Por fim, cumpre firmar, então, que o dever de fundamentação, como norma constitucional, não teve seus contornos devidamente estabelecidos. Nosso STF, aí sim, pareceu ter adotado apenas uma medida de proteção de sua própria instituição.

3.3 ABUSOS DO CONVENCIMENTO NA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

Esse tópico derradeiro busca compreender como os representantes do Poder Judiciário tem se apropriado da liberdade concedida pelo legislador ordinário e, ademais, de que forma essa apropriação impacta – ou pode impactar – o dever de fundamentação das decisões judiciais. Preocupou-se, desde logo, com o que poderia ser, então, pesquisado. Isso porque, ainda que seja possível – e, quiçá, recomendável – adentrar em pesquisas que buscaram um mergulho na realidade brasileira, ainda assim esse método forneceria resultados sabidamente circunscritos no recorte espacial e temporal escolhido pelos pesquisadores (e, certamente, vinculados às suas

³⁵⁸ GOMES FILHO, 2013, p. 151.

perspectivas). Essa abordagem, vale já sinalizar, não deixa de ser válida. Ocorre que, para fins deste capítulo, soou mais pertinente promover uma abordagem distinta, qual seja, a consideração da posição dos próprios magistrados sobre a livre apreciação de prova.

Assim, sem perder de vista que o Poder Judiciário não raras vezes adota comportamentos de proteção da instituição, uma avaliação franca de um de *seus pares* sobre o tema merece credibilidade. Será estudado, portanto, em grande medida, o voto do ministro relator Ribeiro Dantas proferido em sede do Agravo em Recurso Especial n. 1.936.393/RJ³⁵⁹. Esse julgamento não representa uma orientação do Superior Tribunal de Justiça. Foi selecionado intencionalmente em razão da sua contribuição teórica (e doutrinária), coincidente com o que foi encontrado e com o que se defende nessa pesquisa. Dito de outra forma, foi selecionado por conta do seu conteúdo, e não por pela força normativa e/ou vinculante que poderia vir a ter. Ainda assim, ainda que não possa vincular normativamente os tribunais, nem mesmo representar, como dito, o entendimento do STJ, pode, aí sim, servir como referencial para muitos magistrados, já que, nesta ocasião, o julgamento fez valer, primeiro, o *locus* privilegiado que ocupa o relator e, ainda, serviu de aportes teóricos ímpares sobre os principais temas que se conectam à fundamentação. Em razão de tudo isso essa foi a decisão escolhida.

Como ponto de partida, é necessário compreender, logo, que a liberdade concedida aos magistrados alcança necessariamente as atividades de admissão, seleção e valoração das provas ou, em outras palavras, que apreciação das provas, citada no artigo 155 do CPP, importa em distintas atividades - e a liberdade impactará todas elas. Nesse giro, portanto, importa assimilar *como* os representantes do Poder Judiciário têm se apropriado da liberdade em todos estes momentos.

Diante disso, convém adiantar a conclusão de Ribeiro Dantas, para, na sequência, apresentar também os eventos que o levaram a alcançar esse fechamento preocupante. O ministro, assim, considerando a inexistência de qualquer referência objetiva para a avaliação das provas, sinalizou prontamente que “A tendência é considerar que se considerará provado aquilo que, segundo o convencimento do juiz,

³⁵⁹ Esse julgamento, em suma, se preocupou em analisar a suficiência do depoimento policial (como prova única) para condenação de um réu pelo crime de tráfico de drogas.

assim for apontado na motivação da sentença, o que revela uma concepção de natureza eminentemente *subjetiva*³⁶⁰.

Essa observação tem o condão de indicar que se considerará provado aquilo que o magistrado disser que está provado. Em suma, é o que o ministro arrematou. Ademais, demonstra, desta forma, que tem acontecido exatamente aquilo que *não* pode(ria) acontecer. Isso porque, Ibañez, neste ponto, pontua que o modo de entender nunca pode(ria) projetar-se para fora do órgão julgador como um simples *porque sim*³⁶¹. Nota-se, ainda, sem maiores dificuldades, que essa postura vislumbrada pelo ministro vai de encontro, pois, à necessidade de se examinar exaustivamente as provas produzidas pelas partes e de explicar os porquês da relevância atribuída a cada uma delas.

Afora isso, Ribeiro Dantas se preocupou em declarar expressamente que, neste enredo, o que parece importar para os julgadores é a construção do convencimento pessoal (do magistrado) a respeito dos fatos, *sem* quaisquer amarras jurídicas e que, assim, o seu foco recai na exigência de que a sentença deve estar adequadamente motivada quanto a exposição dos argumentos que embasaram a formação de sua convicção psíquica, pessoal e subjetiva³⁶². Convém assinalar, então, que os representantes do Poder Judiciário têm se apropriado da liberdade no *melhor* sentido do livre convencimento motivado³⁶³. O ministro, aqui, resume com exatidão essa apropriação:

Por isso os tribunais anunciam que o testemunho policial é suficiente para justificar a condenação do réu [...] nessa ótica, se o direito dá ao juiz a liberdade (art. 155, CPP) para apreciar a prova e o julgador expõe na sentença as razões que o levaram a atribuir maior credibilidade à narrativa da polícia do que a versão do réu, inexistiria vício de legalidade a sanar³⁶⁴.

³⁶⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial n. 1.936.393/RJ**. Ementa: Penal e processual penal. Agravo em recurso especial. Tráfico de drogas. Condenação baseada exclusivamente nos depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante. Desatendimento aos critérios de coerência interna, coerência externa e sintonia com as demais provas dos autos.

³⁶¹ IBAÑEZ, 2006, p. 110.

³⁶² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial n. 1.936.393/RJ** [...]

³⁶³ Neste ponto, nota-se que a interpretação que o Supremo Tribunal Federal faz do artigo 93, IX, da Constituição (tópico 2.2.2) e a leitura que os magistrados pátrios têm feito da liberdade de apreciação das provas caminham no mesmo sentido. Ambas leituras concedem, ao fim e ao cabo, amplos poderes aos julgadores. Enquanto o STF definiu que a fundamentação devida não exige um exame exaustivo das alegações das partes se o juiz estiver seguro de sua decisão, essa mesma segurança basta para garantir a adequação da valoração das provas.

³⁶⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial n. 1.936.393/RJ**.

Desta maneira, é possível perceber que a inexistência de quaisquer balizas objetivas para o controle da avaliação das provas no Código de Processo Penal³⁶⁵ e, ainda, a manifestação do DNA judicial na sua acepção genuinamente autoritária acaba(ra)m, enfim, por modular a fundamentação das decisões. Ribeiro Dantas, assim, à vista dos trabalhos de seus pares, esclarece, com precisão cirúrgica, a estrutura argumentativa das sentenças criminais que tem observado³⁶⁶:

As testemunhas afirmaram x e a defesa afirmou y. Considerando a existência de prova testemunhal da versão x e a inexistência de prova da versão y, convenço-me de que a versão x está correta e julgo procedente a pretensão punitiva estatal para condenar o réu³⁶⁷.

Alguns detalhes dessa estrutura – que reproduz, certamente, o que se vê na *práxis* - merecem um enfrentamento mais vertical. Ficou perceptível, pois, que inexistente interesse em se promover um debate a partir e com as versões esperadamente contrárias apresentadas pelas partes no processo que, hoje, precisa ser compreendido como o espaço destinado para o diálogo. Contrariamente, vê-se, aí sim, que a correção da avaliação das provas depende(u) do discernimento do próprio magistrado. A legitimidade desta avaliação, é dizer, reside, assim, na pessoa que a realizou.

Busca-se, desta maneira, ao fim e ao cabo, uma prova que deve ser capaz de persuadir o julgador³⁶⁸. Às partes são reservados papéis de meros coadjuvantes, o que permite sustentar que, nesta dinâmica, o contraditório é invariavelmente descartado (ao menos minimizado). Ademais, observa-se que essa estrutura ostenta apenas *motivos* (que residem no íntimo do sujeito), e não *razões*, isto é, ostenta argumentos que *não* podem ser controlados.

Por último, cabe confirmar, novamente, o não cabimento da expressão *livre convencimento motivado* e, também, afastar toda e qualquer tentativa de ajustar a

³⁶⁵ Importa observar que todos os artigos do Código de Processo Penal que tratam deste tema (artigos 155, 315, §2º e incisos, 381, etc.) permitem que o magistrado atue desta forma.

³⁶⁶ Não se desconhece que essa estrutura argumentativa não é vista em 100% das sentenças penais. Ainda assim, é sabido que representa, no mínimo, a maioria delas.

³⁶⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial n. 1.936.393/RJ....

³⁶⁸ O magistrado, antes de ser persuadido, deve fundamentar sua decisão. Neste ponto, discute-se se o magistrado deve, ao final de um processo, ser, de fato, persuadido. Inclusive, Taruffo e Streck, autores que divergem em muitos pontos, criticam, em diversos momentos, essa que, para alguns, seria a missão do magistrado (ser persuadido). Certamente por uma abordagem, dizer que o magistrado deve ser persuadido o coloca em uma posição que não lhe pertence, a de protagonista.

expressão *livre apreciação da prova* aos anseios constitucionais. Neste sentido, Streck pondera que:

O livre convencimento não é o mesmo que decisão fundamentada. Isso porque da perspectiva normativa do princípio que exige a fundamentação das decisões, o juiz *não* tem a opção de se convencer por qualquer motivo, mas deve explicitar com base em que razões, que devem ser intersubjetivamente sustentáveis, ele decidiu desta e não daquela maneira³⁶⁹.

A *ausência* de critérios objetivos, com identificou o Ministro Ribeiro Dantas, permite que o magistrado decida do seu jeito e/ou de qualquer jeito. E assim tem feito, vale insistir. Neste giro, resta dificultado – para não dizer impossibilitado – o controle da linha argumentativa adotada pelo magistrado. Contudo, há outros desdobramentos que precisam ainda ser considerados. A despreocupação para com a observância de referências objetivas norteadoras do raciocínio judicial autoriza, primeiro, que o magistrado se mantenha distante do seu entorno. Potencializa, portanto, as chances deste se tornar um mero burocrata, alheio às demandas sociais.

Além disso, a *dispensa* dessas referências desprotege os magistrados das influências externas, mais especificamente, da força dos agentes do sistema de justiça criminal. Neste enredo, é dizer, enfim, que o julgador permanece longe da comunidade e, ainda, sob a interferência direta dos discursos de emergência que são típicos do e no universo criminal³⁷⁰.

O magistrado, no que mais importa, mantém-se, portanto, afastado daqueles que possuem interesse genuíno na jurisdição e segue, ainda, *manipulado* por interesses não legítimos³⁷¹. À vista disso, a impossibilidade de apreensão e de controle dessas razões revela ainda somente um dos problemas que decorrem da apropriação da liberdade pelos representantes do Poder Judiciário. É preciso registrar, pois, que a *injustiça epistêmica* (que será explicada mais adiante) e a deturpação de normas constitucionais e infraconstitucionais também são consequências desta leitura

³⁶⁹ STRECK, L. O novo Código de Processo Civil (CPC) e as inovações hermenêuticas: o fim do livre convencimento e a adoção do integracionismo dworkiniano. **Revista de Informação Legislativa**, v. 52, n. 206, 2015, p. 48.

³⁷⁰ Neste sentido, um ponto nevrálgico da legislação penal é o chamado direito penal simbólico. Esse termo é usado para caracterizar dispositivos penais que não geram efeitos protetivos concretos, mas que devem servir à manutenção de grupos políticos ou ideológicos através da declaração de determinados valores ou o repúdio a atitudes consideradas lesivas. Dá-se a impressão de que está sendo feito algo para combater ações e situações indesejadas (ROXIN, C. **Estudos de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 47).

³⁷¹ Por exemplo, pela grande mídia.

que os magistrados têm realizado do artigo 155 do Código de Processo Penal. Ambas irão afetar, naturalmente, a qualidade da fundamentação.

No coração dessa injustiça epistêmica está a hiper ou a subvalorização da capacidade de algum sujeito, simplesmente por ser quem é, de apreender e relatar sua experiência pessoal. Para não restar dúvida desse fenômeno, Ribeiro Dantas esclarece que:

Uma coisa é reconhecer vieses cognitivos e riscos objetivamente constatáveis em determinados tipos de relatos, capazes de impactar de forma relevante sua credibilidade, o que não é injusto e é inclusive um imperativo de racionalidade na administração da justiça. Outra, completamente diferente, e nisso reside a injustiça epistêmica, é atribuir *pontos de partida* (ou presunções) distintos a partir de critérios irracionais e essencialmente subjetivos³⁷².

É o que acontece (ou o que tem acontecido), à guisa de exemplo, quando da avaliação dos depoimentos dos agentes de polícia. Nesses casos, o ministro sinaliza oportunamente que o testemunho incriminador de um policial tem sido valorado positivamente, ainda que, *objetivamente*, tenha pelo menos um viés, muitas vezes um interesse e, em menor quantidade de oportunidades, pode ser motivado por pura e simples corrupção. É necessário observar, portanto, que ao invés de buscar o valor destes depoimentos em dados objetivos (e/ou científicos), opta-se por contrariar a realidade³⁷³ e *presumir* arbitrariamente que estas declarações são (sempre) verdadeiras. Não causa surpresa, assim, que os juízes, em sua maioria, acabam fundamentando suas decisões na fé pública de que gozariam estes agentes de polícia.

Novamente, a ausência de parâmetros objetivos (limites) e de qualquer norma regulamentadora permite essa operação. Afora isso, para além de desconsiderar a realidade, cabe ainda sinalizar que a presunção de veracidade destes depoimentos acaba por ferir duramente a presunção de inocência e, sobretudo, o artigo 156 do Código de Processo Penal, que trata da distribuição do ônus da prova.

³⁷² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial n. 1.936.393/RJ...

³⁷³ Ribeiro Dantas, nesse ponto, entende que esse modo de proceder desconsidera os vieses próprios da atividade de policiamento, a existência de um sistema que não somente estimula, mas verdadeiramente exige a realização de prisões, legítimas ou não e, ainda, o fato de que os policiais não deixariam de validar suas condutas, tornando, assim, ínfima qualquer possibilidade de absolvição e, ainda, que os policiais trabalham com metas de produtividade, sendo a prisão o principal critério (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial n. 1.936.393/RJ...**).

A respeito da fundamentação da decisão, essa presunção passa a definir, inclusive, a qualidade dos argumentos. Assim, Ribeiro Dantas identifica que as sentenças passam a ostentar discursos como ‘*o policial não teria motivos para incriminar falsamente o réu*’, ‘*o policial sequer conhecia o réu*’, ‘*não é crível que a polícia saísse para dedicar a prender inocentes*’. São argumentos que, seguramente, exigem do acusado o cumprimento de um dever indevido (o ônus de prova), não podem ser refutados (já que a aferição do interesse do agente de polícia é um dado eminentemente subjetivo) e, ainda, afastam toda e qualquer possibilidade de controle do raciocínio judicial (não passam por critérios objetivamente justificáveis, mas, sim, pela convicção íntima do julgador).

Naturalmente, essas questões não encerram os problemas que tangenciam o cumprimento do dever de fundamentação das decisões. Longe disso. Ainda assim, conseguem evidenciar que a liberdade concedida *textualmente* pelo legislador é absolutamente *incompatível* com as missões institucionais que o magistrado deve assumir – sobretudo quando mal utilizada. Nota-se, pois, que o representante do Poder Judiciário deve(ria) considerar objetivamente o seu entorno para, da mesma forma, admitir, selecionar e valorar as provas apresentadas pelas partes, mas, em verdade, tem desconsiderado e, ainda, contrariado essa realidade. Esse formato de fundamentação (como produto obrigatório dessa apropriação) não só impede o controle, já que não perpassa por razões intersubjetivamente sustentáveis, como, também, escancara a *parcialidade* – que se mostra, ainda, inquestionável - de muitos julgadores.

Deste modo, é preciso registrar, muitos magistrados seguem desconstruindo aquilo que deveriam estar construindo. Isso porque uma sentença criminal que, ao fim e ao cabo, ostenta essa estrutura argumentativa, não está só se distanciando das exigências dos princípios do Estado de Direito (possibilidade de controle), democrático (participação efetiva das partes) e republicano (magistrado como um agente transformador de uma realidade), como está, e muito, contribuindo para a *desconstrução* da sociedade. Oportunamente, faz-se necessário sinalizar que essas sentenças têm adotado o (pré)conceito como uma das suas *matérias-primas*. Neste sentido, Fricker explica que:

A injustiça testemunhal ocorre quando o *preconceito* leva um ouvinte a conferir um nível de credibilidade menor às palavras daquele que está falando. A injustiça hermenêutica ocorre em um momento anterior, quando

um *gap* de recursos interpretativos coletivos coloca uma pessoa em uma desvantagem quando se trata de dar sentido às suas experiências sociais. Um exemplo da primeira: quando um policial não acredita na pessoa porque ela é negra. Um exemplo da segunda seria o da pessoa sofrer assédio sexual em uma cultura que ainda não tem discutido criticamente esse conceito. É possível afirmar que a injustiça testemunhal é provocada pelo preconceito na economia da credibilidade e que a injustiça hermenêutica é causada pelo preconceito estrutural na economia dos recursos hermenêuticos coletivos (tradução nossa)³⁷⁴.

Muitos magistrados aparentam frustrar, portanto, as expectativas de todos aqueles que veem nestes operadores do direito potenciais agentes de transformação (mudança) social. Ainda assim, é possível compreender, sim, que a concessão da liberdade de apreciação das provas, se e quando bem empregada, não impediria uma postura adequada à Constituição. Contudo, a apropriação dessa liberdade tem se mostrado distante de todas as atribuições do Poder Judiciário (especialmente as que tocam o dever de fundamentação das decisões como norma constitucional). Assim, Ribeiro Dantas, tratando da atividade de seus pares, confidencia:

É como se simplesmente não houvesse o vocábulo *inocência*. Nele proliferam, ao contrário, expressões que sanitizam uma realidade por todos conhecida e conferem ares de legitimidade a atuações policiais quiçá pouco republicanas, como "atitude suspeita", "denúncia anônima" e "confissão informal". Não surpreende, daí, que a possibilidade de absolvição do réu acusado por um ou dois policiais nem atravesse a motivação das sentenças³⁷⁵.

Por último, um mergulho na rotina forense revela ainda que muitos magistrados também têm (ab)usado (d)as chamadas máximas de experiências³⁷⁶, sendo essas, explica Stein, definições ou juízos hipotéticos de conteúdo geral *desligados* dos fatos concretos que são julgados no processo, precedentes da experiência, mas *independentes* dos casos particulares de cuja observação foram

³⁷⁴ Testimonial injustice occurs when prejudice causes a hearer to give a deflated level of credibility to a speaker's word; hermeneutical injustice occurs at a prior stage, when a gap in collective interpretive resources puts someone at an unfair disadvantage when it comes to making sense of their social experiences. An example of the first might be that the police do not believe you because you are black; an example of the second might be that you suffer sexual harassment in a culture that still lacks that critical concept. We might say that testimonial injustice is caused by prejudice in the economy of credibility; and that hermeneutical injustice is caused by structural prejudice in the economy of collective hermeneutical resources (FRICKER, M. **Epistemic Injustice: Power and the Ethics of Knowing**. New York: Oxford University Press, 2007. p. 1).

³⁷⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial n. 1.936.393/RJ** [...]

³⁷⁶ Isso ficou ainda mais patente durante o Estágio de Imersão realizado durante o Programa de Mestrado.

induzidos e que, por cima desses casos, pretendem ter validade para outros novos³⁷⁷. Respondem, pois, segundo Perfecto Ibañez, a um esquema de *indução generalizadora*, de generalizações empíricas e assim, como consequência, produzem um conhecimento (*apenas*) provável. Neste sentido, então, o grande problema dessas máximas, como técnica de argumentação, reside no fato de atribuírem ao conhecimento judicial do dado empírico uma qualidade de certeza (dedutiva) que não possuem, em absoluto. E não a tem porque a lei em que se traduz essa máxima *não* é uma lei *de forma universal*, senão o fruto da constatação de certa regularidade na forma de produzirem-se determinados fenômenos ou comportamentos³⁷⁸.

Hempel, sobre o tema, demonstra didaticamente o porquê essas máximas de experiências *não* conseguem suprir a necessidade de o magistrado apresentar argumentos intersubjetivamente verificáveis e controláveis e, muito menos, provas capazes de superar a presunção de inocência do acusado (e, assim, evidenciar que o acusador deu conta do ônus probatório). Em um primeiro momento, o filósofo alemão fala das *leis de forma universal* e, na sequência, das *explicações probabilísticas*:

Las leyes invocadas en las explicaciones nomológico-deductivas tienen la forma básica siguiente: en todos los casos que están dadas unas condiciones de tipo F, se dan también las condiciones de tipo G [...] porque en las inferencias deductivas que parten de premisas verdaderas, la conclusión es invariablemente verdadera, mientras que en nuestro ejemplo (de explicaciones probabilísticas) está claro que es posible que los enunciados *explanantes* (premisa) sean verdaderos y el enunciado *explanandum* (conclusión), sin embargo, falso³⁷⁹.

Em suma, o recurso às máximas de experiência tem permitido que o magistrado ateste *indevidamente* (à vista de um plano objetivo) a ocorrência de um evento – que, muitas vezes, se aproxima, mais ou menos, do próprio fato delitivo que está sendo apurado. Ademais, como adiantado, essa conclusão se mostra, não raras vezes, insusceptível de revisão, justamente por partir de um raciocínio que se perfaz, *unicamente*, no íntimo do julgador. É dizer, também, que a migração da probabilidade para a certeza acontece (discricionariamente) apenas subjetivamente – porque,

³⁷⁷ STEIN, F. **El conocimiento privado del juez**. Bogotá: Editorial Temis, 1988. p. 27.

³⁷⁸ IBAÑEZ, 2006, p. 101.

³⁷⁹ HEMPEL, C. G. **Filosofía de la Ciencia Natural**. Spain: Alianza Editorial, 2003, p. 87, 92.

objetivamente, a máxima pode indicar, somente, uma simples (e insuficiente) probabilidade (um evento apenas provável).

À vista disso, Ibañez defende que mesmo essa produção de conhecimento provável não priva(ria) a máxima de valor na experiência processual. Ao contrário, permitiria atribuir-lhe o que *realmente* pode corresponder-lhe. Ainda assim, alerta que nem todas as máximas estarão dotadas da mesma *eficácia explicativa* no momento de dar o salto de um fato probatório a outro que possa considerar-se provado. Portanto, enquanto algumas delas goza(ria)m de um alto grau de elaboração e reconhecimento, outras tantas são fruto de um reduzido número de dados empíricos, o que exigirá, nestes casos, provas inclusive dessas máximas³⁸⁰. O magistrado, ao recorrer às máximas de experiência, não pode perder de vista que estas tratam essencialmente de probabilidade, isto é, da certeza da incerteza. Deveria ser exigida, desta forma, uma preocupação maior para com a explicação de todas escolhas feitas e, naturalmente, das conclusões alcançadas, isto é, para com a comunicação dos critérios idôneos considerados na decisão.

Apesar disso, a liberdade concedida pelo artigo 155 do Código de Processo Penal, novamente, ao tempo que não previu nenhuma regra objetiva a ser observada pelo magistrado³⁸¹, tem permitido que recursos como estes sejam utilizados, impedindo, assim, que a fundamentação cumpra seu papel constitucional e, ainda, que seja utilizada como instrumento de poder.

³⁸⁰ IBAÑEZ, 2006, p. 102.

³⁸¹ Quando enunciado que falta a previsão de critérios objetivos a serem seguidos pelo magistrado, não se quis afirmar que o CPP não trata de normas que orientam, em alguma medida, o ato de decisão. Reconhece-se, sim, que existem regras que apresentam algumas diretrizes neste sentido, especialmente a respeito da valoração (suficiência) de prova. Contudo, no geral, não há regras de caráter procedimental que permita que a fundamentação seja compreendida e controlada, isto é, que permita compreender se esse procedimento foi observado.

CAPÍTULO 4

FAZENDO JUSTIÇA E FUNDAMENTANDO SENTENÇAS CRIMINAIS EM SOCIEDADES INJUSTAS E DESIGUAIS – DESAFIOS E LIMITES ÉTICOS DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES

4.1 O QUE PODEMOS APRENDER COM O PROTOCOLO PARA JULGAMENTO COM PERSPECTIVA DE GÊNERO

Em 2021, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) apresentou a todos os operadores do Direito o Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero³⁸². Esse documento buscou – e ainda busca – oferecer especialmente aos magistrados um guia para que os seus julgamentos possam ser aqueles que realizem o direito à igualdade e à não discriminação de todas as pessoas, de modo que o exercício da função jurisdicional se dê de forma a concretizar um papel de não repetição de estereótipos, de não perpetuação de diferenças, constituindo-se um espaço de rompimento com culturas de discriminação e de preconceitos³⁸³.

Não só, esse Protocolo pode – e precisa, na verdade - ser considerado fruto do amadurecimento institucional do Poder Judiciário, que passou a reconhecer cada vez mais a influência que as desigualdades históricas, sociais, culturais e políticas a que estão submetidas as mulheres ao longo da história exercem na produção e aplicação do Direito e, a partir disso, identificar a necessidade de se criar uma cultura jurídica emancipatória e de reconhecimento de direitos de todas as mulheres³⁸⁴.

Além disso, mais do que se atentar às desigualdades que, infelizmente, ainda qualificam a sociedade brasileira, este Protocolo do CNJ sucedeu, naturalmente, a preocupação para com os objetivos previstos na Constituição de 1988. Não por outra razão esse documento sinalizou *expressamente* que a sua construção é um passo (mais que) importante para que as promessas de igualdade e dignidade se tornem

³⁸² O Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero foi elaborado por grupo de trabalho instituído pela Portaria do Conselho Nacional de Justiça n. 27, de 2 de setembro de 2021, que considerou ainda, como referência, o Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género do Estado do México (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça – CNJ; Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM, 2021).

³⁸³ BRASIL, 2021, p. 7.

³⁸⁴ *Ibid.*, p. 8.

concretas e, igualmente, para que possamos, em um futuro, vislumbrar uma sociedade mais livre, justa e solidária³⁸⁵.

O passo a passo fornecido aos magistrados pelo Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero representa, necessário logo sublinhar, um método *interpretativo-dogmático*. Consiste em interpretar o Direito de maneira não abstrata, atenta a realidade, buscando identificar e dismantelar as mencionadas desigualdades estruturais. Desta maneira, tem se mostrado um meio eficaz para a produção de resultados judiciais substancialmente mais aderentes à previsão de igualdade substantiva prevista na Constituição e nos tratados internacionais dos quais o Brasil é parte em matéria de direitos humanos³⁸⁶. Portanto, quando bem utilizado, tem o condão de garantir, seguramente, uma atuação jurisdicional mais transparente, legítima, fundamentada e respeitosa às partes envolvidas.

Esse guia se perfaz em sete etapas, que serão a seguir apresentadas.

A primeira delas trata da '*primeira aproximação com o processo*'. Nesse momento inicial, faz-se necessário identificar o *contexto* no qual o conflito está inserido, isto é, questionar se as assimetrias de gênero, sempre em perspectiva *interseccional*, estão presentes no problema apresentado. O Protocolo detalha, inclusive, as preocupações que o magistrado deve ter. Recomenda-se, por exemplo, que o magistrado questione se é possível que as desigualdades tenham algum papel relevante na controvérsia em questão (o que justifica, pois, a exigência de um olhar atento ao contexto)³⁸⁷.

