XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

MATHEUS FELIPE DE CASTRO

SEBASTIAN BORGES DE ALBUQUERQUE MELLO

MARIA AUXILIADORA DE ALMEIDA MINAHIM

Copyright © 2018 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejamquaisforemosmeiosempregadossemprévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof.
Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

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

---

D597

Direito penal, processo penal e constituição I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA

Coordenadores: Matheus Felipe de Castro; Sebastian Borges de A. Mello; Maria Auxiliadora de Almeida Minahim – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-603-1
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidade Federal da Bahia - UFBA
Salvador – Bahia - Brasil
https://www.ufba.br/

XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

Apresentação

O XXVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Salvador, teve a apresentação dos trabalhos pertinentes ao grupo temático DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I no dia 14 de junho, no turno da tarde.

Durante mais de 4 horas de atividades foram apresentados e debatidos diversos trabalhos, com uma pauta que discutiu questões atuais e relevantes para o Direito Penal Contemporâneo, sobretudo com um viés crítico e contemporâneo.

A atualidade dos trabalhos pode ser vista em temáticas como audiência de custódia, monitoramento eletrônico e questões relativas à justiça restaurativa.

Também merece destaque a abordagem própria de um Direito Penal da pós-modernidade, em que crise da legalidade, ativismo judicial, crimes de perigo abstrato, incertezas sobre aa ideia de bem jurídico, bem como questões que implicam Direito Penal e moralidade mostram que o grupo está conectado com as principais questões que envolvem as relações entre Direito penal e Constituição, em que a ideia de segurança jurídica, tão cara nas origens do Direito Penal ciência, vai se relativizando e gerando situações de insegurança no âmbito doutrinário e jurisprudencial.

O Direito Penal Econômico também se fez presente, com abordagens sobre lavagem de dinheiro, bem como no campo do Direito Penal Tributário. Há também trabalhos de estudos de caso sobre condições penitenciárias, e abordagens críticas sobre violência doméstica e racismo.

Ainda que haja uma multiplicidade temática, as relações com a Constituição e a preocupação com um Direito Penal democrático são traços essenciais de um conjunto de apresentações que ressaltam a importância da academia e da pesquisa em direito como forma de equacionar teoria e prática.

A linha argumentativa desenvolvida traz preocupações político-criminais que reconhecem no Direito Penal um instrumento fragmentário e subsidiários, sem descurar, contudo, do desafio para a academia no sentido de trazer respostas para novas realidades e demandas sociais.

Assim, a leitura dos textos permitirá ao leitor observar o denodo com que cada autor pesquisou, bem como a relevância de cada tema e a possibilidade de que tais estudos repercutam na práxis jurídica, e que poderão decerto fomentar modificações legislativas e práticas materiais e que permitam fazer do Direito Penal e Processual Penal adequado à pauta principiológica da Constituição Federal.

Desejamos boa leitura a todos!

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UFSC

Profa. Dra. Maria Auxiliadora De Almeida Minahim – UFBA

Prof. Dr. Sebastian Borges de Albuquerque Mello – UFBA

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

A OBRIGAÇÃO DE FUNDAMENTAR NO DIREITO PENAL: A APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO ART. 489 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

THE OBLIGATION TO REASONING THE JUDICIAL DECISION ON CRIMINAL LAW: THE SUBSIDIARY APPLICATION OF ART. 489 OF THE CODE OF CIVIL PROCEDURE

Lucas Helano Rocha Magalhães
Silvio Ulysses Sousa Lima

Resumo

O Código de Processo Civil trouxe novo regramento para a fundamentação das decisões judiciais que aprofundam o nível do ônus argumentativo na elaboração de provimentos jurisdicionais. Contudo, em virtude da existência de um regramento especifico do Código de Processo Penal (CPP), existe forte resistência do Judiciário em sua aplicação subsidiária. Dessa forma, pretende-se analisar o tema sob a perspectiva do Estado Democrático de Direito e dos direitos do contraditório e da ampla defesa. A pesquisa será de natureza bibliográfica com leitura especializada da doutrina.

Palavras-chave: Contraditório, Fundamentação, Precedentes, Processo penal

Abstract/Resumen/Résumé

The Law of Civil Procedure has introduced a new rule for the reasoning of judicial decisions that are further elaborated in the context of the argument in the elaboration of jurisdictional decisions. However, due to the existence of a specific rule system of the Criminal Procedure Law, there is strong resistance of the Judiciary in it's subsidiary application. Therefore, this article intends to analyze the issue from the perspective of the Democratic State and the rule of law. The research is of bibliographical and analytical nature of doctrine.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Contradictory, Rationale, Precedents, Criminal proceedings

INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil promulgado em 2015 trouxe algumas importantes inovações no que se refere às garantias processuais, em especial no que tange à fundamentação das decisões. Neste aspecto, devemos destacar sem dúvida os artigos 10 e 489 do referido diploma, que trazem um forte conteúdo garantista. Ambos os artigos, preveem limitações ao poder jurisdicional, o primeiro estabelecendo a obrigação do contraditório e o segundo vinculando o conteúdo e a forma dos provimentos jurisdicionais.

