

A MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES PENAIS E A GARANTIA DO ARTIGO 93, IX, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA

Érica de Oliveira Hartmann

Mestranda em Direito Processual Penal na UFPR.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Estrutura da Motivação das Decisões; 2 A Motivação: Instrumento Retórico de Convencimento e Persuasão; 3 A Motivação e o Alcance das Decisões: o Juiz Penal e seu Auditório; Conclusão: o Problema da Efetividade da Garantia Constitucional; Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO

Estudar a atividade judicial desenvolvida no processo, seja ele civil ou penal, é, desde o começo, uma árdua tarefa. Não só por se tratar de atividade humana, complexa, individual de julgar e, portanto, extremamente variável de pessoa para pessoa, mas também, e talvez principalmente, pela falta de consciência e conhecimento que na maioria das vezes falta aos juízes no que diz respeito à função que têm a desempenhar durante suas vidas, pela profissão que escolheram.

Analisar a atividade judicial de valoração das provas é igualmente difícil, pois se trata de matéria eminentemente subjetiva; e é aí que o perigo se mostra! Ainda hoje, por incrível que possa parecer, muitos defendem que no processo penal vigora, com toda a sua força, o princípio da verdade material, ou seja, há que se buscar a “verdadeira” verdade, e não aquela verdade aceita no processo civil, a chamada verdade formal, dicotomia esta, apenas a título de exemplo, já por FRANCESCO CARNELUTTI destruída, desde a polêmica com EUGÊNIO FLORIAN, em meados dos anos 20 do século passado.

Ora, “a verdade não é”, segundo FRANCESCO CARNELUTTI, “e nem pode ser, senão uma só: aquela que eu, como outros, chamava de verdade formal não é a verdade. Nem eu sabia, naquele tempo, que coisa fosse e porque, sobretudo, nem com o processo, nem através de algum outro modo, a verdade jamais pode ser alcançada pelo homem”.¹

Assim, a partir do momento em que se convenceram que a verdade, ela mesma, jamais conseguiria ser alcançada, os doutrinadores passaram, então, a trabalhar com outros conceitos, os quais ajudariam na aproximação da verdade dos fatos, a qual,

1 CARNELUTTI, Francesco. Verdade, dúvida e certeza. Trad. Eduardo Cambi. *Gênesis – Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênesis, n. 9, p. 606-609, jul./set. 1998.

enfim, deve estar presente de alguma forma para que se possa julgar a lide e o caso penal, especialmente. São eles os conceitos de verossimilhança (brilhantemente apresentado por PIERO CALAMANDREI), probabilidade, dúvida e certeza.

A partir daí, passa-se a um outro grande problema: a hermenêutica jurídica. Como se dá a efetiva interpretação das leis pelos magistrados? É sabido que existem vários tipos e também vários métodos de interpretação. Mas qual a função de cada um? Como agem cada um deles? A escolha por um determinado método é importante? Até aqui, até onde já se estudou, pode-se concluir que a opção pelo método de interpretação e aplicação da lei é de grande importância para o desfecho do processo. As conseqüências podem ser as mais inesperadas possíveis e se refletem especialmente no momento da motivação das decisões quanto ao direito.

NILO BAIROS DE BRUM, ao falar sobre os métodos de interpretação, afirma que “esses métodos podem ser vistos como instâncias retóricas que têm a função de canalizar, de forma aparentemente neutra e científica, determinados valores que se quer preservar. Conforme o método ou conjunto de métodos que se use, pode-se trocar a linha de decisão, extraíndo-se da mesma norma legal diferentes conseqüências jurídicas. Assim, a fungibilidade dos métodos transforma a interpretação jurídica num jogo de cartas marcadas...”; e continua: “ocorre que é impróprio falar-se em infiltração das ideologias no direito através da interpretação, pois o direito é justamente a interação das ideologias. Se podemos definir a norma jurídica como ideologia coagulada, a interpretação pode aparecer como a ação discursiva que ou procura reforçar a fixação das ideologias concorrentes que tendem a coagular-se...”.²

E o problema não pára por aí. As provas também precisam ser analisadas e valoradas e tal atividade, nos atuais sistemas processuais (civil e penal), tem como fundamento, de regra, o livre convencimento que, em última análise, trata-se de um mal necessário.

Destarte, diante de toda a realidade exposta, como agem os juízes ao valorarem as provas colhidas no processo e como deveriam agir? De regra, o que se percebe das decisões é que não só há uma certa tendência em se *aceitar* a ideologia dominante naquele momento (seja ela correta ou incorreta, absurda ou não – não se questiona), bem como, aliás, procura-se exatamente *manter-se* um determinado padrão nas decisões judiciais. Os juízes procuram, de fato, manter-se dentro de um *standard* geral de valoração dos juristas, da comunidade jurídica.³ Resta descobrir até que ponto isso é bom e se efetivamente é bom.

