

MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES PENAIS E NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Thais Viana de Alencar

Graduanda em Direito, 10º período

Centro Universitário do Estado do Pará

Contato eletrônico: thaisalencar@live.com

RESUMO: O presente artigo trata da aplicação subsidiária ao processo penal da disciplina da motivação das decisões judiciais do novo Código de Processo Civil. A nova lei excluiu do seu âmbito de influência o processo penal e se pretende responder se tal ausência no rol de processos afetados por aquele diploma impede a aplicação subsidiária da norma do art. 489, §1º do novo CPC. Este trabalho avalia as relações que o direito/dever de motivação das decisões estabelece com as demais garantias processuais que preenchem o conteúdo do princípio do devido processo legal e com o conceito de Estado Democrático de Direito. Verifica, ato contínuo, as possibilidades de integração entre normas que fornecem os subsídios técnicos para a supressão de lacunas normativas, ainda que com normas de sistemas processuais diversos, para o aperfeiçoamento das práticas processuais penais com o objetivo de garantir a concretização do projeto acusatório constitucional.

Palavras-chave: Motivação das decisões judiciais. Processo Penal. Novo Código de Processo Civil. Aplicação subsidiária. Fundamentação.

ABSTRACT: This study deals with the subsidiary use to the criminal proceedings of the discipline of the duty of giving reasons for judicial decisions as listed in the new Civil Procedure Code. The new law excludes from its scope of influence criminal proceedings, however, that absence of criminal proceedings on the docket affected by that law does not preclude the subsidiary application of the rule of art. 489, §1º. Thus, this study evaluates the relationship that the right /duty of giving reasons for decisions establishes with the other procedural safeguards that meet the content of the concept of the due process of law and the concept of democratic state. Checks, then, the possibilities of integration between standards that provide technical support for the removal of regulatory gaps, albeit with different standards of procedural systems, for the improvement of criminal procedural practices in order to ensure the realization of the constitutional accusatory project.

Key-words: The judicial duty of giving reasons. Criminal Procedure. New Civil Procedure Law. Grounding.

INTRODUÇÃO

A nova lei adjetiva civil interessa a pesquisadores de todos os ramos do direito processual brasileiro, pois a produção acadêmica e legislativa da disciplina nitidamente alcançou novos patamares, seja ao aderir a tendências doutrinárias nacionais e estrangeiras, ou ao inovar em aspectos procedimentais, com o objetivo de otimizar o serviço jurisdicional.

Neste aspecto, o recorte escolhido para este artigo é o da disciplina da motivação das decisões judiciais no novo Código de Processo Civil e suas possíveis influências para o direito processual penal. Como é cediço, a nova lei dedicou especial atenção à garantia da motivação das decisões, tendo enumerado de forma não taxativa as hipóteses em que será considerado não fundamentado o ato decisório e cujo defeito implicará em sua nulidade. A relevância deste

tratamento pormenorizado consiste no fato de ser o dever de motivar uma garantia constitucional expressa no art. 93, IX da Constituição Federal.

Outrossim, o próprio texto do novo Código de Processo Civil regula quais processos devem ser influenciados supletiva e subsidiariamente por suas normas, conforme disposição expressa de seu art. 15. Ocorre, todavia, que o processo penal não consta no rol dos processos eventualmente afetados ou influenciados por aquele diploma e esta ausência é a primeira provocadora desta pesquisa.

Tornou-se imprescindível questionar, portanto, desde a ótica do processo penal, se seria possível que alguma espécie de decisão judicial não pudesse ser afetada por aquela disciplina. Isto é, se parece razoável supor que tais disposições processuais civis sobre a nulidade de determinadas decisões, usualmente similares em outros sistemas processuais, não podem servir de parâmetro para a consideração sobre a correção destes mesmos atos noutros sistemas.

Interessa-nos, portanto, responder ao seguinte problema: é possível realizar a aplicação subsidiária ao processo penal da regulamentação sobre a nulidade das decisões judiciais por ausência ou defeito de fundamentação conforme detalhada no novo Código de Processo Civil?

Assim, este breve artigo tem por objetivo discutir o alcance e a importância do art. 489, §1º da nova lei, o dispositivo que regula a nulidade das decisões não fundamentadas, na condição de norma regulamentadora do princípio constitucional da motivação das decisões judiciais e, caso assim de fato seja possível reconhecê-la, se esta condição não tornaria automaticamente o dispositivo aplicável e exigível em todos os atos decisórios judiciais.

Ato contínuo, objetiva-se debater o problema de interpretação gerado pela leitura conjugada do art. 15 da lei adjetiva civil, que excluiu o processo penal de seu campo de influência, com o art. 3º do Código de Processo Penal que dispõe sobre a admissão de interpretação extensiva e aplicação analógica para a lei processual penal.

Desta forma, verifica-se se o aperfeiçoamento do sistema de justiça criminal pode se valer das disposições processuais civis para o alcance dos objetivos centrais do desenho processual penal da Constituição Federal de 1988, que inclui a estrutura de um sistema acusatório, no qual a motivação das decisões judiciais possui relevância indiscutível.

Desta forma, verifica-se a relevância do estabelecimento de limites bem determinados ao exercício de poder no processo penal, mormente quando em busca da adequação da disciplina para a instalação do projeto constitucional acusatório e garantista.

A hipótese que guia este trabalho consiste na leitura constitucional do processo penal e o respeito às regras do jogo como medidas de urgência para uma verdadeira reforma

civilizatória no sistema de justiça criminal brasileiro.

Neste sentido, trataremos do local do dever de motivação das decisões judiciais no continente do princípio do devido processo legal, nestes termos, o estabelecimento das relações do referido dever com as demais garantias processuais inscritas no texto constitucional. E ainda abordaremos as relações do dever de motivação com a concretização de um Estado de Direito, uma vez que aderimos ao ensinamento de que de “o estado de direito é o estado que se justifica” (BRÜGGEMANN *apud* NARDELLI, 2015, p. 358).

Em seguida abordaremos a forma como o Código de Processo Penal trata a questão da motivação da decisão judicial, com o objetivo de observar se há a lacuna na lei adjetiva penal, a considerar a nova disciplina da lei adjetiva civil. Nesta senda, ainda, verificar qual ou quais técnicas de integração disponíveis podem instrumentalizar eventual importação da norma processual civil para o cotidiano forense do processo penal.

1 O DEVER DOS MAGISTRADOS DE MOTIVAR AS DECISÕES JUDICIAIS ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL DOS JURISDICIONADOS

1.1 Dever de motivação e as garantias processuais do Devido Processo Legal

O dever de motivação das decisões judiciais conforme inscrito no art. 93, IX da Constituição Federal constitui-se, ao mesmo tempo: em direito fundamental dos cidadãos, pois lhes permite tomar conhecimento da forma como a lei é aplicada e fiscalizar sua racionalidade e adequação, sejam ou não partes do processo; e em dever funcional dos magistrados, isto é, a regra segundo a qual toda decisão emanada por juiz deve ser regularmente motivada, com explicação detalhada do processo decisório estabelecido pelo magistrado¹.

Neste sentido, uma vez que o novo Código de Processo Civil, doravante novo CPC, estabeleceu uma regulamentação do dispositivo constitucional acima apresentado, verifica-se que se trata, com segurança, de verdadeiramente fornecer caráter instrumental à força normativa do texto constitucional, o que nas palavras de Cunha Júnior significa “atribuir às normas

¹ No magistério de Hartmann com arrimo em Ruy Samuel Espíndola: “Técnicamente, então, a exigência de motivação das decisões é verdadeiro *princípio constitucional*, e, como tal, por sua própria natureza, evidencia mais do que um comando genérico estampado em uma norma ou uma norma constitucional. Ele expressa opção política fundamental, reflete a escolha de valores éticos e sociais como fundantes de uma noção de Estado e de Sociedade. Em verdade, todos os princípios constitucionais ‘não expressam somente uma natureza jurídica, mas também política, ideológica e social, como, de resto, o Direito e as demais normas de qualquer sistema jurídico. Porém, expressam uma natureza política, ideológica e social, normativamente predominante, cuja eficácia, no plano da práxis jurídica – entendida como concretização do Direito no sentido mais amplo possível –, alcança, muito além dos procedimentos estatais (judicialistas, legislativos e administrativos), até a organização política dos mais diversos segmentos sociais, como os movimentos populares, sindicatos e partidos políticos, etc.” (2005, p. 145, grifo no original).

constitucionais um sentido que maior efetividade lhe dê, visando otimizar ou maximizar a norma para dela extrair todas as suas potencialidades” (*apud* SILVA, 2013, p. 195).

Revela, portanto, o compromisso do novo estatuto processual com a efetividade dos direitos, razão pela qual é exigível, neste trabalho, que se comece com o registro da “relação circular” que se estabelece entre processo e direito material desde uma concepção instrumental do direito processual, pois “ao processo cabe a realização dos projetos do direito material (...) O direito material sonha, projeta; ao direito processual cabe a concretização tão perfeita quanto possível desse sonho” (DIDIER JR., 2015, p. 39).

De certo há uma gama de questões endoprocessuais e extraprocessuais que são atingidas pelo correto exercício do dever de motivação das decisões judiciais, uma vez que sua correta observância é pressuposto para o alcance de diversas garantias relacionadas ao sistema acusatório² e à instrumentalidade constitucional do processo. Logo, trata-se de um dever dos juízes que implica diretamente na concretização e instrumentalização de diversos direitos pertencentes ao conceito amplo de devido processo legal, inscrito no art. 5º, LIV da CF.