A segunda etapa se preocupa com a '*aproximação dos sujeitos processuais*'. Sugere-se que o julgador esteja atento às desigualdades estruturais que possam afetar a participação dos sujeitos em um processo judicial. A questão-chave, aqui, será a existência (ou a inexistência) de circunstâncias especiais que precisarão ser observadas para que a justiça possa ser um espaço igualitário para as mulheres³⁸⁸. Neste caso, o Protocolo indica que a comunicação direcionada às partes, oral ou escrita, deverá observar a clareza necessária para que possam compreender os comandos sem quaisquer equívocos, ou seja, indica que o vocabulário não poderá ser obstáculo para a compreensão dos atos do processo³⁸⁹.

³⁸⁵ BRASIL, 2021, p. 14.

³⁸⁶ *Ibid.*, p. 43.

³⁸⁷ *Ibid.*, p. 44 e 45.

³⁸⁸ *Ibid.*, p. 45.

³⁸⁹ *Ibid.*, p. 46.

O terceiro passo a ser tomado pelo magistrado perpassa pela consideração das *‘medidas especiais de proteção’*. Identificada a demanda como imersa na temática de gênero, cabe(rá) ao julgador, então, refletir sobre a necessidade destas medidas e, sobretudo, sobre o significado da proteção à vista – sempre - do caso concreto³⁹⁰.

A quarta etapa trata da *“instrução processual”*. O julgador atento ao gênero, explica o Protocolo, é aquele que consegue perceber as dinâmicas que são fruto e reprodutoras de desigualdades estruturais presentes na instrução e, ainda, dá conta de barrá-las³⁹¹. O gênero, aqui, deverá ser utilizado como *lente* para a leitura (interpretação) de *todos* os acontecimentos. O papel dos magistrados é, portanto, o de circunscrever quesitos que tracem as motivações decorrentes dos processos interseccionais de opressão, como raça e orientação sexual³⁹². Preocupa-se com a reprodução de violências institucionais (de gênero) e com a manutenção de um ambiente propício à produção de provas com qualidade. Neste ponto, aliás, o Protocolo reconhece que (mesmo) as ciências também podem ser demasiadamente *enviesadas* (exatamente como é o Direito). Neste sentido, então, são sugeridas para este momento as seguintes questões (a serem feitas pelo magistrado):

As perguntas estão reproduzindo estereótipos de gênero? Estão desqualificando a palavra da depoente de alguma maneira? Estão causando algum tipo de revitimização? O ambiente proporciona algum impedimento para que a depoente se manifeste sem constrangimento e em situação de conforto? A depoente está sofrendo algum tipo de interrupção ou pressão que impeça desenvolver seu raciocínio? Laudos de caráter técnico-científico ou social podem estar impregnados de estereótipos, dando excessiva importância para pontos que só importam por conta de desigualdades estruturais ou então deixando de fora questões que só são percebidas quando há menção e dinâmicas de desigualdades estruturais?³⁹³

O passo seguinte consagra a *“valoração das provas e a identificação dos fatos”* ou, em outras palavras, a qualidade epistêmica e a (in)suficiência da prova. Assim, o Protocolo estabelece que o magistrado deverá investigar se uma prova geralmente considerada relevante poderia ter sido produzida, se uma prova está (ou não) imbuída de estereótipo de gênero, se ideias pré-concebidas estão servindo para

³⁹⁰ BRASIL, 2021, p. 46 e 47.

³⁹¹ *Ibid.*, p. 47.

³⁹² *Ibid.*, p. 47.

³⁹³ *Ibid.*, p. 46 e 47.

mensurar o peso de uma prova, se algum fato está sendo indevidamente minimizado e se as dinâmicas de desigualdades estruturais estão sendo ignoradas³⁹⁴.

Além disso, como sexta etapa, o documento do CNJ prevê a '*identificação do marco normativo e dos precedentes aplicáveis*'. A este respeito, extrai-se do Protocolo que:

Diante do paradigma contemporâneo do Estado constitucional, da abertura dos Estados ao direito internacional dos *direitos humanos*, da premente necessidade de entrelaçamento entre as ordens normativas nacional e internacional, os juízes e as juízas nacionais tornaram-se os principais protetores dos direitos humanos e têm no controle de convencionalidade a ferramenta necessária para enfrentar o desafio de garantir a primazia da dignidade humana e o império do sistema normativo de proteção dos direitos humanos. O Poder Judiciário, portanto, assume relevante e decisivo papel na garantia do respeito, proteção e promoção dos direitos humanos³⁹⁵.

O último passo do Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero vincula textualmente o magistrado a uma determinada '*interpretação e aplicação do Direito*'. Consta, pois, que o julgador deve considerar que conceitos, valores e princípios são, muitas vezes, definidos a partir de perspectivas daqueles que detém o poder e, por serem alheios ao contexto no qual vivem as pessoas usualmente subordinadas, acabam as excluindo de sua proteção ou perpetuando subordinações. Por isso, julgar com perspectiva de gênero significa, aqui, estar atento a como o (nosso) Direito pode se passar por neutro e, *na verdade*, perpetuar subordinações. Assim, a interpretação desejada perpassa, nos termos do Protocolo, pela neutralização dessas desigualdades³⁹⁶.

Neste sentido, então, integrará essa etapa final a análise de como a própria lei pode estar impregnada com estereótipos, de como uma norma pode ter um efeito diretamente desigual (discriminar pessoas diretamente) e, também, de como uma norma aparentemente neutra pode ter um impacto negativo (e desproporcional) em determinado grupo³⁹⁷. Em todas essas situações, o magistrado deverá adotar a opção interpretativa que possa eliminar o tratamento desigual e/ou discriminatório e que proteja, assim, o direito das partes. Em suma, em todas essas situações, o magistrado deverá ter como *lente* de análise e guia interpretativo a ideia de *igualdade substantiva*,

³⁹⁴ BRASIL, 2021, p. 49.

³⁹⁵ *Ibid.*, p. 58.

³⁹⁶ *Ibid.*, p. 51 e 52.

³⁹⁷ *Ibid.*, p. 52-54.

isto é, reconhecer a existência de desigualdades estruturais, fruto de assimetrias de poder e buscar, por fim, um resultado que as desinvisibilize e neutralize³⁹⁸.

Percebe-se, logo, que essa lente de gênero é – ou, certamente, deve ser – inclusiva. O Protocolo, pois, ainda que tenha tornado seus olhares textual e notadamente para a situação da mulher, *não* deixou de fora tantas outras pessoas. Em outras palavras, a preocupação deste documento para com a promoção da igualdade substantiva permite integrar outras tantas situações que, ao fim e ao cabo, revelam o mesmo desequilíbrio relacional³⁹⁹. Não por outra razão este enfoque *de gênero* na administração da justiça trata-se de um instrumento metodológico para a construção de modelos de atividades jurisdicional comprometido com a eliminação da relação de subordinação e desigualdades motivadas por razões de sexo e/ou gênero ou por outras categorias interseccionais, como raça/etnia, classe social ou origem territorial⁴⁰⁰.

Neste mesmo sentido, Severi, compartilhando e aderindo ao posicionamento de Martha Minow e de Alda Facio, esclarece:

O direito não é um espaço fechado e todo coerente de dominação patriarcal ou que represente, uniformemente, somente os valores e interesses do gênero masculino. A relação entre direito e ordem social patriarcal é mais complexa e atravessada por *outros eixos de dominação* como o racismo e a exploração de classes. Ela também é variável: há fissuras e ambiguidades que podem ser exploradas para se pensar transformações sociais contra as opressões e desigualdades⁴⁰¹.

A sociedade brasileira, é dizer, então, está apoiada não apenas em estereótipos de gênero. Sendo características de personalidade ou físicas, comportamentos, papéis, ocupações e presunções, outras tantas pessoas (além das mulheres) são também *marcadas* por uma ou por outra característica que possuem. Estes estereótipos, no mais, estão sabidamente vinculados a uma diferença, assim qualificada por uma parcela (pequena) da comunidade. O Direito, ainda, entendido

³⁹⁸ BRASIL, 2021, p. 51.

³⁹⁹ A própria teoria feminista do direito não se está a falar de uma grande teoria explicativa ou de uma metanarrativa feminista sobre o direito, mas, sim, de um pensamento crítico sobre as epistemologias jurídicas e os fundamentos filosóficos que embasaram o pensamento jurídico ocidental na modernidade e cujos reflexos são visíveis (CAMPOS, C. H. Razão e sensibilidade: Teoria Feminista do Direito e Lei Maria da Penha. In: CAMPOS, C. H (org.). **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 1.

⁴⁰⁰ SEVERI, F. C. Justiça em uma perspectiva de gênero: elementos teóricos, normativos e metodológicos. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 3, n. 3, p. 574-601, 2016. p. 576.

⁴⁰¹ *Ibid.*, p. 577.

como uma prática social, tem contribuído, historicamente, com a naturalização destes estereótipos ao aceitá-los acriticamente ou, também, ao tomá-los como *referência* na construção, por exemplo, das decisões judiciais⁴⁰².

Severi, no mais, ainda deixa claro que esquecemos (ou não percebemos) que essa diferença (que é atribuída compulsoriamente a diversos grupos) *nunca* é decorrente de uma característica intrínseca à pessoa, mas, sim, dos arranjos institucionais que definem a realidade e naturalizam as diferenças. É, portanto, relacional, isto é, para tratar de uma pessoa como diferente é preciso, sempre, haver um parâmetro de normalidade⁴⁰³. Convém, aqui, recorrer prontamente ao entendimento de Bartlett, que assinala, com precisão, que, inclusive, tratar a mulher como uma categoria analítica *una* pode(ria), igualmente, acarretar vários perigos, dentre eles, tornar obscuras – e até negar – diferenças importantes entre as próprias feministas, especialmente no tocante à raça, classe e orientação sexual⁴⁰⁴.

O enfoque de gênero busca, assim, como assinalado, apresentar novos contornos jurídico-dogmáticos ao direito à igualdade e, muito, questionar o paradigma da (suposta) neutralidade metodológica do Direito⁴⁰⁵. Assim, aparece logo como desafio (*urgente*) aos magistrados o reconhecimento de que nossa perspectiva é e será sempre parcial e, mais que isso, que o *status quo* não é inevitável. Minow, aliás, explica que a possibilidade de os tomadores de decisão supor que o mundo coincide com os seus próprios pontos de vista é *justamente* um dos seus privilégios de classe social, de raça, de etnia, de gênero, sexualidade ou de nacionalidade - assim como é a possibilidade de poder perguntar (inquirir) e ouvir respostas *sem* precisar se questionar a si próprio⁴⁰⁶.

⁴⁰² SEVERI, 2016, p. 575.

⁴⁰³ *Ibid.*, p. 589.

⁴⁰⁴ BARTLETT, K. Métodos jurídicos feministas. In: SEVERI, F.; CASTILHO, E. W. V.; MATOS, M. (org.). **Tecendo fios das Críticas feministas ao Direito no Brasil II: Direitos humanos das mulheres e violências**. Ribeirão Preto: FDRP/USP, 2020. p. 248.

⁴⁰⁵ Como o compromisso com a neutralidade é o que anima o raciocínio da maioria dos juízes, a influência do seu ponto de vista para a atribuição de diferença é desconsiderada. Todas as outras perspectivas, se não forem idênticas à do próprio observador, são irrelevantes. Isso é algo tão profundo na cultura jurídica que é difícil para os juízes e juízas reconhecerem que a perspectiva que adotam não é universal ou superior a outras, mas apenas uma perspectiva. Meios (considerados) neutros não produzem resultados neutros, dado que as práticas históricas e os arranjos sociais não são neutros. Mas é possível desenvolver melhores habilidades para nomear e compreender perspectivas concorrentes e realizar escolhas. E os esforços nesse sentido são fundamentais para o desafio de se realizar justiça, especialmente quando estamos lidando com grupos/pessoas vítimas de algum tipo de discriminação (SEVERI, 2016, p. 590).

⁴⁰⁶ MINOW, M. **Making all the difference. Inclusion, exclusion, and American Law**. New York: Cornell University, 1990. p. 32.

Defende Severi, neste sentido, que a possibilidade de realização de justiça depende(rá), então, da superação dessa nossa indiferença em relação à(s) diferença(s) e da abertura que realizamos para a concorrência entre várias realidades além daquelas que nos governa⁴⁰⁷.

Assim, cabe sublinhar que os questionamentos formulados no Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero tratam, ao fim e ao cabo, sobre *exclusão*. Bartlett, oportunamente, explica que mesmo as feministas chegaram a observar que qualquer análise que empregasse a categoria geral ‘mulher’ seria em si mesma excludente, porque trataria dos interesses e das experiências de um *grupo particular* de mulheres – a saber, das brancas e outras privilegiadas – como se fossem válidos para todas as mulheres, isto é, como se fossem universais⁴⁰⁸. Assim, apoiada em Spelman, entendeu que se faz necessário um ajuste fino do feminismo para abarcar exatamente a amplitude e a especificidade das *opressões* realmente vividas por mulheres diferentes — e até mesmo por alguns homens⁴⁰⁹.

Se, então, a pergunta pela mulher⁴¹⁰ tem o condão de dar a um maior número de fatos o estatuto de *relevantes* ou *essenciais* para a resolução de uma ação judicial, o mesmo também deverá acontecer com a *pergunta pelo homem* diferenciado (e, não raras vezes, marginalizado) pela sua raça, etnia, posição social etc. Isso porque a racionalidade feminista busca reconhecer uma maior diversidade nas experiências humanas e o valor que existe em se considerarem alegações concorrentes ou inconsistentes.

Não por outra razão Severi menciona que Minow convida os juízes e juízas a tomarem os seus respectivos processos como autênticas oportunidades para lidarem com pontos de vista contrastantes sobre a realidade e reescreverem os significados sobre a diferença em um mundo que tratou de apenas alguns pontos de vista como

⁴⁰⁷ SEVERI, 2016, p. 591-592.

⁴⁰⁸ BARTLETT, 2020, p. 261.

⁴⁰⁹ *Ibid.*, p. 261.

⁴¹⁰ O método que se utiliza da “pergunta pela mulher” destina-se a expor como a substância da lei pode, silenciosamente e sem justificativa, fazer submergir as perspectivas das mulheres e de outros grupos excluídos [...] formular a pergunta pela mulher é indagar acerca das implicações de gênero ligadas a determinada prática ou norma social: as mulheres foram preteridas? Se assim o for, de que maneira? [...] como essa omissão pode ser corrigida? Que diferença faria incluir as mulheres? Formular a questão pela mulher não significa exigir que a decisão seja favorável a uma mulher, mas requer que o tomador de decisão avalie se há viés de gênero na norma e chegue a uma decisão que seja defensável tendo-se em vista esse viés. Demanda, em outras palavras, atenção especial a um conjunto de interesses e preocupações que, de outro modo, poderia ser negligenciado, o que realmente aconteceu em termos históricos (BARTLETT, 2020, p. 251-252).

sendo legítimos⁴¹¹. Essa proposta, em suma, envolve análise das diferenças a partir do contexto real das relações, sobretudo de opressão, em que elas são construídas⁴¹².

Desta maneira, sintetiza Bartlett: devem ficar em evidência questões mais gerais e abrangentes, que vão além do preconceito de gênero (outras bases de exclusão), como, por exemplo, (i) quais são as suposições feitas pelo Direito (ou por uma prática ou análise) sobre os indivíduos afetados por ele, (ii) que pontos de vista essas suposições refletem e a quem eles pertencem, (iii) quais interesses invisíveis ou periféricos e de quem são tais interesses e (iv) como as perspectivas excluídas podem ser identificadas e consideradas⁴¹³.

Em termos de decisão judicial, esses novos questionamentos – atentos, sempre, às diferenças e ao contexto – qualificam e passam a conduzir o processo de interpretação dos fatos e da realidade em que as partes estão inseridas⁴¹⁴ e, também, começam a formatar um (novo) discurso dos tomadores de decisão. Trata-se, aliás, de um processo legítimo de significação destes acontecimentos, já que ocorre(rá) em condições notadamente democráticas (isto é, envolverá concretamente os principais interessados e afetados no provimento)⁴¹⁵.

Convém ainda esclarecer, neste cenário, que a consideração das demandas particulares das partes, desprovida de todo e qualquer julgamento prévio, não significa exigir que a decisão deverá ser necessariamente favorável a uma mulher (ou a qualquer pessoa que se encontre em similar situação), mas, sim, que o tomador da decisão deverá avaliar se há ou não viés de gênero na norma em questão e, assim, chegar a uma decisão que seja *defensável* tendo em vista justamente esse viés. Em

⁴¹¹ SEVERI, 2016, p. 591.

⁴¹² Ao considerar tal contexto, é possível reconhecer diferentes efeitos para a categorização das pessoas como diferentes: pode ser uma oportunidade para privilégios e oportunidades especiais, ou fonte de estigma capaz de colocar a responsabilidade pela diferença e seus efeitos no próprio sujeito diferente. Caberá às pessoas responsáveis pelo fazer jurisdicional o papel de explicitar tais efeitos e negociar, permanentemente, os limites das relações em que as diferenças são construídas (SEVERI, 2016, p. 591)

⁴¹³ BARTLETT, 2020, p. 263.

⁴¹⁴ Importa registrar que, com base em estereótipos é que as mulheres, frequentemente, são retratadas como uma espécie de 'categoria suspeita' por parte das autoridades públicas: as crenças de que as mulheres exageram nos relatos sobre violência ou mentem, de que utilizam o direito por motivo de vingança ou para obter vantagem indevida, de que são corresponsáveis pelos crimes sexuais em razão de vestimenta ou conduta inadequada, por exemplo, são, muitas vezes, levadas em consideração em maior medida do que os princípios constitucionais como isonomia, boa-fé, devido processo legal, ampla defesa na análise das provas processuais e na elaboração da decisão (SEVERI, 2016, p. 575).

⁴¹⁵ É essa significação, inclusive, que precisará ser apreendida pelo julgador, que só será possível quando este se despir de todo e qualquer (pre)conceito (alusão, aqui, ao que Streck fala a respeito da interpretação e compreensão).

outras palavras, demanda(rá) atenção especial a um conjunto de interesses e preocupações que, de outro modo, poderia ser negligenciado – o que realmente tem acontecido, conforme conta nossa história⁴¹⁶. O enfoque de gênero integra à fundamentação desta decisão, portanto, mais um elemento de justificação. Passa a ser uma pauta obrigatória da fundamentação.

Bartlett, nesta mesma linha, esclarece ainda que pesquisadoras feministas têm percebido que normas e procedimentos considerados neutros muitas vezes são os que apresentam a propensão de camuflar os posicionamentos ideológicos do julgador. Desta maneira, reforça a importância de modelos de raciocínio que dão conta de enfrentar e *expor* justamente estes elementos políticos e morais ocultos e instaurar o debate sobre eles⁴¹⁷. Assim, sintetiza: “ao forçar a *exteriorização* e a compreensão desses elementos, o raciocínio feminista exige, por consequência, a *justificação* de resultados com base nos interesses que realmente estão em jogo”⁴¹⁸.

À vista disso tudo, não podem passar despercebidos alguns resultados de pesquisas que buscaram investigar as narrativas judiciais em demandas relacionadas à violência de gênero. Freitas e Pinheiro, por exemplo, ao analisarem acórdãos do Superior Tribunal de Justiça sobre a Lei Maria da Penha⁴¹⁹, perceberam que narrativas de episódios de agressão não representaram necessariamente as condições reais em que as violências realmente aconteceram. Os dados experienciais, continuam, acabaram sendo transportados para uma *realidade conceitual*, onde, aí sim, puderam ser manejados com uma suposta e pretensa neutralidade⁴²⁰. A consequência desta dinâmica observada foi que, nos diferentes acórdãos, embora não chegue a homogeneizar os enredos, promoveu-se uma *generalização* das situações tratadas e dos sujeitos envolvidos⁴²¹.

Freitas, em outro momento, analisa mais uma decisão do STJ sobre a Lei Maria da Penha⁴²² e, ao final, constata que a mulher, embora principal interessada, não foi mencionada diretamente. Nota, ainda, que esquemas padrão de

⁴¹⁶ BARTLETT, 2020, p. 263.

⁴¹⁷ *Ibid.*, p. 276.

⁴¹⁸ *Ibid.*, p. 276-277.

⁴¹⁹ Essa pesquisa objetivou analisar acórdãos do STJ abrangidos pela Lei Maria da Penha durante a sua primeira década de aplicação

⁴²⁰ FREITAS, L; PINHEIRO, V. Narrativas de violência de gênero em acórdãos do STJ sobre Lei Maria da Penha. **Revista Linguagem e Direito**, v.4, n.2, p. 36-49, 2017. p. 40.

⁴²¹ *Ibid.*, p. 42.

⁴²² Nessa oportunidade, Freitas buscou analisar como a Justiça brasileira constrói argumentos relativos à violência contra as mulheres em um órgão público notório como o STJ.

argumentação (os *topoi*) - que representam o raciocínio do senso comum típico para questões específicas – acabaram por prevalecer sobre as preocupações concretas da (principal) interessada no processo. Desta maneira, sintetizou que os tomadores de decisão optaram por argumentos gerais (por)que serviam, sobremaneira, para facilitar a aceitabilidade da escolha dos operadores do Direito⁴²³. Como revés necessário, Freitas identificou que este discurso judicial não se alinhou ao movimento feminista justamente ao tempo que lança mão de uma linguagem com traços tradicionalistas, ajustada à cultura jurídica⁴²⁴ – e não às demandas particulares que o caso exigia.

Em mais uma pesquisa, Freitas observou que o juiz, ao decidir sobre (e, também, pelo) o cabimento da suspensão condicional do processo em um caso de violência doméstica, trouxe à cena uma série de atores sociais como argumento de autoridade ao seu texto, recurso esse linguisticamente funcional, já que, explicou, agiram como elementos de gradação valorativa que elevaram positivamente o status social e profissional destes atores (e, logo, dos seus posicionamentos)⁴²⁵. O custo disso, complementou a pesquisadora, foi o que chamou de desaparecimento dos protagonistas, como da mulher e de seu filho, que sumiram completamente da decisão.

Além disso, identificou que o tomador da decisão desconsiderou arbitrariamente os argumentos contrários ao seu entendimento (do promotor) e, não só, recorreu ainda à enunciados de súmulas para confirmar seu próprio entendimento⁴²⁶ (aqui há clara referência ao império das jurisprudências, tratado por Streck). Destacou, então, que o juiz rejeitou outras vozes constituintes da ordem discursiva. Não por outra razão concluiu que:

O trabalho de apagamento e realce que esse discurso promove busca dar a ele eficácia simbólica, ignorando sua arbitrariedade e a interpenetração de conteúdos políticos e ideológicos que no fundo determinam suas decisões [...] a eficiência jurídica ou a justiça social são menos privilegiadas pelo Direito que a crença no seu formalismo⁴²⁷.

Estes resultados apontados não dão conta de representar, em absoluto, a forma que todos os magistrados decidem quando estão diante de questões de gênero,

⁴²³ FREITAS, L. Argumentação e discurso sobre Lei Maria da Penha em acórdãos do STJ. **Bakhtiniana**, São Paulo, v.9, n.1, p.71-89, jan./jul. 2014. p. 81.

⁴²⁴ *Ibid.*, p. 82.

⁴²⁵ FREITAS, L. Análise crítica do discurso em dois textos penais sobre a Lei Maria da Penha. **Alfa**, São Paulo, v.57, n.1, p. 11-35, 2013. p. 27.

⁴²⁶ *Ibid.*, p. 29.

⁴²⁷ *Ibid.*, p. 30.

isto é, não autorizam afirmar que é esse o discurso da totalidade dos magistrados. Ainda assim, à vista da relevância do tema, ainda que se mostrem presentes em parcela pouco significativa das decisões, já deve(ria)m servir, sim, como material de reflexão, até porque, como será visto, revelaram um conteúdo bastante problemático.

O discurso judicial, já explicado, precisa acompanhar a participação das partes envolvidas e interessadas no processo. Não pode, nunca, desconsiderá-la. Não pode revelar, portanto, uma prestação solitária e, ao fim e ao cabo, autoritária do tomador de decisão. Desta maneira, o desprezo (e, ainda, imotivado) pela manifestação ministerial indica que a decisão deixou de observar uma das exigências elementares do princípio democrático e do contraditório. Em termos práticos, apenas por isso, já é – seria – nula. Além disso, o recurso a verbetes sumulares, às jurisprudências e aos entendimentos de juristas (que serviram unicamente para corroborar a conclusão do magistrado) parecem evidenciar que a decisão apresentou *motivos* (as crenças internas) e não razões, (apenas) essas controláveis. Não por outra razão Freitas entendeu que esse tipo de posicionamento se deu em *desfavor* da causa social (a violência de gênero) e, ainda, em suma, se mostrou orquestrado por uma *retórica* própria do discurso jurídico, o que acabou por realçar o papel do juiz de um mero cumpridor das normas legais⁴²⁸.

Convém pontuar, aliás, que essa preocupação sinalizada pela pesquisadora não quis significar que o discurso se manteve coerente com o sistema normativo, mas, aí sim, que esteve voltado a uma tradição jurídica que é, sabidamente, parcial (e tradicional). Se a articulação das mais diversas posições discursivas do sujeito com suas variadas inscrições sociais implica(ria) em alargar as possibilidades do texto normativo⁴²⁹, como destaca Campos, o cumprimento de normas legais mencionado por Freitas se aproximou então de um legalismo que escanteia todo e qualquer preocupação social, ou seja, de uma atividade burocrática, acrítica e, não raras vezes, enviesada⁴³⁰.

Afora isso, os resultados apresentados demonstraram também que as inquietações que justificaram a elaboração do Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero não só não foram observadas nas decisões como, ainda,

⁴²⁸ FREITAS, 2014, p. 30.

⁴²⁹ CAMPOS, 2011, p. 10.

⁴³⁰ Não deve causar surpresa, assim, que o tomador de decisão desprestigiou arbitrariamente o posicionamento ministerial.

foram textualmente contrariadas⁴³¹. A mulher, parte (mais que) interessada, *sequer* foi mencionada na decisão. A violência, por sua vez, foi transformada em um conceito jurídico, distante, assim, de tudo que, de fato, a compõe (isto é, das relações estruturais de desigualdade). Em outras palavras, as demandas concretas não foram atendidas e a questão de gênero foi enfrentada com argumentos gerais, que buscaram somente facilitar o entendimento por uma parcela singular dos operadores do direito⁴³². Desta maneira, as decisões acabaram ainda exibindo importantes *contradições*, o que revela(ria) (mais) um vício de e na fundamentação.

Por exemplo, Freitas percebeu que, em um dos casos analisados, o tomador de decisão, apesar de inicialmente engrandecer a família tradicional e de sustentar a necessidade de sua manutenção (por conta de sua sacralidade), decidiu por seu rompimento quando determinou o afastamento do agressor do lar⁴³³. Não se quer tratar, aqui, do acerto ou do desacerto da decisão, mas, sim, que, em vista da premissa adotada, a conclusão deveria ter sido outra. Ainda que estes resultados tenham sido produzidos em um passado (não tão) próximo, episódios recentes indicam que pesquisas mais contemporâneas podem – e poderão - ainda evidenciá-los. À guisa de exemplo, a Lei n. 14.245, de 2021, mais conhecida como Lei Mariana Ferrer⁴³⁴, foi sancionada em 2022, ou seja, aproximadamente uma década depois de

⁴³¹ A pesquisa não desconsidera que as decisões analisadas foram proferidas antes da elaboração do Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero (Brasil, Protocolo... *op. cit.*). Com isso, naturalmente, não se esperou que a decisão mencionasse expressamente esse documento. Contudo, as preocupações de gênero, sobretudo porque a Constituição é de 1988 e, se bem interpretada, já protege aqueles submetidos a relações de desigualdade estrutural, poderiam, certamente, ter sido tratadas de forma diferenciada e especial.