Finalmente, tendo o juiz tomado a sua decisão, deverá, ao exará-la, motivá-la corretamente, conforme institui a garantia constitucional, expressando devidamente as razões de sua decisão. Para isso, deverá atentar para o fato de que sua decisão deverá

2 BRUM, Nilo Bairos de. *Requisitos retóricos da sentença penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 40.

3 Sobre o tema dispõe NILO BAIROS DE BRUM, em *Requisitos retóricos da sentença penal*, p. 69 e ss.

ganhar, perante a comunidade, legitimidade e não só legalidade. Terá o juiz, assim, que procurar tornar sua sentença verossímil, recorrendo, sem dúvidas, a determinados processos com vistas a convencer, não só o destinatário da decisão, mas toda a comunidade.

Examinar, então, a atividade judicial de fundamentação de suas decisões é ainda muito mais difícil, pois abrange, dentre outros, todos os elementos antes considerados, isto é, a concepção de processo e verdade que tem o juiz (se ele ainda acredita na busca da verdade real como um dos princípios do processo penal), a interpretação dada à lei pelo juiz, a forma de aplicação da lei ao caso concreto, os métodos de produção e avaliação da prova e, principalmente, a “tarefa obrigatória” que tem o juiz de explicar as suas decisões, de fundamentá-las.

A motivação das decisões, no Estado de Direito democrático, não só se trata de garantia política, de controle do povo sobre as decisões judiciais, mas também de uma garantia processual (endoprocessual), que assegura a ampla transparência no exercício do poder jurisdicional e garante às partes o acesso às razões da decisão, permitindo-lhes a sua plena impugnação. Mas de que forma ela está sendo exercida pelos juízes?

O modelo idealizado para a solução não só da lide mas também do caso penal, conforme se sabe, é aquele em que o juiz, procurando ser imparcial, na medida do possível, conduz e instrui todo o processo da melhor forma para, ao final deste, tendo então tomado a sua decisão, a partir de uma séria valoração das provas, deverá, ao exarar-la, motivá-la devidamente, conforme institui a garantia constitucional, expressando de forma clara as razões de sua decisão, apontando explicitamente os motivos que o levaram a decidir daquela maneira.

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 baseia 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. E é aí que entra a retórica, a argumentação jurídica, o discurso jurídico diabolicamente destinado a justificar uma condenação supostamente injusta (supostamente porque não há, no processo, provas suficientes para a condenação).

Mas de que forma a argumentação jurídica, ou melhor, em que medida esta argumentação jurídica (que tem por base a Teoria da Argumentação) influencia de fato as decisões judiciais? O que se procura mostrar, ainda, é até que ponto essa justificação do discurso judicial é utilizada para o bem, para o que é correto. E, por fim, uma última questão há de ser levantada: se efetivamente a fundamentação das decisões judiciais nada mais for, muitas vezes, do que mera aplicação da Teoria da Argumentação, do que mero exercício de retórica, como fica, então, a efetivação da garantia constitucional da motivação das decisões judiciais, do livre convencimento motivado, base do Estado de Direito democrático? E, como fica, afinal, a efetivação do tão almejado processo penal constitucional?

1 ESTRUTURA DA MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES

Conhecidas as funções de garantia da motivação das decisões (extraprocessual e endoprocessual), cabe analisar a sua estrutura, isto é, como *deve ser* realizada a fundamentação de modo a traçar um verdadeiro modelo de motivação que seja compatível com a exigência constitucional.

Num primeiro momento, é interessante se fazer algumas distinções. Motivação não pode ser confundida com motivo, embora muitas vezes a própria lei faça tal confusão. É bem verdade que tais expressões contam com inúmeros significados na linguagem comum e na linguagem jurídica. Entretanto, para efeitos desta análise, *motivo* (ou fundamento) é todo elemento de caráter objetivo (de fato ou de direito) capaz de ser considerado pelo magistrado na formação de suas decisões. Por outro lado, *fundamentação* (ou motivação) é a “expressão ou explicitação dos motivos de um negócio jurídico ou de um provimento”.⁴ Também não se deve confundir decisão e motivação.⁵ A *decisão*, em síntese, consiste na primeira etapa do raciocínio judicial, em que se escolhe (com base em elementos jurídicos – de fato e de direito –, mas também em elementos extrajurídicos – morais, políticos e ideológicos etc.) uma saída para o caso, entendendo ser ela a melhor. Já a *motivação* configura-se como uma segunda etapa do raciocínio judicial, na qual se procura legitimar, validar, a escolha feita anteriormente (referem-se, assim, ao contexto de descoberta e contexto de justificação, respectivamente, conforme apresentado, por exemplo, por MANUEL ATIENZA).⁶

A motivação, então, está relacionada com a justificação da decisão: ela é um discurso justificativo da decisão judicial. Ela não só compreende a indicação dos motivos que levaram a tal decisão, mas também, e sobretudo, a explicitação das razões que