De forma ainda mais significativa, o trecho a seguir de Ferrajoli, no qual dispõe sobre as categorias entre as garantias processuais, as formas como se relacionam e afirma a importância de um sistema de garantias coordenado, trata-se de lição pertinente:

Para que seja possível o controle da observância das garantias processuais até agora examinadas é necessário um segundo conjunto de garantias, relativas às primeiras instrumentais ou secundárias: a publicidade e a oralidade do juízo, a legalidade ou ritualização dos procedimentos e a motivação das decisões. Trata-se de garantias por assim dizer de segundo grau, ou *garantias de garantias*: somente se a instrução probatória se desenvolver em público e, portanto, de forma oral e concentrada, e se ademais for conforme ao rito voltado a tal fim predisposto, e enfim a decisão for vinculada de modo a dar conta de todos os eventos processuais além das provas e contraprovas que a motivam, pode-se ter de fato uma relativa certeza de que tenham sido satisfeitas as garantias primárias, mais intrinsecamente epistemológicas, da contestação da acusação, do ônus da prova e do contraditório com a defesa. (FERRAJOLI, 2002, p. 492, grifo no original)

Tal direito/dever encontra-se relacionado dentre aqueles que pertencem a formulação do conteúdo amplo do princípio do devido processo legal, que é, em si, uma “metodologia ao exercício do poder” (GOMES FILHO, 2013, p. 24), especialmente pois trata-se de uma garantia que implica a realização de outras como o “contraditório e ampla defesa, inércia jurisdicional, princípio dispositivo, poder de ação, coisa julgada, duplo grau de jurisdição e imparcialidade

² Em brevíssimo resumo, Geraldo Prado, valendo-se da lição de Ferrajoli em *Derecho y Razón*, define a expressão da seguinte maneira: “*se pode chamar de acusatório a todo sistema processual que concebe o juiz como um sujeito passivo rigidamente separado das partes e o juízo como uma contenda entre iguais iniciada pela acusação, a quem compete o ônus da prova, enfrentada a defesa em um juízo contraditório, oral e público e resolvida pelo juiz segundo sua livre convicção*”. (2006, p. 153, grifo no original).

do órgão julgador” (LUCCA, 2015, p. 207).

Registre-se, por oportuno, que o dever de motivação das decisões possui, também, caráter convencional. A Corte Interamericana de Direitos Humanos já teve a oportunidade de se manifestar sobre o tema, tendo concluído no Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela que:

Asimismo, la motivación demuestra a las partes que éstas han sido oídas y, en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, les proporciona la posibilidad de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores. Por todo ello, el deber de motivación es una de las “debidas garantías” incluidas en el artículo 8.1 para salvaguardar el derecho a un debido proceso. (Item 118, 2011).

Neste aspecto, para a abordagem deste trabalho, é relevante que se apresente as características do dever de motivação das decisões que implicam em observância direta, quando não na própria instrumentalidade ao exercício ou à existência, destes direitos processuais que orbitam em torno do conceito de devido processo legal.

A observância destas garantias processuais ganha relevo no processo penal seja em razão do bem jurídico em jogo no processo, a liberdade, ou em razão da função instrumental do processo em relação à pena e em relação ao direito de defesa do acusado. A lição de Gomes Filho é indispensável para a linha de raciocínio aqui desenvolvida, assim:

No campo penal, em que estão em jogo os mais relevantes interesses, tanto sociais como individuais, a esmerada observância dessas garantias atende, de um lado, à exigência de correção dos pronunciamentos judiciais e, de outro, à necessidade de preservar o cidadão contra os riscos de decisões infundadas ou arbitrárias. Nesse quadro, assume particular importância a obrigação de que as decisões sejam acompanhadas de um discurso justificativo capaz de evidenciar o efetivo atendimento das mencionadas garantias. (GOMES FILHO, 2013, p. 15)

Deste modo, uma vez que “o direito fundamental ao processo justo não se cristaliza, nem se exaure, em garantias particulares, mas, ao contrário, está fundamentado na coordenação de várias garantias concorrentes” (GOMES FILHO, 2013, p. 29), seguem as breves considerações sobre as relações entre o dever de motivação e a concretização destas outras garantias processuais fundamentais.

1.1.1 Motivação das decisões judiciais e o contraditório e a ampla defesa

Relaciona-se significativamente o dever de motivação das decisões com os princípios do contraditório e da ampla defesa, pois é através da justificação da decisão que se verifica a atenção dada pelo juiz à atividade, em especial a probatória, das partes no processo. Não é outra a lição de Duarte já em comentário ao novo CPC, para quem:

O contraditório nessa nova conformação, mormente no último elemento do seu trinômio estruturante (consideração), liga-se imediatamente com a motivação dos provimentos jurisdicionais, no que este não pode desconsiderar dos elementos aportados pela manifestação das partes (artigos 11 e 489, § 1.º). Noutras palavras, o contraditório, para ser efetivo, encontra na motivação sua razão última, seu fecho

final. (GAJARDONI *et al.*, 2015, p. 95)

O juiz só pode concluir que certo pedido, por exemplo, é procedente se, e somente se, enfrentar todas as alegações de fato e de direito da parte contrária que sejam capazes, em tese, de levar à conclusão da improcedência do pedido. Este comando restou expresso no art. 489, §1º, IV do novo CPC.

Não é difícil encontrar a funcionalidade deste dispositivo para o processo penal. Por exemplo, caso o réu esteja preso cautelarmente e a sua defesa requeira a revogação desta cautelar, condicionada ou não, baseada em fundamentos diversos, o juiz, ao decidir, não pode valer-se dos subterfúgios genéricos oferecidos pelo Código de Processo Penal, doravante CPP, como “garantia da ordem pública” ou “garantia da aplicação da lei penal”, sem determiná-los para o caso concreto. É preciso que enfrente, detalhadamente, cada um dos fundamentos, cotejando-os, ainda, com os argumentos trazidos pela acusação e pela defesa.

A aplicação da norma consiste em considerar suficientemente fundamentada a decisão que, portanto, considerar respeitados os princípios do contraditório e da ampla defesa, uma vez que da descrição dos fundamentos da decisão é que se observa a avaliação que o magistrado prestou aos argumentos e questões invocadas pelas partes.

1.1.2 Motivação das decisões e o princípio da correlação entre acusação e sentença

Conectado intrinsecamente com os princípios anteriores está o princípio do processo penal da congruência ou correlação entre acusação e sentença (BADARÓ, 2015) e este, por sua vez, ligado ao princípio da motivação, pois é impositivo que a motivação da decisão penal se restrinja ao delineado na pretensão acusatória, materializada na denúncia ou na queixa.

Neste ponto cabe especial atenção ao princípio da correlação entre acusação e sentença, pois concordamos com Lopes Jr. (2015) quando afirma que tal princípio vincula-se, imediatamente, ao próprio objeto do processo penal, que é pretensão acusatória.³

Os fundamentos apresentados pelo juiz quando da decisão de mérito final devem estar nitidamente vinculados com os fatos e o direito expostos na inicial acusatória, mesmo quando o magistrado se utiliza dos institutos da *mutatio* ou da *emendatio libelli*, exceções à regra, pois a correlação entre a acusação e sentença é o que determina o perímetro da atividade decisória do juiz criminal. Isto é, o juiz não está autorizado a ampliar ou reduzir a pretensão acusatória –

³ O objeto do processo penal é a pretensão acusatória, vista como a faculdade de solicitar a tutela jurisdicional, afirmando a existência de um delito, para ver ao final concretizado o poder punitivo estatal pelo juiz através de uma pena ou medida de segurança. [...] O processo de feição acusatória se caracteriza por ser *tendencialmente rígido*, pois essa rigidez decorre da garantia da vinculação temática do juiz. (LOPES JR, 2015, p. 883/884, grifo no original).

observadas, com moderação, as exceções dos arts. 383 e 384 do CPP (LOPES JR., 2015). A barreira criada pelo princípio da correlação implica em garantia da própria imparcialidade do julgador, pois não deve ultrapassar as fronteiras determinadas pela acusação.

Ademais, há de se considerar que o princípio da correlação não se esgota com a relação entre acusação e sentença, uma vez que o magistrado também não pode decidir sobre qualquer questão que não tenha sido submetida ao contraditório e à ampla defesa, razão pela qual para Lopes Jr. “os limites da decisão vêm marcados por uma dupla dimensão: acusação e contraditório” (2015, p. 886).

Neste ponto, a relação entre tal princípio e o dever de motivação das decisões é evidente na medida em que, mesmo que questões extraprocessuais tenham influenciado o magistrado quando da tomada de decisões, a motivação está vinculada à pretensão acusatória e ao exercício do contraditório e da ampla defesa no processo, o que reduz significativamente os espaços para decisionismos⁴ e arbitrariedades, defeitos a serem combatidos uma vez que não se compatibilizam, de qualquer forma, à inspiração democrática e garantista do sistema acusatório.

A expressão “decisionismo” é largamente utilizada na doutrina brasileira para indicar a situação em que o magistrado decide afastado do direito, baseado em critérios obscuros e desconhecidos, valendo-se de preconceitos, paixões pessoais ou interesses outros que não se coadunam com o Estado Democrático de Direito e com o princípio da imparcialidade do julgador e é imprescindível neste momento a conclusão de Soares, para quem:

O decisionismo, de qualquer forma, além de fragilizar a segurança jurídica, acaba de certa forma prejudicando a própria fundamentação das decisões judiciais, uma vez que calcadas em parâmetros intimistas e desprovidos de normatividade, legitimidade ou previsibilidade. A deficiência na fundamentação ainda reprime, em certa medida, a controle social da prestação jurisdicional. O decisionismo, pois, tende a esticar e às vezes romper os limites da interpretação aderente à normatividade. (SOARES, 2013, *online*)

Imprescindível também é o magistério de Ibañez, tradutor para o espanhol da obra *Derechos y garantías: la ley del más débil* de Ferrajoli, no prólogo do livro:

La emergencia de la perspectiva constitucional en la aplicación de la ley —entiende Ferrajoli, a diferencia de lo que muchas veces se ha dicho— no amplía peligrosamente el campo de actuación y la discrecionalidad del intérprete. El deber de observancia de la Constitución añade también en ese plano un plus de sujeción, en la medida en que limita el abanico de las interpretaciones legítimas y *porque el deber constitucional de motivación de las decisiones judiciales proscribiera el decisionismo*

⁴ Para Macedo Júnior, com propriedade no tema: “A rubrica “decisionismo jurídico” está irremediável e definitivamente ligada ao pensamento jurídico de Carl Schmitt. (...) Segundo Schmitt, para o jurista de tipo decisionista a fonte de todo o “direito”, isto é de todas as normas e os ordenamentos sucessivos, não é o comando enquanto comando, mas a autoridade ou soberania de uma “decisão” final, que vem tomada juntamente com o comando. Por tal motivo, o fundamento do direito não é qualquer espécie de razão prática, mas sim uma decisão soberana que instaura, a partir do nada, uma ordem pondo fim ao caos” (MACEDO JÚNIOR, 1994, p. 201).

tan arraigado en los viejos hábitos judiciales (2004, p. 11/12, sem grifo no original).