⁴³² Ainda que seja difícil indicar quem são esses operadores que se beneficiam deste discurso, faz-se referência, naturalmente, àqueles que enxergam o direito como uma ciência deslocada do seu entorno, que entendem que o direito precisa, apenas, se autogerir.

⁴³³ Sobre esse caso, a pesquisadora explicou o seguinte: ao conduzirmos nosso olhar para o texto da relatora sobre os itens lexicais e avaliativos, podemos trilhar alguns valores que subjazem a noção de família que está no centro de sua argumentação [...] esse léxico performa um discurso bastante naturalizado, em que a noção de família é concebida por um modelo ideal de instituição universal e a-histórica, que mitifica a família como um elemento sagrado, que habita um “lar”, em que “pais” e “filhos” vivem na mais perfeita harmonia [...] embora a relatora partilhe muitos elementos do discurso jurídico em que a família é concebida de forma conservadora, priorizando-se a sua manutenção, ela o aciona em direção inversa, defendendo o afastamento do agressor do “lar” para que se cumpra o artigo 226, da Constituição Federal [...] ela expressamente declara que: “a família é a instituição mais importante do Estado, que lhe dá base e sustentáculo. Uma família desestruturada conduz, fatalmente, a um Estado desarticulado e frágil, tornando-o incapaz de resguardar a esfera pública e de assegurar aos indivíduos seus direitos constitucionalizados” (FREITAS, 2014, p. 81).

⁴³⁴ Essa Lei alterou o Código Penal, o Código de Processo Penal e Lei dos Juizados Especiais. Foi elaborada para coibir a prática de atos atentatórios à dignidade da vítima e de testemunhas e para estabelecer causa de aumento de pena no crime de coação no curso do processo. Foi idealizada,

Freitas identificar, no âmbito do Poder Judiciário, um preconceito (e/ou um não entendimento das questões) de gênero.

É preciso reconhecer, portanto, que o discurso judicial se mostrou – e, ao que parece, ainda se mostra – desalinhado e distante daquele que é exigido por um Estado que busca a promoção da igualdade substancial. Parece recomendável, assim, que o Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero seja potencializado e, sobretudo, *replicado* em outros tantos núcleos jurídicos, especialmente para alcançar outros setores (também fragilizados e marcados pela discriminação). Aqui, o conceito de interseccionalidade precisa ser revisitado.

A interseccionalidade, esclarece Crenshaw, busca capturar as *consequências* estruturais e dinâmicas entre dois ou mais eixos de subordinação e trata, ainda, da forma pela qual o racismo, o patriarcalismo, a opressão de classe e outros sistemas discriminatórios criam desigualdades básicas que acabam por estruturar as posições relativas de mulheres, raças, etnias, classes etc.⁴³⁵ Também procura contornar a visão tradicional das discriminações racial e de gênero que, mesmo hoje, considera que devemos falar de categorias *diferentes* de pessoas, isto é, que insiste que a discriminação de gênero diz respeito somente às mulheres, a racial apenas à raça e a de classe a pessoas pobres⁴³⁶.

Por isso, a interseccionalidade tem se preocupado, sobremaneira, com a *interação* entre os marcadores sociais da diferença⁴³⁷ e em defender que raça e gênero não são, em absoluto, questões reciprocamente exclusivas⁴³⁸. Aliás, muito pelo contrário. Ocorre que a discriminação interseccional acaba sendo dificilmente identificada em comunidades exatamente como a nossa, em que forças econômicas,

no mais, após Mariana Ferrer, vítima em um processo penal, ter sofrido com a omissão ministerial e do magistrado após a defesa do réu ter pronunciado palavras degradantes e ofensivas.

⁴³⁵ CRENSHAW, K. Documento para o encontro de especialistas em aspectos da discriminação racial relativos ao gênero. **Estudos Feministas**, v.10, n.1, jan. 2002. p. 177.

⁴³⁶ CRENSHAW, K. **A interseccionalidade na discriminação de raça e gênero**. 2018. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/mod/resource/view.php?id=2295749&forceview=1>. Acesso em: 23 mar. 2024.

⁴³⁷ ASSIS, D. N. C. **Interseccionalidades**. Salvador: UFBA, Instituto de Humanidades, Artes e Ciências. Superintendência de Educação a distância, 2019. p. 20.

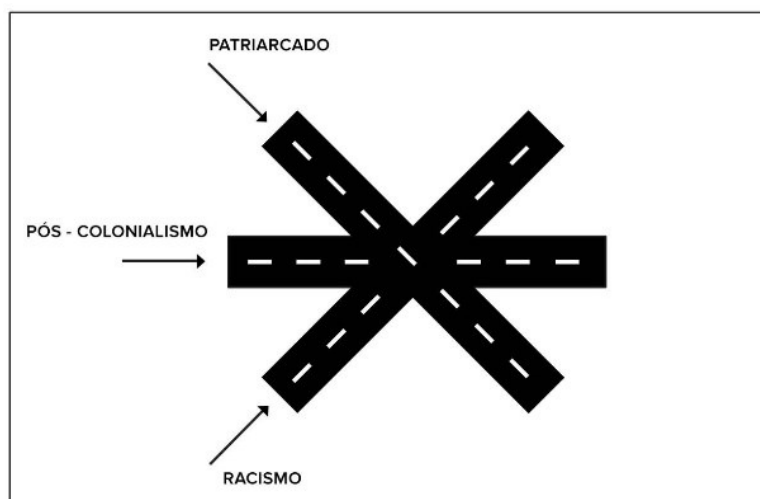
⁴³⁸ A interseccionalidade sugere que, na verdade, nem sempre lidamos com grupos distintos de pessoas e sim com grupos sobrepostos. Assim, ao sobrepormos o grupo das mulheres com o das pessoas negras, o das pessoas pobres e também o das mulheres que sofrem discriminação por conta da sua idade ou por serem portadoras de alguma deficiência, vemos que as que se encontram no centro são as mulheres de pele mais escura e também as que tendem a ser as mais excluídas das práticas tradicionais de direitos civis e humanos. A visão tradicional da discriminação opera no sentido de excluir essas sobreposições (CRENSHAW, 2018, p. 10).

culturais e sociais terminam por moldar silenciosamente o pano de fundo social. Assim, Crenshaw complementa:

Por ser tão comum, a ponto de *parecer* um fato da vida, natural ou pelo menos imutável, esse pano de fundo (estrutural) é, muitas vezes, invisível. O efeito disso é que somente o aspecto mais imediato da discriminação é percebido, enquanto que a *estrutura* que coloca as mulheres na posição de receber tal subordinação permanece *obscurecida*. Para apreender a discriminação como um problema interseccional, as dimensões raciais ou de gênero, que são parte da estrutura, teriam de ser colocadas em primeiro plano, como fatores que contribuem para a produção da subordinação⁴³⁹.

Neste sentido, a ilustração abaixo exhibe didaticamente os eixos de poder que Crenshaw entende como não distintos e não mutuamente excludentes e, especialmente, que se sobrepõem e se cruzam, criando intersecções *necessárias* e notadamente complexas⁴⁴⁰. Não por outra razão sinaliza que, na busca por *métodos* capazes de desvendar *aspectos-chave* dessa subordinação interseccional, como os vistos no Protocolo do CNJ, deverão ser feitos *questionamentos* a respeito da dimensão de classe, do (hetero)sexismo, de conexões (do problema) com o regionalismo e, inclusive, das consequências históricas do *colonialismo*⁴⁴¹.

Imagem 1. A interseccionalidade na discriminação de raça e gênero.



Fonte: CRENSHAW (2018)

Essas questões (perguntas) revelam, ao fim e ao cabo, que a interseccionalidade se preocupa(rá) com os problemas ou as condições que

⁴³⁹ CRENSHAW, 2002, p. 176.

⁴⁴⁰ *Ibid.*, p. 177.

⁴⁴¹ *Ibid.*, p. 183.

estruturaram e ainda estruturam a realidade da vida das pessoas. Aborda, então, em suma, as diferenças dentro da diferença. Neste cenário, Assis pontua que o lugar de fala do indivíduo não é ditado exatamente por um ou outro eixo, mas, aí sim, por suas múltiplas experiências⁴⁴². Assim, vale acrescentar que:

Tanto as questões de gênero como as raciais têm lidado com a diferença. O desafio é incorporar a questão de gênero à prática dos direitos humanos e a questão racial ao gênero. Isso significa que precisamos compreender que *homens* e mulheres podem experimentar situações de racismo de maneiras especificamente relacionadas ao seu gênero⁴⁴³.

Daqui, enfim, avançamos. Algumas experiências estão bem demarcadas – e, certamente, bem-marcadas em alguns indivíduos - na história brasileira. Quijano esclarece logo que, ainda que a colonização tenha sido superada, notadamente a política, a estrutura colonial de poder *ainda* produz discriminações e assimetrias raciais, étnicas e/ou antropológicas, isto é, construções intersubjetivas que têm sido assumidas - como, inclusive, alertou Crenshaw - como fenômenos naturais⁴⁴⁴. Dussel, aliás, sublinha que o estabelecimento dessas posições assimétricas são condições necessárias à consolidação de um determinado modelo de poder⁴⁴⁵ – como o colonial. Não por outra razão podemos notar que são exploradas e discriminadas, nos dias de hoje, justamente as pessoas que apresentam os *mesmos* traços daqueles que foram colonizados⁴⁴⁶.

É oportuno então acentuar que essa estrutura de dominação acabou por contaminar o (ainda vigente) Código de Processo Penal de 1941 – e naturalmente, as suas relações. Neste sentido, Lopes Jr. e Khaled Jr. explicam que “a razão moderna ainda tem conformado o postulado orientador e fundamento de uma parcela significativa da literatura do processo penal, que continua reproduzindo as premissas violentas da subalternização da colonialidade”⁴⁴⁷. Aliás, não se trata de reproduzir categorias dos sistemas repressivos inquisitoriais e fascistas, mas, sim, de uma conexão muitas vezes

⁴⁴² ASSIS, 2019, p. 18.

⁴⁴³ CRENSHAW, 2018, p. 9.

⁴⁴⁴ QUIJANO, A. Colonialidad y modernidad/racionalidad. **Perú Indígena**, v.13, n.29, p.11-20, 1992. p.12.

⁴⁴⁵ DUSSEL, E. Transmodernidade e interculturalidade: interpretação a partir da filosofia da libertação. **Revista Sociedade e Estado**, v. 31, n. 1, jan./abr. 2016. p. 59.

⁴⁴⁶ QUIJANO, *op.cit.*, p. 12.

⁴⁴⁷ LOPES JR., A.; KHALED JR., S. H. Pelo abandono da abstração racionalista moderna: por uma fenomenologia decolonial do processo penal. **Cuadernos de Derecho Actual**, n.20, p.23-39, 2023. p.24.

não explícita entre a razão moderna e colonialidade enquanto expressão de domínio sobre o outro. Prado, neste mesmo sentido, assim complementa:

A elaboração deste diploma processual penal contou com a necessidade de se domesticar dissidências, resistências e expressões de alteridade causadores de medo e inspiradores de instabilidade e, naturalmente, de se proteger o patrimônio (o capital). Assim, a balança do poder penal não poderia estar pendendo, pois, senão em favor da segurança (de alguns) em detrimento da liberdade e de estar alimentando a cultura autoritária, apesar do advento da Constituição⁴⁴⁸.

Afora isso, o Conselho Nacional de Justiça parece confirmar essa interpretação quando disponibiliza números que informam objetivamente que roubo, tráfico de drogas e furto representam aproximadamente 70% do total das execuções penais em tramitação de homens em todo o território nacional. Considerando apenas a região sul do Brasil para fins de amostragem, esse percentual é de 67% para a justiça estadual catarinense, 74% para a justiça estadual do Rio Grande do Sul e chega próximo dos 75% na justiça estadual paranaense. Outras duas informações se mostram igualmente relevantes. Esses três delitos também são os que mais justificaram condenações de mulheres e as suas execuções representam apenas 8% do total de processos em andamento⁴⁴⁹. Nota-se, portanto, que a justiça criminal parece ter escolhido um público-alvo: o homem de classe baixa.

À vista disso, a interseccionalidade, como ferramenta teórico-metodológica possível para entender múltiplas opressões, se mostra mais que adequada. Afinal, este homem – frisa-se, não qualquer homem, mas apenas este que *também* é estereotipado – tem prioridade no sistema de justiça criminal justamente por conta de desigualdades estruturais (e, claro, históricas⁴⁵⁰). Este homem, é necessário insistir, ingressa neste sistema por traços que o tornaram – propositalmente – diferente.

⁴⁴⁸ PRADO, G. O processo penal brasileiro vinte e cinco anos depois da Constituição: transformações, permanências. **Revista EMERJ**, v. 18, n. 67, p. 550-569, jan./fev. 2015. p. 557.

⁴⁴⁹ Informações foram extraídas do portal eletrônico do Conselho Nacional de Justiça (caminho percorrido: Gestão de Justiça, Sistema Carcerário e Sistema de Medidas Socioeducativas, Sistema Eletrônico de Execução Unificada e Painel SEEU). Disponível em: <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=f8f79a16-35a2-43fe-a751-34ba131ffc1f&sheet=74a59799-5069-461d-a546-91259016a931&lang=pt-BR&opt=cursel>.

⁴⁵⁰ A relação entre a cultura europeia e as demais se mostra(ou) uma relação *entre sujeito e objeto*. O paradigma europeu omite toda referência a todo '*outro sujeito*' fora do contexto europeu, invisível na ordem colonial. Essas outras culturas, 'inferiores por natureza', só poderiam ser *objetos de conhecimento*. Só a cultura europeia pode(ria) conter sujeitos (QUIJANO, A. **Cuestiones y horizontes**: de la dependencia histórico-estructural a la colonialidad/descolonialidad del poder. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: CLACSO, Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2020, p. 873).

Assim, percebe-se que mesmo as respostas jurídicas que são sabidamente estruturadas a partir do que é vivenciado pelo *masculino* não consideram as suas necessidades singulares. Muito pelo contrário. O racismo, o patriarcalismo, a opressão de classe e outros sistemas discriminatórios cria(ra)m desigualdades elementares que acabam por justificar a posição que tem sido assumida reiteradamente pelo homem marginalizado e, não raras vezes, negro. O fácil acesso ao sistema criminal pode – ou, em verdade, deve – ser vista, então, como consequência estrutural obrigatória destes eixos de poder (de subordinação). Portanto, interessa à perspectiva interseccional, sobretudo quando evidentes a conexão entre ao menos dois marcadores sociais de diferença (classe e raça).

O Protocolo com Perspectiva de Gênero serve, portanto, às pretensões dessa parcela (mais que) expressiva de homens. Desta maneira, o fechamento desta seção se dará da seguinte maneira: as etapas sugeridas pelo protocolo serão examinadas novamente, contudo, sob uma lente adaptada a esta realidade particular. No mais, serão apresentadas algumas contribuições de Alda Facio que, ao considerar o enfoque de gênero, propõe importantes questões metodológicas que podem ser também aqui aproveitadas.

Cabe(ria) então ao magistrado, desde logo, *identificar* o contexto no qual o conflito está inserido. É neste momento que deverá questionar se alguma – ou algumas - assimetria se faz presente. Importa sublinhar que o Protocolo destaca – oportunamente, diga-se de passagem – que algumas questões levantam bandeiras vermelhas de maneira quase automática, na medida em que já estamos acostumados a enxergá-las como potencialmente problemática no que se refere a certas desigualdades. Assim, o que se mostra essencial, nesta etapa, é que o conflito seja compreendido, como de fato é, como um conflito de classe e racial, isto é, não apenas um mero conflito (do direito) penal (que demandaria, então, uma resposta também penal).

A consideração do entorno, por certo, não encerra as preocupações do magistrado, que deve, também, *atender* as partes, especialmente aquelas potencialmente impactadas pela desigualdade estrutural. Preocupado, pois, com as dinâmicas de poder que impactam a vida das pessoas, precisa, ao menos, perguntar em que contexto socioeconômico, político, geográfico e cultural se encontra (especialmente) aquele que figura como acusado em um processo penal.

Na instrução do processo, o julgador deverá estar atento às dinâmicas que são fruto e *reprodutoras* de desigualdades estruturais. Nos termos do Protocolo, o papel do magistrado deverá ser o de circunscrever quesitos que possam traçar as motivações decorrentes dos processos interseccionais de opressão, como, justamente, a raça e classe⁴⁵¹. Deverá o juiz observar, por exemplo, de forma sempre diligente, se as perguntas formuladas estão reproduzindo (direta ou indiretamente) algum estereótipo ou desqualificando a palavra do acusado, se o ambiente está impedindo a sua livre manifestação ou pressionando ou constrangendo, de alguma maneira, o réu e, ainda, se este está sofrendo alguma interrupção ou pressão indevida.

A respeito da possibilidade de as perguntas estarem reproduzindo estereótipos, o magistrado deve(rá) considerar que as perguntas sobre as provas servem para o entendimento do que, de fato, aconteceu, e não para confirmar uma conclusão já firmada e, muito menos, para testificar uma desconfiança (sem fundamento) que tenha do acusado. Na verdade, espera-se, destaca Facio, que o magistrado deve *suspeitar*, aí sim, de todas as estruturas e de todas as instituições patriarcalmente construídas e impostas⁴⁵² - que são, não raras vezes, as responsáveis pela produção justamente deste material probatório. A posição a ser assumida pelo tomador de decisão ganha, portanto, contornos muito mais complexos quando se nota que deverá, então, agir orientado por uma ética constitucional, não priorizar um em detrimento de outro indivíduo e, ainda, duvidar justamente daquilo que foi produzido por atores que integram um sistema formatado em bases androcêntricas.

Neste sentido ainda, o juiz deverá também obedecer com rigor o artigo 212 do Código de Processo Penal, que veda toda e qualquer pergunta que possa induzir a respostas. Aliás, convém ressaltar que, na rotina forense, vemos com frequência perguntas notadamente retóricas, que visam tão somente confirmar o conteúdo parcial dos elementos de informação produzidos durante a fase de inquérito, que são cobertos, não raras vezes, de vieses. Faz-se necessário registrar que todas essas

⁴⁵¹ BRASIL, 2021, p. 14.

⁴⁵² O processo de conscientização, o primeiro passo de uma proposta metodológica, nos faz suspeitar de todas as estruturas e de todas as instituições construídas e impostas patriarcalmente. Esta suspeita faz-nos duvidar da suposta neutralidade destas instituições, porque aos poucos vamos compreendendo que na realidade elas não são “neutras” ou objetivas, mas pelo contrário são androcêntricas, dicotômicas e muitas vezes até misóginas (FACIO, A. **Cuando el género suena cambios trae (una metodología para el análisis de género del fenómeno legal**. San José: ILANUD, 1992. p. 76.

preocupações visam resguardar a qualidade da análise das questões de fato e de direito, que, mais tarde, serão incorporadas às decisões.

A etapa da valoração e da identificação dos fatos talvez seja a que mais precisa ser desenvolvida, sobretudo por influenciar, sobremaneira, a fundamentação judicial. Se o Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero estabeleceu que o magistrado deve questionar se uma prova faltante poderia ou não ter sido produzida, necessário logo destacar a teoria da perda de uma chance probatória, que tem sido reproduzida em algumas decisões do Superior Tribunal de Justiça⁴⁵³. Preocupa-se, aqui, em suma, com o que poderia ser feito e com o que não se fez (em termos de prova)⁴⁵⁴. Explica Moraes da Rosa que “o Estado não pode perder a chance de produzir provas contra o acusado em nome da eficiência, até porque todas as provas possíveis constituem como preceitos do devido processo substancial”⁴⁵⁵. A adoção dessa teoria objetiva impedir, pois, o triunfo da lei do menor esforço e, ainda, afastar a possibilidade de se atribuir um valor desproporcional e insuficiente a determinadas provas.

Quanto ao discurso judicial, a (in)observância dessa teoria tem impactos diretos na fundamentação, como adiantado. Isso porque, na prática, muitas vezes significará que o Poder Judiciário chancelou condenações com base em uma prova solitária, mesmo existindo condições para a acusação ir além. Por exemplo, nos casos de tráfico, como regra, as provas da condenação costumam advir apenas dos depoimentos dos policiais, que, apesar de afirmarem que a abordagem ocorreu após observarem a venda de droga para um suposto usuário, raramente identificam ou conduzem qualquer pessoa para prestar depoimento na delegacia. Quando a venda ocorre em veículos, as placas dos potenciais compradores dificilmente são anotadas.

Moraes da Rosa esclarece que, nestes casos, os agentes de segurança pública acabam deixando de colher provas potencialmente isentas, não por ausência de possibilidade de produzi-las, mas por confiarem demasiadamente na confiabilidade de seus próprios depoimentos⁴⁵⁶. Diante deste cenário, é necessário que o magistrado

⁴⁵³ Neste sentido, o HC n. 598.886/SC, de relatoria do Ministro Rogério Schietti e o HC n. 829.723/PR, de relatoria do Ministro Teodoro Silva Santos.

⁴⁵⁴ No processo penal constitucionalizado a carga probatória é da acusação.

⁴⁵⁵ MORAIS DA ROSA, A. **Teoria da perda de uma chance probatória pode ser aplicada ao Processo Penal**. 20 jun. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-jun-20/teoria-perda-chance-probatoria-aplicada-processo-penal/>. Acesso em: 28 mar. 2024.

⁴⁵⁶ *Ibid.*

compreenda, sem tardar, que o custo desta pretensa suficiência é exatamente o (sacrifício do) contraditório⁴⁵⁷.

Neste mesmo sentido, deve(rá) o juiz se preocupar com o nível de consciência e coerência dos depoimentos e, de modo geral, com a objetividade (cientificidade) de todos os elementos de informação. Em suma, o peso atribuído a cada prova deve se dar apenas e necessariamente após uma análise estritamente *objetiva*, o que exigirá que o tomador de decisão se desprenda (de fato) de todos os seus pré-juízos e preconceitos. Para isso acontecer, as perguntas sugeridas no Protocolo para Julgamento Perspectiva de Gênero parecem ajudar, especialmente se consideradas afirmativas que precisam ser contrariadas. No lugar de questionar se algum fato relevante está sendo minimizado, se as dinâmicas de desigualdades estruturais interferem na vida do acusado e se algum evento está importando tão somente por conta de ideias pré-concebidas, o magistrado pode, então, *certificar* que, sim, algum fato relevante está sendo minimizado, as desigualdades estruturais interferem e estão interferindo na vida do acusado e, também, que a *primeira* interpretação dos fatos está sendo (foi) influenciada por convicções pessoais. Essa postura direcionará a desconfiança para a tese acusatória (como deve ser), potencializará a presunção de inocência e, ainda, qualificará os elementos de informação, tornando-os mais controláveis e cognoscíveis.

Os marcos normativos e os precedentes também deverão ser observados, como já adiantado. O juiz deve estar atento às circunstâncias do caso concreto que poderão influenciar na definição do direito aplicável, às normas nacionais e internacionais que circunscrevem ao caso e, sobremaneira, às circunstâncias de fato que podem determinar um enfoque interseccional. Convém mencionar, por exemplo, a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984) e as Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos (2015), integradas ao sistema universal de proteção de Direitos e a Convenção Americana de Direitos (1969), pertencente ao sistema regional de proteção de direitos.

⁴⁵⁷ A destruição do estado constitucional de inocência do acusado não pode se dar unicamente pela prova produzida contra ele *pelo* estado na forma de seus agentes, dado que dificilmente refutável, a se considerar a realidade dos casos, nos quais não raramente a única defesa do acusado será sua própria palavra – a qual se dá pouca confiabilidade na jurisprudência – em face da dos policiais. dever-se-á, assim, sempre se exigir uma "comprovação externa", a ser buscada pelos próprios agentes públicos quando do cumprimento das diligências, claro, dentro de uma razoabilidade, já que nem todas as condutas possibilitam a ampla produção probatória (MORAIS DA ROSA, 2014).

Também não há como perder de vista os instrumentos que visam tutelar grupos e temas específicos, como a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1969), a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (2006), os Princípios de Yogyakarta (2006), a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979), as Regras de Bangkok (2010), a Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos dos Idosos (2015) e a Convenção Interamericana contra Todas as Formas de Discriminação e Intolerância (2013).

Atenção particular merece a Opinião Consultiva (OC – 29/22), de 30 de maio de 2022, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, elaborada após a Comissão Interamericana de Direitos Humanos questionar sobre a interpretação e alcance dos artigos 1.1, 4.1, 5, 11.2, 12, 13, 17.1 19, 24 e 26 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e, especialmente, sobre os enfoques diferenciados em relação a determinados grupos de pessoas privadas de liberdade. A CIDH, nesta oportunidade, reconheceu que no contexto de privação de liberdade se reproduzem e exacerbam os sistemas de dominação social e que certos grupos de pessoas, em razão de suas condições pessoais, traços de identidade, sexo ou gênero, orientação sexual ou etnia sofrem um maior grau de vulnerabilidade e/ou risco para a segurança (o que demandaria dos Estados a adoção de medidas *particularizadas*).

A Corte, ainda, foi além e sinalizou expressamente que os Estados devem atender *singularmente* os casos em que se apresenta a *intersecção* de múltiplos fatores de vulnerabilidade e risco de discriminação – que estão, bem se sabe, associadas a uma série de condições particulares e características identitárias⁴⁵⁸. No caso da população carcerária, a convergência interseccional entre distintos fatores de discriminação foi atestada como certa⁴⁵⁹.

Como medidas a serem tomadas, a Corte Interamericana entendeu que os Estados (i) devem prover e contar com dados e estatísticas atualizadas e confiáveis acerca das realidades em que vivem as pessoas privadas de liberdade, que servirão, assim, como *fundamentos* para a formulação, adoção e execução das decisões, (ii)

⁴⁵⁸ CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC – 29/22, de 30 de maio de 2022. Enfoques diferenciados respecto de determinados grupos de personas privadas de la libertad. Interpretación y alcance de los artículos 1.1, 4.1, 5, 11.2, 12, 13, 17.1, 19, 24 y 26 de la Convención Americana sobre Derechos y de otros instrumentos que conciernen a la protección de los derechos humanos, p. 30.

⁴⁵⁹ *Ibid.*, p. 19.

basear-se em metodologias apropriadas que permitam refletir a heterogeneidade deste grupo para melhor corresponder às suas necessidades específicas e, não menos relevante, (iii) valer-se do envolvimento e da participação da população afetada⁴⁶⁰. A primeira providência aproxima – e muito - o magistrado de preocupações que vão além da necessidade de identificar se um crime foi ou não praticado. Ganha cada vez mais relevância as perguntas pessoais que devem ser feitas ao acusado (ou àquele potencialmente condenado) – e que estão previstas no Código de Processo Penal (art. 187, §1º). Além disso, como a Opinião Consultiva constou, essas informações serão convertidas, na decisão, em fundamento.

A respeito da metodologia adequada, a Corte considerou estreitamente a que foi utilizada para a construção do Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero (por conta da perspectiva interseccional em comum). Assim, propôs algumas perguntas a serem formuladas: quais obrigações tem os Estados para garantir a acessibilidade e mobilidade pessoal nos centros de detenção? Quais obrigações em matéria de atenção médica e psicológica? Quais medidas devem ser adotadas para assegurar que o indivíduo privado de liberdade tenha contato exterior com a sua família? Quais deveres específicos para garantir a plena reinserção social?⁴⁶¹ Por último, a promoção de oportunidades para que os interessados, de fato, participem evidencia que o princípio democrático não pode ser minimizado ou, mesmo, esquecido.