4 GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 110.

5 “*Il problema del contenuto della dichiarazione decisoria si riferisce alla distinzione tra deliberazione e ragionamento ossia, secondo il linguaggio consueto, tra disposizione e motivazione (...) Che il decidente debba ragionare prima di deliberare è un conto; che debba comunicare il ragionamento oltre la deliberazione è un altro; tuttavia, di regola, è opportuno che comunichi anche il suo ragionamento, perché, in prima linea, ciò lo obbliga a ragionare; invero, sia pure violando le regole della prudenza e della legge, egli potrebbe decidere anche senza ragionare; tale possibilità gli è tolta se deve comunicare come ha ragionato.*” CARNELUTTI, Francesco. *Principi del processo penale*. Napoli: Morano, 1960, p. 256. Trad. da autora: “o problema do conteúdo da declaração decisória se refere à distinção entre deliberação e raciocínio, ou seja, segundo a linguagem comum, entre disposição e motivação (...) Que o julgador deve raciocinar antes de deliberar é uma coisa; que deve comunicar o raciocínio depois de deliberar é outra coisa; todavia, de regra, é bom que comunique também o seu raciocínio, porque isto o obriga a raciocinar; em verdade, seja apenas violando as regras de prudência e da lei, ele poderia decidir até sem raciocinar; tal possibilidade lhe é tolhida se deve comunicar como raciocinou”.

6 Para maiores detalhes, ver ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2000, p. 50 e ss.

justificam a escolha realizada. A motivação, enquanto justificação, presta-se a demonstrar a justiça e a racionalidade da decisão.

Nesta perspectiva, pode-se afirmar que há diferentes modelos de racionalidade que podem ser utilizados para justificar uma decisão, dependendo do sistema jurídico-político em que se desenvolve a atividade jurisdicional. Três são os modelos mais conhecidos: o dedutivo, o indutivo e o retórico.⁷

O modelo dedutivo, como se sabe, é de longe o mais difundido. Ele se baseia na aplicação do chamado *silogismo judicial*. Originado da postura iluminista de que o juiz é apenas a boca que pronuncia as palavras da lei, o silogismo parece ser a forma mais perfeita de se demonstrar logicamente a dedução da decisão a partir das premissas, vez que constitui verdadeira garantia contra o arbítrio do juiz.

Assim como na lógica formal, o silogismo judicial conta com uma premissa maior, uma premissa menor e uma síntese. A premissa maior é representada pela norma a ser aplicada no caso concreto. A premissa menor, pelos fatos apurados através da prova produzida no processo. A síntese é a decisão do caso. Entretanto, os próprios idealizadores desse modelo admitiram ser demasiado simples para dar conta de todo o procedimento decisório. Isso porque o julgamento, em verdade, realiza-se por vias distintas desta da lógica formal, a começar pela escolha das premissas.

Então, pode-se dizer que a argumentação judicial está muito mais voltada a comprovar o acerto da escolha das premissas do que extrair delas uma conclusão lógica. Neste passo, “embora não se possa desprezar o valor de garantia em princípio atribuído a esse modelo, concebido em um momento histórico caracterizado pela preocupação de subordinar a atividade judiciária à vontade popular expressa nos textos legais, na verdade a sua função é basicamente ideológica, voltada a transmitir uma imagem de juiz neutro e só submetido à lei, com o que se ocultam, sob uma aparente lógica formal, as reais motivações subjacentes às diversas escolhas valorativas realizadas no curso do procedimento decisório”.⁸

Exatamente no lado oposto do modelo dedutivo, encontra-se o modelo indutivo. Neste caso, como também no modelo retórico, que se verá adiante, o que se defende é propriamente a negação do valor do silogismo como modelo de racionalidade decisória. O modelo indutivo procura destacar a importância da consideração particular de cada caso concreto, cuja análise levará ao estabelecimento de uma norma geral, isto é, a norma que será aplicada ao caso não é aquela já disposta previamente pelo legislador, senão que a adequadamente estabelecida pelo próprio julgador a partir daquele caso examinado. A vontade do legislador, destarte, é substituída pela criatividade do magistrado.

Segundo ressalta ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO, esse modelo encontrou guarida na Europa continental com a doutrina da *libre recherche scientifique*,

7 Esta sistematização dos modelos foi retirada dos ensinamentos de ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO, de acordo com o exposto na obra *A motivação das decisões penais*.

8 GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação...*, p. 119.

de FRANÇOIS GENY, no final do século XIX e também no *common law*, levando POUND a conceber a atividade judicial como uma forma de *social engineering*. Recentemente, para o professor paulista, a expressão maior da utilização do modelo indutivo é o Direito Alternativo, cujos representantes defendem, segundo alega, “a inversão da relação entre norma e fato instituída pela subsunção”.⁹

Por fim, o terceiro e último modelo é o retórico. Aqui também há a negação do silogismo como modelo de racionalidade da decisão, na medida em que o que realmente importa não é o esquema lógico seguido pelo juiz, mas sim a justificação da opção feita por ele. Verifica-se também que não tem lugar neste modelo a inferência indutiva. O que vai importar, como referido, é que em qualquer situação, em qualquer hipótese, as escolhas realizadas devem, necessariamente, estar justificadas, uma vez que só desta forma será possível o controle da atividade decisória. Daí o papel essencial desempenhado pela retórica – entendida antes como técnica de argumentação racional do que como mera técnica de manipulação – no discurso judicial. Através da retórica, o juiz convence não de qualquer maneira, mas sim justifica sua decisão por meio de argumentos racionalmente válidos e controláveis.