Assim, em conclusão, é certo que a “sentença que não guarde correlação com a acusação é absolutamente nula” (BADARÓ, 2015, p. 537) tal como o é a decisão não devidamente fundamentada ou cujos fundamentos extrapolem a acusação, pois ambos os defeitos significam, em última análise, prática decisionista e violação ao sistema acusatório constitucional em que o magistrado deve vincular a motivação de sua decisão às questões fáticas e jurídicas regularmente debatidas no processo.

1.1.3 Dever de motivação, inércia da jurisdição e a imparcialidade do julgador

O princípio da inércia da jurisdição, consagrado no brocardo latino *ne procedat iudex ex officio*, positivado nos arts. 2º do novo CPC, 24 e 30 do CPP e 14 da Lei nº 1.079/1950, significa, em linhas gerais, que o poder judiciário só pode agir mediante provocação, o que no processo penal é representado pelo exercício da pretensão acusatória deduzida na acusação.

Tal princípio também está intimamente ligado ao sistema acusatório, pois é fundamental para o bom funcionamento do processo penal acusatório-constitucional o estabelecimento da rigorosa separação de tarefas entre órgão acusador, defesa e poder judiciário (PRADO, 2010).

Esta também é a lição de Prado apoiado em Ada Pellegrini Grinover, o que demonstra certo consenso doutrinário acerca do conteúdo das garantias processuais penais constitucionais e o que elas pragmaticamente representam ao sistema acusatório enquanto opção do constituinte para o exercício da atividade de acusar/punir do Estado:

Ada Grinover percuientemente aduziu que no Estado de direito não há outro processo senão o acusatório, escorado na distribuição das principais funções processuais entre três sujeitos, de modo a dispensar o juiz da iniciativa da perseguição penal e garantir a sua imparcialidade. (PRADO, 2010, p.33)

De forma ainda mais clara, a garantia da imparcialidade liga-se, a um só tempo, à legitimidade da atividade jurisdicional⁵ e à igualdade entre os cidadãos, ao passo que a “determinação semântica das leis” para os fatos do caso que insurgiram durante a instrução processual possa ser feita da forma mais racional possível, dentro dos limites legais, valendo-se o juiz da motivação de sua decisão para esclarecer por quais razões fáticas e jurídicas decide de um modo ou de outro. Assim, para Ferrajoli:

Se a legitimidade do juízo se funda na verdade processual, cuja decisão depende da determinação semântica das leis e, portanto, dos vínculos estritamente legais da jurisdição, é claro que ela exige a independência do juiz tanto quanto seu

⁵ Neste sentido é elementar a lição de Lisbôa para quem: “Conquanto a legitimação inicial dos magistrados se dê pelo concurso, a legitimação diária, a cada ato decisório emanado, de forma reiterada, ocorre pela fundamentação da decisão” (LISBÔA, 2015, p. 123)

distanciamento, em garantia da imparcialidade e, portanto, da igualdade dos cidadãos. Por outro lado, se o juízo é voltado a impedir arbítrios ou abusos potestativos sobre as liberdades individuais por parte dos poderes de governo, a independência dos juízes garante uma justiça não subordinada à razão de Estado ou a interesses políticos contingentes. (FERRAJOLI, 2002, p. 468)

Por isto mesmo que se afirmou que o CPP possui matriz inquisitorial, pois o núcleo fundante do sistema inquisitório, que é a gestão da prova, está nas mãos do juiz, diante do permissivo substancialmente não recepcionado pela CF do art. 156 da lei adjetiva penal, o que provoca inevitável confusão entre as atividades de acusar e julgar (LOPES JR., 2015).

Ambos os princípios, a inércia da jurisdição e a imparcialidade do julgador, estão diretamente relacionados com a função e com o local destinado ao juiz no processo penal, neste sentido, nas palavras de Lopes Jr.:

O juiz assume uma nova posição no Estado Democrático de Direito, e a legitimidade de sua atuação não é política, mas constitucional, consubstanciada na função de proteção dos direitos fundamentais de todos (...). Deve tutelar o indivíduo e reparar as injustiças cometidas e absolver quando não existirem provas plenas e legais (abandono completo do mito da verdade real). (LOPES JR., 2015, p. 59)

A conexão entre os princípios da inércia e o da imparcialidade do julgador é flagrante, pois “o comprometimento psicológico daquele que inicia um processo certamente acabaria com qualquer perspectiva de imparcialidade no julgamento” (LUCCA, 2015, p. 211).

Uma vez que a fundamentação das decisões é fator legitimador⁶ do exercício poder jurisdicional, evidencia-se que a imparcialidade do julgador é comprometida se não nos são dados a conhecer os motivos que sustentam determinada decisão. Sem a estruturação racional da argumentação jurídica somada à exposição detalhada dos fatos do caso penal – caráter cognoscitivo da atividade da jurisdição - é impossível conhecer as razões que o juiz considerou para a tomada da decisão, o que também torna impossível ou pelo menos muito difícil impugná-las de forma objetiva. Para Oliveira e Kfoury Neto, o problema da motivação é o que “constitui a essência de qualquer decisão judicial, na cultura jurídica ocidental moderna” (2015, p. 203).

Gomes Filho, neste mesmo sentido, leciona existirem três principais funções da motivação das decisões em relação direta à garantia da imparcialidade do julgador: a primeira consiste no asseguramento dos limites da independência do juiz, isto é, no impedimento de que a autonomia do magistrado sirva para eventual invasão das competências das esferas dos outros

⁶ Neste sentido, por exemplo: “(...) não parece ter sido casual nem redundante, à luz da provisão genérica do art. 93, IX, da Constituição de 1988, a exigência especial contida em seu art. 5º, LXI, no sentido de que *ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente*. Ressalta-se, assim, no próprio contexto dos direitos fundamentais, a magnitude do dever de fundamentação como *garantia política* da legitimidade da intervenção estatal quando se trata de restringir a liberdade individual.” (GOMES FILHO, 2013, p. 79)

poderes; a segunda, a mais relevante, a nosso ver, foi sintetizada no seguinte sentido:

(...) a obrigatoriedade de apresentação das razões da decisão representa, é certo, um forte estímulo à efetiva imparcialidade e ao exercício independente da função judiciária, impedindo escolhas subjetivas ou que constituam resultado de eventuais pressões externas. É a exigência de explicação do *iter* decisório que induz a que nele apenas sejam considerados dados objetivos, até porque é sempre difícil dissimular escolhas que foram resultado de motivos espúrios ou de meros fatores subjetivos. (GOMES FILHO, 2013, p. 83)

A terceira função seria a de servir para a própria descoberta, pelos cidadãos ou pelas instâncias judiciárias superiores, de decisões baseadas nestes motivos espúrios ou subjetivos para então identificar se o juiz agiu de forma parcial ou submeteu-se a pressões externas (GOMES FILHO, 2013) - função esta precipuamente conectada com o princípio do duplo grau de jurisdição, o que nos remete ao próximo princípio.

1.1.4 Motivação das decisões judiciais e o duplo grau de jurisdição

Historicamente, uma das razões que motivou o surgimento da necessidade de estabelecer um dever de fundamentar as decisões, nas sociedades modernas, foi a imprescindibilidade de realizar o controle da atuação dos juízes pela sociedade e pelos órgãos superiores ou, a depender do caso, pelo próprio monarca, em especial após a Revolução Francesa inspirada nos ideais iluministas.⁷

A irresignação sobre uma decisão judicial, que motiva a interposição de recursos, pressupõe que se aponte alguma falha de natureza material – conteúdo do ato decisório – ou formal – aspectos processuais ou formais da decisão. O direito ao duplo grau de apreciação da lide ou do caso é também um princípio constitucional, embora lá não esteja expresso, pois se trata de um consectário lógico do *substantive due process of law*, tendo restado expresso nos arts. 7, item 6 e art. 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Em relação ao duplo grau de jurisdição, a motivação da decisão judicial exerce com clareza uma das suas funções endoprocessuais, para as partes e para os tribunais: o conhecimento das razões que levaram o magistrado a decidir permite o controle técnico para a interposição do recurso; e fornece aos tribunais os subsídios para decidir sobre o acerto ou eventual necessidade de reforma da decisão (DIDIER JR., 2016), e aos tribunais superiores, em específico, permite avaliar a correta interpretação e aplicação da lei e da Constituição. Por isto “é muito difícil conceber um sistema recursal verdadeiramente efetivo sem que os juízes tenham

⁷ “Após a Revolução Francesa, a função de controle da atividade judicial foi potencializada à luz da concepção liberal que permeou aquele momento histórico. Os juízes, ao exercerem um poder decorrente do próprio povo e aplicar um direito produzido pelo povo e para o povo, deveriam dar satisfação de sua atividade pela exposição das razões que os levaram a decidir de determinada maneira.” (LUCCA, 2015, p. 89)

o dever de expor as razões de suas decisões” (LUCCA, 2015, p. 215/216).

Sem um dever de motivação a instância superior teria de renovar o julgamento sobre os fatos e o direito da causa desde o princípio, uma vez que seria impossível saber o que levou o magistrado a decidir desta ou daquela forma, o que, além de ser inconcebível em um sistema recursal que se quer eficiente e instrumental à realização dos direitos, provoca alto grau de insegurança jurídica, pois não há base pré-estabelecida para o direcionamento das impugnações.

Neste sentido, a garantia da motivação é instrumental em relação ao direito de recorrer das decisões⁸, pois possibilita a avaliação da conveniência sobre o recurso, no sopesamento das razões da decisão e as razões que o tribunal comumente se utiliza para decidir casos semelhantes bem como importa em instituir um ponto de partida de onde se direcionará o debate sobre o acerto da decisão impugnada para que se identifiquem seus eventuais vícios e defeitos.

1.1.5 Dever de motivação das decisões e publicidade dos atos processuais

Em um Estado de Direito a publicidade dos atos processuais é a regra e a sua restrição é a exceção. E como restrição que é a direito fundamental, art. 5º LX da Constituição Federal, e Convencional, art. 8º, nº 5º da Convenção Americana de Direitos Humanos, só pode ser realizada por lei e *quando a defesa da intimidade e o interesse social assim o exigirem*.