Na sequência, o magistrado deverá estar em condições de, enfim, interpretar e aplicar o direito. É o momento de avaliar como alguns padrões e conceitos jurídicos existentes podem prejudicar não apenas as mulheres, mas todos aqueles que, por ou outro motivo, figuram como subordinados em uma relação de poder, como *uns* que ingressam no sistema de justiça criminal. É o momento também de analisar as normas que são direta e/ou indiretamente discriminatórias. As primeiras, hoje, são raras. Contudo, as segundas aparecem com certa frequência. São normas que parecem neutras – ou que se dizem neutras – mas, na realidade, impactam negativamente grupos subordinados de maneira notadamente desproporcional.

Convém destacar, apesar da obviedade, que os magistrados não devem respeitar normas ilegais. Ainda assim, muitos magistrados justificam suas decisões

⁴⁶⁰ CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC – 29/22, de 30 de maio de 2022. p. 119 e 120.

⁴⁶¹ *Ibid.*, p. 6.

na lei, ou, melhor, na literalidade da lei. Ocorre que todas as disposições normativas devem passar, hoje, por uma filtragem constitucional, o que indica que muitas normas deveriam, seguramente, ser afastadas, sobretudo as que são anteriores à Carta Magna.

A *pergunta pela mulher*, aqui, se mostra bastante pertinente, especialmente para expor como a lei pode fazer submergir as perspectivas das mulheres e, também, de outros grupos excluídos. Esse recurso, como visto anteriormente, permitirá que o magistrado compreenda, por exemplo, se esses indivíduos foram preteridos quando da elaboração de uma ou outra norma, de que maneira foi preterido, como essa situação pode ser corrigida e se faria alguma diferença inclui-los (isto é, acabar com a exclusão). Esse método parece colocar pelo menos em xeque as normas que instituíram a suspensão condicional do processo e o acordo de não persecução penal. Isso porque é sabido que estes dois institutos despenalizadores não alcançam aqueles que, em tese, praticam os crimes de roubo e tráfico de drogas, que são os que mais resultam em condenações e os que mais saturam o cárcere⁴⁶².

Se o magistrado julgar com perspectiva de gênero – com uma lente diferenciada – parece que, no mínimo, poderá questionar se a redação dos artigos 89 da Lei n. 9.099, de 1995 e 28-A do Código de Processo Penal não estaria revelando uma política criminal que insiste em segregar aqueles que *sempre* foram segregados. Nota-se, oportunamente, que o critério *gravidade* do crime não pode dar conta de

⁴⁶² Os institutos despenalizadores permitem que o indivíduo que pratica um crime cumpra com uma obrigação diferente da pena. Não haverá condenação e, em muitos casos, não haverá processo. O artigo 89 da Lei n. 9.099, 1995 estabelece que, nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições: reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo, proibição de frequentar determinados lugares, proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz e/ou comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades. O artigo 28-A do Código de Processo Penal dispõe que, não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente: reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo, renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime, prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas, pagar prestação pecuniária a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito ou cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada. Como a pena para os crimes de roubo e tráfico é de 4 a 10 anos e de 5 a 15 anos, respectivamente, estão fora destas duas normas.

justificar a exclusão, já que, nos dias de hoje, outros tantos crimes são considerados sabida e igualmente reprováveis, como a corrupção.

Afora isso, essa ferramenta metodológica (a pergunta pela mulher) também parece desnudar o artigo 244 do Código de Processo Penal, que estabelece que a busca pessoal independerá de mandado quando houver fundada suspeita de que uma pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papeis que constituam corpo de delito. Essa disposição normativa, à primeira vista, não discrimina ninguém. Sua redação é, aliás, bastante aberta (talvez, neutra). Entretanto, essa norma tem impactado desproporcional e notadamente um determinado grupo de pessoas.

Dito de outra forma, a palavra *suspeita* tem sido associada, não raras vezes, à classe e à raça. O indivíduo tem se tornado suspeito pelo que ele é, e não pelo que ele fez ou faz. Não por outra razão, em 2020, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no Caso Fernández Prieto y Tumbeiro vs Argentina, reconheceu que, ante a ausência de elementos objetivos, a classificação da conduta e/ou da reação e expressão corporal tem obedecido as convicções pessoais dos agentes de segurança, que tem se relevado, assim, arbitrárias e discricionárias. Constatou na sentença o seguinte:

El contexto sobre detenciones arbitrarias en Argentina, el reconocimiento expreso de responsabilidad internacional por parte del Estado, y la falta de explicaciones sobre el carácter sospechoso atribuido al señor Tumbeiro más allá de su nerviosismo, *su manera de vestir* y el señalamiento explícito de que *esta no era propia de la zona “de gente humilde” por la que caminaba*, evidencian que no hubo indicios suficientes y razonables sobre su participación en un hecho delictivo, sino que la detención se efectuó prima facie debido a la sola circunstancia de no reaccionar del modo en que los agentes intervinientes percibían como correcto y utilizar un atuendo juzgado por ellos como inadecuado con base en una *preconcepción subjetiva* sobre la apariencia que debían resguardar los habitantes del área, lo que comporta un trato discriminatorio que torna en arbitraria la detención⁴⁶³.

Além disso, a CIDH decidiu que o Estado deverá implementar um plano de formação para a polícia, Ministério Público e, sobretudo, para o Poder Judiciário. No caso da capacitação dos magistrados, a Corte destacou expressamente que essa deverá servir para *conscientizar* sobre a necessidade de se *valorar* adequadamente os elementos que motivaram uma detenção ou uma busca⁴⁶⁴. Para tanto, novamente,

⁴⁶³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso “Fernández Prieto e Tumbeiro vs Argentina”**. Mérito e Reparaciones. Sentença de 1º de setembro de 2020, parágrafo 82.

⁴⁶⁴ Caso “Fernández Prieto e Tumbeiro vs Argentina”, *op. cit.*, parágrafo 125.

uma postura metodologicamente atenta às demandas particulares (ao enfoque da diferença) se mostra indispensável⁴⁶⁵.

Como fechamento desta primeira seção do Capítulo 4, convém retomar algumas contribuições pontuais de Alda Facio, que, desde logo, deixou em relevo máximo a necessidade de se duvidar da pretendida neutralidade de todas as instituições patriarcais. A jurista costarriquenha defende que o processo de conscientização deve ser, sempre, o primeiro e o último passo de toda e qualquer metodologia feminista (com enfoque interseccional). Explica, assim, que os textos androcêntricos, que se dizem neutros, não podem sê-los justamente porque os textos feministas não androcêntricos operam de forma diferente, isto é, explicitam – precisam explicitar - desde o início sua *parcialidade* ou, ainda, evidenciam prontamente que tratam de uma perspectiva diferente⁴⁶⁶. O maior desafio é, certamente, o de discordar da forma de pensar institucionalizada por leis que estabelecem regras – que foram criadas por quem tem administrado a justiça.

Facio também acentua a necessidade de se identificar as pessoas que são diferentes dentro de um mesmo marcador social. Explica que algumas mulheres têm mais ou menos poder que outras por pertencerem a certas classes, raças, etnias, idades, orientação sexual, crenças ou por ser mais ou menos privilegiadas⁴⁶⁷. Assinala, portanto, que no lugar de promover uma análise de gênero de uma lei ou de um princípio que questione apenas a sua neutralidade em termos de sexo, deve-se questionar, aí sim, onde está essa mulher e como a lei em questão a afeta⁴⁶⁸. Por isso, o magistrado deve perguntar qual mulher e qual homem está sendo excluído de determinada norma, qual mulher e qual homem está sendo privilegiado e, sobremaneira, como essa norma está afetando, por exemplo, um homem pobre, negro e com outras marcas que estigmatizam.

Por fim, à vista dessa árdua e distinta tarefa (contramajoritária, é possível dizer), a Resolução n. 492/2023 do CNJ estabeleceu expressamente que os tribunais, em colaboração com as escolas da magistratura, deverão promover cursos de

⁴⁶⁵ A Corte Interamericana concluiu ainda que os juízes devem zelar pelo cumprimento das disposições da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (que, na espécie, foram violadas), isto é, estão obrigados a exercer um controle de convencionalidade entre as normas internas e a Convenção.

⁴⁶⁶ FACIO, 1992, p. 79-80.

⁴⁶⁷ *Ibid.*, p. 95.

⁴⁶⁸ Como apurado na pesquisa, o gênero é uma categoria que atravessa todas as demais categorias sociais e é atravessado por todas elas.

formação inicial e continuada que incluam os conteúdos relativos aos direitos humanos, gênero, raça e etnia, exatamente conforme as diretrizes previstas no Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero (art. 2º). Ainda assim, não parece demais pontuar que, para além dessa devida capacitação, exige-se coragem dos representantes do Poder Judiciário para romper paradigmas.

Para terminar, faz-se necessário sublinhar que todo o conteúdo trazido nessa seção são, ao fim e ao cabo, elementos de justificação que deverão ser incorporados nas decisões, isto é, elementos que se convertem em fundamentos – cada vez mais – obrigatórios.

4.2 O QUE PODEMOS APRENDER PARA ALÉM DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO E COM O DIREITO ESTRANGEIRO, NO JULGAMENTO DE CASOS ENVOLVENDO QUESTÕES RACIAIS.

Se a seção que inaugurou este capítulo trouxe logo uma inovação promissora em termos de fundamentação, essa segunda iniciará de forma um tanto diferente. No ano de 2020, a Justiça do Estado do Paraná, ao tratar da dosimetria da pena de um acusado negro, fez constar em uma sentença criminal o seguinte: *“Sobre a sua conduta social nada se sabe. Seguramente integrante do grupo criminoso, em razão de sua raça, agia de forma extremamente discreta os delitos e o seu comportamento juntamente com os demais, causavam o desassossego e a desesperança da população, pelo que deve ser valorada negativamente”*.

A defesa técnica do acusado, em sede de recurso, alegou ofensa aos princípios da presunção de inocência, impessoalidade e moralidade por parte da juíza sentenciante, que teria se utilizado de estereótipos de raça para fundamentar a condenação e exasperar a pena em razão da conduta social do réu. A Procuradoria de Justiça, por sua vez, em parecer, entendeu que o elemento racial, consciente ou inconscientemente, pairou o tempo todo quando da elaboração da sentença, o que não pode(ria) ser admitido, especialmente em um Estado que se diz – ou pretende ser – republicano.

Nada obstante estes esforços, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná decidiu que, embora as defesas tenham argumentado que a magistrada foi parcial ao decidir, utilizando-se de fundamentos racistas, não é isso que se extrai da sentença quando analisada com a profundidade necessária e, ainda, que é evidente que a

magistrada não teve qualquer intenção ou influência racista ou discriminatória ao avaliar as provas.

Essa decisão tem o condão de evidenciar, pois, o principal (e, talvez, o primeiro) desafio a ser enfrentado por magistrados - e, também, naturalmente, por todos os operadores do direito - que é a compreensão da existência de um racismo, não só individual, mas, igualmente, institucional, isto é, a compreensão de que, sim, racismo(s) existe(m) e, ainda, persiste(m). Para que não restem dúvidas, Almeida não só os define, como os distingue. Enquanto o racismo individual consiste em atos *explícitos* de indivíduos, que causam morte, lesões ou a destruição de propriedades, o racismo institucional se origina(rá) na operação de forças estabelecidas e respeitadas na sociedade e, muito por isso, será menos evidente, além de menos repreendido⁴⁶⁹.

Dito de outro modo, então, existe o racismo como manifestação explícita de um impulso predominantemente individual e, ainda, o racismo como o conjunto de ações ou programa de caráter difuso, coletivo. São fenômenos distintos que demandam respostas igualmente distintas. Ainda assim, destacam Silva, Bertúlio e Giacoia, são modalidades que atuam em complementariedade mútua, apesar de o racismo institucional ser a mais direta consequência de uma estrutura social, política e econômica racista (racismo estrutural)⁴⁷⁰.

Portanto, faz-se oportuno apresentar, desde já, ainda que sinteticamente, a pesquisa feita por Clair e Winter (mencionada e discutida por Silva, Bertúlio e Giacoia, na referida obra) e que contou com a entrevista de diversos magistrados estadunidenses sobre a forma com que estes identificavam o racismo. Os resultados, bastante simbólicos, inclusive para a realidade brasileira, mostraram que a maior parte dos juízes admite a existência de racismo no sistema de justiça criminal, porém que uma parcela diminuta procura, de alguma forma, compensar ou minorar algum tratamento estruturalmente desfavorável⁴⁷¹. Mostraram também que a maioria dos juízes, os que foram chamados de não intervencionistas, se esforçam, ao fim e ao

⁴⁶⁹ ALMEIDA, S. **Racismo estrutural**. São Paulo: Sueli Carneiro: Polén, 2019, p. 35.

⁴⁷⁰ SILVA, E. G.; BERTÚLIO, D. L. L.; GIACOAIA, G. Racismo em sentenças penais e estratégias jurídicas antirracistas - Um enfoque translacional. In: BONAVIDES, S.S.G. (org.). **As faces do racismo e o sistema de justiça**: estudos em homenagem à Procuradora de Justiça Miriam de Freitas Santos. Curitiba: Escola Superior do MPPR, 2023, p. 46.

⁴⁷¹ CLAIR, M; WINTER, A. How judges think about racial disparities: situational decision-making in the criminal justice system. **Criminology**, p. 1-28, 2016. p. 14.

cabo, para garantir, apenas, que as suas decisões sejam internamente consistentes para todos os grupos raciais de réus com acusações e antecedentes semelhantes.

Demonstraram, assim, que representam uma minoria os juízes que buscam informações sobre o réu, questionar potenciais preconceitos de promotores (e, também, de advogados) e, sobremaneira, a consistência externa da decisão, isto é, que buscam considerar o caso sem perder de vista o problema sistemático que envolvem grupos raciais e étnicos⁴⁷².

Numa outra abordagem, Clair e Winter constataram que uma fração dos magistrados sequer acredita na parcialidade de seus pares e, nem mesmo, em estudos que evidenciam que diferentes raças e etnias recebem tratamentos distintos (desiguais) e, tampouco, que as disparidades raciais, ainda que existentes, seriam problemáticas⁴⁷³. Neste mesmo sentido, puderam perceber que outros tantos juízes vinculam a causa da disparidade racial ao sistema judicial e aos seus funcionários e, ainda, aos próprios infratores, à pobreza e aos problemas que surgem antes daqueles ingressarem ao sistema⁴⁷⁴.

Por último, observaram também que alguns dos magistrados que revelaram que não levam em conta toda e qualquer desigualdade racial disseram também que *sentem* que não podem fazer algo a respeito – ainda que quisessem. Os pesquisadores compreenderam, pois, que existiu aí um forte entendimento normativo de que a sentença deve(ria) ser especialmente adaptada aos fatores específicos e às circunstâncias atenuantes e agravantes de um caso concreto. Assim, vale registrar prontamente a leitura que fizeram Silva, Bertúlio e Giacoia a respeito dessa percepção:

Transparece a ideia de que, para muitos juízes, velar pela integridade ou consistência de sua atuação, aplicando a lei de forma ortodoxa, sem arriscar inovações normativo-argumentativas que venham a compensar a percepção

⁴⁷² Os juízes que empregam uma estratégia intervencionista na sentença, que foram 7 de 48, se preocupam não apenas em ser internamente consistentes, mas, também, em se esforçar para levar em conta as disparidades raciais que surgem através do impacto díspar antes da sentença e incorporar essas desigualdades em suas sentenças (CLAIR; WINTER, 2016, p.18).

⁴⁷³ Vários juízes questionaram o papel dos juízes na contribuição para as disparidades raciais e sequer acreditam que eles próprios ou os seus colegas podem ser tendenciosos. Por exemplo, o Juiz 80, um homem branco, acredita que os estudos que revelaram disparidades resultantes de tratamento diferenciado poderiam estar completamente errados. A Juíza 101, por sua vez, não considera as disparidades raciais no sistema de justiça criminal problemáticas, dada a sua crença de que as drogas prejudicam os indivíduos e as comunidades. Para ela, leis rígidas são uma 'política de proteção', e não 'uma política racista' (CLAIR; WINTER, 2016, p. 11).

⁴⁷⁴ *Ibid.*, p. 12.

de racismo (estrutural ou institucional) em desfavor dos acusados negros, seria a única contribuição possível, nos limites de sua atuação como juízes⁴⁷⁵.

O conteúdo deste recorte é bastante salutar, sobretudo quando se nota que Clair e Winter sinalizaram também que alguns juízes entendem que a quantidade e a qualidade das informações sobre os acusados dependem, em enorme medida, do órgão de acusação e da defesa. Registraram, assim, que a maioria dos juízes da amostra emprega uma estratégia não intervencionista *porque* acreditam que os promotores e advogados têm mais informações sobre um caso do que eles (os juízes)⁴⁷⁶.

Sem discordar que essas partes devem, sim, contribuir com a produção de um material que possa evidenciar as particularidades do réu e, sobremaneira, as desigualdades estruturais (que se conectam ao caso sob julgamento) e que o excesso de processo (tema esse também levantado por parcela dos magistrados) compromete, de fato, o trabalho dos magistrados, há que se pontuar que essas duas circunstâncias *não* têm o condão de afastar o dever (que é, hoje, orientado por uma ética constitucional) de buscar e promover uma sociedade menos injusta. Aliás, como será visto adiante, já são diversas as disposições normativas (nacionais e internacionais) que *atualizaram* as atribuições dos juízes contemporâneos. Todas elas exigem, naturalmente, uma postura (muito mais) ativa, que permita revelar uma possibilidade concreta de transformação.

Portanto, é possível afirmar – e vale dizer que essa seção caminhou até aqui justamente para poder alcançar esse momento - que o desafio que deve ser abraçado fortemente pelos representantes do Poder Judiciário é contornar o chamado daltonismo racial⁴⁷⁷, que pode ser compreendido, em suma, como a dificuldade de enxergar corretamente a questão racial. Não se trata tão somente da árdua tarefa de reconhecer que o racismo existe (inclusive, a pesquisa de Clair e Winter revelou que quase todos os magistrados entrevistados reconhecem e, ainda, se preocupam com a existência de disparidades raciais).

⁴⁷⁵ SILVA; BERTÚLIO; GIACOIA, 2023, p. 37.

⁴⁷⁶ CLAIR; WINTER, 2016, p. 14.

⁴⁷⁷ Eduardo Bonilla-Silva e Michelle Alexander têm trabalhado o conceito de *colorblindness*, que, em sua tradução literal, quer significar exatamente daltonismo. Esse termo, contudo, tem sido referido, nas obras em português, como ‘cegueira de cor’ ou como ‘neutralidade racial’.

Trata-se, aí sim, de ajustar a lente que tem sido utilizada para observar e considerar o racismo e de identificar as suas máscaras e os seus disfarces. Trata-se, também, de perceber que o racismo decorre da própria estrutura social, do modo normal com que se constituem as relações políticas, econômicas, jurídicas e até familiares, isto é, de perceber que não é uma patologia social e, muito menos, um desarranjo institucional – que é, na verdade, a regra e não a exceção⁴⁷⁸. Por isso, Silva, Bertúlio e Giacoia entendem que:

O primeiro passo para uma postura efetivamente antirracista precisa ser o reconhecimento da possibilidade de o racismo estar sempre pronto a nos fazer de instrumento de sua iniquidade, ainda que proclamemos ou nos consideremos, do ponto de vista individual, cidadãos de bens, publicamente defensores dos mais caros princípios e valores humanitários e constitucionais⁴⁷⁹.

Faz-se necessário sublinhar que mesmo os magistrados preocupados com as disparidades raciais que foram entrevistados por Clair e Winter se mostraram também vítimas das armadilhas do racismo que estrutura as bases da sociedade estadunidense. Isso porque esse estudo identificou também que a maioria dos juízes acredita abertamente que um tratamento diferenciado viria a ser justamente a causa central da disparidade racial⁴⁸⁰. Essa crença, até por contrariar duramente a (boa) interpretação da igualdade que faz Celso Antonio Bandeira de Mello⁴⁸¹, parece mais

⁴⁷⁸ ALMEIDA, *op.cit.*, p. 41.

⁴⁷⁹ SILVA; BERTÚLIO; GIACOIA, 2023, p. 47.

⁴⁸⁰ CLAIR; WINTER, 2016, p. 13.

⁴⁸¹ Qualquer elemento residente nas coisas, pessoas ou situações pode ser escolhido pela lei como fator discriminatório, donde se segue que, de regra, não é no traço de diferenciação escolhido que se deve buscar algum desacato ao princípio isonômico. As discriminações são recebidas como compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão-somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade no tratamento em função dela conferida, dede que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição. O próprio ditame constitucional que embarga a desequiparação por motivo de raça e sexo nada mais faz que colocar em evidência certos traços que não podem ser tomadas como *ratio* fundamentadora de discrimen. Com efeito, por via do princípio da igualdade, o que a ordem jurídica pretende firmar é a impossibilidade de desequiparação fortuita ou injustificada (MELLO, C. A. B. **O conteúdo jurídico com princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 17 e 18).

Também vale destacar o artigo 1º (5) do Decreto n. 10.932, de 2023, que promulga a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, estabeleceu que as medidas especiais ou de ação afirmativa adotadas com a finalidade de assegurar o gozo ou exercício, em condições de igualdades, de um ou mais direitos humanos e liberdades fundamentais de grupos que requeiram essa proteção não constituirão discriminação racial, desde que essas medidas não levem à manutenção de direitos separados para grupos diferentes e não se perpetuem uma vez alcançados seus objetivos.

evidenciar a dificuldade que têm os magistrados de adotar um posicionamento contramajoritário, isto é, excepcional.

Além disso, parece reforçar também as armações que têm impedido o debate do racismo, que são o *preconceito de ter preconceito* e o costume de considerar como viés subversivo ou mesmo divisionista a simples discussão do racismo, numa sociedade que formalmente se proclama igualitária e democrática⁴⁸². Neste sentido parece ter caminhado as demais justificativas dadas pelos magistrados, tanto para a não intervenção, como para uma intervenção limitada ou comedida. Mesmo aqueles que relataram querer fazer algo, acabaram por apresentar um ou outro obstáculo (que se mostrou insuperável).

Desta maneira, observa-se, então, que a sentença criminal da Justiça do Estado do Paraná, mencionada logo no início desta seção, deu conta de evidenciar a dificuldade que o Judiciário brasileiro está tendo em compreender *o que* essa pauta exige e, muito, as artimanhas que o racismo – que é sabidamente estrutural - impõe silenciosamente. Percebe-se, neste sentido, que, apesar de o Tribunal de Justiça ter entendido (como fundamento) que a magistrada não teve qualquer intenção consciente (de ser) racista, a avaliação do intuito (do dolo) da julgadora nunca esteve exatamente em xeque – ou, pelo menos, não deveria estar. Como constou no parecer da Procuradoria de Justiça:

O ponto central do debate não é a intencionalidade da magistrada, mas as implicações que as suas fundamentações, carregadas de estereótipos raciais, causam ao esforço e à luta que todo um segmento étnico emprega para ser reconhecido com dignidade. Não se busca, com isso, atestar a inocência do recorrente ou eximi-lo de possível responsabilidade penal, mas estimular a elaboração de decisões e manifestações processuais, emanadas da autoridade judicial e também das partes, que sejam justas, equânimes, impessoais e livres de preconceitos de qualquer espécie⁴⁸³.

Não por outra razão Silva, Bertúlio e Giacoia concluíram que as manifestações da Juíza (e também da Promotoria e do Desembargador relator) revelaram, ao fim e

⁴⁸² Para (re)conhecer o racismo no sistema de justiça criminal, não apenas avaliando-o criticamente, mas buscando estratégias para seu enfrentamento, é preciso fugir de algumas das muitas armadilhas que, no Brasil, podem interditar o debate: a) o ‘preconceito de ter preconceito’, que Florestan Fernandes, na obra *A ditadura em questão*, de 1982, denunciou como tradição mistificadora, mas que deita raízes na desconstrução do ‘mito da democracia racial’ e b) o costume de considerar como de viés subversivo ou mesmo divisionista a simples discussão do racismo, numa sociedade que formalmente se proclama igualitária e democrática (SILVA; BERTÚLIO; GIACOIA, 2023, p. 21-22).

⁴⁸³ *Ibid.*, p. 82.

ao cabo, a clássica *negação* do racismo institucional, ou mesmo da possibilidade de que ele (ainda que não deliberadamente) pudesse ter ocorrido. Houve, portanto, como complementam, o citado daltonismo racial (ou uma cegueira para a cor)⁴⁸⁴.

Em termos de discurso (isto é, de fundamentação), a sentença se mostrou esperada e notadamente problemática. A magistrada, neste caso em discussão, desconsiderou arbitrariamente os argumentos da defesa técnica do acusado e os da Procuradoria. *Só por isso*, a decisão já poderia ser considerada nula – por faltar a devida fundamentação. Como visto, é dever dos julgadores o enfrentamento de *todos* os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador (art. 315, §2º, IV, CPP). Isso, contudo, não aconteceu. Vale registrar, aliás, que esse recurso tem se mostrado uma prática recorrente entre os magistrados. Vê-se, pois, que os (não tão novos) contornos do contraditório, ainda hoje, precisam ser devidamente compreendidos pelos representantes do Poder Judiciário.

Afora isso, quando o processo envolve questões de raça, esse expediente judicial ganha ainda outras nuances. Explica Bonilla-Silva que pessoas brancas tendem a *evitar* o uso de uma linguagem racial *direta* para expressar suas concepções raciais⁴⁸⁵. Essa esquivia é, portanto, dolosa. Por isso, convém logo refletirmos sobre o cabimento do fundamento do TJPR que acabou por atestar peremptoriamente que a magistrada em momento algum teve *intenção* de ser racista. E não só, a própria estratégia de não usar de forma direta uma linguagem racial parece evidenciar também uma postura racista e, especialmente, um *conflito* importante com a exigência de se encarar honesta e diretamente as questões raciais – ainda mais quando suscitadas pelas partes no processo.

Aliás, Bastide e Fernandes, na longínqua década de 50, já tinham alertado que o preconceito de cor representa(va), à época, uma espécie de dimensão *incômoda* do sistema cultural brasileiro e que era patente que nem os brancos, nem os indivíduos de cor se sentiam à vontade quando se discutiam as diversas manifestações do preconceito e da discriminação com base na cor. Todos preferiam

⁴⁸⁴ SILVA; BERTÚLIO; GIACOIA, 2023, p. 86.

⁴⁸⁵ BONILLA-SILVA, Eduardo. **Racismo sem racistas**: o racismo da cegueira de cor e a persistência da desigualdade na América. São Paulo: Perspectiva, 2020. p. 146.

ignorar a natureza, o alcance e os efeitos reais que afetavam os negros⁴⁸⁶. O transcorrer do tempo parece não ter alterado muito essa realidade ilustrada.

Desta maneira, é necessário sinalizar que os magistrados, em seus processos (nos referimos especificamente aos processos penais), precisam, mais do que nunca, considerar as questões de raça e de etnia aberta, franca e, sobretudo, *explicitamente*. Não apenas em razão do contraditório, mas, particularmente, por conta das preocupações para com os compromissos constitucionais que tocam a igualdade substancial (para com o comprometimento com o trato igualitário e com o modo republicano de enfrentar a questão racial). Os magistrados devem entender, sobretudo, que o silêncio nesses casos não significa apenas uma mera omissão. O silêncio evidencia, não raras vezes, exatamente a aptidão que o preconceito tem de assumir formas dissimuladas e larvais⁴⁸⁷.