MICHEL MIAILLE, ao analisar a lógica jurídica dentro do sistema do direito (a dos práticos), admite que, em verdade, não se trata efetivamente de um raciocínio jurídico, mas de argumentação: “no sentido restrito da palavra, não há raciocínio jurídico: há argumentação. Que quer isto dizer? Os juristas apoiam-se não em provas demonstrativas, no sentido científico do termo, mas em argumentos mais ou menos convincentes. Ora, como já acima mostrei, os argumentos dependem no seu valor, e, portanto, na sua eficácia, da sua situação de momento, do lugar, muito mais que da sua definição abstracta. Os princípios invocados, as noções utilizadas, as teorias propostas não têm por si mesmo força suficiente: tudo depende do contexto. Torna-se absolutamente claro que, se dado argumento não foi seguido em dado momento e se lhe preferiu a um outro, isso não ocorreu em consequência de um erro metodológico a maior parte das vezes, e em particular em consequência de uma incorreção na lógica do raciocínio, mas é produto de uma época. Reconduzida a proporções mais correctas a ‘lógica jurídica como argumentação revela ser a tradução de projectos, de interesses, de práticas contraditórias’. Neste sentido, não poderia ser comparada com a dos cientistas”.¹⁰

Este sim é o modelo, parece, que deve prevalecer. É o modelo que mais corresponde à realidade atual da atividade judicial. Ele sugere esquemas lógicos de justificação distintos e muito mais completos, conforme as particularidades do procedimento decisório e das suas diferentes fases. Segundo aduz JOÃO MAURÍCIO ADEODATO, todo o desenvolvimento histórico e ideológico do direito é marcado pela mentalidade silogística, como a maneira de pensar e aplicar o direito que parece mais adequada ao direito dogmático, que decide sempre fazendo referência a uma norma

9 GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação...*, p. 121-122.

10 MIAILLE, Michel. *Introdução crítica ao direito*. 2. ed. Lisboa: Estampa, 1989, p. 196.

fixada anteriormente de acordo com as regras auto-referentes do próprio sistema. Todavia, a adoção do silogismo demonstrativo é equivocada. Mais correta se apresenta a adoção do silogismo retórico, pois “a estrutura argumentativa expressa pela teoria do entimema¹¹ parece assim mais apta a compreender o direito contemporâneo, revelando, por exemplo, que pilares ‘científicos’ como a unidade do ordenamento jurídico, a neutralidade do juiz ou a objetividade da lei constituem, no fundo, meras estratégias discursivas”.¹²

2 A MOTIVAÇÃO: INSTRUMENTO RETÓRICO DE CONVENCIMENTO E PERSUAÇÃO

Ao se falar, outrora, da motivação e da argumentação, fez-se referência à correspondência inafastável entre estes dois elementos. De fato, há que se admitir que a fundamentação das decisões não se resume apenas ao silogismo retórico, pois não se pode negar que existem momentos em que o julgador vai sim se utilizar de raciocínios lógico dedutivos e indutivos, de comparações, enfim, de outras formas de raciocínio. Entretanto, tampouco se pode negar que a racionalidade que prevalece no momento da fundamentação da decisão é a argumentativa, tanto quanto aos fatos, como no que se refere ao direito.

Por se tratar de um ambiente argumentativo, comumente se utilizam como sinônimos, como se viu, motivação e justificação. Ora, na esteira dos ensinamentos de CHAÏM PERELMAN, a justificação só tem lugar no ambiente onde nada é evidente; pelo contrário, a justificação sempre se relaciona a um determinado contexto, o qual não é inabalável. Neste passo, afirma com propriedade o professor de Bruxelas: “toda justificação pressupõe a existência, ou a eventualidade, de uma apreciação desfavorável referente ao que a pessoa se empenha em justificar. Por isso, a justificação se relaciona intimamente com a idéia de valorização ou de desvalorização. Não se trata de justificar o que poderia ser objeto de uma condenação ou de uma crítica, o que poderia ser julgado, ou seja, uma ação ou um agente. A justificação pode concernir à legalidade, à moralidade, à regularidade (no sentido mais lato), à utilidade, à oportunidade. Não há por que justificar o que não se deve adequar a normas ou a critérios, ou o que não deve realizar certa finalidade; tampouco há por que justificar o que, incontestavelmente, se ajusta às normas, aos critérios ou às finalidades considerados. A justificação só diz respeito ao que é a um só tempo discutível e discutido. Daí resulta que o que é absolutamente válido não deve ser submetido a um processo de justificação e,

11 Etimologicamente, a palavra entimema vem de *enthymēisthai*, que significa considerar, ponderar, refletir. O entimema é o que se chama de silogismo retórico. JOÃO MAURÍCIO ADEODATO define entimema como silogismo retórico por ser formal ou logicamente imperfeito, isto é, suas conclusões não decorrem necessariamente de suas premissas (ao contrário do silogismo apodítico), mas é pragmaticamente útil “se o objetivo é persuadir sem as exigências de rígida coerência lógica, quando esta não é possível ou desejável”. ADEODATO, João Maurício. O silogismo retórico (entimema) na argumentação judicial. *Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito*, Recife, n. 9, 1998, p. 139.