Então, verificada pelo magistrado a necessidade de fazê-la afastado das hipóteses taxativas da lei, valendo-se da amplitude dos conceitos expostos neste dispositivo constitucional e em outros legais⁹, é impositiva a necessidade de motivação fundada em alguma disposição que, para o caso, seja mais relevante (CARVALHO, 2006). Ou seja, para limitar o acesso às provas, documentos e atos é indispensável que o magistrado o faça por meio de decisão fundamentada, pois a publicidade, por si só, é instrumental ao exercício das demais garantias, dentro e fora do universo do processo.

Seria inconcebível um Estado Democrático de Direito em que os atos do Estado fossem praticados sob sigilo. A publicidade “constitui uma *garantia política* de maior envergadura, inseparável da própria ideia de *democracia*” (GOMES FILHO, 2013, p. 43, grifo no original).

Garantia política, pois a publicização dos atos processuais permite a aproximação da

⁸ Não difere disso o autorizado magistério de Ferrajoli: “o direito de defesa ou refutação está, por sua vez, integrado pelo poder de apresentação de contraprovas compatíveis com o conjunto dos dados disponíveis e capazes de subministrar explicações alternativas; e a motivação do juiz é uma justificação adequada da condenação só se, além de apoiar a hipótese acusatória com uma pluralidade de confirmações não contraditadas por qualquer contraprova, também estiver em condições de desmentir com adequadas contraprovas todas as contra-hipóteses formuladas e formuláveis.” (2002, p. 122)

⁹ Como por exemplo, art. 155, I do Código de Processo Civil de 1973, art. 189, I do novo CPC e art. 792, §1º do CPP.

sociedade com o trato da coisa pública (GOMES FILHO, 2013) ao passo que possibilita o controle externo da comunidade política sobre os atos praticados por seus juízes.

Assim “tanto a publicidade, como a motivação, encontram sua maior justificação política na legitimação da função jurisdicional” (CARVALHO, 2006, p. 200). Aspectos de conexão imediata com o direito fundamental à informação, art. 5º, XIV e XXXIII da CF. Ademais, a publicidade é uma das características do sistema acusatório, pois é certo que o sigilo sobre investigações e processo constitui-se traço marcante de um sistema inquisitorial.¹⁰

O princípio da publicidade reside no quadro de direitos e garantias fundamentais da Constituição, art. 5º, LX, e, não obstante, reescrito dentro do mesmo dispositivo constitucional sobre a motivação das decisões, em seu art. 93, IX. Evidencia-se, portanto, a preocupação do constituinte com a garantia da publicidade, certo de que é instrumental ao exercício dos demais direitos processuais. Neste sentido, a doutrina de Ferrajoli:

Para Luigi Ferrajoli, a publicidade assegura o controle externo como interno da atividade judiciária, é requisito elementar do sistema acusatório, favorece a probidade dos juízes, freia o abuso do poder, fundamenta a confiança da população nas decisões judiciais, reforça a independência dos magistrados e neutraliza a influência do corporativismo e de vínculos hierárquicos na decisão judicial. (CARVALHO, 2006, p. 200)

A conexão entre a publicidade e a motivação das decisões é autoevidente. Para as funções aqui delineadas, de muito pouco serviria uma decisão pública e acessível e que nada dissesse sobre os motivos que guiaram o magistrado até ela. Assim, também seria ilógica (e inconstitucional) a decretação de sigilo sobre um processo ou sobre um ato processual sem que tal decisão fosse devidamente motivada.

A motivação é o momento em que “as razões da decisão se exteriorizam” (CARVALHO, 2006, p. 203), sendo indispensável ao menos a possibilidade de que todos os cidadãos dela tomem conhecimento, pois representa o ato de interpretação/aplicação do direito, democraticamente redigido pelos mandatários do povo, por um agente do Estado que não é igualmente eleito¹¹.

Assim, “diversamente do poder autoritário, que se exerce de forma absoluta e também *oculta*, o desempenho do poder do Estado democrático reclama *publicidade e transparência*, o

¹⁰ Na Grécia e em Roma republicana, os julgamentos eram públicos. Mas o sistema inquisitivo, que prevaleceu na Idade Média, suplantou a garantia da publicidade. Nesse período, os processos eram secretos. Nem o próprio réu tinha conhecimento da acusação, tampouco presenciava os atos processuais ou consultava os autos. (CARVALHO, 2006, p. 199)

¹¹ Para Badaró, “a motivação confere ‘transparência’ à decisão judicial, permitindo um controle generalizado e difuso sobre o modo pelo qual o juiz administra a justiça. Sob este aspecto, não é uma garantia exclusiva das partes, ou de seus advogados, ou mesmo dos juízes, mas principalmente da opinião pública. Destina-se, portanto, a *quisque de populo*” (BADARÓ, 2015, p. 60, grifo no original).

que supõe a permanente *explicitação das razões* da atuação estatal” (GOMES FILHO, 2013, p. 64, grifo no original). Neste aspecto, a motivação exerce uma de suas funções extraprocessuais.

Em conclusão, existe uma “relação de instrumentalidade recíproca” entre as garantias da publicidade e a da motivação. Ambas são instrumentos para a garantia dos demais direitos processuais, e por esta razão que Ferrajoli as denomina de “*garantias das garantias*” (GOMES FILHO, 2013, p. 88). Neste sentido:

É que, acima de tudo, as garantias em questão não apenas se somam ou justapõem, mas se articulam em relações mais complexas; na verdade, há entre elas 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 processo. (GOMES FILHO, 2013, p. 29)

Uma vez que a garantia da motivação das decisões judiciais é o mote deste trabalho, após a análise da relação desta garantia com os demais princípios indissociáveis do conceito de devido processo legal, convém estabelecer, em sentido amplo, suas relações com o próprio Estado de Direito e, portanto, suas características extraprocessuais.

1.2 Estado Democrático de Direito e motivação das decisões judiciais

A segunda disposição constitucional, art. 1º, *caput*, é a de que a República brasileira se constitui em Estado Democrático de Direito. Dentre as diversas características atribuídas a este conceito na história do pensamento jurídico e político, a que especialmente importa a este trabalho é a de Brüggemann, para quem “o estado de direito é o estado que se justifica” (*apud* NARDELLI, 2015, p. 358). Na mesma linha, e com uma crítica tão justa quanto, afirmam Tiago Alberto e Sabrina Alberto que “decidir sem justificar é o mesmo que não decidir, mas opinar com caráter cogente, o que não se amolda ao Estado Democrático de Direito” (2015, p. 241).

O Estado de Direito é, antes disso, um termo criado pelo jurista alemão Johann Wilhelm Petersen, em 1798, com a finalidade de categorizar os estudiosos da escola filosófica kantiana. No século seguinte a expressão ganhou o significado de proteção das liberdades individuais frente ao estado, sendo verdadeiro espelho do liberalismo alemão do século XIX (LUCCA, 2015), para o mesmo autor, com esteio em MacCormick, “o Estado de Direito é considerado ‘um sinal de virtude de sociedades civilizadas’; a expressão máxima da luta contra a arbitrariedade e o subjetivismo” (LUCCA, 2015, p. 31).

Ao longo dos anos o significado do conceito manteve-se sólido, para Stern, por exemplo, “o Estado de Direito significa que o poder estatal não pode ser exercido senão sobre o fundamento de uma Constituição e de lei conformes, (...) e com o objetivo de garantir a dignidade do homem, a liberdade, a justiça e a segurança jurídica” (STERN *apud* LUCCA,

2015, p. 48).

Assim, pode-se sintetizar que o Estado Democrático de Direito é um estado constituído por uma carta rígida de garantias em que se objetiva a proteção do indivíduo e a justiça social, instrumentalizada pelas próprias garantias e em que há delimitação clara da atividade e do poder do Estado.¹²

Se o Estado de Direito é o Estado cuja atividade é limitada pela lei, na busca da concretização de objetivos rígidos e indisponíveis, logo, todas as garantias, em especial as processuais, oferecem ferramentas aos cidadãos para que se protejam das interferências, arbitrárias e/ou ilegais, do Estado em suas esferas privadas e para que exijam o cumprimento regular das obrigações que elas geram.

Em continuidade, por exemplo, se “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente”¹³, é evidente que, ao achar-se preso em situação alheia a estabelecida na Carta, o cidadão poderá se valer da garantia processual correspondente para a proteção do seu direito, apropriadamente aquela que determina que “conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”¹⁴. As relações das garantias processuais com os direitos fundamentais em si são tão relevantes que para Fix-Zamudio “a verdadeira garantia das disposições constitucionais reside precisamente em sua proteção processual” (*apud* LUCCA, 2015, p. 68).

De tal modo que se o processo é a ferramenta pela qual se promove a racionalização da atividade de interpretação/aplicação do direito e também é instrumento para contenção do arbítrio do poder estatal, com vistas a estabelecer no plano concreto as garantias fundamentais dos cidadãos¹⁵, então a definição dos direitos processuais e o estabelecimento de parâmetros para sua interpretação/aplicação é matéria urgente para o Estado de Direito.

A conexão que objetivamos demonstrar existente entre o dever de motivação e o Estado Democrático de Direito é exemplarmente ilustrada por Lopes Jr, para quem a motivação:

(...) permite avaliar se a racionalidade da decisão predominou sobre o poder, principalmente se foram observadas as regras do devido processo penal. Trata-se de

¹² Especificamente em relação ao dever de motivação: “Num tipo de organização política como o *Estado de direito*, que, como visto, se caracteriza pela submissão de todo o poder à *legalidade*, o objetivo primeira da *motivação* de qualquer ato estatal deve ser, justamente, demonstrar que ele está apoiado nas regras do ordenamento jurídico” (GOMES FILHO, 2013, p. 108, grifo no original).

¹³ Art. 5º, LXI, da Constituição Federal.

¹⁴ Art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal.