Se o racismo é a *regra*, como visto, e se projeta, assim, no funcionamento das instituições jurídicas, especialmente, aqui, no Poder Judiciário, o não enfrentamento (o não debate) das questões suscitadas pela defesa técnica do acusado e pela Procuradoria facilitou, ao menos, a manutenção do *status quo*, isto é, a manutenção de um discurso que é parcial (enviesado) desde sua base. Não à toa Silva, Bertúlio e Giacoia observaram vícios lógicos de estruturação racional do pensamento na sentença (incoerência, contradições, ambiguidades, obscuridades), que acabaram se entremisturando exatamente com a falta de compromisso ético com a igualdade racial.⁴⁸⁸

Ou seja, observaram que a sentença se mostrou incoerente tanto do ponto de vista linguístico (porque eivada de vícios lógico-argumentativos) como também, do ponto de vista normativo (porque eivada de erros de julgamento)⁴⁸⁹. Demonstraram os autores, por exemplo, que apesar de a magistrada sustentar categoricamente que *nada sabia* sobre a conduta social do acusado, acabou aumentando a pena exatamente nesta circunstância, em razão de o comportamento do réu ter causado “o desassossego e desesperança da população”. Da mesma forma, apesar de destacar um atuar extremamente discreto do acusado, a magistrada aumentou a sua pena,

⁴⁸⁶ BASTIDE, R; FERNANDES, F. **Branços e negros em São Paulo: Ensaio sociológico sobre aspectos de formação, manifestações atuais e efeitos do preconceito de cor na sociedade paulistana**. 2. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1959. p. 271.

⁴⁸⁷ *Ibid.*, p. 242.

⁴⁸⁸ SILVA; BERTÚLIO; GIACOIA, 2023, p. 91.

⁴⁸⁹ *Ibid.*, p. 87.

agora a título de consequências, por conta de a vítima ter ficado emocionalmente abalada.

Por fim, a magistrada ratificou acriticamente o depoimento de um dos policiais que se mostrou potencialmente racista. Essa testemunha havia conjecturado que o acusado participava do furto de forma discreta (o que justificaria não ter aparecido nas imagens captadas nas câmeras de segurança juntadas aos autos), porque, *em sendo negro*, tinha o receio de atuar de modo mais ostensivo, por conta do maior risco de ser identificado⁴⁹⁰. Silva, Bertúlio e Giacoia, em poucas palavras, resumem cirurgicamente o que significou esse juízo:

Houve aqui um 'tour de force' na sentença, à qual o acórdão aderiu, em que a cor da pele do acusado foi utilizada por adesão a uma apreciação pessoal de uma testemunha policial, para colocar o acusado na cena do crime [...] numa heterodoxa valoração da prova pelo Judiciário, em 1º e 2º graus, a cor da pele do acusado teve o condão de transmutar uma insuficiência probatória (não aparecer na cena do crime) em uma prova fortíssima de que para o crime concorreu⁴⁹¹.

Neste horizonte, Kutateladze, Spohn e Johnson, em pesquisa (também citada por Silva, Bertúlio e Giacoia), que tratou da influência das questões raciais e étnicas no processo de tomada de decisão, perceberam que magistrados, apesar dos seus ideais igualitários proclamados, são frequentemente influenciados pela classificação automática e subconsciente da informação de formas racialmente codificadas que podem prejudicar sistematicamente essas minorias⁴⁹². Perceberam também que quando estes magistrados precisam considerar informações que se mostra(ra)m incompletas, são as características do indivíduo, como raça, sexo e classe social, que acabam sendo utilizadas como *indicadoras* de culpabilidade ou de periculosidade⁴⁹³.

Aliás, os pesquisadores constataram e vincularam esse acesso ao preconceito ao momento em que os tomadores de decisão acabam dispondo de informações insuficientes (é dizer, quando acabam não dispondo de informações suficientes). No entanto, no caso da decisão da magistrada brasileira, convém pontuar que a defesa técnica e Procuradoria trouxeram para o debate informações pertinentes

⁴⁹⁰ SILVA; BERTÚLIO; GIACOIA, 2023, p. 88.

⁴⁹¹ *Ibid.*, p. 88.

⁴⁹² KUTATELADZE, B.L.; SPOHN, C.; JOHNSON, B. Cumulative disadvantage: examining racial and ethnic disparity in prosecution and sentencing. **Criminology**, p. 514-551, 2014. p. 540.

⁴⁹³ *Ibid.*, p. 519.

sobre uma questão nuclear da decisão judicial⁴⁹⁴. Trata-se, então, de um fato que precisa(rá) ser sopesado.

Kutateladze, Spohn e Johnson explicam que, face a informações incompletas, a raça pode acabar servindo como um indicador-chave para a tomada de decisões sobre a periculosidade, ameaça e culpabilidade do acusado⁴⁹⁵. Contudo, nesta ocasião, como demonstrado, as partes anteciparam essa possibilidade e, ainda, pediram expressamente que a raça não só não fosse considerada um elemento-chave, como, também, que a raça fosse considerada para que os magistrados (especialmente os desembargadores do TJPR) pudessem, enfim, construir e evidenciar uma hermenêutica jurídica inovadora, capaz de atenuar os danos do racismo estrutural (do institucional).

A Justiça do Estado do Paraná, em suas duas instâncias, ostentou, pois, falhas relevantes. A magistrada singular violou o contraditório em sua acepção mais rudimentar. Por desconsiderar a participação (os argumentos) das partes, a sua decisão se mostrou, desde o início, ilegítima. Ademais, por envolver questões sociais sensíveis (de raça, etnia, gênero, classe social etc.), as consequências foram além daquelas que costuma(ria)m decorrer da violação do contraditório, isto é, do princípio democrático. O silêncio judicial importou – e parece regularmente importará – em uma confirmação do racismo (institucional).

À vista dos resultados das pesquisas apresentadas, é possível assinalar que a magistrada não buscou informações do acusado, não questionou preconceitos e tampouco se preocupou com a coerência externa de sua sentença. Contudo, não pode ser considerada não intervencionista, já que, aparentemente, negou veementemente a existência de práticas racistas⁴⁹⁶. Assim, neste sentido, recorreu aos elementos raciais para acentuar a responsabilidade do acusado – mesmo quando existentes informações contrárias. Se a raça costuma(va) ser utilizada para majorar a culpa (a responsabilidade) quando falta(va)m informações, a magistrada o fez mesmo com o debate racial pendente. Parece, pois, que o levantamento da questão racial

⁴⁹⁴ Mesmo que a defesa técnica e a Procuradoria não tenham trazido à magistrada informações *pessoais* do acusado, é sabido que a discussão iniciada pelas partes (de cunho mais geral, de direito, por assim dizer) já faria com que as principais particularidades do caso fossem consideradas e enfrentadas.

⁴⁹⁵ KUTATELADZE; SPOHN; JOHNSON, 2014, p. 540.

⁴⁹⁶ A magistrada, em diversas oportunidades, não só em sede judicial, como na instância administrativa, tentou explicar insistentemente que não havia sido racista.

pelas partes, somado com a inércia judicial, maximizou o racismo institucional, que se mostrou mais ostensivo (mais grave).

Já o Tribunal de Justiça, em sede de apelação, ainda que tenha excluído das penas os acréscimos referentes a conduta social, culpabilidade e consequências, demonstrou compreender pouco o racismo (estrutural e institucional) ao afastar a preliminar de argumentação racista na sentença. Quando os desembargadores tentam explicar o porquê a magistrada não teria sido racista, acabaram explicando – sem querer, por óbvio – justamente como as práticas racistas se articulam e se desenham nas decisões. Convém observar que a convicção⁴⁹⁷ quanto ao fundamento (quanto à explicação) trazido pelo Tribunal demonstram exatamente como essas posturas se mostram, muitas vezes, naturais, aceitáveis e pouco reprováveis.

A detida análise da fundamentação global da sentença nos revela com clareza que o aumento de pena não se deu em razão da cor da pele do condenado, mas sim porque ele atuava de forma mais discreta que os demais integrantes da organização criminosa, geralmente não abordando diretamente as vítimas, *porque era o único de pele negra e assim poderia ser facilmente identificado*⁴⁹⁸.

O desempenho dos magistrados, portanto, de maneira geral, precisa ser aperfeiçoado. De todo modo, ainda que possamos sublinhar, desde logo, a relevância do contraditório, isto é, da necessidade de estes magistrados considerarem o que as partes têm para dizer e, ainda, de se comprometerem com a integridade ética das suas fundamentações, parece também urgente o desenvolvimento de medidas que possam, antes, conscientizá-los da causa. Tudo o que foi visto até aqui parece não dispensar medidas que se mostrem preocupadas com a educação (com a formação) dos atuais e dos futuros magistrados.

Em outras palavras, todas as lacunas evidenciadas (que conversam com a fundamentação, argumentação e valoração da prova) não poderão ser – ou, seguramente, dificilmente serão - contornadas sem a devida sensibilização destes magistrados⁴⁹⁹. Cabe prontamente apresentar, então, algumas contribuições

⁴⁹⁷ [...] a detida análise da fundamentação global da sentença *nos revela com clareza* que [...]

⁴⁹⁸ SILVA; BERTÚLIO; GIACIOIA, 2023, p. 83.

⁴⁹⁹ Neste sentido, parece ter caminhado a Lei n. 10.639, de 2003, que alterou a Lei n. 9.394, de 1996, para incluir no currículo oficial da Rede de Ensino a obrigatoriedade da temática “História e Cultura Afro-Brasileira”. O seu artigo 1º acrescenta à lei alterada o artigo 26-A, §1º, que prevê: nos estabelecimentos de ensino fundamental e médio, oficiais e particulares, torna-se obrigatório o ensino sobre História e Cultura Afro-Brasileira. O conteúdo programático a que se refere o caput deste artigo incluirá o estudo da História da África e dos Africanos, a luta dos negros no

relevantes do Conselho Nacional de Justiça que buscam justamente o desenvolvimento do Poder Judiciário e, igualmente, dos seus representantes:

Quadro 2 - Resoluções e Portarias do Conselho Nacional do CNJ sobre a (tentativa de) sensibilização do Poder Judiciário e questões raciais e étnicas

Portaria Nº 42 de 01/02/2024	Regulamenta o Indicador de Desempenho na Promoção da Equidade Racial (Iper) e o Prêmio Equidade Racial, para o ano de 2024.
Resolução Nº 540 de 18/12/2023	Altera a Resolução CNJ nº 255/2018 e dispõe sobre paridade de gênero, com perspectiva interseccional de raça e etnia, em atividades administrativas e jurisdicionais no âmbito do Poder Judiciário.
Resolução Nº 519 de 11/09/2023	Institui o Prêmio “Equidade Racial”, com o objetivo de estimular e disseminar práticas que visem a eliminação das desigualdades raciais, premiando ações, projetos ou programas inovadores que combatam o racismo e impulsionem a equidade racial no âmbito do Poder Judiciário.
Resolução Nº 490 de 08/03/2023 Atenção: art. 2º, I ⁵⁰⁰	Institui o Fórum Nacional do Poder Judiciário para a Equidade Racial (Fonaer), destinado a elaborar estudos e propor medidas para o aperfeiçoamento do sistema judicial quanto ao tema.
Portaria Nº 140 de 25/09/2019	Institui e regulamenta o Portal CNJ de Boas Práticas do Poder Judiciário.
Resolução Nº 203 de 23/06/2015	Dispõe sobre a reserva aos negros, no âmbito do Poder Judiciário, de 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e de ingresso na magistratura.

Fonte: CNJ, 2024.

É preciso destacar também que o FONAER, instituído, como sinalizado, pela Resolução n. 490, de 2023, é um dos desdobramentos do Pacto Nacional do Judiciário pela Equidade Social que, em suma, sela um compromisso entre os tribunais brasileiros com o objetivo de cumprir normas e jurisprudência nacionais e internacionais pela igualdade racial, isto é, que objetiva, desde sua origem, o fortalecimento de uma cultura racial neste Poder, visando à desarticulação do racismo estrutural por meio da adoção de medidas específicas e concretas que possam assegurar a representação e o desenvolvimento de grupos raciais historicamente privados de condições de igualdades de oportunidades⁵⁰¹.

Brasil, a cultura negra brasileira e o negro na formação da sociedade nacional, resgatando a contribuição do povo negro nas áreas social, econômica e política pertinentes à História do Brasil.
⁵⁰⁰ Art. 2º. Caberá ao Fonaer: I – propor ao CNJ a implementação de medidas concretas e a edição de normativos para o aperfeiçoamento de procedimentos, incluindo a implantação e modernização de rotinas, a organização, especialização e estruturação dos órgãos competentes de atuação do Poder Judiciário com o objetivo de garantir a equidade racial, inclusive nos processos judiciais.

⁵⁰¹ A atuação deste Pacto se dá em quatro eixos distintos. o Eixo 1, o da promoção da equidade racial no Poder Judiciário, se preocupa com o fomento à representatividade racial no Judiciário e com a regulamentação de comissões de heteroidentificação nos Tribunais. O Eixo 2 trata da

Um dos seus eixos de atuação, inclusive, cuida da desarticulação do racismo institucional e integra a formação inicial e continuada de magistrados em questões raciais e ações de prevenção e combate à discriminação racial no âmbito do Judiciário. São evidências, portanto, de que este Poder já identificou sinais de que esse problema alcançou, sim, sua estrutura. Não por outra razão a Portaria n. 42, de 2024, ao discorrer sobre o Indicador de Desempenho na Promoção da Equidade Racial (IPER), tratou, sobremaneira, de medidas pedagógicas, ou seja, de conscientização do corpo de magistrados⁵⁰².

De todo modo, necessário pontuar que, se essas ações se mostram imprescindíveis, como adiantado, também o são, sem dúvida alguma, aquelas que se conectam às atividades típicas destes magistrados (notadamente, o ato de decidir). Neste aspecto, no entanto, essa Portaria considerou, *apenas*, a qualidade dos registros raciais no Módulo de Produtividade Mensal. Percebe-se, pois, que há, ainda, um caminho para percorrer. Mesmo assim, já existem disposições que buscam impedir a repetição de decisões como a que foi proferida pela magistrada paranaense e, também, de acórdãos como o do TJPR. Todas elas, aliás, precisam ser respeitadas, especialmente pelo compromisso assumido com os direitos humanos. Seguem algumas delas:

desarticulação do racismo institucional e, especificamente, da formação inicial e continuada de magistrados em questões raciais de ações de prevenção e combate à discriminação racial no âmbito do Judiciário. O Eixo 3 cuida da sistematização dos dados raciais do Poder Judiciário e do aperfeiçoamento da gestão dos bancos de dados visando a devido e necessária implementação de políticas públicas judiciárias de equidade racial baseadas em evidências). Por fim, o Eixo 4, o da articulação interinstitucional e social para a garantia de cultura antirracista na atuação do Poder Judiciário, trata da adoção e compartilhamento de práticas e ações voltadas à correção das desigualdades raciais, ampliando a capacidade deste Poder de diálogo com os demais órgãos do Sistema de Justiça e de interlocução com os movimentos sociais organizados (Em Pacto Nacional do Judiciário pela Equidade Racial. Disponível em: cnj.jus.br/programas-e-acoas/direitos-humanos/pacto-nacional-do-judiciario-pela-equidade-racial/. Acesso em: 9 abr. 2024).

⁵⁰² Portaria n. 42/2024, CNJ. Art. 2º O Iper será obtido pelo Conselho Nacional de Justiça com base em informações encaminhadas pelos órgãos do Poder Judiciário e avaliará os seguintes aspectos: I – percentual de desembargadores(as) negros(as) no tribunal; II – percentual de juízes(as) negros(as) no tribunal; III – percentual de servidores(as) negros(as) no tribunal; IV – percentual de servidores(as) negros(as) ocupantes de cargos de chefia, de cargos em comissão e de funções comissionadas; V – percentual de pessoas negras na composição de comitês e comissões e na condição de palestrantes em eventos institucionais cuja temática não seja a racial; VI – realização de eventos de sensibilização sobre questões raciais; VII – elaboração de campanhas e orientações contra o racismo e a discriminação; VIII – existência de canais de denúncia de situações de racismo no ambiente institucional; IX – realização de capacitações em equidade racial; X – qualidade dos registros raciais no Módulo de Produtividade Mensal (MPM); XI – desenvolvimento de programa de incentivo à capacitação de pessoas negras para ingresso na magistratura, podendo ser realizado em parceria com instituições públicas ou privadas.

Quadro 3 - Legislação nacional e internacional que trata da responsabilidade do Estado para com as questões raciais

Decreto n. 65.810, de 1969, que promulgou a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial	Artigo 2º, 1, a. Cada Estado Parte compromete-se a efetuar nenhum ato ou prática de discriminação racial contra pessoas, grupos de pessoas ou instituições e fazer com que todas as autoridades públicas nacionais ou locais, se conformem com esta obrigação. Artigo 5º. Os Estados Partes comprometem-se a proibir e a eliminar a discriminação racial em todas suas formas e a garantir o direito de cada um à igualdade perante a lei sem distinção de raça, de cor ou de origem nacional ou étnica, principalmente no gozo dos seguintes direitos⁵⁰³: a) direito a um tratamento igual perante os tribunais ou qualquer outro órgão que administre justiça.
Lei n. 12.288, de 2010, que instituiu o Estatuto da Igualdade Racial	Artigo 1º, Parágrafo Único. Para efeito deste Estatuto, considera-se: I - Discriminação racial ou étnico-racial: toda distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por objeto anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em igualdade de condições, de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública ou privada; II - Desigualdade racial: toda situação injustificada de diferenciação de acesso e fruição de bens, serviços e oportunidades, nas esferas pública e privada, em virtude de raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica. Artigo 53. O Estado adotará medidas especiais para coibir a violência policial incidente sobre a população negra. Parágrafo único. O Estado implementará ações de ressocialização e proteção da juventude negra em conflito com a lei e exposta a experiências de exclusão social. Artigo 54. O Estado adotará medidas para coibir atos de discriminação e preconceito praticados por servidores públicos em detrimento da população negra.
Decreto n. 10.932, de 2022, que promulgou a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e formas correlatas de intolerância.	Artigo 1º, 2. Discriminação racial indireta é aquela que ocorre, em qualquer esfera da vida pública ou privada, quando um dispositivo, prática ou critério aparentemente neutro tem a capacidade de acarretar uma desvantagem particular para pessoas pertencentes a um grupo específico, com base nas razões estabelecidas no Artigo 1.1, ou as coloca em desvantagem, a menos que esse dispositivo, prática ou critério tenha um objetivo ou justificativa razoável e legítima à luz do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Artigo 1º, 4. Racismo consiste em qualquer teoria, doutrina, ideologia ou conjunto de ideias que enunciam um vínculo causal entre as características fenotípicas ou genotípicas de indivíduos ou grupos e seus traços intelectuais, culturais e de personalidade, inclusive o falso conceito de superioridade racial. O racismo ocasiona desigualdades raciais e a noção de que as relações discriminatórias entre grupos são moral e cientificamente justificadas.

Fonte: CNJ, 2024.

⁵⁰³ Os direitos e as liberdades mencionados neste artigo não constituem um rol exaustivo. À frente destes direitos e liberdades figuram aqueles que derivam da Carta das Nações Unidas e da Declaração Universal de Direitos Humanos, como mencionado no preâmbulo da Convenção. A maior parte desses direitos foram detalhados nos Pactos Internacionais de Direitos Humanos (RAMOS, A.C. **Comentários Gerais dos Comitês de Tratados de Direitos Humanos da ONU - Comitê sobre a eliminação da discriminação racial**. Núcleo de Estudos Internacionais:, 2020. p. 40-41).

Essas normas buscam prestigiar, sobremaneira, as demandas singulares de certas pessoas. Como já visto, quando tratamos de alguns grupos, é preciso contrariar a pretensa neutralidade das disposições normativas e evidenciar expressamente suas necessidades particulares. Não por outra razão, apesar da Carta Magna estabelecer que *todos* são iguais perante a Lei, o Decreto n. 65.810, de 1969, a Lei n. 12.288, de 2010, o Decreto n. 10.932, de 2022, por exemplo, precisaram atestar abertamente que o Estado – e, aqui, claro, todos os seus Poderes – devem se comprometer com a não discriminação, isto é, devem assegurar que brancos e negros são iguais (tratá-los, na prática, como iguais).

Essas deliberações são, ainda assim, promessas. Nota-se, neste sentido, o uso recorrente de expressões como “o Estado compromete-se” e “o Estado adotará medidas”. É dizer, então, que esse imprescindível comprometimento, que deve suceder, obrigatoriamente, a devida sensibilização dos magistrados, também não basta. Em suma, todas essas disposições se preocupam em garantir “o que” os representantes do Poder Judiciário devem fazer, mas ainda não sinalizam o “como” fazer⁵⁰⁴.

Neste mesmo horizonte, a Lei n. 14.532, de 2023, incluiu recentemente o artigo 20-C na Lei n. 7.716, de 1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Constatou nesse artigo que, na interpretação desta Lei, o juiz deverá considerar como discriminatória qualquer atitude ou tratamento dado à pessoa ou a grupos minoritários que cause constrangimento, humilhação, vergonha, medo ou exposição indevida, e que usualmente não se dispensaria a outros grupos em razão da cor, etnia, religião ou procedência. Apesar de relevante e de não impedir, por si só, a observância dessa disposição legal, a falta de uma explicação desse “como” poderá configurar, sim, um obstáculo a ser enfrentado, ou seja, poderá comprometer a eficácia deste dispositivo. Assim, convém reiterar, pois, a absoluta pertinência do Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero do CNJ (estudado no tópico 4.1).

De todo modo, trouxeram avanços ímpares os artigos 53 e 54 do Estatuto de Igualdade Racial. Enquanto o primeiro reconheceu expressamente a violência policial

⁵⁰⁴ Desta maneira, quando uma norma define que o Estado deverá adotar alguma medida (isto é, deverá fazer algo), é necessário aqui sublinhar que, antes mesmo de decidir o como fazer, faltará ainda definir o que fazer. Portanto, a título de sugestão, necessário que os responsáveis pela criação normativa abreviem esse percurso tanto quanto possível.

que sofre, em especial, a população negra, o segundo parece ter reconhecido o racismo institucional ao se preocupar com os atos praticados por servidores públicos. Aliás, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, no julgamento do Caso 12.001, de 21 de outubro de 2006, admitiu, já à época, que o racismo institucional é um obstáculo à aplicabilidade da lei antirracismo no Brasil e que mesmo o Judiciário é incapaz de reconhecer o racismo contra o negro⁵⁰⁵. Estes dois dispositivos legais são elementos que *devem* ser considerados, sobretudo no momento da decisão.

A respeito das necessárias medidas para coibir a violência no âmbito do Poder Judiciário, o magistrado pode(ria), então, por exemplo, acentuar o rigor (ou, também é possível dizer, observar o seu real alcance e limite epistêmico) quanto à avaliação dos depoimentos policiais como prova – o que, notadamente, modulará a qualidade dos seus fundamentos e, assim, da sua integridade ética. Neste sentido, parece que a não aceitação de certas declarações ao menos caminhará no sentido de indicar que o tomador de decisão não ratifica o que acontece, não raras vezes, para além do processo penal.

Oportuno notar, contudo, que essa disposição (a do artigo 53, *caput*) não exige *exatamente* essa postura do juiz. Por isso, ainda que uma boa interpretação da norma conduza o magistrado a este comportamento, parece ainda necessário que as normas possam dispor de ações cada vez mais precisas e guiadas.

Por último, o Decreto n. 10.932, de 2022, integrou ao ordenamento jurídico brasileiro uma disposição que também tem o condão de impactar significativamente a percepção do racismo e que, seguramente, deve ser compreendida pelos magistrados como (mais) um elemento de justificação. O seu artigo 1º (2), ao tratar da discriminação racial *indireta*, apresentou aos operadores do direito justamente uma das formas mais impetuosas da discriminação, que é a disfarçada, a de difícil constatação e reprovação. Nos termos do Decreto, é aquela prática *aparentemente* neutra, mas que acaba por acarretar uma desvantagem particular para pessoas pertencentes a certos grupos⁵⁰⁶.

Logo, é possível pontuar que se a magistrada da Justiça do Paraná que proferiu a sentença potencialmente racista se ocupou em afastar tão somente a

⁵⁰⁵ Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Relatório n. 66/06. Caso 12.001. Simone André Diniz. Brasil. Julgamento em 21 de outubro de 2006.

⁵⁰⁶ Como já visto, uma das preocupações do Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero é exatamente tirar as máscaras desses dispositivos, prática ou critérios e mostrar seus interesses reais.

intenção de ser racista, deveria, ainda, ter se ocupado em assegurar que outras tantas formas de racismo não estavam sendo manifestadas. Até porque, como sustenta Telles:

O racismo consciente e explícito, na forma de insultos raciais, apesar de repreensíveis, são menos importantes para a manutenção da desigualdade racial do que as sutis práticas individuais e institucionais, comumente caracterizadas como “racismo institucional”. Estas práticas, no Brasil, derivam da forma de pensar que naturaliza a hierarquia racial e provavelmente causam mais danos dos que os menos comuns e mais divulgados insultos raciais⁵⁰⁷.

Importa sublinhar, no mais, que há mais ou menos duas décadas Racusen percebeu, em sua pesquisa de doutoramento, que juízes brasileiros costumavam exigir provas *diretas* do tratamento desigual para a (posterior) identificação do (crime de) racismo, isto é, que costumavam exigir a demonstração da motivação do agente de prejudicar⁵⁰⁸. A grande descoberta, na verdade, como bem observou, é que, desta maneira, o arguido poderia simplesmente convencer o magistrado de que não era uma ‘pessoa preconceituosa’, de que não tinha opiniões preconceituosas em relação a este arguido ou, ainda, de que essas opiniões não constituíam motivação alguma⁵⁰⁹.

Nada obstante o decorrer do tempo, parece que essa postura argumentativa e defensiva continua sendo adotada por alguns juízes contemporâneos, como, por exemplo, pela magistrada que prolatou a sentença mencionada no início desta seção. As atenções se voltam, mesmo hoje, ao agressor em potencial e não ao dano causado ou às consequências do ato para a pauta social e para a comunidade.

Por isso, Racusen se empenhou em sugerir que a discriminação racial deve ser compreendida como um problema de igualdade – e não como um problema de

⁵⁰⁷ TELLES, E. **Racismo à Brasileira**: uma nova perspectiva sociológica. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2003, p. 236.

⁵⁰⁸ A maioria dos juízes exigia uma demonstração em três vertentes: (1) prova direta do ato discriminatório, (2) prova direta do preconceito do arguido em relação ao queixoso e (3) prova da relação causal entre os dois. Cada um destes elementos representa(va) um elevado nível de prova. O arguido pode(ria) refutar qualquer um dos três pontos para refutar uma alegação. Assim, um arguido pode convencer um juiz de que não é uma “pessoa preconceituosa”, de que não tem opiniões preconceituosas em relação ao arguido, ou de que essas opiniões não constituem motivação, refutando o segundo ou o terceiro critério (RACUSEN, S. **A mulato cannot be prejudiced**: the legal construction of racial discrimination in contemporary Brazil. 2002, 407 p. Tese (Doutorado em Filosofia e Ciência Política) - Instituto de Tecnologia de Massachusetts, 2002. p. 93).

⁵⁰⁹ *Ibid.*, p. 93.

preconceito (que, daí, atrairia estes problemas apontados)⁵¹⁰. Além disso, neste (novo) horizonte, não deixou de esclarecer que essa igualdade não quer significar que todas as pessoas negras são iguais, que apresentam as mesmas demandas. Preocupou-se, na verdade, em singularizar as necessidades de cada negro como indivíduo único e distinto (isso também foi evidenciado no Tópico 4.1). Assim, parece ter apresentado um contorno relevante do mencionado daltonismo racial⁵¹¹.