As alterações citadas trouxeram um ganho sistêmico para os jurisdicionados, uma vez que forçam um percurso argumentativo extremamente complexo por parte do juízo. Entretanto, em virtude dos "prejuízos" institucionais alegados por parte da magistratura (principalmente referentes à independência funcional do juiz; à celeridade e à efetividade jurisdicional) existe uma forte resistência à aplicação subsidiária do modelo de decisão trazido pelo novo CPC em detrimento do previsto no Código de Processo Penal.

Desta forma, o presente trabalho busca responder o seguinte questionamento: A aplicação subsidiária do CPC é cabível neste caso, ainda que não exista omissão formal a ser suprida? O estudo deste tema encontra sua relevância em virtude do possível ganho lógico-argumentativo que o Direito Criminal passará a ter e, principalmente, demonstrar que o ganho de proteção do jurisdicionado é suficientemente relevante para que se justifiquem os prejuízos arguidos pelos tribunais.

Para este fim, o presente trabalho foi divido em três pontos, o primeiro deles descreve as inovações trazidas pelo Código de Processo Civil com o intuito de aumentar as proteções do jurisdicionado, em especial às relativas ao contraditório[i] e à devida fundamentação dos provimentos. O segundo tópico explora os principais argumentos trazidos pelos Tribunais para afastar a aplicação das inovações e os motivos para que essa limitação não seja possível.

O terceiro tópico, ponto central do trabalho, demonstra que apesar das dificuldades trazidas pelo novo regramento, o ganho lógico e o aumento na consistência das garantias proporcionado são suficientes em um juízo de ponderação para que se aplique o novo modelo.

Ao fim do estudo, concluir-se-á que, por sua própria natureza garantista, o Direito Criminal deve sempre aplicar os procedimentos que proporcionem mais segurança ao jurisdicionado perante o Estado. Desta forma, a aplicação dos dispositivos trazidos pelo CPC/2015 é fundamental para a concretização deste pressuposto.

1 AS INOVAÇÕES TRAZIDAS AO CONTRADITÓRIO E À FUNDAMENTAÇÃO PELO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

O novo Código de Processo Civil trouxe importantes modificações na sistemática das decisões judiciais, garantindo uma ampliação no direito de contraditório[ii] e ampla defesa[iii]. As principais alterações, quanto a estes tópicos, sem dúvidas, encontram-se no bojo dos artigos 10[iv] e 489 do diploma legal amiúde reportado, ambos conformam a maneira como as decisões judiciais precisam ser construídas. Desta forma, faz-se necessária a análise detalhada de cada um deles e os seus efeitos dentro do direito processual.

Inicialmente, podemos discutir a construção do art. 10 que disciplina o contraditório dentro do processo, tornando-o uma etapa essencial, uma vez que vincula a prolação de provimentos, sejam eles interlocutórios ou de mérito, à prévia manifestação das partes. Este dispositivo descreve de forma clara o direito ao contraditório substancial, ou seja, a capacidade de verdadeiramente influir nas decisões judiciais.

Neste sentido, destaca-se que a própria legitimidade do judiciário deriva do princípio do contraditório, haja vista que no sistema brasileiro não ocorrem eleições para composição do poder judiciário. Desta forma, além do conceito instrumentalista do contraditório, baseado na informação dada através da citação, intimação e notificação (ARAÚJO CINTRA, 2013, p. 61) e na reação que deve ser meramente possibilitada nos casos de direitos disponíveis (ARAÚJO CINTRA, 2013, p. 61), devemos realizar uma nova interpretação incluindo neste princípio o direito fundamental a influência no provimento.

Afinal, a obrigatoriedade da manifestação das partes não faria sentido caso pudesse ser integralmente ignorada pelo julgador. Mais ainda, o contraditório deixa de ser uma garantia constitucional e passa a ser um dos pontos fundamentais da decisão judicial,já que a motivação deve se ater aos elementos sobre os quais argumentaram as partes, ficando vedada a utilização de matérias de direito e de fato sobre as quais não houve a oportunidade de manifestação.Ademais, esta limitação resulta, por uma vinculação lógica, em mais uma garantia processual: a vedação das "decisões surpresa"[v], ou seja, a decisão jamais poderá tangenciar os argumentos das partes.

Por fim, é importante destacar um ponto crucial da concretização do princípio do contraditório, que se refere ao alcance da vinculação da decisão judicial. A jurisprudência, no curto período de vigência do Código de Processo Civil, já demonstrou que tentará contornar a obrigação do contraditório por meio de uma análise hermenêutica restritiva.