¹⁵ Neste sentido: “as garantias processuais funcionam também como direitos fundamentais do povo, uma vez que, seja no que tange à intervenção, seja no que tange ao restabelecimento dos direitos materiais violados (ou ameaçados de), deve o jurisdicionado ter a ciência do desenrolar do procedimento, bem como saber quais os seus poderes, deveres e/ou faculdades” (OLIVEIRA, 2012, p. 136).

uma garantia fundamental e cuja eficácia e observância legitimam o poder contido no ato decisório. Isso porque, no sistema constitucional—democrático, o poder não está autolegitimado, não se basta por si próprio. Sua legitimação se dá pela estrita observância das regras do devido processo penal, entre elas o dever (garantia) da fundamentação dos atos decisórios. (LOPES JR., 2015, p. 101/102)

Reside aqui, portanto, o mote do tema: em sendo a motivação das decisões judiciais um dever dos magistrados e, com isso, uma garantia dos jurisdicionados, é preciso revisitar vasta doutrina sobre a questão para atualizá-la conforme a nova norma processual civil, que estabelece limites à atividade jurisdicional ao tempo em que direciona a adequada compreensão do conteúdo da expressão “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”, do art. 93, IX da Constituição. Para Nardelli, com esteio na doutrina de Guinchard:

(...) a motivação é indispensável à qualidade da justiça, constituindo-se em uma muralha contra a arbitrariedade, além de forçar o juiz a tomar consciência de sua opinião, de seu alcance. Ainda segundo o autor, ela fornece ao litigante uma justificação da decisão e tem o condão de proporcionar uma análise científica da jurisprudência, além de permitir ao tribunal superior a realização de seu controle. (NARDELLI, 2015, p. 356).

Em sentido similar, com melhor disposição didática, para Lucca, com apoio em Legros, há uma série de razões que justificam a envergadura constitucional da exigência de motivação das decisões e sua conseqüente instrumentalidade para a realização de um Estado Democrático de Direito, entre elas:

- a) racionalização da atividade jurisdicional;
- b) controle da juridicidade da decisão;
- c) legitimação do exercício do poder jurisdicional;
- d) proteção do devido processo legal e promoção de várias de suas garantias;
- e) melhora da qualidade das decisões ao forçar o efetivo exame da causa e aumentar o tempo de meditação sobre ela;
- f) redução do número de recursos; e
- g) promoção da segurança jurídica ao definir a interpretação dos dispositivos normativos e tornar possível a homogeneização jurisprudencial pelos Tribunais Superiores. (LUCCA, 2015, p. 78)

Em sendo, portanto, o Estado de Direito aquele que se estabelece com a finalidade de proteção do indivíduo, de suas liberdades e de seus direitos sociais, os direitos fundamentais são, com isso, estruturantes do próprio Estado e “cuja transgressão nem mesmo o interesse da maioria democrática pode autorizar” (GOMES FILHO, 2013, p. 78).

Importa dizer, ao final, que existe, portanto, uma relação *orgânica* entre dever de motivação das decisões judiciais e o Estado de Direito. Se a motivação garante o controle democrático das decisões, ao tempo em que evidencia a racionalidade do ato, pautado em critério legais, logo, o dever de motivação das decisões é intrínseco ao Estado que se quer Democrático de Direito. A ausência de um dever como este implicaria necessariamente no estado de arbítrio autoritário em que a vontade individual do magistrado prevalece sobre a lei e

o poder é definido pelo uso da força e não pela racionalidade pautada em critérios objetivos previamente constituídos e/ou autorizados pela comunidade política.

2 MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS, LACUNA E TÉCNICAS DE INTEGRAÇÃO

Ao que parece, portanto, a norma do art. 489 §1º do novo CPC implica uma verdadeira *revolução* na forma de motivar decisões judiciais no Brasil, pois impõe aos magistrados um esforço de observância cuidadosa dos alicerces em que sustentam suas decisões. Destaque-se, com isso, que a mesma lei, em seu art. 15º, que dispõe sobre a aplicação subsidiária e supletiva a outros ramos do direito processual das normas ali inscritas, excluiu a possibilidade expressa de tal raciocínio para o Direito Processual Penal.

O CPP, ao contrário na nova lei adjetiva civil, limita-se unicamente a determinar que o juiz fundamente suas decisões com expressões genéricas¹⁶, de forma a admitir um conceito juridicamente aberto, muitíssimo mais amplo que o conceito de fundamentação espelhado do novo CPC que efetivamente, como visto, trata de regular direito/dever outrora previsto na CF.

Noutro aspecto, que guarda com a motivação das decisões profunda relação - pois os juízes não são seres isentos de paixões e opiniões -, verifica-se nas últimas três décadas um aumento das legislações penais de caráter punitivista, exemplos estão na Lei de Crimes Hediondos, Lei nº 8.072/90, na Lei nº 8.137/90 que criou e agravou penas de crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, na Lei nº 9.983/2000 que incluiu novos crimes contra a administração pública, na Lei nº 10.763/03 que agravou as penas dos crimes de corrupção ativa e passiva, entre outras inúmeras. Sobre a abundância de legislação fragmentada e excessiva, em relação ao Estado punitivista e ao processo penal, adverte Antônio Magalhães Gomes Filho:

Desse processo não escapa nem mesmo o direito punitivo – reduto em que mais se reclama o apego à legalidade estrita e à univocidade dos textos -, tanto em virtude das demandas de maior criminalização e punição, geradas pelo aumento das taxas de delinquência, como pela incapacidade material do Estado em atender à efetivação das sanções aplicadas. E o resultado disso é bem conhecido entre nós: uma série de leis penais e processuais penais de *emergência*, incapazes de fornecer parâmetros seguros

¹⁶ Por exemplo, arts. 155, 185, §2º, 283, 310, 375, 387, §1º, 414, 415, 427, §2º, 516 e 660 do CPP. Em todos esses dispositivos o Código vale-se da expressão “fundamentada” (e variáveis) sem determinar o conteúdo do conceito de fundamentação. O art. 413 e seu §1º que tratam da decisão de pronúncia no rito do Tribunal do Júri podem ser considerados exceção dentro do texto, uma vez que determinam que a fundamentação da decisão de pronúncia deve limitar-se à indicação da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, sendo indispensável que o juiz indique em qual dispositivo enquadra-se a conduta do acusado, bem como a existência de circunstâncias qualificadoras do crime e causas de aumento de pena, mas tal determinação coaduna-se com os aspectos técnicos da decisão de pronúncia, que não deve adentrar no mérito do caso, em respeito à soberania do julgamento dos jurados.

para os operadores do direito. (GOMES FILHO, 2013, p. 109)

Exemplo que merece destaque para tratar do fenômeno desse caminhar autoritário estatal que se utiliza do direito penal para alimentar a ilusão de que este ramo do direito se presta à política de segurança pública e combate à criminalidade, é a Lei nº 12.234/10 que alterou dispositivos no Código Penal para agravar o regime de prescrição da pena.

Esta postura repressiva do Estado, que utiliza o direito penal para administrar os problemas sociais que não foram resolvidos de outras formas - cuja responsabilidade também é estatal -, é profundamente criticada pela doutrina especializada.

Neste sentido, em face desta excessiva produção normativa, uma vez que o direito penal e o processo penal estão conectados pelo princípio da necessidade, ou seja, o direito penal não possui existência fática antes do devido processo penal constitucional, importa recorrer ao estudo do processo penal enquanto instrumento constitucional limitador da atividade punitiva, pois meio de satisfação da pretensão acusatória e *também* da resistência defensiva.

Evidencia-se, então, que importa instituir limites a essa atividade do Estado, de sorte que resta ao processo penal, a última ou a única trincheira do acusado, o dever de ser o *instrumento constitucional* através do qual o Estado exerce sua *pretensão acusatória* e deve *garantir direitos* àquele que sofrerá a violência institucional, fortalecendo o fraco submetido ao processo (LOPES JR., 2015).

Destaca-se, nesta linha argumentativa, lição de Salo de Carvalho para quem:

(...) a pretensão e a soberba gerada pela crença romântica de que o direito penal pode salvar a humanidade de sua destruição impedem o angustiante e doloroso, porém altamente saudável, processo de reconhecimento de limites. (*apud*, LOPES JR., 2015, p. 48)

Diz-se com isso que o processo penal é, em verdade, ferramenta através da qual o acusado defende-se da fúria punitiva do Estado, enquanto que o magistrado deve se portar como o garantidor dos direitos do débil¹⁷, os olhos da Constituição sobre aquela atividade jurisdicional. Bueno de Carvalho ensina que “a lei é o limite ao poder desmesurado – leia-se, limite à dominação. Então, a lei – eticamente considerada – é proteção ao débil. Sempre e sempre, é a lei do mais fraco: aquele que sofre a dominação.” (*apud* LOPES JR., 2015, p. 59).

Observa-se, por conseguinte, que não se editou até então um CPP sobre a égide da *era dos direitos* instalada pela Constituição de 1988, em razão do que se torna medida impositiva o esforço interpretativo e integrativo para a conjugação de leituras do processo penal autoritário

¹⁷ Como o Prof. Luigi Ferrajoli chama o sujeito passivo do processo penal, a fim de evidenciar sua condição de hipossuficiência frente ao acusador, público ou privado, e o julgador. Está no título da obra **Derechos y garantías – La ley del más débil**. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, 3a. ed., Madrid: Trotta, 1999.

e inquisitivo inscrito no Código de 1941 e o processo penal acusatório projetado pela CF.

Tem-se assim que a observância de limites na atividade jurisdicional penal objetiva promover a leitura constitucional da disciplina e, com isto, fornecer os subsídios teóricos para garantir avanços civilizatórios no processo penal brasileiro nos exatos termos e formas que ele está delimitado na Carta Maior. O art. 489 da Lei nº 13.105/15, neste sentido, impõe ao magistrado limites dos quais o processo penal não pode prescindir se se pretende respeitar o sistema acusatório constitucional.

Este trabalho objetiva, neste sentido, avaliar as limitações aos espaços de exercício arbitrário ou autoritário de poder dentro do processo penal que invariavelmente verificam-se no cotidiano forense: prisões processuais tratadas como se regra fossem, decisões de recebimento de denúncias infundadas ou ineptas sem qualquer motivação, sentenças condenatórias que copiam trechos das alegações ministeriais, exercício do poder instrutório do juiz sem fundamentação, o que é ainda mais problemático e nocivo, entre outros.