12 ADEODATO, João Maurício. *O silogismo retórico (entimema)...*, p. 154.

inversamente, o que se tende a justificar não pode ser considerado incondicional e absolutamente válido”.¹³

Além disso, vale ressaltar que a justificação, na prática, só encontra razão de ser exatamente quando se está a tratar de uma decisão, de uma ação, de uma escolha, fora da experiência e que suprime toda possibilidade de decisão e de escolha. Vale dizer, a justificação só tem sentido quando referente a atos passíveis de críticas, que têm alguma falha que os tornam inferiores àqueles que não podem ser criticados (os que se referem a valores absolutos, à evidência).

Freqüentemente, ainda, tem-se a idéia de que a justificação não é refutação de uma crítica, senão que apresenta apenas a apresentação de razões positivas em favor de uma determinada escolha ou decisão. Para CHAÏM PERELMAN, porém, tal noção é equivocada: “a justificação consiste quer na refutação de uma determinada crítica, quer na indicação de que uma proposição lhe escapa inteiramente”.¹⁴

Muitas vezes, no entanto, e aqui está o problema, a argumentação e a retórica são utilizadas em seu sentido mau,¹⁵ qual seja, para esconder decisões tomadas de forma arbitrária pelos juizes. Não raro a motivação é, nas palavras de ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO, “uma racionalização *ex post* de uma decisão muitas vezes determinada por razões inconfessáveis”,¹⁶ atitude até mesmo compreensível vez que o juiz é, antes de tudo, um ser humano. Como muito bem ressalta NILO BAIRROS DE BRUM, “geralmente, chegado o momento de prolatar a sentença penal, o juiz já decidiu se condenará ou absolverá o réu. Chegou a essa decisão (ou tendência a decidir) por vários motivos, nem sempre lógicos ou derivados da lei. Muitas vezes, a tendência de condenar está fortemente influenciada pela extensão da folha de antecedentes do réu ou, ainda, pela repugnância que determinado delito (em si) provoca no espírito do juiz. Por outro lado, o fiel da balança pode ter pendido para a absolvição em razão da grande prole do réu ou em virtude do fato de estar ele perfeitamente integrado na comunidade ou, ainda, pelo fato de que o delito cometido nenhuma repugnância causa ao juiz, o que o faz visualizar tal figura penal como excrescência legislativa ou um anacronismo jurídico. Sabe o julgador, entretanto, que essas motivações não seriam aceitas pela comunidade jurídica sem uma roupagem racional e tecnicamente legítima. Se declarar francamente que condena o réu em razão de seus péssimos antecedentes ou que o absolve porque é trabalhador e tem muitos filhos, sua sentença fatalmente será reformada por falta de base jurídica”.¹⁷

13 PERELMAN, Chaïm. *Retóricas*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 169.

14 PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 187.

15 Aliás, segundo relata JOÃO MAURÍCIO ADEODATO, ARISTÓTELES entendia como exemplo de má retórica exatamente a retórica judicial, destinada a mover as emoções do espectador e baseada em provas de fatos, notoriamente frágeis. ADEODATO, João Maurício. *O silogismo retórico (entimema)*..., p. 140.

16 GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação*..., p. 113.

17 BRUM, Nilo Bairros de. *Requisitos retóricos*..., p. 72-73.

O juiz, então, para escamotear a sua decisão, vai procurar motivá-la através da manipulação de seu discurso, que poderá ser feita tanto quanto ao direito a ser aplicado, bem assim com relação à prova produzida no processo. E para manipular o seu discurso, o julgador não só terá que se utilizar de uma linguagem dirigida ao seu objetivo de convencer,¹⁸ mas também organizará quais os argumentos que irá apresentar e de que maneira os apresentará ao seu auditório.

Como é sabido, a interpretação do direito pode ser forjada de acordo com os interesses do magistrado e da comunidade jurídica em geral. LUIZ ALBERTO WARAT, de forma contundente, afirma que, em verdade, as práticas interpretativas do Direito não passam de “uma discursividade enganosamente cristalina que escamoteia, em nome da verdade, da segurança e da justiça, a presença subterrânea de uma ‘tecnologia da opressão’ e de uma microfísica conflitiva de ocultamento que vão configurando as relações de poder inscritas no discurso da lei. Mais do que ambíguo ou impreciso, o discurso da lei é enigmático, ele joga, estrategicamente, com os ocultamentos para justificar decisões, disfarçar a partilha do poder social e propagar, dissimuladamente, padrões culpabilizantes”.¹⁹