Segundo o entendimento de alguns tribunais, o fundamento ao qual o artigo faz referência estaria limitado aos fundamentos fáticos, entretanto esta tese não pode prosperar.

Abrange-se neste tópico tanto os fundamentos fáticos, quanto os fundamentos de direito, o desrespeito a esta determinação resultaria em uma "decisão-surpresa" e, portanto, eivada de nulidade.

Este novo texto reflete diretamente na superação paradigmática do conceito de devido processo legal, ligado diretamente ao Estado Liberal, e a adoção de um modelo de processualismo constitucional democrático, relacionado ao Estado Democrático de Direito. Neste novo paradigma, as garantias processual-constitucionais forjam um renovado formalismo constitucional, que induz à mantença tão somente das técnicas processuais (instrumentalidade técnica) embasadas em fundamentos constitucionalizados (NUNES, 2010).

No mesmo sentido, o art. 489, que disciplina a estrutura da decisão judicial, traz a maior evolução em direção ao direito processual constitucional ao definir a estrutura básica da sentença e ao delimitar os temas que obrigatoriamente precisam ser observados na elaboração da sentença. Em função deste salto evolutivo é necessário uma análise detalhada sobre cada um dos percursos argumentativos que devem ser percorridos durante a decisão. *In verbis*:

> Art. 489. São elementos essenciais da sentença:
>
> I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;
>
> II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;
>
> III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.
>
> § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:
>
> I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;
>
> II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;
>
> III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;
>
> IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;
>
> V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;
>
> VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

> § 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.
>
> § 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.

Em seus incisos, o art. 489 basicamente replica a estrutura existente no código anterior, determinando qual a estrutura básica dos provimentos que serão formados pelo relatório[vi], pelos fundamentos[vii] e pelo dispositivo[viii]. Em virtude da ausência de inovação, não se faz necessário o aprofundamento destes pontos.

Seu parágrafo 1º, entretanto, traz inovações fundamentais, as quais aumentam a segurança jurídica daqueles que estarão submetidos àquele provimento. Pode-se dizer que os pontos referentes à fundamentação do provimento são a pedra fundamental para a sua validade, uma vez que o desrespeito a qualquer um destes tópicos implica inexistência jurídica do ato. Desta forma, o parágrafo primeiro estabelece uma "série de testes" de validação da decisão judicial e a falha em qualquer um deles implica nulidade do provimento.

O primeiro teste de fundamentação diz respeito à mera indicação do texto normativo aplicável à causa. Em sua manifestação, o juízo deve necessariamente demonstrar a interpretação que fez da norma jurídica aplicável ao caso e qual a correlação com o caso concreto. Desta forma, a decisão não pode ser construída de maneira que não fique claro como foi realizada a interpretação e a subsunção do fato à norma. O segundo teste refere-se à existência de conceitos jurídicos indeterminados[ix] e cláusulas gerais[x] sendo vinculativa a explicação do motivo de incidência de conceito jurídico indeterminado e demonstrar quais razões motivaram a sua interpretação no caso concreto.

Estes primeiros testes visam obrigar o julgador a enquadrar de forma clara os textos normativos utilizados e justificar o processo de subsunção decorrente deste enquadramento. Entretanto, os dispositivos restantes visam, antes de mais nada, vincular a manifestação do julgador ao caso concreto que está em julgamento, estabelecendo os pontos que obrigatoriamente serão analisados

Desta forma, cabe destacar, o terceiro teste consiste na vedação do uso de motivos genéricos que se prestam a justificar qualquer outra decisão, este teste, de forma clara, busca evitar a utilização das "decisões-modelo" constrangendo, assim, o juízo a analisar o caso concreto.

O quarto teste, decorrente do princípio do contraditório, relaciona-se com a fundamentação propriamente dita. Ele consiste na obrigação de enfrentar todos os argumentos

deduzidos no processo capazes deinfirmar a conclusão adotada pelo julgador. Neste teste, devemos destacar que somente precisam ser confrontados os argumentos "relevantes" das partes, não sendo necessária uma fundamentação exauriente[xi].

Ocorre que, existe um processo de racionalização da decisão, onde o julgador na medida em que se utiliza de fundamentos legais por meio de uma operação lógico-racional consciente, voltada a camuflar uma motivação racional de ordem subjetiva, o que se convencionou denominar de realismo brasileiro tardio (TRINDADE, 2016, p. 30), de acordo com o qual cada juiz deve decidir de acordo com sua própria consciência, cabendo à doutrina respeitar e adequar-se àquilo que dizem os tribunais (STRECK, 2012, p. 164-166).

Sem embargo, o Código de Processo Civil de 2015 dará início a uma inovação no direito processual pátrio, ao passo que ao suprir o livre convencimento motivado constante na codificação anterior e delimitar os elementos de uma fundamentação válida, exigindo dos tribunais estabilidade, coerência e integridade na jurisprudência o legislador promoveu uma revolução paradigmática (TRINDADE, 2016, p. 17) no aperfeiçoamento da fundamentação judicial.