Com efeito, a motivação das decisões implica, em um só tempo, a legitimação da atividade jurisdicional, o controle de legalidade e legitimidade das decisões pelas instâncias superiores e a garantia da imparcialidade do julgador. Registre-se que se reconhece que não há pessoa neutra, todavia, importa destacar que quanto mais exigente é o sistema de fundamentação das decisões, maior a preocupação com a qualidade do serviço prestado ao jurisdicionado.¹⁸ Fatores que contribuem para o estabelecimento de limites ao exercício de poder no processo penal, e, por consequência, de barreira ao instinto punitivista de nossos poderes legislativo e judiciário.

Ainda, talvez a questão mais relevante das que aqui foram listadas, retomamos o fato de o direito penal não se realiza sozinho, pois vigora o princípio *nulla poena sino iudicio*, ou seja, o direito e o processo penal estão conectados pelo princípio da necessidade. Só há pena e ela só é legítima se o apenado tiver enfrentado um processo penal em que lhe tenham sido asseguradas as garantias constitucionais.

Neste sentido, no processo penal, diferente do processo civil, o acusador não é credor de uma pena em face do acusado. Senão que exerce uma pretensão acusatória em face do débil

¹⁸ Na certa lição de Hartmann: “O exercício da argumentação, assim, está (e deve estar) sempre presente. É através de argumentos que o magistrado justificará a sua decisão. Todavia, essa argumentação é comumente manipulada pelos juízes. Principalmente no processo penal, parece que o verdadeiro julgamento de um determinado réu quase nunca se baxeia neste modelo idealizado acima mencionado: por uma razão ou outra, de ordem pessoal ou não, quase sempre, o juiz já no inquérito acha que aquele indivíduo deve ser condenado e assim o fará lá no final do processo judicial, ainda que não tenha provas suficientes para fazê-lo.” (HARTMANN, 2005, p. 133)

que se defende - ou escolhe não se defender – da hipótese acusatória frente ao juízo que observará a existência ou não do direito de penar (LOPES JR., 2015).

Desta forma, o estabelecimento de limites ao processo penal, o que ora se propõe com a importação da norma processual civil sobre motivação decisões judiciais, mormente quando em busca da adequação constitucional da disciplina, para a instalação do projeto constitucional acusatório e garantista, é questão impositiva.

2.1 Diferenças no tratamento da matéria nos Códigos de Processo Civil de 1973 e de 2015 e no Código de Processo Penal

De início, é preciso situar o tema do debate deste trabalho dentro da legislação infraconstitucional. Há referência, portanto, às semelhanças entre os sistemas processuais (cível e penal) no que respeita à exigência de especificidades na motivação das decisões judiciais, e a diferença estabelecida entre os sistemas desde a aprovação do novo CPC.

No Código de Processo Civil de 1973 a exigência da fundamentação das decisões judiciais, normalmente como referência direta ou repetição simples do teor do art. 93, IX da CF, aparece em vários dispositivos, como exemplos os seus arts. 131, 165, 273 §s 1º e 4º, 458, II e outros. Já no CPP os exemplos estão nos seus arts. 185, §2º, 283, 310, 315, 381, III, 387, §1º 413, §3º, 414, 660, 697, e outros.

Há, portanto, nos sistemas processuais referidos, a exigência de que os juízes indiquem as razões fáticas e jurídicas em que se fundam as suas decisões, a sustentação da sua persuasão racional ou do seu “livre convencimento motivado”¹⁹, expressão com acerto excluída do texto do novo CPC. Não se trata, portanto, de disciplina inteiramente nova em direito brasileiro.

Em todos os casos, todavia, não há conceito explícito do que seja decisão fundamentada ou motivada, o que torna, então, um conceito juridicamente indeterminado o de “motivação das decisões” e cabe ao julgador o mister de considerar sua própria decisão suficientemente motivada ou não.

Contudo observa-se, antes disso, que o CPP é omissivo, ou ao menos superficial, no tema da fundamentação das decisões judiciais, como aliás sempre foram os diplomas

¹⁹ O conceito de “livre convencimento motivado”, extraído do art. 131 do CPC/73, utilizado e explicado pela doutrina processualista brasileira como o tipo de sistema de avaliação de prova vigente foi deliberadamente excluído do novo CPC em seu dispositivo correspondente, art. 371. Filiamo-nos à corrente doutrinária que afirma que a exclusão da expressão ajuda a eliminar “um quadro triste e acinzentado de uma justiça ainda emaranhada em resquícios positivistas, enlameada no paradigma da filosofia da consciência no qual o livre convencimento motivado encontra porto seguro, e onde julgadores valoram a prova a seu bel-prazer (ainda que motivadamente) e *‘decidem assim porque pensam assim’*. (...) Tragamos Gadamer para o processo civil: o livre convencimento não deve ser combatido; deve ser destruído” (DELFINO; LOPES, 2015, *online*, grifo no original).

normativos processuais no Brasil, em uma espécie de repetição do preceito normativo no art. 93, IX da CF, o que possibilita ampliadíssimas interpretações sobre o que seja “decisão fundamentada”.

Antes da questão da lacuna propriamente dita convém observar que a abertura de possibilidades interpretativas sobre um conceito em direito que implique na convocação da discricionariedade do magistrado, integra o conceito de caráter dinâmico do processo revelado pelo processualista alemão James Goldschmidt, o que não implica na permissão ao decisionismo, mas, antes disso, a compreensão de que “*o processo – assim como a guerra – está envolto por uma nuvem de incerteza*” (LOPES JR., 2015, p. 90, grifo no original). A nuvem de incerteza, então, decorre sobretudo da atividade do juiz e do estado das provas no processo, o que revela somente uma das funções da fundamentação das decisões judiciais, pois do limite aos espaços decisórios no processo penal depende o respeito às garantias do *débil*.

O limite em processo penal, então, não é uma ilusão de segurança positivista. E isto é importante que se diga, pois a maior ou menor liberdade concedida ao magistrado pelo art. 489, §1º do novo CPC não diminui de forma automática a insegurança que paira sobre o processo penal. Ao contrário, trata-se de um esforço para garantir a qualidade das decisões, pois só a fundamentação permite o questionamento qualificado e racional. As decisões arbitrárias - sem qualquer motivação ou com motivação insuficiente, repetidamente observadas por aqueles que militam em foros criminais – claramente ilegais são também evidentemente atentatórias ao sistema de garantias constitucionais.

A ausência da definição de um conceito sobre “motivação das decisões” era prejudicial (ou ainda o é ou será ao processo penal, caso pacifique-se na doutrina e na jurisprudência posição contrária àquela aqui proposta) ao princípio/dever/direito de motivação das decisões judiciais pois “análise de questões de fato e de direito” ou “indicações dos motivos de fato e de direito” em que se sustentam a decisão são expressões que não oferecem limites claros dos seus significados.

Por evidente, seria muito difícil ou mesmo impossível fazê-lo uma vez que a motivação se relaciona com toda sorte de questões fáticas e complexas matérias de direito, de modo que a solução encontrada pelo novo CPC foi delimitar, ao contrário, exatamente quando *não se considera fundamentada* uma decisão judicial.

Os critérios restaram positivados no art. 489, § 1º do novo CPC cujos incisos do *caput* praticamente repetem a redação do dispositivo similar do CPC/73 e cujos demais parágrafos

constituem elementos relevantes para a contenção dos atos decisórios dos juízes:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I – o relatório, que conterà 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. (...)

Ao passo que o dispositivo correlato no CPP dispõe apenas o seguinte:

Art. 381. A sentença conterà:

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.

A lacuna em um sistema jurídico se dá quando há “menos normas do deveriam existir” (BOBBIO, 2011, p. 117), conforme se observa, no sistema independente de processo civil há agora norma que estabelece proibições ao magistrado no tema da fundamentação das decisões.

Não há norma similar no sistema de processo penal, logo, *não há nem norma que permita nem norma que proíba* aqueles tipos de conduta (a observar pelas inúmeras e inexplicáveis decretações de prisão preventiva com fulcro na “garantia da ordem pública”, ou consideráveis aumentos de pena na fase de dosimetria tendo por consideração a “personalidade” do acusado), aí então está a lacuna, a deficiência do processo penal na matéria.

Vê-se que o que provoca a lacuna na lei processual penal é justamente a regulamentação recente da questão na lei processual civil, e relaciona-se isto com o problema da analogia e da aplicação subsidiária, desenvolvido mais à frente, pois o caso tratado (motivação da decisão judicial) é de certa forma similar nos sistemas processuais.

Isto considerado não explica suficientemente a lacuna nem neste problema nem na questão explicada por Bobbio, então o autor sofisticava o raciocínio para concluir que não é

necessariamente a ausência de norma que implica a existência da lacuna, mas a “ausência de critérios válidos para decidir qual norma aplicar” (2011, p. 137). As normas entre as quais há de ser feita a escolha segundo o jusfilósofo italiano são a “norma geral exclusiva” e a “norma geral inclusiva”.

Para Bobbio o raciocínio está incompleto pois não há só normas particulares inclusivas e normas gerais exclusivas em um ordenamento jurídico, há ainda um terceiro tipo de norma que são as “normas gerais inclusivas” e eventual lacuna só pode ser assim considerada se for observada a ausência de critérios para escolher qual das normas gerais aplicar.

Ao passo que a norma geral exclusiva regula de modo diametralmente oposto todos os casos não previstos nas normas particulares inclusivas, como é o caso das leis penais, por exemplo - toda conduta que não for típica, antijurídica e culpável não pode ser alcançada pelas normas penais, pois não se admite qualquer tipo de analogia *in malam partem* - a norma geral inclusiva regula de modo idêntico os casos não previstos na norma particular que com eles guarde similitude, os casos que invocam esta norma apresentam “potencial atração na esfera de influência dos casos expressamente regulados” (BOBBIO, 2011, p. 142).

Como exemplo do que seja uma norma geral inclusiva Bobbio cita o art. 12 das Disposições Preliminares do ordenamento italiano que determina o uso da analogia no caso de lacunas. O dispositivo é similar aos art. 3º do CPP e art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro que são, portanto, as típicas “normas gerais inclusivas”, pois servem para regular casos não expressos nas regras específicas de modo idêntico ao que elas próprias já fazem. Ou seja, “diante de uma lacuna (...) se aplicarmos a norma geral inclusiva, o caso não regulado será resolvido de modo idêntico ao regulado” (BOBBIO, 2011, p. 133).