Da mesma forma ocorrerá com relação à prova produzida no processo. Quando encontrar-se o juiz diante de uma situação de pré-julgamento e a necessidade de motivação, “buscará, então, o julgador outro caminho que pode ser através da avaliação da prova ou por meio da interpretação da norma. Geralmente, pelo menos entre nós, os juízes preferem o primeiro caminho, já que a prova é produzida longe dos tribunais e a possibilidade de controle é mais difícil. Além do mais, a interpretação do direito penal é bastante rígida. Aqueles que freqüentam as varas criminais sabem que o maior número de absolvições, por exemplo, dá-se com base no inciso VI do art. 386 do Código de Processo Penal vigente. Este é, realmente, o caminho mais fácil para justificar uma absolvição discutível, já que a valoração da prova – como vimos – encerra operações muito subjetivas e dificilmente haverá um processo judicial que não contenha, pelo menos, duas versões verossímeis. Na determinação da verdade processual haverá quase sempre opções ao livre convencimento do juiz”.²⁰

Então, assim como a interpretação, a prova também pode ser – e é – usada como argumento. Para NICOLA FRAMARINO DEI MALATESTA, “sabe-se como a cultura superior e a flexibilidade do engenho de um homem, como o magistrado, habituado à contínua ginástica intelectual, tornam possível, narrando fatos e provas, dar, a uns e outros, uma natureza e um valor não correspondentes à sua realidade”.²¹

18 A linguagem exerce função fundamental no discurso jurídico e, por isso, o estudo deste tema é de essencial importância para uma exata compreensão das dimensões do ato jurisdicional. Todavia, a proposta deste trabalho se resume em abordar a Teoria da Argumentação apenas como o estudo da retórica dos conflitos.

19 WARAT, Luiz Alberto. *Introdução geral ao direito: interpretação da lei – temas para uma reformulação*. Porto Alegre: SAFE, v. I, 1994, p. 19-20.

20 BRUM, Nilo Bairros de. *Requisitos retóricos...*, p. 73.

21 MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Trad. Paolo Capitanio. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2001, p. 105.

Ademais, há, na atividade judicial de motivação das decisões, hipóteses em que se verifica a ausência de motivação e insuficiência de motivação, que não se confundem, no entanto, com motivação concisa. De qualquer forma, todos os vícios de motivação configuram, em última análise, uma falta de justificação. E a justificação, a argumentação, pressupõem, de regra, uma atitude positiva do julgador em falar ou escrever as razões de seu convencimento. Porém, nestes casos de desobediência da exigência de motivar, o que se tem é exatamente uma atitude negativa por parte do magistrado, pois silencia quanto ao seu dever de fundamentar suas decisões. Isto, no entanto, não descaracteriza o discurso retórico de motivação, pois o silêncio, para CHAÏM PERELMAN, não passa de uma forma de acordo referente às premissas e para BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS muitas vezes é mais expressivo do que a própria fala.²²

Na verdade, em um sistema processual baseado no livre convencimento – se não em todos os sistemas processuais –, é praticamente impossível (se não impossível) se demonstrar quais as razões que levaram o juiz a decidir de determinada forma. Especialmente no que diz ao exame do material probatório, uma vez que os códigos são lacônicos, a doutrina extremamente flexível e a jurisprudência muitas vezes deixam a desejar. A partir disso, os juízes têm a possibilidade real de manipular os fatos segundo seus interesses, suas opiniões pessoais, sua ideologia, ainda que de forma inconsciente. Aqui também há a prevalência dos juízos de valor sobre os juízos descritivos.²³ Por isso é que se tem a exigência da motivação como importante garantia para as partes, na medida em que tende a exigir do magistrado a formação de um convencimento baseado em razões confessáveis, constituindo-se como um verdadeiro meio de pressão sobre a consciência do juiz.²⁴

A partir de todas essas considerações, resta evidente a relação – sempre presente – entre a motivação das decisões e a argumentação, ainda que tal relação venha quase sempre dotada, infelizmente, de uma conotação negativa. De fato, o juiz, através da motivação, procura legitimar a sua decisão e por isso argumenta. E tanto a referida motivação pode ser verificada como instrumento retórico de convencimento e persuasão, que NILO BAIROS DE BRUM, de forma única, estabelece quatro requisitos retóricos da sentença penal (além dos requisitos formais exigidos pela lei processual penal, em seu art. 381): 1. verossimilhança fática – através do qual o juiz procura convencer que elegeu a melhor prova para formar o seu convencimento, inclusive desqualificando as provas que dão respaldo a versões diversas daquela por ele escolhida; 2. efeito de legalidade – o juiz deve convencer de que a solução do caso encontra-se amparada no ordenamento jurídico; 3. adequação axiológica – ou seja, o juiz deve demonstrar que

22 Para maiores detalhes sobre o silêncio no direito, ver: PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Traité de l'argumentation: la nouvelle rhétorique*. Paris: Presses Universitaires de France, v. I, 1958, p. 145-146 [Tradução brasileira: *Tratado da argumentação: nova retórica*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 122-123] e SANTOS, Boaventura de Sousa. *O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*. Porto Alegre: SAFE, 1988, p. 37 e ss.