Ao passo que a interpretação judicial deverá ser refinada e transformada em um instrumento apropriado ao estudo do Direito enquanto prática social (DWORKIN, 2014, p. 81) onde deverá ser observado três diferentes etapas de interpretação. A primeira delas será a fase pré-interpretativa na qual "são identificadas as regras e os padrões que se consideram fornecer o conteúdo experimental da prática" (DWORKIN, 2014, p. 81). Posteriormente, já na etapa interpretativa, o julgador deverá buscar "uma justificativa geral para os principais elementos da prática identificada na etapa pré-interpretativa" (DWORKIN, 2014, p. 81). Ao término, na etapa pós-interpretativa, deverá haver um ajuste de "sua ideia daquilo que a prática 'realmente' requer para melhor servir à justificativa que ele aceita na etapa interpretativa" (DWORKIN, 2014, p. 81-82).

Por fim, é necessária a análise por parte do julgador dos precedentes jurisprudenciais. Divide-se este teste em duas partes: na primeira, existe uma limitação quanto a invocar precedente ou enunciado de súmula, de maneira superficial, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos. Ou seja, o julgador fica obrigado a realizar uma identificação entre o caso paradigma, constante no precedente, e o caso em julgamento e, posteriormente, interpretar e justificar a aplicação de suas *rationes decidendi*. Por outro lado, ao deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, o julgador fica obrigado a demonstrar a existência de distinção (*distinguishing*)ou a superação do entendimento(*overruling)*. Neste ponto, pode-se fazer um paralelo com o primeiro teste

realizado, ou seja, em ambos os casos é necessário demonstrar a correlação entre o caso concreto e a norma.

Interpretar precedentes é entender que o precedente é resultado de intepretações, sendo a fundamentação a responsável por exercer a lógica dialética, confrontando e analisando os argumentos das partes e os fatos relevantes. (LOPES FILHO, 2016, p. 362)

Sendo certo que ao ser utilizado um precedente para fundamentar a decisão judicial, o interprete deve realizar uma reconstrução histórica da formação do precedente, com a perquirição do DNA (STRECK; RAATZ, 2017) dos casos anteriormente mencionados, os quais devem ser corretamente comparados e contrastados com o caso em julgamento.

Ademais, o artigo ainda traz a previsão de como deve ser realizado o juízo de ponderação no caso de colisão entre normas, sendo obrigado a justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, demonstrando de forma clara as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

2 DAS DIFICULDADES INSTITUCIONAIS PARA APLICAÇÃO DO ART. 489

Os Tribunais, em todas as esferas do poder judiciário, manifestaram-se contra a redação do artigo 489 do Código de Processo Civil, em virtude do detalhamento das obrigações de fundamentar, frente ao que existia anteriormente: o livre convencimento do juiz. O processo de fundamentação, em função de sua nova complexidade, obviamente forçará um maior trabalho analítico dos juízes, vinculando-os a um método uniforme de elaboração das sentenças.

Em virtude disto, existe um grande conflito dentro do Poder Judiciário que teme ter sua autonomia ameaçada. Argumentou-se também, principalmente a respeito dos efeitos nefastos que decorreriam da necessidade de verticalização da análise dos processos, que naturalmente elevaria o tempo de análise de cada processo, intensificando a demora na prestação jurisdicional. Conforme dados obtidos do último levantamento realizado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), no ano de 2015, o Poder Judiciário brasileiro possui uma a taxa de congestionamento de 72,2%. Entretanto, desde 2009, quando começou a ser medida, praticamente não ocorreu variação naquela taxa, a qual que se manteve estável durante todo o período.

Tanto assim que a Associação dos Magistrados do Brasil (AMB), a Associação dosJuízes Federais do Brasil (AJUFE) e a Associação Nacional dos Magistrados doTrabalho (ANAMATRA) chegaram a se reunir com o Ministro da Justiça e expedirofício à Presidente

da República com o fito de pugnar pelo veto dos parágrafos docitado art. 489 do novo CPC. (SIVOLELLA, 2016, p. 156)

Ademais, muitas destas Associações viram as imposições argumentativas para elaboração de sentenças como uma violação de suas prerrogativas, o que levou o projeto aprovado a ser conhecido como o "código dos advogados". Entretanto, esse contingenciamento da "liberdade" de decisão tem um importante papel no controle de arbitrariedades e decisionismos, afinal o ser humano ama o poder, algumas vezes sucumbe a ele. Os juízes também. O poder dos juízes deve ser limitado. (JORGE NETO, 2016)

Contudo, a razão da exigência de fundamentação judicial proposta no art. 93, IX, da Constituição Federal de 1988, não é de natureza puramente instrumental. A fundamentação das decisões busca um valor democrático, compondo o que se denomina de democracia normativa, caracterizando uma exigência ímpar, sob pena de concebermos uma democracia meramente formal. (OLIVEIRA, 2016, p. 63)

2.1 O Processo como meio de Efetivação do Poder Estatal

Embora os argumentos que propõem o afastamento da obrigação de fundamentar nos moldes do art. 489 do CPC sejam contundentes ao demonstrar as consequências referentes ao aumento do congestionamento, estes argumentos são compatíveis somente com um modelo instrumentalista de processo, segundo o qual o processo é um instrumento de aplicação da jurisdição.