Portanto, a previsão, agora expressa, da discriminação racial indireta, em particular, transformou a maneira de os magistrados enxergar as práticas racistas, sobretudo às vinculadas ao racismo já institucionalizado no e pelo Poder Judiciário. O impacto no discurso é notório, assim como na qualidade dos seus argumentos⁵¹².

É possível sustentar, no final de contas, que essas disposições normativas que foram apresentadas na Tabela 2 (e, naturalmente, muitas outras) são – ou seriam - respostas àqueles magistrados estadunidenses não intervencionistas que disseram sentir não poder fazer nada a respeito da desigualdade. Assim, atestam Silva, Bertúlio e Giacoia que:

Uma hermenêutica jurídico-penal constitucionalmente comprometida com desafios de “consistência externa” (contingências históricas, sociais, políticas e econômicas em jogo em qualquer demanda jurídica), e não apenas com a “consistência interna” (que não deixa de ser o fruto de uma hermenêutica tradicionalmente acomodada), não precisa afastar-se de âncoras jurídicas bem consistentes⁵¹³.

Daqui podemos (na verdade, precisamos) aproveitar as experiências do direito estrangeiro, notadamente do direito canadense⁵¹⁴. Isso porque, ainda que se reconheça o desenvolvimento e os bons préstimos do direito brasileiro, não há como olvidar que, em matéria penal, nossa legislação ainda se mostra atrasada, mesmo considerando as (quase) diárias inovações legislativas.

⁵¹⁰ Além disso, determinar se um ato foi cometido por motivação preconceituosa exige que os juízes consultem a sua própria ideologia racial (RACUSEN, 2022, p. 348).

⁵¹¹ A experiência brasileira indica que o daltonismo não pode ser simplesmente declarado como um destino alcançado. Não há verdadeiramente nada de natural na forma como os Estados categorizam os membros da sociedade em todos os países. Os problemas nas categorias tornam-se evidentes sempre que lhes damos significado: por discriminação ou por respostas políticas a essa discriminação (RACUSEN, 2022, p. 365).

⁵¹² Novamente vale deixar em relevo máximo a preocupação do Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero com as normas que direta ou indiretamente são discriminatórias.

⁵¹³ SILVA; BERTÚLIO; GIACOIA, 2023, p. 42.

⁵¹⁴ A direito comparado, como método, não está sendo empregado. A pesquisa, neste momento, intenciona explorar o direito estrangeiro e buscar recursos que possam servir para o desenvolvimento do direito brasileiro.

O próprio Código de Processo Penal, estudado oportunamente, passou por transformações impactantes na tentativa de amenizar o viés autoritário do Código original (de 1941), mas ainda deixa de lado algumas questões de ordem constitucional, especialmente as que aproximariam os magistrados dos seus compromissos éticos, aqueles que deveriam ser assumidos em razão da necessária preocupação para com a coisa pública. O mesmo ocorre com o Código Penal que, apesar de estabelecer balizas⁵¹⁵ que poderiam expandir a atuação judicial, acaba, ao fim e ao cabo, subsidiando interpretações em desfavor do réu - o que indica, neste caso, uma prática judicial equivocada, não apenas um problema legislativo.

Aliás, cabe destacar também que os juízes, em grande medida, costumam recorrer somente a esta legislação tradicional, por assim dizer, quando da decisão. Raros são os que recorrem às disposições (sabidamente existentes) como as citadas nesta seção, que se preocupam em prever obrigações que vão além da subsunção do fato à norma. Esse fato evidencia, inclusive, a indispensabilidade de fomentarmos, cada vez mais, o controle de convencionalidade.

Dito isso, destaca-se, enfim (na esteira das informações trazidas por Silva, Bertúlio e Giacoia, 2023), que o Código Penal canadense foi modificado em 1996 para dispor sobre os objetivos e os princípios gerais que tratam da aplicação da pena. Assim, a seção 718.2 (e) da parte XXII deste Código passou a estabelecer que ‘todas as sanções disponíveis diversas da prisão, que sejam razoáveis nas circunstâncias, devem ser consideradas para todos os infratores, *com particular atenção às circunstâncias dos infratores aborígenes*’. Essa alteração é bastante simbólica, sobretudo quando já demonstrado que o enfrentamento das desigualdades precisa ser expresso, evidente, gritante.

A lei, como visto, não é neutra e, ainda que seja, poderá passar por uma interpretação enviesada, que a tornará, aí, parcial. Além disso, à vista do vínculo estreito que mantemos com o que está previsto nestes dois diplomas (Código Penal e Código de Processo Penal), essa determinação poderia garantir que o magistrado considerasse, em algum grau, exatamente esse traço distintivo. Ficará mais fácil, também, identificar eventuais omissões do tomador de decisão. A modificação no

⁵¹⁵ Conforme o artigo 59 do Código Penal, o juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

Código canadense trouxe, portanto, um elemento de justificação a mais a ser considerado pelo magistrado.

Numa outra perspectiva, essa (não tão) nova redação manifesta certamente uma feição pedagógica (de sensibilização) ao tempo que exige que o magistrado atenda particularmente os infratores aborígenes, já que, se um nunca havia questionado as demandas que seriam caras a este indivíduo, agora terá que fazê-lo. Quiçá pela primeira vez, ainda que por imposição legal, terá que considerar o aborígene enquanto aborígene (e, claro, enquanto pessoa). Trata-se, por isso, (também) de uma medida de conscientização. Essa disposição, portanto, parece potencializar, ainda, a necessidade de se recorrer ao método ‘pergunta pela mulher’ (visto no Tópico 4.1), adaptado, naturalmente, às particularidades de outros grupos. Não há outra forma de o magistrado atender às circunstâncias especiais dos infratores aborígenes (e, assim, dos infratores negros, mulatos, pertencentes à classe social menos privilegiada etc.) sem conhecê-los.

Desta maneira, é forçoso já reconhecer que o artigo 59 do Código Penal brasileiro, quando determinou que o juiz deve atender à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social e à personalidade de todo e qualquer *agente*, pode ter deixado de aproveitar a oportunidade de exigir atenção particular àqueles que precisam de uma atenção singularizada e, ainda, optou (mesmo que não deliberadamente) por manifestar a *pretensa* neutralidade da lei, no sentido do que todos estes agentes são e seriam (em tese) iguais e de que deveriam, assim, receber tratamentos iguais. No final das contas, a sua redação seguramente não impede – e muito menos cessa – a perpetuação de tratamentos díspares e injustos. Essa modificação (experiência) legislativa que aconteceu no direito estrangeiro, então, muito nos serve de exemplo.

A respeito ainda dessa mudança legislativa, pois, poucos anos mais tarde, em 1999, a Suprema Corte do Canadá, no Caso R v. Gladue, enfrentou essa inovação e tratou prontamente de destacar que a sentença é um *processo individual* e que sua adequação depende(rá) de como sua comunidade a entende. Reconheceu também, na oportunidade, que as circunstâncias dos aborígenes, integradas expressamente, agora, ao Código Penal canadense, são *únicas*⁵¹⁶. Além disso, entendeu abertamente

⁵¹⁶ Sentencing is an individual process and in each case the consideration must continue to be what is a fit sentence for this accused for this offence in this Community. The Section 718.2(e) directs judges to undertake the sentencing of such offenders individually, but also differently, because the

que o produto da seção 718.2 (e) foi a alteração do *método de análise* à disposição dos magistrados para o sentenciamento de acusados aborígenes, que passaram a ter que considerar, para este momento:

- a) Os fatores sistêmicos e históricos singulares que podem ter contribuído para levar o acusado ao Tribunal.
- b) Os tipos de procedimentos e de sanções que se mostrem apropriados nas circunstâncias para o acusado à vista de sua ancestralidade ou conexão aborígine (tradução nossa)⁵¹⁷.

Essas contribuições da Suprema Corte do Canadá permitem já uma primeira aproximação do direito brasileiro. Se a sentença como processo individual de responsabilidade de uma pessoa não é novidade para o nosso ordenamento jurídico⁵¹⁸, talvez o sejam esses contornos que foram apresentados. Em suma, individualizar a pena significou, ao menos para o direito canadense, a consideração de *tudo* o que acontece(u) com o indivíduo antes de se tornar réu.

Dito de outra forma, tudo o que aconteceu e que acabou o levando aos bancos dos réus, que acabou fazendo dele um réu. A Corte canadense usa a expressão *background factors* para se referir ao que deve ser considerado pelo magistrado. Assim, à vista do significado desse termo, devem importar todas as informações ou circunstâncias que influenciam ou explicam algo, assim como a educação, a experiência e as circunstâncias sociais de uma pessoa⁵¹⁹.

Importa registrar, contudo, que o resultado da consideração destes fatores não nos leva(rá) *sempre* ao mesmo lugar, dado que essas informações podem ser compreendidas de diversas formas pelos tomadores de decisão. Convém lembrar oportunamente que Clair e Winter observaram que alguns magistrados consideram, inclusive, que o próprio réu e suas circunstâncias de vida (como, por exemplo, a

circumstances of aboriginal people are unique (CANADÁ. Poder Judiciário. Suprema Corte. **Caso “R v, Gladue”**, 1999. Disponível em: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/1695/index.do>. Acesso em: 15 abr. 2024).

⁵¹⁷ In sentencing an aboriginal offender, the judge must consider: (a) the unique systemic or background factors which may have played a part in bringing the particular aboriginal offender before the courts; and (b) the types of sentencing procedures and sanctions which may be appropriate in the circumstances for the offender because of his or her particular aboriginal heritage or connection. In order to undertake these considerations, the sentencing judge will require information pertaining to the accused. Judges may take judicial notice of the broad systemic and background factors affecting aboriginal people, and of the priority given in aboriginal cultures to a restorative approach to sentencing (CANADÁ. Caso “R v, Gladue”, 1999).

⁵¹⁸ O artigo 5º, XLVI, da Constituição de 1988 estabelece expressamente que a lei regulará a individualização da pena (Brasil, 1988).

⁵¹⁹ SOANES, C. **The Oxford dictionary of current English**. 3.ed. Oxford: Oxford University Press, 2001. p. 58.

pobreza) são a causa do ingresso daquele no sistema de justiça. Não surpreende, então, que a Suprema Corte do Canadá tenha enfatizado expressamente que o enfrentamento obrigatório das particularidades do acusado (no caso, ser aborígene) não deve ser tomado como um meio de reduzir automaticamente a prisão, muito menos fazer presumir que este sempre receberá uma medida mais branda. Aliás, afastou também qualquer possibilidade de se compreender que os povos aborígenes não acreditam na importância dos objetivos tradicionais da pena e de que não poderão receber penas severas⁵²⁰.

Em 2012, no julgamento do Caso *R v. Ipeelee*, a Suprema Corte canadense precisou esclarecer que os fatores sistêmicos e históricos, mencionados no Caso *R v. Gladue*, serão de natureza atenuante *apenas* na medida em que puderem desempenhar um papel no comportamento do infrator aborígene. Assim, acrescentou que:

O direito penal canadense baseia-se na premissa de que a responsabilidade penal resulta apenas de uma conduta voluntária. Muitos ofensores aborígenes encontram-se em situações de privação social e econômica, com falta de oportunidades e opções limitadas de desenvolvimento positivo. Embora esta situação raramente - ou nunca - atinja um nível em que se possa dizer que as suas ações não foram *voluntárias* e, por conseguinte, não merecem uma sanção penal, a realidade é que as suas circunstâncias limitadas podem diminuir a sua culpabilidade moral (tradução nossa)⁵²¹.

Neste mesmo sentido, a Corte, apesar de enunciar que o magistrado, ao sentenciar um acusado aborígene, deverá considerar questões como a história do colonialismo e das escolas residenciais e, ainda, compreender *como* essa história tem se *traduzido* em níveis de escolaridade mais baixos, rendimentos mais baixos, mais desemprego, taxas mais elevadas de consumo de substâncias entorpecentes e de suicídio e, naturalmente, em níveis mais altos de encarceramento para esse grupo, não tardou em assinalar que essas questões, *por si só*, não têm o condão de justificar

⁵²⁰ However, s. 718.2(e) is not to be taken as a means of automatically reducing the prison sentence of aboriginal offenders; nor should it be assumed that an offender is receiving a more lenient sentence simply because incarceration is not imposed. It is also unreasonable to assume that aboriginal peoples do not believe in the importance of traditional sentencing goals such as deterrence, denunciation, and separation, where warranted. In this context, generally, the more serious and violent the crime, the more likely it will be as a practical matter that the terms of imprisonment will be the same for similar offences and offenders, whether the offender is aboriginal or non-aboriginal (CANADÁ. Caso “*R v. Gladue*”, 1999).

⁵²¹ CANADÁ. Poder Judiciário. Suprema Corte, **Caso “*R v. Ipeelee*”**, 2012. Disponível em: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/8000/index.do>. Acesso em: 15 abr. 2024.

necessariamente uma sentença diferente para um aborígene⁵²². O mesmo ocorre(rá) quando do julgamento de um acusado negro, como se nota:

Chegou o momento em que eu, como juiz de condenação, devo tomar conhecimento judicial de questões como a história do colonialismo, da escravidão, das políticas e práticas de segregação, do trauma intergeracional e do racismo, tanto manifesto como sistêmico, no que se refere aos canadenses africanos e como isso se traduziu em prejuízos socioeconômicos e níveis mais elevados de encarceramento. *Embora isto não justifique por si só uma sentença diferente*, é um primeiro passo importante para fornecer o contexto necessário para compreender as informações específicas do caso na sentença⁵²³.

Para não restar dúvida da proposta da seção 718.2 (e), eis, então, o que o Tribunal de Recurso de Manitoba, no Caso R v. Vermette (2001) decretou:

Esta seção não exige que os réus aborígenes recebam um tratamento melhor do que os demais. É simplesmente o reconhecimento de que a pena deve ser individualizada e que existem problemas sociais graves no que respeita aos aborígenes que exigem soluções mais criativas e inovadoras. Não se trata de discriminação inversa. É o reconhecimento de que, para se conseguir uma verdadeira igualdade, por vezes as pessoas têm de ser tratadas de forma diferente (tradução nossa)⁵²⁴.

Desta maneira, todo e qualquer tratamento díspar, mesmo aquele que se mostrar pertinente para certos indivíduos, como os aborígenes, precisa(rá), então, ser justificado⁵²⁵. O princípio da paridade, assim, inscrito na seção 718.2 (b), segundo a Suprema Corte do Canadá, precisará se servir justamente das circunstâncias singulares do acusado, que deverão estar racionalmente relacionadas ao processo em questão⁵²⁶. Daqui emerge, então, a preocupação para com o *método* de análise à disposição dos tomadores de decisão quando do sentenciamento dos acusados aborígenes, trazida pela modificação no Código Penal canadense.

⁵²² CANADÁ., Caso “R v. Ipeelee”, 2012, 2012.

⁵²³ CANADÁ. Poder Judiciário. Corte Superior de Justiça de Ontário. **Caso “R v. Jackson”**, 2018, parágrafo 82.

⁵²⁴ CANADÁ. Poder Judiciário. Tribunal de Recurso de Manitoba, **Caso “R v. Vermette”**, 2001. Disponível em: <https://ca.vlex.com/vid/r-v-vermette-i-681495117>. Acesso em: 15 abr. 2024.

⁵²⁵ Desta maneira, não há nada no julgamento do Caso R v. Gladue que impeça que esses fatores sistêmicos e históricos sejam levados em conta para outros casos.

⁵²⁶ The parity principle which is contained in s. 718.2(b) means that any disparity between sanctions for different offenders needs to be justified. To the extent that the application of the *Gladue* principles lead to different sanctions for Aboriginal offenders, those sanctions will be justified based on their unique circumstances - circumstances which are rationally related to the sentencing process (CANADÁ. “R v. Ipeelee”, 2012).

O julgamento do Caso R v. Gladue não rendeu apenas orientações a respeito do “o *que*” o magistrado deve fazer, mas, também, a respeito do “*como*” este magistrado deve proceder. Assim, constou no acórdão que, para o juiz ter condições de considerar os mencionados fatores sistemáticos e históricos (o *background*), “*necessitará de informações relativas ao arguido e, por isso, deverá tomar nota dos fatores que afetam os aborígenes e da prioridade dada nas culturas aborígenes a uma abordagem reparadora da pena* (tradução nossa)”⁵²⁷. A Suprema Corte, nesta mesma oportunidade, sinalizou que o juiz deverá obter essas informações *ainda que* o advogado do acusado não o faça⁵²⁸. Talvez em razão deste último posicionamento, em 2018, a Corte Superior de Justiça de Ontário, no julgamento do Caso R v. Jackson, registrou que, embora se reconheça que o problema do encarceramento excessivo de pessoas negras possa ser solucionado, de fato, por meio da sentença, essa continua tendo que respeitar o contraditório.

Aliás, nesta ocasião, o juiz Nakatsuri decretou que os magistrados devem tomar cuidado para não se tornarem um defensor ou, mesmo, um inquisidor⁵²⁹. Neste sentido, inclusive, caminharam Silva, Bertúlio e Giacoia ao sinalizarem que as informações à disposição do magistrado devem ser fundamentalmente formalizadas pela defesa técnica do acusado, com subsídios materiais da própria defesa pessoal do acusado⁵³⁰. Desta maneira, explicaram que:

Se o combate ao racismo envolve superar a prática dos “discursos silenciados”, nada mais adequado que o próprio acusado preste diretamente as declarações sobre eventual impacto racial em sua biografia e nas relações que teve com o sistema de justiça criminal⁵³¹.

Ainda assim, é necessário reconhecer que a defesa do acusado pode não ter condições de fornecer ao tomador de decisão as informações que importam (os dados sobre as questões sociais e históricas). O direito canadense, a título de exemplo, se vale da avaliação de impacto racial e cultural (*impact of race and culture assessment* – IRCAs⁵³²), ferramenta que se destina exatamente aos magistrados, fornecendo-lhes

⁵²⁷ CANADÁ. Caso “R v. Gladue”, 1999, parágrafo 93.

⁵²⁸ *Ibid.* parágrafo 84.

⁵²⁹ CANADÁ. “R v. Jackson”, 2018, parágrafo 98 e 100.

⁵³⁰ SILVA; BERTÚLIO; GIACOA, 2023, p. 66.

⁵³¹ *Ibid.*, p. 66.

⁵³² Um IRCA pode fornecer informações sobre áreas que nem sempre são do conhecimento de alguns juristas. Por exemplo, a pobreza e a discriminação sistêmica na educação, no emprego e na justiça criminal e como os impactos da discriminação podem abranger gerações.

informações de possível racismo estrutural (em geral) e institucional (em etapas anteriores da persecução em julgamento, ou em prévias persecuções penais de que os acusados aleguem ter sido vítimas) que permitam, eventualmente, a anulação do processo ou a atenuação de sanções ou suas condições de cumprimento⁵³³. Só por isso, parece ter razão o magistrado do Caso R v. Jackson (2018) quando defende que o acusado não deve ser sobrecarregado com a obrigação de apresentar provas periciais ou técnicas como essas, já que, muitas vezes, terá recursos limitados ou inexistentes para fazer uso de especialistas⁵³⁴.

Portanto, a iniciativa dos representantes do Judiciário de apreenderem as questões sistêmicas que tangenciam o caso aparenta ser uma boa forma de evitar esse contratempo e, ainda, acaba por potencializar a chance de serem sensibilizados⁵³⁵. De todo modo, urge destacar que essa possibilidade não afasta, em absoluto, a relevância da voz do próprio acusado. Muito pelo contrário. Ao fim e ao cabo, é obrigatório que o juiz chegue a uma sentença adequada e proporcional e que disponha das informações necessárias para chegar a essa sentença, isto é, que tenha informações *suficientes* para avaliar os fatores sistemáticos e históricos⁵³⁶.

Esse desfecho, a propósito, coincide com a necessidade levantada por Silva, Bertúlio e Giacoia de se promover a abertura de *oportunidades* para a cognição de elementos de racismo estrutural ou institucional, seguida, claro, de transparente discussão pelas partes sobre até que ponto essas informações amealhadas poderão autorizar e justificar algum ajuste da pena⁵³⁷, até porque, neste horizonte, parece importar justamente o debate qualificado, que será potencializado, sobremaneira, de acordo com a natureza das informações encontradas e disponíveis a todos os envolvidos do processo.

Em termos (mais) práticos, o julgamento do Caso R v. Jackson (2018) nos oferece, então, ações bastante palpáveis. Primeiro, o acórdão consignou expressamente que as circunstâncias contextuais relativas às experiências do acusado *devem* ser levadas em conta na condução da sentença, sobretudo na aplicação dos seus princípios, como a igualdade, a reabilitação e a contenção⁵³⁸.

⁵³³ SILVA; BERTÚLIO; GIACOIA, 2023, p. 55.

⁵³⁴ CANADÁ. Caso “R v. Jackson”, 2018, parágrafo 90.

⁵³⁵ *Ibid.*, parágrafos 86-92.

⁵³⁶ *Ibid.*, parágrafos 86-92.

⁵³⁷ SILVA; BERTÚLIO; GIACOIA, *op.cit.*, p. 98.

⁵³⁸ CANADÁ, Caso “R v. Jackson”, 2018, parágrafo 107.

Importa já acentuar que se nesta oportunidade preocupou-se em *garantir* que esses elementos sejam integrados à sentença, o julgamento nada mais fez que oferecer ao tomador de decisão um elemento de justificação obrigatório. Aliás, foi entendido que “os juízes sentenciadores, enquanto trabalhadores da linha de frente do sistema de justiça criminal, são os que estão em melhor posição para reavaliar estes critérios e, assim, garantir que não contribuam para a discriminação racial sistêmica contínua (tradução nossa)”⁵³⁹.

Neste sentido, a Corte destacou também que é preferível que o magistrado tome conhecimento da injustiça sistêmica e histórica cometida contra os afrodescendentes a aderir estritamente às regras tradicionais de prova que, neste caso, só servirão para beneficiar o *status quo*⁵⁴⁰.

Afora isso, este julgamento deixou de exigir uma conexão causal direta entre a biografia do acusado (os “*backgrounds factors*”) e o delito. Foi explicado que raramente essa conexão poderá ser provada, especialmente quando se sabe que coexistem, neste percurso, diversos fatores (entre os sistemáticos e históricos). Reconheceu-se, em verdade, que tal exigência importaria, ainda, em uma *barreira sistêmica* que acabaria, apenas, perpetuando a desigualdade entre brancos e negros⁵⁴¹. Essa posição adotada impede que o magistrado exija prova de que a conduta praticada pelo indivíduo se deu em razão deste ou daquele evento.

Em outras palavras, torna inadmissível, desde logo, este discurso como (potencial) argumento. Entretanto, como visto, não dispensa a defesa de apresentar exatamente como essas circunstâncias acabaram afetando a pessoa que está sendo julgada. Aí, na sequência, a (boa) leitura que será feita desse processo depende(rá), e muito, da sensibilização, educação e capacitação do julgador.

Por último, foi compreendido e sinalizado que estes fatores poderão influenciar a culpabilidade moral do infrator, como já adiantado. Para a Corte Superior de Justiça de Ontário, neste caso em questão, “*sempre* que estes fatores desempenharem um papel relevante, o juiz *deverá* tê-los em consideração (tradução nossa)”⁵⁴². Desde logo, percebe-se que o Judiciário canadense guarneceu os seus pares, por mais uma vez, com um elemento de justificação. Para o direito brasileiro,

⁵³⁹ CANADÁ. “R v. Jackson”, 2018, parágrafo 107.

⁵⁴⁰ *Ibid.*, parágrafo 86.

⁵⁴¹ *Ibid.*, parágrafo 112.

⁵⁴² *Ibid.* parágrafos 109 e 110.

essa contribuição se mostra ímpar, particularmente quando se reconhece que raras são as sentenças que consideram a culpabilidade *a favor* do acusado e, ainda, que o (promissor) artigo 187, §1º, do Código de Processo Penal tem sido negligenciado. Neste sentido, inclusive, Silva e Gross Jr pontuam que não basta(rá) observar essa disposição formalmente se, na dosimetria da pena, o magistrado deixar de considerar, concretamente, os aspectos biográficos do acusado⁵⁴³.

A pesquisa não adentrará verticalmente nessa temática. Ainda assim, dada a possibilidade concreta de qualificação da atuação do Poder Judiciário justamente no âmbito da valoração da culpabilidade do indivíduo, necessário fazer referência ao artigo “*Direitos fundamentais, liberdade e democracia: aplicando a Teoria da Amartya Sen na redefinição do conceito de culpabilidade, à luz das exigências do Estado Democrático de Direito*”, de Eliezer Gomes da Silva. O autor, nessa oportunidade, sugere a ampliação do conteúdo analítico da liberdade de autodeterminação à luz do que se deva considerar liberdade como direito fundamental e, desta maneira, toma como norte as disponibilidades que concreta e efetivamente concorreram para o pleno exercício dessa autodeterminação pelo indivíduo⁵⁴⁴. Em suma, sustentará que:

Se culpabilidade há de ser entendida como maior ou menor liberdade de ação (não do ponto de vista moral, intelectual, psicológico ou circunstancial), mas de um conjunto das referidas disponibilidades estruturais – de todo coincidentes com a maior ou menor privação de direitos fundamentais, ao agente, pelo estado de direito democrático), o hipossuficiente e o que exerce enorme parcela de poder deverão ser, no plano da culpabilidade, reprovados de modo distinto. Aos verdadeiramente livres para realizar uma vontade antijurídica, pela plena fruição das prerrogativas e pressupostos para a manifestação individual de sua liberdade (condição absoluta de poder) o compromisso ético de conformação com as regras do jogo sociojurídico há de acarretar uma censura, uma reprovação verdadeiramente intensa da conduta típica e antijurídica perpetrada, por uma espécie de “abuso de poder”⁵⁴⁵.

⁵⁴³ SILVA, E. G.; GROSS JR., R. Da aplicação da pena – artigos 59 a 68. In: HAMMERSCHMIDT, D. (org.). **Código Penal Comentado**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2023. p. 227.

⁵⁴⁴ Disponibilidades sociais, políticas e econômicas para o exercício da liberdade de autodeterminação poderão representar, no plano da culpabilidade, fator de redução (ou mesmo de exclusão) da reprovabilidade da conduta criminosa (e conseqüentemente da sanção ou censura correspondente) ou mesmo de intensificação (exasperação) mesmo da reprovabilidade da conduta criminosa (SILVA, Eliezer Gomes da. *Direitos fundamentais, liberdade e democracia: aplicando a teoria de Amartya Sen na redefinição do conceito de culpabilidade, à luz das exigências do estado democrático de direito*. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 16, 2008, Florianópolis. **Anais** [...]. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. p. 5162-5163.

⁵⁴⁵ *Ibid.*, p. 5163.

A título de fechamento deste tópico derradeiro, as decisões que foram analisadas atestaram que a seção 718.2 (e) do Código Penal canadense alterou sensivelmente o *método* de trabalho dos magistrados com a previsão expressa dos fatores sistemáticos e históricos. À vista da redação original do acórdão, que estabelece que o magistrado deverá considerar os “*systemic or background factors*”, compreende-se que essa modificação legislativa passou a exigir a consideração do sistema (como um todo) e do contexto no qual o acusado está e, principalmente, esteve inserido. Foi possível perceber também que a necessidade de enfrentamento desses fatores não quer significar que estes são neutros, que estão prontos para serem desvendados, como se fossem absolutamente desconhecidos.