23 BRUM, Nilo Bairros de. *Requisitos retóricos...*, p. 70-71.

24 GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação...*, p. 113.

os valores da comunidade estão adequados à lei ou que a lei está devidamente adequada aos valores da sociedade; 4. neutralidade judicial – o magistrado deve sustentar uma imagem de neutralidade (que não existe, certamente) como meio de preservar, em síntese, a segurança jurídica.²⁵

3 A MOTIVAÇÃO E O ALCANCE DAS DECISÕES: O JUIZ PENAL E SEU AUDITÓRIO

A este ponto, admitindo-se, então, que a atividade de motivação da decisão é de natureza justificativa, isto é, argumentativa, a partir de um exame da Teoria da Argumentação de CHAÏM PERELMAN, supõe-se que tal motivação será necessariamente dirigida a um auditório, que deverá a ela aderir quanto maior for a força dos argumentos por ela apresentados. Aqui também o juiz deverá escolher os argumentos a serem utilizados, decidir em que ordem e de que forma irá apresentá-los, enfim, deverá organizar racionalmente a maneira com a qual pretende convencer (ou persuadir) o seu auditório – há que existir o contato entre os espíritos.

Sabe-se que CHAÏM PERELMAN, pela Nova Retórica, defende a existência, na verdade, de quatro tipos de auditório: o auditório universal, o auditório particular, o auditório formado por um único ouvinte e a deliberação íntima. Também segundo o referido professor o objetivo da argumentação é justamente provocar ou aumentar a adesão dos espíritos às teses que lhes são apresentadas, o que permite concluir que o ponto de partida assim como o desenvolvimento da argumentação pressupõem o acordo do auditório (por acordo, entenda-se a adesão ou propensão à adesão por parte do auditório ao discurso do orador). Deste modo, a eficácia da argumentação vai ser determinada a partir da adaptação do orador ao auditório – em última análise, quanto mais se conhece os destinatários do discurso, maior é a probabilidade da adesão.

E na argumentação jurídica, especialmente a realizada pelos juízes ao justificarem as suas decisões? Desde um ponto de vista perelmaniano, a eficácia da argumentação, no caso, da motivação, depende diretamente do conhecimento, pelo magistrado, de seu auditório. E quem é esse auditório? Trata-se de um auditório universal, de um auditório particular, de um auditório de um único ouvinte ou de uma deliberação íntima?

MANUEL ATIENZA afirma que CHAÏM PERELMAN, em seus escritos, não deixa claro se o conceito de auditório universal se aplica também ao discurso jurídico, seja o do juiz, seja o do legislador. Em alguns momentos parece entender que o discurso jurídico destina-se apenas àquelas pessoas que instituíram o legislador e o magistrado; em outros momentos parece admitir que se destina ao auditório universal.²⁶

25 BRUM, Nilo Bairros de. *Requisitos retóricos...*, p. 72-84. Ver também: FAYET, Ney. *A sentença criminal e suas nulidades*. 5. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1987, p. 30-38.

26 ATIENZA, Manuel. *As razões do direito...*, p. 125-126.

De fato, parece que a admissão de que o discurso jurídico (e não só do discurso jurídico, mas todo tipo de discurso) se dirige ao auditório universal é bastante problemática por vários motivos.

Em primeiro lugar, CHAÏM PERELMAN define o auditório universal como sendo aquele formado por toda a humanidade, ou pelo menos por todos os homens adultos e normais. Desta forma, admitir-se que o discurso jurídico destina-se ao auditório universal significa dizer que se destina a toda humanidade, o que é absolutamente impossível, pois uma determinada lei dirige-se apenas (e no máximo) a um determinado território e uma decisão judicial às partes do processo, aos tribunais superiores e à comunidade mais próxima. Em que pese o próprio professor de Bruxelas ter admitido que o auditório universal é uma questão muito mais de direito do que de fato, parece que nem mesmo assim é viável dizer que o auditório ao qual se consagra a argumentação jurídica seja universal.

Em segundo lugar, a própria aceitação da existência de um auditório universal é complicada para o professor de Bruxelas. Tanto o é que em determinado momento CHAÏM PERELMAN admite claramente que não existe *um* auditório universal, senão que tantos quantos constituídos pelas diferentes culturas existentes, isto é, cada comunidade, cada pessoa, tem sua própria concepção de auditório universal.

Em terceiro lugar, e aqui está o maior problema, encontra-se o fato de que a noção de auditório universal está ligada ao imperativo categórico de IMMANUEL KANT, ao defender que o juiz deverá, através de seu discurso, obter a adesão universal, utilizando-se de princípios válidos para todos os homens. Este é o principal elemento criticado na teoria de CHAÏM PERELMAN – em suma, a equiparação do auditório universal ao consenso de JÜRGEN HABERMAS. Assim, os argumentos utilizados perante o referido auditório teriam maior valor frente aos utilizados perante um auditório particular até ser atingido um limite máximo, qual seja, o acordo do auditório universal, baseado no senso comum.

Como o objetivo da argumentação jurídica não é somente o acordo sobre a legalidade, mas sobretudo sobre a sua legitimidade, acreditar na adesão universal, equiparada à teoria do consenso da verdade,²⁷ significa aceitar que, de fato, na prática, existem verdades e valores que são aceitos igualmente por toda a humanidade, por cada um dos indivíduos que a compõem (concordância potencial de todos), pressupondo, na esteira da teoria habermasiana, a situação ideal de fala, realidade esta, parece, absolutamente impossível. Nem mesmo dentro de uma única cultura, de um único país, de uma única família, encontram-se pessoas que pensam da mesma forma e possuem a mesma escala de valores – cada um pensa de uma forma e nada pode mudar isso. Por isso é deveras complicado afirmar que existem certos valores “mínimos” que são aceitos por todos como corretos.