Este posicionamento é amplamente defendido pelos processualistas clássicos no Brasil, em especial os vinculados à Escola Paulista de Processo, e baseia-se na ideia de relação jurídica de Bullow. Para estes doutrinadores, o processo é conexo à jurisdição e, por meio de seus escopos metajurídicos, servem como instrumento do Estado para aplicação da lei com a finalidade de pacificação social.

Este posicionamento instrumentalista, carrega em si a principal crítica que se faz à escola: em razão dos escopos, que são o objetivo final do processo, permite-se ao juiz uma atuação livre, mesmo fora dos limites contidos no direito positivado.

No modelo processual instrumentalista, tem-se como centro do processo o juiz que deve atuar de forma ativa dentro do processo, garantindo o equilíbrio das partes e a efetivação do devido processo legal. Este posicionamento deriva diretamente do entendimento de que a jurisdição é uma expressão de poder do Estado. Assim, a atividade do juiz é quase absoluta, uma vez que para alcançar os escopos não precisaria submeter-se aos argumentos dos litigantes.

Aqui cabe ainda ressaltar que nem todos os escopos do processo seriam vinculados à atividade jurisdicional daquele caso concreto. Dinamarco classifica os escopos em três categorias distintas: os escopos jurídicos, os escopos sociais e os escopos políticos.

Dentro desta distinção, os escopos jurídicos consistem na aplicação concreta da lei. O primeiro objetivo da jurisdição é garantir que, nos casos concretos, o direito substancial que está em discussão seja atingido.

Os escopos sociais, por sua vez, objetivam promover o bem comum, por meio da eliminação dos conflitos por meio da pacificação social e da justiça. A decisão neste aspecto, além de realizar a delimitação do direito no caso concreto, também tem como objetivo educar as partes quanto às consequências jurídicas de seus atos e, assim, evitar uma recorrência daquele conflito.

Por fim, existe ainda o escopo político, que procura conciliar a teoria instrumentalista com as que se desenvolveram em seu contraponto, teria como objetivo afirmar o poder estatal, incentivando a participação democrática, por meio da presença dos juizados e da ação popular, e preservar as liberdades por meio dos remédios constitucionais

2.2 O Processo como Garantia de Contraditório

Em um momento posterior, nos anos de 1970, Elio Fazzalari propõe a teoria Estruturalista, que poderia ser resumida na seguinte sentença: processo é procedimento em contraditório substancial. Embora ainda seja um conceito precário, já traz uma profunda evolução à definição instrumentalista.

Fazzalari transforma o contraditório em condição de pressuposto essencial para a existência do processo. Essa ruptura é fundamental, pois retira afasta os escopos metajurídicos do conceito de processo e passa a trabalhar com um modelo dialético. No qual se prioriza o contraditório entre as partes, por meio de uma estrutura metodológica, ou técnica, submetida ao modelo processual.

No Brasil, tivemos como principal "importador" da tese Aroldo Plínio Gonçalves, que definia o processo como uma espécie do gênero procedimento, que se distinguia pela existência do contraditório.

Em um momento posterior começou a ser construída a teoria constitucionalista do processo, que pode ser considerada uma evolução ou um desdobramento da teoria de Fazzalari. Ela acrescenta ao conceito da teoria estruturalista a noção de que o processo é também uma garantia, na perspectiva dos direitos fundamentais, que viabiliza o exercício de

outros direitos fundamentais.Essa complementação lógica traz o aspecto constitucional reforçando alegitimidade ao processo.

A teoria constitucionalista teve como grandes expoentes os italianos Andolina e Vignera, que cunharam a expressão modelo constitucional de processo e enxergaram esta evolução como uma consequência lógica da pós-modernidade e do fortalecimento dos estados constitucionais.

Desta forma, podemos intuir que o modelo constitucional de processo baseia-se na ideia de que o exercício da jurisdição pelo Estado encontra-se conformada pelas normas e os princípios constitucionais, afastando definitivamente a ideia de que o processo é um instrumento de poder estatal.

No Direito brasileiro, podemos destacar Baracho como um dos expoentes da teoria, o autor defende que o direito processual tem linhagem constitucional, o que passaria a conceder maior importância para proteção efetiva dos direitos processuais.

Essa proteção, por sua vez, decorre da supremacia da constituição, sobre as outras normas, inclusive sobre as normas processuais. Assim, o estabelecimento na constituição de um modelo processual e a inclusão taxativa nas constituições dos estados contemporâneos de normas de direito processual referentes ao direito de acesso à função jurisdicional do Estado e ao contraditório.