Na realidade, essa exigência – agora legal – parece ter decorrido da desconfiança (ou, melhor, da certeza) de que uma parcela impactante de indivíduos passa por situações que outros tantos não precisam – e não precisarão - passar, isto é, parece ter decorrido da certeza da existência justamente das desigualdades sociais. Muito por isso a utilização desses fatores busca contornar ou, ao menos, atenuar o tratamento desigual que essas pessoas recebem quando da sentença ou mesmo durante todo o processo. Neste sentido, esses fatores foram posicionados, inclusive, no lugar de certas convicções (pré-conceitos) que habitualmente eram – e ainda são - consideradas quando da valoração da prova, por exemplo.

Numa abordagem distinta, a seção 718.2 (e) do Código Penal estabeleceu – e o fez expressamente - elementos de justificação fundamentais. Ao seguir a regra do jogo, isto é, ao integrar este comando a uma lei e, ainda, à lei de uso diário dos magistrados, potencializou sua eficácia. Assim, a contribuição do legislativo canadense foi notadamente salutar, assim como foi e tem sido o aporte do Judiciário, que, como visto, se preocupou em explicar *como* essa disposição pode(ria) ser materializada na prática. Portanto, foi apresentado o “o que” fazer e, também, o “como” fazer.

Desta maneira, é preciso compreender que, mesmo que o Tribunal de Recurso de Nova Escócia, em 2021, no Caso R v. Anderson, tenha estabelecido que “a exploração de um rico manancial de informações da avaliação de impacto racial *garante* que esses fatores sistêmicos e contextuais sejam integrados na elaboração de uma sentença adequada, proporcional à gravidade da infração e à culpabilidade

moral do infrator (tradução nossa)”⁵⁴⁶, o que pode(rá) assegurar, de fato, que o magistrado irá observá-los é a *exigência expressa* neste sentido e, naturalmente, a existência de mecanismos que possam fiscalizar e corrigir eventual descumprimento dessa determinação.

Por fim, sem perder de vista a relevância do debate a respeito de *até onde* o juiz pode ir na busca dessas informações, é sabido que “estratégias antirracistas, como a formulação de avaliações de impacto racial, dependerão, em enorme medida, do comprometimento dos advogados e defensores públicos, que também precisam “abrir os olhos” para o racismo institucional, na defesa das pessoas a quem juridicamente assistem”⁵⁴⁷. Aqui presenciamos, aliás, a aproximação do princípio democrático, como também observaram Silva, Bertúlio e Giacoia:

Ainda que seja legítimo que juízes, de ofício, levem em consideração notórios elementos de racismo estrutural e institucional, toda a argumentação jurídica sobre a possibilidade de a sentença criminal ser eventualmente ajustada, a luz de tais aspectos, demanda uma correlação de tais aspectos com a culpabilidade concreta do autor pelos fatos especificamente denunciados no processo⁵⁴⁸.

Afinal de contas, a estrutura dialética do processo (a que se pauta, muito, no diálogo) também precisa ser prestigiada, sobretudo quando se pleiteia a autonomia dos indivíduos. De nada adianta(ria) tecer duras críticas aos representantes do Poder Judiciário se, em momentos como esse, for delegada toda a responsabilidade de se buscar informações - que serviriam, sobremaneira, para o acusado - para o magistrado. A omissão das partes mina, sem sombra de dúvida, o bom funcionamento do devido processo e compromete a satisfação dos objetivos que a Carta Magna separou, com cuidado, para a fundamentação (sobre essa questão, muito se viu no Tópico 2.3).

Por fim, é possível concluir que o direito canadense, ao menos a partir do que foi exposto nessa pesquisa, notou e corrigiu um problema que, assim como ocorre, *ainda*, no Brasil, dificultava o enfrentamento de questões sociais urgentes (em suma, o estabelecimento e o fortalecimento da verticalização das relações sociais). Assim,

⁵⁴⁶ CANADÁ. Poder Judiciário. Tribunal de Recurso de Nova Escócia, **Caso “R v. Anderson”**, 2021, parágrafo 114. Disponível em: <https://www.canlii.org/en/ns/nsca/doc/2021/2021nsca62/2021nsca62.html>. Acesso em: 17 abr. 2024.

⁵⁴⁷ SILVA; BERTÚLIO; GIACOIA, 2023, p. 66.

⁵⁴⁸ *Ibid*, p. 67.

faltou apenas registrar uma passagem singular do julgamento do Caso R v. Jackson, que será feito agora. Nessa ocasião, foi compreendido, primeiro, que a consideração dos fatores sistemáticos se mostrou absolutamente apropriada para o sentenciamento de um indivíduo. A Corte, inclusive, entendeu que essa questão não se mostra sequer problemática, de difícil percepção⁵⁴⁹.

Na sequência, contudo, destacou textualmente que tem havido menos discussão sobre a forma *como* esses mesmos fatores poderiam ser considerados, o que poderia, em tese, comprometer a consideração da biografia do acusado. Desta maneira, a Justiça de Ontario não tardou em sublinhar que a *resposta* - para compatibilizar a necessidade de se fazer compreender que estes fatores precisam ser levados em consideração e a necessidade de estes serem, concretamente, enfrentados - foi exatamente a seção 718.2 (e). O mesmo pode acontecer no Brasil, considerando, naturalmente, as nossas particularidades.

⁵⁴⁹ CANADÁ. “R v. Jackson”, 2018, parágrafo 112.

CONCLUSÕES

POR UM PROTOCOLO PARA A FUNDAMENTAÇÃO DEMOCRÁTICA E REPUBLICANA DAS DECISÕES JUDICIAIS CRIMINAIS

A pesquisa que aqui se encerra conseguiu alcançar resultados satisfatórios, especialmente à vista do que se buscou, desde seu nascimento e, também, considerando todas as dificuldades que foram encontradas e enfrentadas nessa longa jornada.

A fundamentação rapidamente se mostrou um objeto de estudo bastante complexo, sobretudo por estar visceralmente conectado a outros tantos, o que, permite concluir, desde já, que o seu desenvolvimento vai exigir, sempre, que todos os seus desdobramentos e conexões avancem em igual qualidade. Por exemplo, não há como estudar a fundamentação e, principalmente, aprimorá-la sem, antes, compreender as bases que fundam o Estado brasileiro e, claro, a relevância da Constituição República de 1988. Também não será possível entender sua essência sem conhecer as teorias da argumentação e os terrenos espinhosos do processo de apreciação das provas, do devido processo, do contraditório e da presunção de inocência. Ademais, nenhuma pesquisa sobre a fundamentação poderá se contentar com investigações estritamente jurídicas, já que ela é, diariamente, impactada por fatores que vão muito além do direito. Afinal, invariavelmente, fundamentar dificilmente deixará de ser, também, exercício de poder.

Essas percepções revelaram ainda o limite dessa pesquisa. Em não sendo possível um estudo denso e verticalizado de todos esses temas, esse trabalho conseguiu, aí sim, responder *algumas* das muitas questões relevantes que precisam ser enfrentadas para que a fundamentação, como objeto de pesquisa, possa ser, um dia, compreendida adequadamente, é dizer, como um instrumento para que o juiz possa cumprir seu compromisso para com a sociedade brasileira.

Antes de rememorar, ainda que resumidamente, os resultados obtidos em cada seção da pesquisa, parece oportuno apresentar o que foi observado durante o Estágio de Imersão, etapa obrigatória do Programa de Mestrado da Universidade Estadual de Ponta Grossa⁵⁵⁰. Inclusive, cabe destacar que essa atividade contribuiu

⁵⁵⁰ O Estágio de Imersão foi realizado em uma Vara Criminal de Curitiba. No total, foram cumpridas 60 horas de observação, que foram divididas entre os meses de maio, junho e julho de 2023. As atividades desenvolvidas foram ambientação no local e o acompanhamento das atividades

substancialmente para o amadurecimento da pesquisa, porque colocou em choque, em muitos momentos, a teoria (sempre tão exaltada) e a prática, como ela de fato é.

Para o melhor aproveitamento dessa atividade, foram fixados os seguintes objetivos: i) conhecer a atuação do magistrado, ii) apreender os elementos jurídicos e não jurídicos utilizados para a construção da decisão, iii) compreender a fundamentação em termos estruturais, iv) buscar informações que, em alguma medida, pudessem impactar a atividade jurisdicional e v) verificar se e em que grau este braço do Poder Judiciário observa os compromissos constitucionais. Alguns problemas foram revelados já nos primeiros dias de estágio. Outros levaram mais tempo para serem constatados. Foi observado prontamente que o *ininterrupto* fluxo de processos compromete a qualidade da fundamentação.

Em outros termos, a necessidade de se reduzir o tempo para (tentar) enfrentar todos os casos que chegam ao Judiciário é insuficiente para cobrir a profundidade de muitas decisões e, sobremaneira, a relevância do ato de fundamentar. Neste sentido, a produtividade como meta, que, aliás, é levada muito à sério, potencializa o ritmo frenético de trabalho do Gabinete e deixa a fundamentação, como dever previsto na Constituição, em um segundo plano. Por fim, foi visto ainda que fatores extraprocessuais podem impactar diretamente a atuação do magistrado, especificamente o dever de fundamentação das decisões, isto é, o que o magistrado pode e/ou deve dizer na sua decisão⁵⁵¹.

Afora isso, foi possível perceber também que o convencimento do magistrado se deu, sempre, ao término da audiência e antes da apresentação das alegações finais das partes. O magistrado conduzia a instrução e, logo depois do interrogatório do réu, sinalizava textualmente para a assessora o seu entendimento. Essa observação, à vista do que foi encontrado na pesquisa, se mostrou bastante relevante, especialmente depois de constatar que essa convicção se dava, pois, *antes* do exercício do contraditório e, também, por saber que o que importa, para fins de

desenvolvidas no gabinete do magistrado, que era a elaboração de despachos, decisões e sentenças. Em razão do objeto de estudo, a elaboração das sentenças recebeu mais atenção.

⁵⁵¹ A interferência mencionada foi observada em um único momento. Durante a elaboração de uma sentença, que verificava a responsabilidade de um indivíduo pelo suposto crime de tráfico de drogas e, ainda, a possível nulidade das provas em razão da violação de domicílio, foi observado que poderia existir uma divergência entre o que um Policial disse ter acontecido e o que realmente aconteceu. Ao ser indagado sobre essa questão, o magistrado respondeu que não poderia decidir de modo diferente (tese da nulidade não foi acolhida), pois, se o fizesse, os policiais resolveriam de forma muito pior.

fundamentação, é a motivação da decisão, não a mera exposição de motivos internos do magistrado. Neste enredo, a oralidade e a imediatidade dos atos se mostraram temas que podem ser cada vez mais estudados – como já tem sido feito – para o aprimoramento da atividade jurisdicional.

A estrutura e o conteúdo das sentenças também foram notados. Os relatórios se mostraram abreviados. Exibiram apenas os eventos do processo e os pedidos das partes. Provavelmente o sacrifício de fração do relatório se dava em grande medida por conta da necessidade de se economizar o tempo para as demais atividades. As fundamentações seguiram, com frequência, um mesmo padrão. Depois da conclusão do magistrado, sempre antecipada, vinha a transcrição de porções dos depoimentos das testemunhas e/ou do conteúdo de algumas provas e, depois, a confirmação da conclusão a partir desse material. Assim, por qualquer ângulo, o contraditório se mostrou enfraquecido.

Neste ponto, contudo, ficou bastante patente que a falta de diálogo na decisão se deu, também, em razão das partes (especialmente a defesa) não apresentar bons argumentos ou, mesmo, não apresentar argumento algum. Além disso, a coerência dos depoimentos, a presunção de veracidade (da palavra do policial), ementas de decisões do STJ e do TJPR e as máximas de experiências e/ou o senso comum foram as estratégias argumentativas mais utilizadas nas sentenças. Por isso, faz-se necessário compreender, em outros trabalhos futuros, as seguintes questões: a extensão da liberdade de acolher essa ou aquela prova, a validade da presunção de veracidade como argumento, as ementas como argumentos, especialmente quando nos deparamos com a pluralidade de decisões (muitas delas divergentes entre si) e o uso adequado das máximas (e de qualquer outra técnica argumentativa).

Não há dúvida de que o curto tempo de Estágio e a quantidade reduzida de decisões observadas não podem nos levar a nenhuma conclusão definitiva. Entretanto, a partir do que foi observado, é possível sinalizar que problemas estruturais e organizacionais, se e quando existentes, sempre comprometerão a satisfação integral da norma que estabelece o dever de fundamentação das decisões.

Por isso, trata-se de um obstáculo que precisa ser superado urgentemente, até porque, como foi registrado em relatório, a estrutura da sentença, que, em muitos pontos, se distanciou, é verdade, do (que seria) adequado em uma perspectiva constitucional, acompanhou, ao fim e ao cabo, a disponibilidade que o magistrado tem para conciliar qualidade e quantidade das decisões e os recursos disponíveis.

Isso pode explicar, por fim, porque toda e qualquer leitura direta (e mesmo indireta) da Constituição não foi observada em momento algum do Estágio e, ainda, porque a estrutura da sentença seguiu à risca as disposições do artigo 381 do CPP que, hoje, precisam passar, sabidamente, por uma filtragem constitucional. Agora sim, podemos adentrar nos resultados da pesquisa, propriamente dita.

O primeiro capítulo se preocupou, sobremaneira, em fixar a Constituição da República como ponto de partida obrigatório, especialmente pelo fato de a pesquisa enfrentar questões que impactam o (bom) funcionamento da engrenagem social. Buscou também mostrar a solidez da estrutura da nossa Carta Maior. Apresentou, assim, os seus pilares essenciais, sem os quais o nosso Estado desmoronaria.

O Estado de Direito, como princípio, se revelou o mais rudimentar, mas não menos relevante. Longe disso. Ele garante, como o próprio termo sugere, direitos a todos os indivíduos. Traduz-se, também, como visto, na possibilidade destes mesmos indivíduos saberem concreta e exatamente o que os atores públicos fazem e como atuam. Exige, assim, procedimentos, que devem ser respeitados. Do contrário, esses atores não poderiam ser controlados. Restaria, então, poder sem controle. Aliás, nenhum dos Poderes pode operar sob regras diferentes.

A fundamentação para o Judiciário representa, pois, a materialização do Estado de Direito ou, dito de outra forma, a possibilidade deste princípio ser observado. O ofício dos magistrados se corporifica na fundamentação. É, pois, por meio dela, apenas, que o magistrado poderá mostrar o que e como faz. A pesquisa buscou evidenciar, desta maneira, que a possibilidade de controle perpassa(rá) necessariamente pela fundamentação e, assim, que não há como não se preocupar com o discurso judicial (como um todo). Ao fim e ao cabo, a mensagem é essa. O discurso merece atenção. E é “só”. Isso porque a substância da fundamentação é dada pelo conteúdo dos outros dois princípios, o democrático e o republicano.

Assim, foi visto também que o princípio democrático prestigia a participação e a autonomia dos indivíduos e que, no âmbito do processo, busca integrar, sempre que possível, os envolvidos nos atos decisórios. Aqui, como observado, o devido processo e o contraditório deram as primeiras cores à fundamentação. Se o magistrado deve promover a participação dos indivíduos e, ainda, demonstrar que o fez, a síntese disso tudo foi a necessidade de a fundamentação levar em conta a contribuição das partes.

Por isso, o discurso precisa incorporar *expressamente* essa dinâmica (que deve ser devidamente compreendida). Ocorreu o mesmo quando do estudo do

princípio republicano, mas, neste horizonte, notou-se especificamente que o magistrado deve assumir uma função – inclusive, raramente assumida no âmbito penal - que é a de *comprometer-se* com os objetivos da República.

Foi visto, então, que o magistrado, principalmente o criminal, deve se preocupar, por exemplo, com a igualdade substancial, com a possibilidade de seus atos serem controlados (ou, melhor, com o controle, de fato, destes atos) e, também, com o modo de cuidar da coisa pública. Assim como o contraditório, todos estes se mostraram elementos de justificação, isto é, elementos que o magistrado deve integrar a decisão - e é exatamente a assunção dessas obrigações que dará, aos poucos, a forma adequada à fundamentação. Por fim, cabe destacar que a integração destes elementos nas decisões dependerá, sobremaneira, de *como* os magistrados os compreendem, isto é, de uma leitura constitucional. Há que se fomentar, assim, tanto quanto possível, a sensibilização destes tomadores de decisão, o que tem sido feito, aos poucos, pelo Poder Judiciário.

No Capítulo 2 foi realizado inicialmente um voo panorâmico sobre o Código de Processo Penal brasileiro. Foi necessário compreender o que o legislador ordinário vem estabelecendo em termos de fundamentação, especialmente por saber que este diploma é *anterior* à Carta Magna e que ostenta, mesmo hoje, raízes autoritárias e inquisitoriais. Assim, nada obstante as (não mais) recentes mudanças promovidas pela Lei 13.654, de 2019, o CPP, nessa matéria, se mostrou, de maneira geral, desorganizado⁵⁵² e, muito, dependente da complementação pelo Poder Judiciário, o que acabou, inclusive, rendendo problemas, como foi apurado com a pesquisa. Os incisos do §2º do artigo 315 deste diploma legal, inseridos estranhamente no capítulo da prisão, das medidas cautelares e da liberdade provisória, amenizaram o perigoso vácuo que era exibido em nossa lei processual penal (a mesma lacuna que já havia sido identificada e estancada pelo CPC/15)⁵⁵³.

⁵⁵² Todas as disposições normativas deveriam prezar pela organicidade, ainda mais por integrarem um único sistema jurídico.

⁵⁵³ Ainda assim, parece necessário sublinhar que as hipóteses do 2º do artigo 315 do CPP fizeram cessar principalmente aquelas decisões claramente desprovidas de fundamentação, absolutamente genéricas e as que se valiam de fundamentos de outras decisões ou manifestações. Muita coisa ainda precisa ser corrigida. Como se sabe, o maior problema não são essas decisões. São, aí sim, as que apresentam uma fundamentação apenas aparente. Ainda, nota-se que o inciso IV, que estabelece que não será fundamentada a decisão que 'não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador', apesar de seu potencial de transformação, tem sido interpretado de uma forma muito insuficiente pelo Poder Judiciário.

Essa seção também apresentou alguns aportes teóricos sobre a fundamentação e a argumentação. Aliás, certamente o enfrentamento mais difícil da pesquisa. Foi observado que a (boa) doutrina diverge em questões relevantes. Na verdade, que partem de pontos de partidas distintos. Escolhem e trilham caminhos diferentes. Ainda assim, apesar das singularidades teóricas e conceituais (e até metodológicas) dos autores que foram investigados, pareceu, em vários momentos, que a maioria, senão todos, querem a mesma coisa ou, ao menos, convergem no que se mostra essencial.

Apenas a título de exemplo, Streck e Taruffo não concordam em tudo, muito pelo contrário, mas reconhecem abertamente o vínculo que o direito deve manter com os objetivos do Estado. Isso parece ser bastante decisivo⁵⁵⁴. Outras questões relevantes também se mostraram definitivas: i. a necessidade de fundamentar ou de motivar as decisões não coincide com a exposição de razões íntimas (estas não importam para o ato decisório), ii. os fundamentos de fato e de direito escolhidos devem ser, necessariamente, justificados e, sobretudo, controláveis e iii. há que se preocupar, de vez, com a qualidade epistêmica objetiva das provas.

Na última seção deste capítulo, foi demonstrado, ainda, que a fundamentação das decisões judiciais, na malha de normas, se situa em uma posição proposital e estrategicamente nuclear do sistema jurídico brasileiro, o que acabou por realçar sua relevância, tanto no âmbito teórico, como, também, no prático.

O Capítulo 3 demonstrou alguns traços do processo de formação do indivíduo que se torna(rá) um juiz, um tomador de decisão. Mostrou que a educação universitária, mesmo hoje, insiste em transmitir um ensino burocrático, despreocupado com as questões humanitárias. Foi visto também que a ciência do direito tem grande dificuldade de dialogar com outros saberes, o que a afasta, cada vez mais, dos seus destinatários.

Noutra abordagem, sem olvidar as recentes contribuições no âmbito do Poder Judiciário, vindas, sobremaneira, do CNJ, foi observado que a opção pela produtividade parece impedir que (muitos) magistrados enfrentem satisfatoriamente os problemas sociais, isto é, as questões que exigem uma sensibilidade distinta, especialmente para a compreensão de assuntos não jurídicos. Neste horizonte, a

⁵⁵⁴ A título de sugestão, sobre a possibilidade de convergir diferentes perspectivas: ZANETI JR., H.; PEREIRA, C. F. B. Teoria da decisão judicial no Código de Processo Civil: uma ponte entre hermenêutica e analítica? **Revista de Processo**, v. 259, p. 21-53, set. 2016.

fundamentação acaba por refletir exatamente esse processo formativo. Não por outra razão as decisões em matéria penal, não raras vezes, se mostram mecânicas e acríticas (e isso ocorre em uma sociedade cuja engrenagem precisa ser, se não criticada, pelo menos analisada rigorosamente). Não por outra razão, também, as sentenças penais se preocupam em tratar, apenas, do processo de subsunção. Aliás, não se quer afirmar aqui que esse processo se dá a contento, mas, sim, que essas sentenças não tratam, salvo raríssimas exceções, de questões diversas da subsunção do fato à norma. Assim, a (des)preocupação com o acusado fica não só de fora como, ainda, acabará por reforçar a (só) aparente “neutralidade” do sistema e do próprio magistrado.

Nessa seção também foi analisada a interpretação que, em 2010, o STF fez do artigo 93, IX, da Constituição de 1988, que estabelece que todas as decisões judiciais devem ser fundamentadas (QO com Repercussão Geral no AI n. 791.292/PE). A Corte definiu, em suma, como visto, que a Constituição não determina *o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão*. Chamou atenção a escassez dos argumentos e, muito, o fato de não ter sido destacado, em momento algum, a relevância ou a intenção dessa norma. Em outras ocasiões, inclusive, devido à dificuldade de se estabelecer um sistema estável de jurisprudência, foram encontradas decisões que encararam a fundamentação de forma mais técnica, ou seja, que trouxeram ao debate questões que se associam visceralmente à fundamentação, como o contraditório (por exemplo, o HC n. 222.049/SP, julgado em 04 de julho de 2023, pelo Ministro Gilmar Mendes). Ainda assim, decisões como essa talvez estejam (muito) longe de representar a maioria.

Por fim, foi investigado o (ab)uso da liberdade prevista textualmente no artigo 155 do CPP pelos magistrados. Para tanto, a pesquisa contou com a análise do voto do Ministro Ribeiro Dantas no Agravo em Recurso Especial n. 1.936.393/RJ, que enfrentou a fundamentação de uma sentença que condenou um indivíduo pelo crime de tráfico de drogas. Nessa ocasião, identificou, em suma, que inexistem, hoje, critérios objetivos a serem observados pelos magistrados para a identificação do que seria uma fundamentação adequada, que existe, por sua vez, um amplo espaço para a discricionariedade e, ainda, que esse cenário resulta, não raras vezes, em injustiças epistêmicas, utilização incorreta de técnicas argumentativas e, também, no

desvirtuamento de regras legais (por exemplo, a que trata da distribuição do ônus da prova) e das garantias individuais (por exemplo, a presunção de inocência).

O Capítulo 4 pretendeu apresentar algo novo ou, se não exatamente inédito, algo que pudesse ir além do que tem sido dito (e feito) sobre a fundamentação das decisões judiciais criminais. Ainda assim, não perdeu de vista, em momento algum, as diretrizes constitucionais, a qualidade da conexão que a fundamentação mantém com os princípios estruturantes da Carta Maior e, também, o necessário controle de convencionalidade. Considerou, também, aportes teóricos sobre a fundamentação e a argumentação, mas, para este momento, notadamente o que se revelou inexistente ou carente em termos de desenvolvimento e aprofundamento.

Pesou, aqui, da mesma forma, a capacidade de transformação que a legislação penal e processual penal mostrou ter e, igualmente, a disposição (ou, talvez, o interesse) do Poder Judiciário em assumir certos compromissos que, ao que pareceu com a pesquisa, demandará uma mudança robusta de postura (especialmente se considerarmos uma mudança deste Poder como instituição). Por fim, tomou como premissa a existência de relações sociais verticais na sociedade brasileira e, ainda, de outras tantas instâncias de poder que sabidamente fazem parte do sistema de justiça criminal.

Desta forma, as disposições das duas seções deste capítulo final estiveram assentadas em uma base constitucional sólida, em uma doutrina firme que, apesar das divergências, soube apontar para as principais questões problemáticas que envolvem a fundamentação das decisões, mas que, ainda, parece não conseguir, com a mesma propriedade, vincular a devida fundamentação às questões de ordem ética e, também, esclarecer *como* resolver essas mesmas questões de uma vez por todas, em uma legislação penal e processual manifestamente incipiente, que continua refém de ideias que marcaram períodos que, politicamente, deixaram de existir há décadas e, finalmente, em uma prática judiciária que ora acerta (especialmente quando pensamos na atuação do Judiciário enquanto Poder, por meio das ações do CNJ), ora insiste em reproduzir decisões que, na prática, revelam o único atributo que não pode ser observado, a incontrollabilidade dos seus termos. Assim, esse capítulo derradeiro pretendeu focar, sobremaneira, na dimensão republicana da fundamentação, sem que isso exclua as aproximações dos demais princípios estruturantes.

A primeira parte deste último capítulo apresentou o Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero, ferramenta elaborada pelo CNJ que deu conta de

preencher um (pouco do) vazio que comprometia o funcionamento do sistema de justiça criminal, notadamente do Poder judiciário (quando consideradas todas as atribuições dos magistrados, sobretudo as de feição ética). Esse Protocolo se preocupou em evidenciar *como* os juízes devem agir, que era - e continua sendo - uma preocupação que precisava ser enfrentada, isto é, um passo que precisava, de fato, ter sido dado. Em termos práticos, de possibilidade concreta de transformação, se bem apreendido pelos magistrados, esse instrumento possui uma utilidade singular.

Essa seção tratou atentamente dos elementos de base deste Protocolo, que, como visto, ampliaram o seu alcance. A sua elaboração, como resultado de uma avaliação das intenções da Constituição, indicou, primeiro, que, para o enfrentamento de questões sociais complexas, é necessário recorrer às normas que estruturam nosso ordenamento jurídico⁵⁵⁵ e, ainda, que o produto desse enfrentamento transformará, inevitavelmente, a atuação judicial.

Noutro giro, foi visto também que a interseccionalidade, que deu suporte teórico às orientações do Protocolo, expande, em enorme medida, as possibilidades dessa ferramenta ou, dito de outro modo, alcança parcela significativa dos acusados criminais. Foi demonstrado, assim, que a necessária lente de gênero não serve tão somente para o enfrentamento de questões de gênero, mas, também, para questões de raça, etnia, posição social etc., o que não significar que dispensa, em absoluto, a consideração das particularidades do indivíduo. Além disso, foi possível perceber que, mesmo sem tratar diretamente da fundamentação das decisões, as medidas previstas no Protocolo transformaram notadamente o discurso judicial.

A segunda parte percorreu caminho parecido, mas, desta vez, encontrou no direito comparado uma medida que, assim como aconteceu com o Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero, supriu uma lacuna, no direito canadense, que, até então, impedia os magistrados de considerarem as singularidades dos acusados, notadamente acusados aborígenes e negros, e, também, as desigualdades estruturais. A necessidade de se levar em conta fatores sistemáticos e históricos especialmente no sentenciamento fez com que as individualidades dessas pessoas fossem consideradas e, ao mesmo tempo, questões as injustiças sistêmicas.

⁵⁵⁵ Ainda mais quando se sabe que o CP e o CPP foram elaborados quase cinco décadas antes da promulgação da Constituição Cidadã.