Sobre o(s) método(s) de integração para solução da lacuna aqui observada, abrir-se-á tópico específico. Consigne-se, antes disso, na esteira dos ensinamentos de Bobbio (2011, p. 140) que consideramos que a lacuna observada neste estudo é própria, objetiva e *intra legem*, isto é: pode ser resolvida por obra do aplicador das regras com os mecanismos disponíveis no próprio sistema jurídico (própria); surgiu no sistema processual penal após o desenvolvimento da atividade legislativa para o processo civil o que provoca o *envelhecimento* no CPP (objetiva), uma vez que antes a disciplina era tratada de forma similar e agora estabeleceu-se entre os códigos diferenças significativas; e por que “motivação das decisões judiciais” é expressão legal demasiado genérica que proporciona ao intérprete espaço para considerações diversas (*intra legem*).

A proposta, por encontrar uma solução dentro do ordenamento, não se trata de um apego à codificação ou de um fetiche para com a lei, mais que isso vê-se que os tribunais, em

especial o Supremo Tribunal Federal, já têm reconhecido a nulidade de decisões penais não fundamentadas²⁰. Ao contrário, trata-se de preencher a lacuna do processo penal com a norma já positivada no sistema processual vizinho para otimizar e racionalizar a exigência da fundamentação das decisões judiciais no processo criminal.

Neste ponto reside uma questão importante: a obrigação do magistrado de motivar a decisão judicial não nasce com o novo CPC, ao contrário, é um dever presente na história do direito no Brasil desde as Ordenações Filipinas²¹. O que nasce com o CPC de 2015 é um novo parâmetro para análise das motivações. Dessa maneira, não se poderá mais confiar integralmente ao poder criativo do magistrado o preenchimento do conceito de “fundamentação das decisões” pois já há no ordenamento norma que lhe deve servir de baliza.

2.2 Interpretação Extensiva, Aplicação Analógica e Aplicação Subsidiária e Supletiva

Eventual controvérsia acerca da questão da aplicação dos limites à fundamentação das decisões judiciais do novo CPC ao processo penal, origina-se com a leitura da disposição expressa do seu art. 15. Consta da norma referida que haverá *aplicação supletiva e subsidiária* daquela codificação aos processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos no caso de lacuna. Ou seja, excluiu-se durante o processo legislativo o processo penal do rol dos sistemas processuais afetados subsidiária e supletivamente pelo novo CPC.

Doutrinadores de ambas as disciplinas já começaram a abordar o tema e a notar sua relevância para o atual estado da arte do processo penal brasileiro, neste sentido, Bueno conclui sobre a ausência do processo penal no art. 15 do novo CPC:

A questão, pertinentíssima, é saber se, não obstante esse silêncio, a aplicação continua a ser autorizada pelo art. 3º do CPP. A melhor resposta parece ser a positiva, o que se justifica até mesmo pela amplitude do texto da referida regra processual penal. De resto, nos casos em que o Código de Processo Penal faz expressa remissão ao Código de Processo Civil (...) é irrecusável o prevailecimento da disciplina trazida pelo novo CPC. (BUENO *apud* ALVIM 2015, *online*)

Esta preocupação é relevante pois é urgente saber se as restrições à fundamentação das decisões judiciais traçadas no novo CPC poderão ser exigidas no processo penal e a urgência

²⁰ HC 129351/SP, de relatoria da Min Rosa Weber, 1º Turma - STF, julgado em 01/03/2016; HC 129144/SP, de relatoria do Min. Edson Fachin, 1º Turma - STF, julgado em 25/08/2015; HC 339852/SP, de relatoria do Min. Lázaro Guimarães, 5º Turma - STJ, julgado em 10/03/2016; RHC 67597 / SP, de relatoria do Min. Sebastião Reis Júnior, 6º Turma - STJ, julgado em 03/03/2016.

²¹ Livro III, Título LXVI, § 7, de 1603: “E para as partes saberem se lhes convém apelar, ou agravar das sentenças definitivas, ou vir com embargos a elas, e os Juizes da mor alçada entenderem melhor os fundamentos, por que os Juizes inferiores se movem a condenar, ou absolver, mandamos que todos nossos Desembargadores, e quaisquer outros Julgadores, ora sejam Letrados, ora o não sejam, declarem, especificamente em suas sentenças definitivas, assim na primeira instância, como no caso da apelação, ou agravo, ou revisa, as causas em que se fundaram a condenar, ou absolver, ou a confirmar, ou revogar.” (SILVA, 2013, p. 188)

se justifica, pois as hipóteses de “fundamentação” agora proibidas pelo §1º do art. 489 do novo CPC são cotidianamente utilizadas no processo penal para prender pessoas, apreender coisas, condenar e etc. Assim também é a manifestação de Silva (2015, *online*):

A pergunta de “um milhão de reais” é: a regra de fundamentação das decisões prevista no artigo 489, parágrafo 1º se irradia ao processo penal? Ou admitiremos que a motivação de uma sentença em ação de indenização por danos morais seja mais completa do que a condenação penal pela prática de crime?

Com efeito, a regra do §1º do art. 489 do novo CPC não é incompatível com a do art. 381 do CPP ao passo que lhe serve como complemento e isto está relacionado à coerência, nos termos em que foi descrita por Bobbio, pois “a coerência não é condição de validade, mas é sempre condição para a *justiça* do ordenamento” (BOBBIO, 2011, p. 114, grifo no original).

Trata-se de uma questão de incompletude involuntária do CPP que pode ser resolvida via analogia com o caso regulado pelo direito processual civil, ou seja, uma eventual decisão “A” que se enquadra em algum dos incisos do art. 489, §1 do novo CPC é nula quando proferida em um processo cível, logo, uma decisão similar, que contenha o mesmo defeito, prolatada em um processo penal, merece receber a mesma reprimenda de nulidade pois são casos suficientemente similares para atrair a analogia.

2.2.1 Analogia e interpretação extensiva

Inicialmente é preciso notar que há somente um conflito aparente entre o art. 15 do novo CPC e a norma descrita no art. 3º do CPP. Este último dispositivo prevê a possibilidade para a lei processual penal, no caso de lacuna, do uso da *interpretação extensiva*, da *aplicação analógica* além do suplemento dos princípios gerais de direito.

No que tange à interpretação, o processo penal brasileiro admite a *interpretação extensiva* e no que respeita à integração admite a *aplicação analógica*. Tais técnicas de decisão, aplicação e interpretação do direito, quais sejam, a analogia e a interpretação extensiva, não se confundem e é relevante distingui-las.

A analogia ou aplicação analógica é propriamente técnica de integração da norma, de forma a estendê-la para casos não inicialmente previstos nos dispositivos, mas cuja incidência é admissível desde que inspirada por um critério de racionalidade definido pela similitude que os casos guardem entre si.

Ocorre, propriamente, quando efetivamente há lacuna e é possível aplicar ao caso uma solução prevista em norma não originalmente destinada para casos como aquele desde que haja relevante semelhança entre os casos averiguados. Ou seja, valer-se da solução já disponível no direito para casos similares. A analogia é então uma operação lógica, ou uma técnica de tomada

de decisões, através da qual se aplica a um caso não previsto expressamente na norma a própria norma em si. Por último, a analogia obedece a lógica do seguinte brocardo: *ubi eadem ratio ibi eadem legis dispositivo*, ou seja, onde há a mesma razão se aplica o mesmo dispositivo legal.

Já a interpretação extensiva é o método através do qual se amplia o espectro de incidência de determinada norma ou se estende o seu conteúdo desde o uso de um método hermenêutico escolhido pelo intérprete.

A aplicação analógica, na mesma medida da aplicação subsidiária, é a técnica que possui maior relevância para este trabalho, e se difere fundamentalmente da *interpretação extensiva* pois esta encontra sua utilidade quando o caso que invoca a norma está sob seu âmbito de incidência, porém de forma não evidente ou explícita, de forma a exigir um esforço interpretativo para a extração do seu sentido completo. Na precisa conclusão de Nader:

Na interpretação extensiva, amplia-se a significação das palavras até fazê-las coincidir com o espírito da lei; com a analogia não ocorre esse fato, pois o aplicador não luta contra a insuficiência de um dispositivo, mas com a ausência de dispositivos (NADER, 2008, p. 197).

Para ilustrar, ocorre quando a CF protege a inviolabilidade do domicílio, em seu art. 5º, XI, utiliza-se do vocábulo “casa”, cuja incidência já foi devidamente ampliada pela doutrina e pela jurisprudência para proteger escritórios, consultórios, quartos de hotel etc.; ou quando os direitos dos cônjuges são estendidos ao companheiro mesmo que a norma eventualmente tenha previsto unicamente o direito do casado civilmente. É o caso de “insuficiência verbal” da lei (NADER, 2008, p. 197). A interpretação extensiva, portanto, não serve para sanar lacunas no ordenamento, mas tão somente para solucionar uma questão da linguagem deficiente da lei.

2.2.2 Aplicação subsidiária e supletiva

Em pertencimento ao mesmo campo semântico, porém com algumas diferenças, está a aplicação subsidiária, ou seja, também é um instrumento para operacionalizar a atividade integrativa das normas jurídicas. O diálogo entre os sistemas processuais deve respeitar, primeiramente, a leitura constitucional da disciplina, é de se dizer, por exemplo, que normas do novo CPC que implicariam em redução ou supressão de garantias no processo penal restariam obviamente inaplicáveis e, além de tudo, indesejáveis para o processo penal constitucional.

Em segundo lugar, é de se observar a pertinência para com os princípios gerais informadores e estruturas do sistema processual em si. Uma vez compatível a norma com ambas as filtragens específicas daquele sistema, poderá ser considerada permitida a aplicação subsidiária.

Entretanto, a aplicação subsidiária não se presta tão somente ao preenchimento de

lacunas do ordenamento jurídico. O preenchimento de lacunas em si se dá pela aplicação supletiva, de forma bastante similar à analogia, que serve para sanar omissões simples ou complementar determinada norma.

O novo CPC utiliza “aplicação subsidiária” e “aplicação supletiva” e é imperioso encontrar a diferença entre ambas, pois caso os conceitos destas aplicações fossem os mesmos, não haveria necessidade do uso dos dois na redação da nova lei.