Neste sentido, podemos destacar que todo processo é, ou pelo menos deveria ser, constitucional, haja vista que os modelos processuais são construídos sobre uma base unificada, a própria constituição.

Ademais, o processo passa a ter um papel fundamental na própria estrutura do direito, ao garantir o acesso aos direitos fundamentais, uma vez que a democracia trabalha com um sistema majoritário. A Constituição, por outro lado, funciona como repositório de direitos fundamentais de que minorias podem se valer para se defender contra pretensões da maioria. (NUNES, 2010, p. 63)

2.3 O Processo Democrático

Esse papel contra majoritário traz ao processo um perfil de componente na construção da cidadania, uma vez que garante, por meio do estabelecimento de um processo dialético e fundamentado, acesso amplo e irrestrito ao conteúdo dos provimentos. Assim, permite-se também um controle social das decisões.

Ocorre que, mesmo diante de toda a evolução descrita, ainda existe um forte apego na doutrina e, principalmente, no meio prático às teorias instrumentalistas, que concedem um

poder excessivo ao julgador. Alterando-se, contudo, o objetivo dos escopos metajurídicos para os direitos fundamentais para que atue de forma ativa, a fim de que se alcance a "justiça".

3 A APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO CPC NO PROCESSO PENAL

Conforme analisamos até aqui, o argumento referente à limitação dos poderes do juízo é improcedente, por ser incompatível com os modelos teóricos mais modernos. Desta forma, resta analisar as questões referentes à celeridade e ao congestionamento nos tribunais, antes de nos debruçarmos sobre a possibilidade de aplicação destas garantias ao Processo Penal.

Primeiramente, é necessário que se afaste a confusão existente entre celeridade e razoável duração do processo, "uma vez que se confunda duração razoável com celeridade e se trabalhe com a ideia de que o processo deve ser concluído no menor intervalo de tempo possível, então todos os outros direitos fundamentais processuais passam a ser avaliados a partir do critério temporal" (MARDEN, 2015, p. 140).

Quanto ao congestionamento, não parece ser possível correlacionar o dever de fundamentar, que em tese já era cumprido, com o problema, tampouco se pode afastar uma série de direitos fundamentais processuais com o único intuito de se "ganhar tempo".

Assim, deve-se agora analisar a aplicação subsidiária das normas referentes à fundamentação da decisão judicial. Neste contexto, cabe destacar o perfil garantista do direito penal (FERRAJOLI, 2002). Ferrajoli assinala que, para além da autoridade inerente a qualquer ato do Poder Público, as decisões judiciais emmatéria criminal, mais que em quaisquer outras, devem demonstrar o amplo conhecimento sobre amatéria decidida. E de tal maneira que toda condenação criminal seja fruto exclusivo do saber (conhecimento), e não mera manifestação de poder. Desta teoria, derivam diversas normas penais como o *in dubio pro reo*.

Neste ponto, é imprescindível discutir o direito fundamental do jurisdicionado de receber decisões fundamentadas. Este direito decorre diretamente da previsão constitucional do artigo 93, IX. Ademais, só a fundamentação permite avaliar se a racionalidade da decisãopredominou sobre o poder, premissa fundamente de um processo penal democrático. (LOPES JR, 2014, p. 234)

Essa afirmação decorre do fato de que a única maneira de controle concreto das decisões judiciais parte da análise de suas decisões, ou seja, da verificação se a construção

argumentativa apresentada condiz com os fatos apresentados e o direito positivo adequado para situação.

Assim, a necessidade de uma fundamentação clara e o mais detalhada possível no Processo Penal não se trata uma demonstração de erudição, mas sim da explicação do porquê o Magistrado chegou à determinada conclusão acerca da autoria e materialidade.

Assim, é necessário que se analise comparativamente os artigos 489 CPC e 381[xii] CPP. O artigo 381, grosso modo, trata-se de uma versão simplificada do artigo que trata do mesmo assunto no novo código de processo civil. Prevendo que a sentença deverá conter os nomes das partes, uma exposição dos argumentos da acusação e da defesa, uma indicação dos fundamentos fáticos e de direito que fundamentam a decisão, a indicação dos artigos de lei aplicados e o dispositivo.

Observa-se aqui, que embora redigido em 1941, o artigo 381 do Código de Processo Penal já trazia mais exigências argumentativas do que o art. 458 do CPC/1973. Desta forma, a própria construção do texto normativo indica que, décadas atrás, já objetivava dar maior segurança jurídica e cercar de garantias os réus de processos.