Essas informações, enquanto elementos de justificação, acabam, assim, transformando, também, a fundamentação - sobretudo quando servem como filtro de análise dos fatos e das provas.

Desta maneira, à vista do que foi encontrado nesta pesquisa e, também, para cumprir a sua promessa de translacionalidade, sugere-se a criação de um protocolo para ser observado antes das decisões penais, especialmente as sentenças (Anexo I). Esse protocolo pode subsidiar uma resolução ou uma portaria⁵⁵⁶ ou, ainda, ser abraçada por um (ou uns) magistrado e cadastrada no Portal CNJ de Boas Práticas do Poder Judiciário.

⁵⁵⁶ A título de exemplo, a Resolução n. 484, de 2022, do CNJ, estabelece diretrizes para a realização do reconhecimento de pessoas em procedimentos e processos criminais e sua avaliação no âmbito do Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS

ALEXY, R. Justicia como corrección. **Doxa**, n. 26, 2003.

ALEXY, R. Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. **Doxa**, n. 5, 1988.

ALMEIDA, S. **Racismo estrutural**. São Paulo: Sueli Carneiro: Polén, 2019.

ALVIM, T. A. **Embargos de Declaração – Como se motiva uma decisão judicial?** 4. ed.rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

AMARAL, A. C. **A violência doméstica a partir do olhar das vítimas**: reflexões sobre a Lei Maria da Penha em juízo. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2020.

AMORIM, P. S. M. C. A solidariedade como fundamento antropológico para a busca da igualdade material. **Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco**, n. 6, 2013.

ASSIS, D. N. C. **Interseccionalidades**. Salvador: UFBA, Instituto de Humanidades, Artes e Ciências. Superintendência de Educação a distância, 2019.

ATIENZA, M. **As razões do direito**: teoria da argumentação jurídica. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

ATIENZA, M. Como evaluar las argumentaciones judiciales. **Diánoia**, v. 56, n. 67, p.113-134, nov. 2011.

ATIENZA, M. **Curso de Argumentação Jurídica**. v.1. Curitiba: Alteridade, 2017.

ATIENZA, M. Estado de Derecho, argumentación e interpretación. **Anuario de Filosofía del Derecho**, p. 465-484, 1997.

ATIENZA, Manuel. Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista. **Observatório da Jurisdição Constitucional**, Brasília, IDP, ano 7, n. 2, jul./dez. 2014.

ÁVILA, H. Argumentação jurídica e a imunidade **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, v. 19, n.19, mar. 2001.

AYRES BRITTO, C. A constituição como a lei das leis e a democracia como princípio dos princípios constitucionais: A civilizada trajetória que vai da democracia política à democracia social e à democracia fraternal ou solidária. **Revista Jurídica Escola do Poder Judiciário do Acre**, ano 2, n. 2, 2022.

BADARÓ, G. **Processo Penal**. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2021.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Processo e Constituição: o devido processo legal. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, n. 23-24, 1982.

BARGI, A. **Procedimento probatorio e giusto processo**. Napoli: Jovene, 1990.

BARROS, F. M.; MARQUES, L. A. M. A atuação do juiz no contraditório dinâmico: uma análise comparativa entre o sistema processual penal adversarial chileno e o modelo constitucional de processo brasileiro. In: GONZÁLEZ, L. **Desafiando a Inquisição**: ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil. Santiago, Chile: CEJA-JSCA, 2017.

BASTIDE, R; FERNANDES, F. **Branços e negros em São Paulo**: Ensaio sociológico sobre aspectos de formação, manifestações atuais e efeitos do preconceito de cor na sociedade paulistana. 2. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1959.

BONAVIDES, P. **História Constitucional do Brasil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

BONILLA-SILVA, Eduardo. Racismo sem racistas: o racismo da cegueira de cor e a persistência da desigualdade na América. São Paulo: Perspectiva, 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça – CNJ; Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM, 2021.

BRASIL. Lei n. 13.655, de 25 de abril de 2018. Inclui 16 novos artigos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), instituída pelo Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 25 abr. 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm. Acesso em: 13 ago. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial n. 1.936.393/RJ**. Ementa: Penal e processual penal. Agravo em recurso especial. Tráfico de drogas. Condenação baseada exclusivamente nos depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante. Desatendimento aos critérios de coerência interna, coerência externa e sintonia com as demais provas dos autos.

CAMPOS, C. H. Razão e sensibilidade: Teoria Feminista do Direito e Lei Maria da Penha. In: CAMPOS, C. H (org.). **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CANADÁ. Poder Judiciário. Corte Superior de Justiça de Ontario. **Caso “R v. Jackson”**, 2018, parágrafo 82.

CANADÁ. Poder Judiciário. Suprema Corte, **Caso “R v. Ipeelee”**, 2012. Disponível em: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/8000/index.do>. Acesso em: 15 abr. 2024.

CANADÁ. Poder Judiciário. Suprema Corte. **Caso “R v. Gladue”**, 1999. Disponível em: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/1695/index.do>. Acesso em: 15 abr. 2024.

CANADÁ. Poder Judiciário. Tribunal de Recurso de Manitoba, **Caso “R v. Vermette”**, 2001. Disponível em: <https://ca.vlex.com/vid/r-v-vermette-i-681495117>. Acesso em: 15 abr. 2024.

CANADÁ. Poder Judiciário. Tribunal de Recurso de Nova Escócia, **Caso “R v. Anderson”**, 2021, parágrafo 114. Disponível em: <https://www.canlii.org/en/ns/nsca/doc/2021/2021nsca62/2021nsca62.html>. Acesso em: 17 abr. 2024.

CANOTILHO, J. J. G. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

CANOTILHO, J.J.G. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993.

CANOTILHO, J.J.G.; MOREIRA, V. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. Coimbra: Coimbra Editora, 1984.

CAPPELLETTI, M. **Processo, ideologias e sociedade**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editora, 2008.

CATENA, Moreno. **La defensa en el proceso penal**. Madrid: Civitas, 1982.

CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC – 29/22, de 30 de maio de 2022. Enfoques diferenciados respecto de determinados grupos de personas privadas de la libertad. [...] de la Convención Americana sobre Derechos y de otros instrumentos que conciernen a la protección de los derechos humanos.

CLAIR, M.; WINTER, A. How judges think about racial disparities: situational decision-making in the criminal justice system. **Criminology**, p. 1-28, 2016.

COELHO, I. M. O perfil constitucional do Estado Contemporâneo: O Estado Democrático de Direito. **Rev. Inf. Legisl. Brasília**, ano 30, n. 118, abr./jun. 1993.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Ato Normativo n. 0008759-45.2021.2.00.0000. Relatora Conselheira Flávia Pessoa, Brasília, julgado em 29/11/2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso “Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez vs Equador”**. Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 21 de novembro de 2007, parágrafo 107.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso “Fernández Prieto e Tumbeiro vs Argentina”**. Mérito e Reparações. Sentença de 1º de setembro de 2020, parágrafo 82.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso “García Ibarra e outros vs Equador”**. Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 17 de novembro de 2015, parágrafo 151.

COUTINHO, J. N. M. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, ano 30, n. 30, 1998.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Glosas ao “Verdade, dúvida e certeza”, de Francesco Carnelutti, para os operadores do Direito. In: SILVEIRA Marco Aurélio de; MURATA, Ana Maria Lumi Kamimura. **Observações sobre a propedêutica processual pena** (org.). Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019.

CRENSHAW, K. **A interseccionalidade na discriminação de raça e gênero**. 2018. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/mod/resource/view.php?id=2295749&forceview=1>. Acesso em: 23 mar. 2024.

CRENSHAW, K. Documento para o encontro de especialistas em aspectos da discriminação racial relativos ao gênero. **Estudos Feministas**, v.10, n.1, jan. 2002.

DELAPIEVE, Thales. **Precisamos falar sobre o realismo jurídico**. 9 mar. 2024. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-mar-09/precisamos-falar-sobre-realismo-juridico/> Acesso em: 25 jul. 2024.

DÍAZ, E. **Estado de derecho y sociedad democrática**. Madrid: EDICUSA, 1975.

DIDIER, F.S.; OLIVEIRA, R. A. Dever judicial de considerar as consequências práticas da decisão: interpretando o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. **A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, n. 75, p. 143-160, jan./mar. 2019.

DUSSEL, E. Transmodernidade e interculturalidade: interpretação a partir da filosofia da libertação. **Revista Sociedade e Estado**, v. 31, n. 1, jan./abr. 2016.

FACIO, A. **Cuando el género suena cambios trae (una metodología para el análisis de género del fenómeno legal)**. San José: ILANUD, 1992.

FONSECA, V. A fundamentação das decisões judiciais e os direitos humanos: uma interpretação convencional do art. 489, §1º do CPC a partir da jurisprudência da

Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, n.16, v.23, n.1, jan./abr., 2022.

FREITAS, L. Análise crítica do discurso em dois textos penais sobre a Lei Maria da Penha. **Alfa**, São Paulo, v.57, n.1, p. 11-35, 2013.

FREITAS, L. Argumentação e discurso sobre Lei Maria da Penha em acórdãos do STJ. **Bakhtiniana**, São Paulo, v.9, n.1, p.71-89, jan./jul. 2014.

FREITAS, L; PINHEIRO, V. Narrativas de violência de gênero em acórdãos do STJ sobre Lei Maria da Penha. **Revista Linguagem e Direito**, v.4, n.2, p. 36-49, 2017.

FRICKER, M. **Epistemic Injustice: Power and the Ethics of Knowing**. New York: Oxford University Press, 2007.

GAJARDONI, F. F. As transformações do Direito e o novo perfil do profissional jurídico. **Revista Juris Síntese**, n. 41, maio/jun. 2003.

GIL, A. C. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2002.

GOMES FILHO, A. M. **A motivação das decisões penais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GRINOVER, A. P. **Defesa, contraditório, igualdade e *par conditio* na ótica do processo de estrutura cooperatória**: Novas tendências do direito processual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

GUASTINI, Ricardo. **Interpretar y argumentar**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014.

GUASTINI, Riccardo. El realismo jurídico redefinido. In: VAQUERO, Álvaro Nuñez (org.). **Modelando la ciencia jurídica**. Peru: Palestra Editores, 2014.

GUASTINI, Riccardo. **Interpretar e argumentar**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2022.

HABERLE, P. **Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2022.

HEMPEL, C. G. **Filosofía de la Ciencia Natural**. Spain: Alianza Editorial, 2003.

IBAÑEZ, Perfecto Andres. **Valoração da prova e sentença penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

JUNQUEIRA, E. B. **Faculdades de Direito ou fábricas de ilusões**. Rio de Janeiro: Letra Capital, 1999.

KUTATELADZE, B.L.; SPOHN, C.; JOHNSON, B. Cumulative disadvantage: examining racial and ethnic disparity in prosecution and sentencing. **Criminology**, p. 514-551, 2014.

LAFER, C. **Desafios**: Ética e Política. São Paulo: Siciliano, 1995.

LEAL, F. Inclinações pragmáticas no Direito Administrativo: nova agenda, novos problemas. O caso do PL 349/15. *In*: MENDONÇA, J. V. S.; LEAL, F. (coord.). **Transformações do Direito Administrativo**: consequencialismo e estratégias regulatórias. Rio de Janeiro: UERJ/FGV-Rio, 2017.

LIMA, J.E.S. A racionalidade e o debate ambiental contemporâneo. **Caderno de Pesquisa Interdisciplinar em Ciências Humanas**, Florianópolis, v. 13, n. 102, p. 100-118, jan./jul. 2012.

LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal**. 7.ed. rev.; ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2019.

LOPES JR., A. **Direito Processual Penal**. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LOPES JR., A. Quando a Cinderela terá suas próprias roupas? A necessária recusa à Teoria Geral do Processo. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v.1, n.1, 2015.

LOPES JR., A.; KHALED JR., S. H. Pelo abandono da abstração racionalista moderna: por uma fenomenologia decolonial do processo penal. **Cuadernos de Dereito Actual**, n.20, p.23-39, 2023.

MARQUES, L. A. M. O modelo constitucional de processo e o eixo estrutural da processualidade democrática. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 2, n. 1, 2016.

MELLO, C. A. B. **O conteúdo jurídico com princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MINOW, M. **Making all the difference. Inclusion, exclusion, and American Law**. New York: Cornell University, 1990.

MIRANDA, J. Nos trinta anos da Constituição de 1988. **Revista Populus**, Salvador, n. 5, dezembro, 2018.

MORAES, M. Z.; FERNANDES, A. S.; ALMEIDA, J. R. G. **Sigilo no processo penal**: eficiência e garantismo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MORAIS DA ROSA, A. **Teoria da perda de uma chance probatória pode ser aplicada ao Processo Penal**. 20 jun. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-jun-20/teoria-perda-chance-probatoria-aplicada-processo-penal/>. Acesso em: 28 mar. 2024.

MOTTA, C. R. **A motivação das decisões cíveis como condição de possibilidade para resposta correta/adequada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

NALINI, J. R. Ética e Direito na formação do juiz. In: Gabinete do Ministro-Diretor da Revista (org.). **Doutrina Superior Tribunal de Justiça**: Edição Comemorativa – 15 anos. Brasília: STJ, 2005.

NARDELLI, M. A. M. A garantia da motivação das decisões judiciais à luz do direito ao processo justo e da jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v.15, jan./jun. 2015.

NUCCI, G. S. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

OMMATI, J. E. M. Embargos declaratórios e o Estado Democrático de Direito. In: NERY JR., N; WAMBIER, T. A. A. (coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais**. v.8. São Paulo: RT, 2005.

PACTO NACIONAL DO JUDICIÁRIO PELA EQUIDADE RACIAL. Disponível em: cnj.jus.br/programas-e-acoess/direitos-humanos/pacto-nacional-do-judiciario-pela-equidade-racial/. Acesso em: 9 abr. 2024.

PASTANA, D. R; **Justiça penal no Brasil**: Discurso democrático, prática autoritária. São Paulo: Editora UNESP, 2009.

PETIT, P. Freedom with Honor: A republican ideal. **Social Research**, v. 64, n. 1, 1997.

PIOVESAN, F. Direitos humanos e diálogo entre jurisdições. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, n. 19, p. 68-69, jan./jun. 2012.

PIOVESAN, F. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PRADO, G. **Em torno da jurisdição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PRADO, G. O processo penal brasileiro vinte e cinco anos depois da Constituição: transformações, permanências. **Revista EMERJ**, v. 18, n. 67, p. 550-569, jan./fev. 2015.

PRADO, G. Sobre o Projeto de Código de Processo Penal. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 46, n. 183, jul./set. 2009.

QUIJANO, A. Colonialidad y modernidad/racionalidad. **Perú Indígena**, v.13, n.29, p.11-20, 1992.

QUIJANO, A. **Cuestiones y horizontes: de la dependencia histórico-estructural a la colonialidad/descolonialidad del poder**. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: CLACSO, Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2020.

RACUSEN, S. **A mulato cannot be prejudiced: the legal construction of racial discrimination in contemporary Brazil**. 2002, 407 p. Tese (Doutorado em Filosofia e Ciência Política) - Instituto de Tecnologia de Massachusetts, 2002.

RAMOS, A.C. **Comentários Gerais dos Comitês de Tratados de Direitos Humanos da ONU – Comitê sobre a eliminação da discriminação racial**. Núcleo de Estudos Internacionais, 2020.

ROXIN, C. **Estudos de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SARMENTO, D. O Princípio Republicano nos 30 anos da Constituição de 1988: por uma República Inclusiva. **Revista EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 3, p. 296-318, set./dez. 2018.

SEVERI, F. C. Justiça em uma perspectiva de gênero: elementos teóricos, normativos e metodológicos. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 3, n. 3, p. 574-601, 2016.

SEVERI, F.; CASTILHO, E. W. V.; MATOS, M. (org.). **Tecendo fios das Críticas feministas ao Direito no Brasil II: Direitos humanos das mulheres e violências**. Ribeirão Preto: FDRP/USP, 2020.

SILVA, E. G. Direito translacional: teorias e práticas jurídicas em interface bidirecional a proposta de um novo mestrado em direito na UEPG. **Revista Humanidades e Inovação**, v. 8, n. 8, p. 238-245, 2021.

SILVA, E. G.; BERTÚLIO, D. L. L.; GIACOIA, G. Racismo em sentenças penais e estratégias jurídicas antirracistas - Um enfoque translacional. In: BONAVIDES, S.S.G. (org.). **As faces do racismo e o sistema de justiça: estudos em homenagem à Procuradora de Justiça Miriam de Freitas Santos**. Curitiba: Escola Superior do MPPR, 2023.

SILVA, E. G.; CABRAL, R. L. F. Dos embargos de declaração, da revisão criminal, do recurso especial, da carta testemunhável e dos recursos em geral. In: HAMMERSCHMIDT, D. (coord.). **Código de Processo Penal Comentado**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Curitiba: Juruá, 2023.

SILVA, E. G.; GROSS JR., R. Da aplicação da pena – artigos 59 a 68. In: HAMMERSCHMIDT, D. (org.). **Código Penal Comentado**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2023.

SILVA, Eliezer Gomes da. Direitos fundamentais, liberdade e democracia: aplicando a teoria de Amartya Sen na redefinição do conceito de culpabilidade, à luz das exigências do estado democrático de direito. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 16, 2008, Florianópolis. **Anais [...]**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

SILVA, J. A. Aplicabilidade das normas constitucionais. **Revista Pensar**, Fortaleza, v. 2, n. 2, p. 7-22, ago. 1993.

SILVA, J. A. Os princípios constitucionais fundamentais. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, Brasília, v.6, n.4, p. 17-22, out./dez. 1994.

SOANES, C. **The Oxford dictionary of current English**. 3.ed. Oxford: Oxford University Press, 2001.

STEIN, F. **El conocimiento privado del juez**. Bogotá: Editorial Temis, 1988.

STJ. AgRg no RHC n. 180.213/SC, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 27/6/2023, DJe de 30/6/2023.

STJ. APn n. 989/DF, relatora Ministra Nancy Andrighi, Corte Especial, julgado em 16/2/2022, DJe de 22/2/2022.

STJ. Habeas Corpus n. 243.126/GO, Rel. Ministro Jorge Mussi, 5ª T., DJe de 11/12/2014.

STRECK, L. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

STRECK, L. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

STRECK, L. Novo Código de Processo Penal: O problema dos sincretismos de sistemas (inquisitorial e acusatório). **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 46, n. 183, jul./set. 2009.

STRECK, L. O novo Código de Processo Civil (CPC) e as inovações hermenêuticas: o fim do livre convencimento e a adoção do integracionismo dworkiniano. **Revista de Informação Legislativa**, v. 52, n. 206, 2015.

STRECK, L. **Verdade e Consenso**. São Paulo: Saraiva, 2014.

STRECK, L.; DIETRICH, W. G. O que o processo civil precisa aprender com a linguagem? **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 12, n. 2, p. 317-335, maio/ago. 2017.

STRECK, L.L. Sobre a simplificação da linguagem do Direito que o CNJ deseja. **Consultor Jurídico**, 25 jan. 2024. Disponível em: <https://conjur.com.br/2024-jan-25/sobre-a-simplificacao-da-linguagem-do-direito-que-o-cnj-deseja/#:~:text=H%C3%A1%20um%20projeto%20anunciado%20pelo,senten%C3%A7as%2C%20votos%20e%20ac%C3%B3rd%C3%A3os%E2%80%9D%20e>. Acesso em: 13 fev. 2024.

STRECK, L; RAATZ, I. O dever de fundamentação das decisões judiciais sob o olhar da crítica hermenêutica do Direito. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, ano 15, n. 20, p. 160-179, jan./jun. 2017.

STRECK, Lenio. A crítica hermenêutica do direito e a questão da discricionariedade judicial. **Revista Direito e Liberdade**, v. 18, n. 1, p. 221-245, jan./abr. 2016.

STRECK, Lenio. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

STRECK, Lenio. Superando os diversos tipos de positivismo: porque hermenêutica é applicatio? **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, v. 34.2, jul./dez. 2014.

STRECK, Lenio; JUNG, Luã. Livre convencimento judicial e verdade: crítica hermenêutica às teorias de Ferrajoli, Taruffo e Guzmán. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, v. 27, n. 1, jan./abr. 2022.

SUNDFELD, C. A. Princípio é preguiça. *In*: **Direito administrativo para céticos**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. Repercussão Geral na QO no AI n. 791.292/PR. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 13 mar. 2023. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:supremo.tribunal.federal;plenario:acordao;re:2023-03-01;1237867-6557814>. Acesso em: 26 jun. 2024.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Primeira Turma. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 1.208.580/SP, julgado em 06/08/2019. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 13 set. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Primeira Turma. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 798.053/PR, julgado em 18/11/2014. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 13 mar. 2015.

TARUFFO, M. **La motivación de la sentencia civil**. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006.

TARUFFO, M. Narrativas processuais. **Julgar**, n. 13, p.111-153, 2011.

TARUFFO, M. Sobre la complejidad de la decisión. **Precedente**, Cali, Colombia, v. 1, p. 181-200, jul./dic. 2012.

TARUFFO, M. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

TARUFFO, Michele. **A prova**. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

TARUFFO, Michele. **Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos**. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2013.

TELLES, E. **Racismo à Brasileira**: uma nova perspectiva sociológica. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2003.

VIANNA, L.W.; CARVALHO, M.A.R.; BURGOS, M.B. **Quem somos – a magistratura que queremos**. Rio de Janeiro: Associação dos Magistrados Brasileiros, 2018.

WATANABE, K. **Da cognição no processo civil**. São Paulo: RT, 1987.

ZANETI JR., H.; PEREIRA, C. F. B. Teoria da decisão judicial no Código de Processo Civil: uma ponta entre hermenêutica e analítica? **Revista de Processo**, v. 259, p. 21-53, set. 2016.

ANEXO A - PROTOCOLO PARA JULGAMENTO DE CASOS CRIMINAIS

As ações trazidas nesse projeto de protocolo não exaurem todas as atividades que devem ser realizadas pelo magistrado.

Além disso, importa sublinhar que a observância de todas elas dependerá, e muito, de um processo de sensibilização e conscientização dos magistrados.

Todas as orientações devem ser integradas à fundamentação, já que são, todas, elementos de justificação obrigatórios.

1. O PRIMEIRO CONTATO

Desde o primeiro contato com o processo, o magistrado deverá questionar se as assimetrias de gênero, em perspectiva interseccional, estão presentes no caso a ser enfrentado. Contudo, visto que o *status quo* não se mostra neutro, o magistrado pode tomar como certa ou bastante provável a existência de assimetrias. Essa postura terá ainda o condão de reforçar a presunção de inocência do indivíduo.

2. INSTRUÇÃO PROCESSUAL

O magistrado deve conduzir a audiência com perspectiva de gênero. Deve estar atento às dinâmicas que são fruto e reprodutoras de desigualdades estruturais presentes na instrução do processo e, não só isso, que deve agir ativamente para barrá-las.

A raça, a etnia, a classe social e outros marcadores sociais devem ser utilizados como lente para a leitura de *todos* os acontecimentos. Deve o juiz circunscrever quesitos que possam traçar motivações decorrentes dos processos interseccionais de opressão.

Em outros termos, o magistrado deve lapidar todas as informações que chegam ao processo e, desta forma, assegurar a produção de provas com qualidade.

Durante a audiência, deve o magistrado:

- Conceder a palavra ao ofendido(a) e ouvi-lo(a).

- Observar possíveis vieses do ofendido(a).
- Assegurar que o ofendido(a) não seja instado a confirmar o conteúdo de documentos ou depoimentos realizados.
- Não adotar o entendimento de que as testemunhas são neutras. O magistrado deve compreender quem é a testemunha e a posição que ela ocupa nos fatos, observar interesses, vieses etc.
- Observar com rigor o artigo 187, §1º do CPP. O magistrado deve conhecer a biografia do acusado. É o momento de colocar em prática a ‘pergunta pela mulher’ (como método). O magistrado deve considerar as questões raciais, étnicas, de posição social etc., mas não pode deixar de lado as singularidades do indivíduo. Essas informações deverão ser consideradas na decisão, seja para atenuar eventual pena, seja para assistir o acusado, em caso de necessidade.

3. VALORAÇÃO DAS PROVAS E IDENTIFICAÇÃO DOS FATOS

O magistrado deve tentar, tanto quanto possível, assegurar que as suas experiências pessoais não influenciem a apreciação dos fatos. Deve buscar garantir que o peso a ser dado a um evento não decorra de suas ideias pré-concebidas e de sua visão de mundo.

O magistrado não pode perder de vista, portanto, as dinâmicas de desigualdades estruturais, que impactam o seu modo de ver as coisas, assim como dos demais envolvidos no processo (ofendido, testemunhas, peritos etc.).

Exige-se, aqui, um esforço notável em submeter *tudo* que é falado ao filtro de marcadores sociais (de gênero, raça, etnia, classe social etc.). É exatamente esse processo que revelará o valor justo de uma prova.

Além disso, o Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero pede que o magistrado questione se uma prova geralmente considerada relevante poderia ter sido produzida. No âmbito da violência doméstica, importaria, então, questionar se seria necessário conferir um peso diferenciado à palavra da vítima.

Nesse sentido, em casos penais, o questionamento a respeito da possibilidade de uma prova faltante ter sido produzida deve ser atendida ainda por outro prisma. Como é sabido que o Ministério Público tem a obrigação de superar o

status de inocência do acusado, não poderia ele deixar de produzir uma prova que, concretamente, se mostrou, a todo tempo, acessível.

Assim, o magistrado deve estar atento às circunstâncias e aos detalhes do caso para entender obrigatoriamente por insuficiente um conjunto probatório escasso por conta da omissão ministerial. Essa postura, aliás, já tem sido abraçada pelo STJ.

O magistrado deve observar o nível de consistência e coerência dos depoimentos. O magistrado não pode desconsiderar eventual contradição ou omissão. Se acolher determinado depoimento que se mostrou inconsistente ou incoerente deverá, então, justificar a razão de ter mantido o seu peso mesmo diante de um indicador que comprometa seu valor.

O magistrado deve deliberar expressamente sobre o valor das provas produzidas, especialmente quando uma parte levanta sua inconsistência e/ou incoerência, não só para atender o contraditório, mas, também, para verificar se não está acolhendo uma prova com estereótipos. Esse exercício vale para a valoração de todas as provas.

4. IDENTIFICAÇÃO DO MARCO NORMATIVO E PRECEDENTES APLICÁVEIS

A tarefa nessa etapa é simples (de entender), mas, talvez, difícil de aplicar. O magistrado deve identificar os marcos normativos e os precedentes nacionais e/ou internacionais que se relacionam com o caso em análise, assim como as recomendações, opiniões consultivas ou observações gerais emitidas pelos organismos regional e internacional de proteção de direitos. Dito de outra forma, o magistrado deve realizar o controle de convencionalidade do sistema normativo interno.

A necessidade de identificação desse marco jurídico guarda uma relevância ímpar ao impactar, sobremaneira, a atuação do magistrado. Isso porque, agora, o magistrado deve se preocupar também em garantir o direito à igualdade às pessoas envolvidas no caso - e não apenas recorrer ao Código Penal e ao Código de Processo Penal. Por isso, deverá investigar se, nessa nova malha de normas, existem ferramentas que podem resolver alguma assimetria constatada pelo julgador.

5. INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DO DIREITO

O magistrado deve depurar, primeiro, os conceitos, valores e princípios que são, não raras vezes, definidos a partir da perspectiva daqueles que detém o poder. Deverá, ainda, investigar se as normas a serem utilizadas também não estão impregnadas com estereótipos. Além disso, deverá observar se essas mesmas normas não são direta ou indiretamente discriminatórias.