Serve a aplicação subsidiária, também e sobretudo, para o enriquecimento de um determinado sistema jurídico independente através do diálogo com outras fontes normativas que guardem, com aquela, algum grau de compatibilidade. Diferentemente da analogia, não necessariamente há de haver a lacuna para invocar o uso da aplicação subsidiária. Neste sentido, veja-se Wambier *et al* sobre o art. 15 do novo CPC:

O legislador disse menos do que queria. Não se trata somente de aplicar as normas processuais aos processos administrativos, trabalhistas e eleitorais quando não houver normas, nestes ramos do direito, que resolvam a situação. A aplicação subsidiária ocorre também em situações nas quais não há omissão. Trata-se, como sugere a expressão ‘subsidiária’, de uma possibilidade de enriquecimento, de leitura de um dispositivo sob outro viés, de extrair-se da norma processual eleitoral, trabalhista ou administrativa um sentido diferente, iluminado pelos princípios fundamentais do processo civil. A aplicação supletiva é que supõe omissão. Aliás, o legislador, deixando de lado a preocupação com a própria expressão, precisão da linguagem, serve-se das duas expressões. Não deve ter suposto que significam a mesma coisa, se não, não teria usado as duas. Mas como empregou também a mais rica, mais abrangente, deve o intérprete entender que é disso que se trata. (WAMBIER *et al.*, 2015, p. 75)

A leitura proposta então é a seguinte: uma vez que o CPP admite a aplicação analógica, independentemente do fato de o novo CPC prever a sua aplicação subsidiária e supletiva somente aos processos eleitorais, trabalhistas e administrativos, resta que não é impossível a aplicação do dispositivo de seu art. 489, §1º ao processo penal pois neste último o tema não é regulado de forma tal que, verificada controvérsia sobre fundamentação de uma decisão, está autorizado o juiz criminal a utilizar-se da disciplina processual civil.

Na autorizada doutrina de Copetti Neto e Zaneti Jr.) não se parece sequer admitir a dúvida de que a aplicação subsidiária é logicamente possível e legalmente permitida pois afirmam que “o CPC é a norma geral de processo, aplicando-se subsidiária e supletivamente ao processo penal (art. 15, CPC/2015 c/c art. 3º, CPP)”. (2015, *online*). De modo, que a aplicação subsidiária, enquanto técnica de integração, promove o enriquecimento da legislação a ser aplicada, pelo uso de disposições da legislação fornecedora.

CONCLUSÃO

Neste sentido, a princípio, é possível concluir o que ora se propõe a partir da premissa

da norma geral exclusiva deduzida do art. 15 do novo CPC. De modo que tal norma não é suficiente para impedir a atividade interativa entre os sistemas processuais mormente se a interação estimula a leitura constitucional e convencional do processo penal.

Esta é a *autointegração*, conceito revelado por Carnelutti, (BOBBIO, 2011), que explica o recurso à analogia e a aplicação subsidiária para a solução de lacunas ao encontrar preenchimentos para as omissões dentro do próprio ordenamento jurídico, respeitados os critérios de incidência do uso de cada uma das técnicas.

Assim, no que respeita a questão da aplicação analógica ou subsidiária, trazida à luz pela exclusão do processo penal dos processos supostamente afetados pelo novo CPC, conclui-se que, ao menos, o dispositivo não é capaz de afastar a aplicação aqui sugerida.

Assim, para casos concretos, - decisões proferidas no processo penal que seriam consideradas não fundamentadas no processo civil -, pode valer-se o intérprete, em especial o julgador revisor, da “aplicação analógica” de que trata o CPP, bem como, de forma genérica, pode valer-se da “aplicação subsidiária” de que trata o novo CPC por ser mais ampla e indicar que fornece subsídios que auxiliam e enriquecem a interpretação e a aplicação da norma processual penal.

Verifica-se que a norma que aqui se pretende seja estendida aos processos penais constitui-se uma regulamentação da garantia fundamental da motivação das decisões judiciais, e, com isso, representa mais uma conquista civilizatória no sentido de que se presta a racionalizar e otimizar a concretização do referido direito fundamental.

Já que se trata, portanto, de direito fundamental e de dever inafastável dos magistrados, conclui-se que há uma lacuna no CPP a respeito do tema e a fonte do novo CPC não pode ser ignorada ou preterida pelos processualistas penais de plano, pois além de seu potencial de sanar a ausência de norma sobre a matéria no CPP, tem o condão de servir de instrumento de contenção do exercício arbitrário do poder do juiz no processo penal, o que implica na proteção de toda a série de direitos fundamentais que sustentam o sistema acusatório constitucional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto; ALBERTO, Sabrina Santana Figueiredo Pinto. Conceitos Jurídicos Indeterminados e Fundamentação – Existirá o Céu dos Conceitos? *In*: VASCONCELLOS, Fernando Andreoni; ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto (Org.). **O dever de fundamentação no Novo CPC: Análises em torno do artigo 489**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 233-253.

ALVIM, Rafael. **Aplicação supletiva e subsidiária do NCPC aos processos eleitorais,**

trabalhistas e administrativos. 2015. Disponível em: <<http://www.cpcnovo.com.br/blog/2015/05/08/aplicacao-supletiva-e-subsidiaria-do-ncpc-aos-processos-eleitorais-trabalhistas-e-administrativos/>>. Acesso em: 05 ago. 2015.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. São Paulo: Edipro, 2011.

BRASIL. Código de Processo Civil. **Lei nº 13.105/2015**. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 31 maio 2016.

_____. Código de Processo Civil. **Lei Nº 5.869/1973**. Brasília, DF, Revogado pela Lei nº 13.105/2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 31 maio 2016.

_____. Código de Processo Penal. **Decreto-lei Nº 3.689/1941**. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 31 maio 2016.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 31 maio 2016.

_____. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. **Decreto-lei Nº 4.657/1942**. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 31 maio 2016.

_____. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. **Decreto Nº 678/1992**. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 26 mar. 2016.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo Penal e Constituição: Princípios Constitucionais do Processo Penal**. 4. ed. revista e ampliada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

COPETTI NETO, Alfredo; ZANETI JUNIOR, Hermes. **Hobbes e o Novo Código de Processo Civil: matar o Leviatã?: Reflexões sobre o Garantismo e a Teoria dos Precedentes**. 2015. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/hobbes-e-o-novo-codigo-de-processo-civil-matar-o-leviata-reflexoes-sobre-o-garantismo-e-a-teoria-dos-precedentes-por-alfredo-copetti-neto/>>. Acesso em: 22 fev. 2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Chocrón Chocrón Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 1 de julio de 2011**. San José, Costa Rica. Disponível em:

<http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_227_esp.pdf>. Acesso em: 21 fev. 2016.

DELFINO, Lúcio; LOPES, Ziel Ferreira. **A expulsão do livre convencimento motivado do Novo CPC e os motivos pelos quais a razão está com os hermeneutas**. 2015. Disponível em: <<http://justificando.com/2015/04/13/a-expulsao-do-livre-convencimento-motivado-do-novo-cpc-e-os-motivos-pelos-quais-a-razao-esta-com-os-hermeneutas/>>. Acesso em: 07 out. 2015.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento**. v. 1. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

_____. **Sobre a fundamentação da decisão judicial**. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/wp-content/uploads/2012/02/sobre-a-fundamentacao-da-decisao-judicial.pdf>>. Acesso em: 21 fev. 2016.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías – La ley del más débil**. 3a. ed., Madrid: Trotta, 1999. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi.

_____. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. Tradução de: Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, André Vasconcelos; OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte. **Teoria geral do processo: comentários ao CPC de 2015: parte geral**. São Paulo: Forense, 2015.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

HARTMANN, Érica de Oliveira. **A Motivação Das Decisões Penais e a Garantia do Artigo 93, IX, da Constituição da República**. Revista da Faculdade de Direito UFPR, [s.l.], v. 38, n. 1, p.131-150, mai. 2005.

LISBÔA, Daniel. Teoria da Argumentação Jurídica: O Art. 489 do Novo CPC e sua Aplicabilidade ao Processo do Trabalho. *In*: VASCONCELLOS, Fernando Andreoni; ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto (Org.). **O dever de fundamentação no Novo CPC: Análises em torno do artigo 489**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 119-136.

LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal: Introdução Crítica**. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Direito Processual Penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015

LUCCA, Rodrigo Ramina de. **O dever de motivação das decisões judiciais**. Salvador: Juspodivm, 2015.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **O decisionismo jurídico de Carl Schmitt**. Lua Nova: Revista de Cultura e Política, São Paulo, n.32, p. 201-215, Apr. 1994. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010264451994000100011&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 21 fev. 2016.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas. **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, Rio de Janeiro, v. 15, n. 15, p.349-376, jul. 2015. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp>>. Acesso em: 29 fev. 2016.

OLIVEIRA, Humberto Santarosa de. **A garantia fundamental de motivação das decisões judiciais**. Revista Ética e Filosofia Política, Juiz de Fora, v. 2, n. 15, p.130-150, dez. 2012. Disponível em: <http://www.ufjf.br/eticaefilosofia/files/2009/08/15_2_oliveira_8.pdf>. Acesso em: 29 fev. 2016.

OLIVEIRA, Francisco Cardozo; KFOURI NETO, Miguel. **O Alcance da Fundamentação da Decisão Judicial na Relação Entre Fatos e Normas segundo o Inciso I do §1º. do Artigo 489 do Novo Código de Processo Civil**. In: VASCONCELLOS, Fernando Andreoni; ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto (Org.). **O dever de fundamentação no Novo CPC: Análises em torno do artigo 489**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 203-232.

PRADO, Geraldo. **Em torno da jurisdição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. **Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, Franklyn Roger Alves. **Papel da Defensoria na busca pela aplicabilidade do novo CPC ao CPP**. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jun-23/tribuna-defensoria-papel-defensoria-busca-aplicabilidade-cpc-cpp>>. Acesso em: 01 out. 2015.

SILVA, Beclaute Oliveira. **Decisão Judicial Não Fundamentada no Projeto de Novo CPC: nas sendas da linguagem**. In: FUX, Luiz, *et al.* (org.). **Novas Tendências do Processo Civil: Estudos sobre o projeto de Novo Código de Processo Civil**. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 187-202.

SOARES, Paulo Firmeza. **Uma crítica ao decisionismo na aplicação do direito**. Conteudo Juridico, Brasília: 14 nov. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.45834&seo=1>>. Acesso em: 21 fev. 2016.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. **Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil: Artigo por artigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.