Partindo-se do pressuposto lógico do Direito Penal e do Processo Penal de que todas as garantias processuais devem ser concedidas ao réu, sempre no grau máximo. Dever-se-ia aplicar ao processo penal os mesmos limites de fundamentações aplicados no Processo Civil. Neste sentido ensina Maria Helena Diniz:

> No nosso entender, ante a consideração dinâmica do direito e a concepção multifária do sistema jurídico, que abrange um subsistema de normas, de fatos e de valores, havendo quebra da isomorfia, três são as principais espécies de lacunas: 1ª) normativa, quando se tiver ausência de norma sobre determinado caso; 2ª) ontológica, se houver norma, mas ela não corresponder aos fatos sociais, quando, por exemplo, o grande desenvolvimento das relações sociais, o progresso técnico acarretarem o ancilosamento da norma positiva; e 3ª) axiológica, no caso de ausência de norma justa, ou seja, quando existe um preceito normativo, mas, se for aplicado, sua solução será insatisfatória e injusta. (DINIZ, 2009, p. 95)

Assim, conforme demonstrado por Maria Helena Diniz, nos confrontamos aqui com uma lacuna ontológica, uma vez que a norma, proveniente do Código de Processo Penal, o progresso técnico em outra área, o Direito Processual Civil trouxe uma evolução profunda nas garantias processuais.

3.1 O Modelo Processual do Direito Penal

Desta forma, para determinar a aplicabilidade do dispositivo de maneira supletiva e complementar no Direito Criminal, deve-se analisar qual o modelo processual adotado no

Brasil. Assim, analisaremos os três principais modelos analisados: o modelo instrumentalista, o modelo constitucional e o modelo democrático.

Utilizando-se o modelo instrumentalista, que foi a premissa da elaboração do Processo Penal, não poderíamos defender a aplicação complementar do artigo 489, uma vez que ele prejudicaria os escopos instrumentalistas do direito, reduzindo a efetividade e a pacificação social.

No modelo instrumentalista, por sua vez, seria passível de discussão a aplicação do dispositivo, ele não é necessário para o estabelecimento do contraditório, a previsão contida no Código de Processo Penal seria suficiente para garantir o estabelecimento do contraditório, uma vez que determina que na sentença sejam apresentados os argumentos e fatos aludidos pelas partes.

Por fim, nos modelos constitucional e democrático, a aplicação do artigo é inescusável. Isso decorre do incremento de segurança jurídica e das garantias que decorrerão de uma fundamentação mais detalhada. Nestes modelos, o processo serve como meio declaratório e de efetivação dos direitos e garantias fundamentais e, além disso, como meio de proteção do indivíduo das decisões tomadas em caráter majoritário.

Desta forma, a utilização ou não do artigo 489, dependerá de uma opção política: da escolha do modelo processual a ser adotado. Essa opção decorre principalmente de uma tensão entre os representantes Estado, que desejam ter meios efetivos de controle jurisdicional, e do cidadão, que busca ter seu direito respeitado e, ainda que tenha suas pretensões indeferidas, ter influenciado de maneira concreta na elaboração da decisão à qual estará submetido.

CONCLUSÃO

Desta forma, conclui-se que a curva evolutiva do Direito Processual desde Bullow vem se convertendo de um instrumento do poder estatal em um meio de proteção do indivíduo. Contudo, é necessário realizar agora uma opção doutrinária e política sobre o modelo processual que será adotado.

Em que pese o modelo instrumentalista cecear diretos fundamentais, pode-se por opção política fazê-lo em primazia da eficiência e da celeridade processual. Esta é uma opção política válida, desde que realizada de maneira clara e sendo permitido amplo debate sobre o tema.

Por outro lado, diante das arbitrariedades recorrentes que verificamos na prática do Direito, não parece ser salutar abrir mão de qualquer proteção legislativa que possa ser

contraposta ao poder estatal. Mais ainda, no Direito Criminal a única defesa contra o império do Estado são estas prerrogativas.

Assim, reside na obrigação de fundamentar os provimentos, talvez o maior instrumento de proteção do réu dentro de direito criminal. Embora pareça radical, esta afirmação reflete a realidade do direito brasileiro no presente momento.

Diversos direitos e garantias fundamentais foram relativizados em função de uma maior celeridade e em decorrência de uma moral coletiva que busca o fim de um modelo que historicamente resulta em situações de impunidade.

Ocorre, que a obrigação de fundamentar afasta o direito dos extremismos, com o fim exemplificativo pode-se citar duas decisões polêmicas, e recentes, que ocorreram nos últimos meses: as decisões quanto ao cumprimento da pena após condenação em segundo grau e o relaxamento da prisão preventiva de Adriana Anselmo.

Em ambos os casos, o dever de fundamentação, combinado com a publicidade dos atos, trouxe um constrangimento ao julgador que se viu obrigado a responder à toda a sociedade por suas decisões.

No primeiro caso, a moral coletiva, no sentido proposto por Dworkin, levou a reforma de um entendimento que permitia que se evitasse a prisão antes do trânsito em julgado, no julgamento realizado pelo STF, foi realizado amplo debate e, por fim, foi tomada uma posição política pelo entendimento da existência de um transito em julgado parcial, no que se refere ao mérito. Embora possamos discordar dos argumentos apresentados, a obrigação de fundamentar e demonstrar uma *ratio descidenti* clara validou o ato do judiciário.

Por outro lado, no relaxamento da prisão preventiva de Adriana Anselmo, esposa do ex-governador do Rio de Janeiro, por ausência do cumprimento dos requisitos do artigo 489 do Código de Processo Civil, ficou clara a teratologia da decisão.

Desta forma, conclui-se que o novo modelo de decisão imposto pelo art. 489 deveria ser aplicado também ao direito criminal, uma vez que obriga, sob pena de nulidade, que seja realizada uma fundamentação nos moldes do que preconiza o Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2016: ano-base 2015**.Brasília: CNJ, 2016.

DINIZ, Maria Helena. **As lacunas do direito**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão – teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002

JORGE NETO, Nagibe de Melo. **Abrindo a Caixa Preta: Por que a Justiça não funciona no Brasil?**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes Judiciais no Constitucionalismo Brasileiro contemporâneo**. 2 ed. Salvador: Juspodvm, 2016.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal.** 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MARDEN, Carlos. **A razoável duração do processo: o fenômeno temporal e o modelo constitucional processual.** Curitiba: Juruá, 2015

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novo Curso de Processo Civil: Teoria do Processo Civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 8. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. **Processo, Jurisdição e Processualismo Constitucional Democrático na América Latina: Alguns Apontamentos**. Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, n. 101, p. 61-96, jul./dez. 2010.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Hermenêutica e jurisprudência no novo Código de Processo Civil: a abertura de novos horizontes interpretativos no marco da integridade do Direito**. In: STRECK, L. L.; ALVIM, E. A.; LEITE, G. S. Hermenêutica e jurisprudência no novo Código de Processo Civil: coerência e integridade. São Paulo: Saraiva, 2016. cap. 2, p. 41-67.

SIVOLELLA, Roberta Ferme. **A sentença e a fundamentação substantiva no novo CPC**. R. Fórum Trabalhista – RFT | Belo Horizonte, ano 5, n. 20, p. 153-163, jan./mar. 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

____; RAATZ, Igor. **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.

TRINDADE, A. K. **O controle das decisões judiciais e a revolução hermenêutica no Direito Processual Civil Brasileiro**. In: STRECK, L. L.; ALVIM, E. A.; LEITE, G. S. Hermenêutica e jurisprudência no novo Código de Processo Civil: coerência e integridade. São Paulo: Saraiva, 2016. cap. 1, p. 15-40.

i Exatamente porque o processo deve ser visto em uma dimensão externa, de atuação dos fins do Estado, é que ele deve se desenvolver de modo a propiciar a efetiva participação de todos os seus participantes – do juiz e das partes (MARINONI, 2016)

ii O contraditório, além de ser uma garantia individual, um direito fundamental, também é um princípio constitucional estruturante do processo, expressamente insculpido no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal. Uma leitura clássica desse princípio percebia duas feições a ele inerentes: informação e reação (ARAÚJO CINTRA, 2013)

iii No processo penal, entendem-se indispensáveis quer a defesa técnica, exercida por advogado, quer a autodefesa, com a possibilidade dada ao acusado de ser interrogado e de presenciar todos os atos instrutórios. (ARAÚJO CINTRA, 2013)

ivArt. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

v Alguns doutrinadores defendem a existência do princípio da vedação da "decisão-surpresa", entretanto opta-se por não utilizar-se essa classificação. Em uma análise mais detida, poderíamos classificá-la como um subprincípio, contudo tão pouco esta classificação é correta, a vedação é tão somente consequência lógica do princípio do contraditório dentro do contexto do processo constitucional democrático.

vi O relatório conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com o resumo do pedido e da contestação.

vii Os fundamentos analisarão das questões de fato e de direito.

viii O dispositivo conterá a resolução das principais questões controvertidas submetidas ao juízo.

ix Quando o legislador fixa no conteúdo da norma a situação fática, mas deixa a consequência jurídica em aberto, para ser definida pelo juiz no caso concreto, tem-se o conceito jurídico indeterminado. (NEVES, 2016, p. 279)

x Nas cláusulas gerais o legislador prevê uma situação fática vaga e um efeito jurídico indeterminado, de forma que nesse caso o grau de indefinição é ainda maior do que no conceito jurídico indeterminado, porque nesse caso, além de ser vaga sua hipótese de incidência, é indeterminado seu efeito jurídico. (NEVES, 2016, p. 280)

xi Nos termos do enunciado 12 da ENFAM: Não ofende a norma extraível do inciso IV do § 1º do art. 489 do CPC/2015 a decisão que deixar de apreciar questões cujo exame tenha ficado prejudicado em razão da análise anterior de questão subordinante

xiiArt. 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.