27 Para uma leitura didática da teoria do consenso da verdade, ver: ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001, p. 91-117.

Dáí resta clara, segundo alguns autores, a relação da adesão universal com o que CHAÏM PERELMAN chama de senso comum que, na sua concepção, significa o conjunto de crenças admitidas pela sociedade cujos membros presumem serem partilhadas por todo ser racional.

Entretanto, parece igualmente possível afirmar que o conceito que CHAÏM PERELMAN tem por senso comum relaciona-se muito mais com o conceito daquilo que é razoável, isto é, aquilo que é admissível em uma comunidade em um dado momento²⁸ e, portanto, mutável, do que com o verdadeiro conceito de senso comum, ligado à idéia de faculdade comum a todos os homens de discernir as verdades evidentes.

FERNANDO ESTRADA GALLEGO, de forma bastante interessante, explica que a distinção entre senso comum e razoável consiste exatamente em uma questão de grau, de intensidade: enquanto o senso comum é dotado de evidência indiscutível, faz parte das próprias crenças naturais do homem, originárias, anteriores à razão e à experiência, o razoável não é necessariamente tido como certo e verdadeiro, ou seja, é apenas um ponto de partida aceito provisoriamente, que precisa ser justificado e não é nem imutável nem incontestável.²⁹

Não obstante, ainda que CHAÏM PERELMAN entenda por senso comum apenas aquilo que é razoável (o que, por si só, não é pacífico entre os estudiosos de sua obra), de qualquer forma a noção de auditório universal não se sustenta, pois, da mesma maneira, não se pode aceitar que determinados valores e verdades sejam tidos como razoáveis por toda a humanidade.

Ademais, segundo MICHELE TARUFFO, “os mitos das sociedades homogêneas e estáveis e das culturas simples, claras e comum a todos, se em algum tempo tiveram um sentido uma correspondência à realidade, já foram subvertidos pelas transformações políticas, econômicas, sociais e culturais da época moderna, especialmente da época que agora se costuma chamar pós-moderna. Por muitas razões, está hoje em crise o arquétipo do Estado-nacional, que por muito tempo representou a moldura tradicional (geralmente não-conscientizada) das usuais idéias de sociedade e de cultura, e a múltipla fragmentação social e cultural tomou o lugar das velhas imagens totalizantes e coerentes da sociedade e da cultura (...) Além disso, neste mundo globalizado é inevitável que o juiz se veja ao centro de muitos problemas novos e no ponto de encontro de tendências diferentes e conflitantes: cabe por isso às cortes a tarefa de resolver os conflitos entre valores universais e regras cada vez mais gerais, de um lado, e, de outro, situações cada vez mais particulares e culturalmente individualizadas. Assim como o juiz não é mais (admitindo-se que em algum tempo ele o haja realmente sido) a boca inanimada da lei, teorizada por MONTESQUIEU, nem um passivo aplicador de norma simples mediante deduções formais, ele não é mais (admitindo-se que em algum tempo ele o haja realmente

28 PERELMAN, Chaïm. *Le raisonnable et le déraisonnable en droit. Archives de philosophie du droit.* Paris: Sirey, v. 23, 1978, p. 39.

29 GALLEGO, Fernando Estrada. *Teoría de la argumentación y sentido común. Revista UIS – Humanidades*, Bucaramanga, v. 26, n. 2, p. 133-140, julio/diciembre 1997.

sido) um passivo usuário de noções metajurídicas fornecidas *ready made* pela experiência coletiva, ou um elementar consumidor de regras e critérios dispostos de modo claro, completo e coerente no depósito constituído pelo senso comum”.³⁰

De fato, o tradicional conceito de senso comum é considerado pela ciência moderna, segundo afirma BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS,³¹ superficial, ilusório e falso.³² Por esta razão, defende o que chama de senso comum emancipatório, isto é, “um senso comum discriminatório (ou desigualmente comum, se preferirmos), construído para ser apropriado privilegiadamente pelos grupos sociais oprimidos, marginalizados ou excluídos e, de facto, alimentado pela prática emancipatória destes”.³³

Destarte, a partir destas considerações, parece inviável falar-se em auditório universal não só para a argumentação jurídica, mas para todo o tipo de argumentação. Por outro lado, há que se reconhecer que a argumentação pressupõe sempre a adesão de um auditório e também na argumentação jurídica não se pode negar a existência de um auditório que será convencido ou persuadido pelo orador (juiz ou legislador).

Assim, mais especificamente nas hipóteses de argumentação judicial, na fundamentação das decisões penais, parece correto, então, reconhecer que ela se destina a auditórios particulares (por exemplo, a comunidade jurídica e a comunidade local, em cujo seio o crime foi cometido), a um auditório de um único ouvinte (o réu, embora este não possa interagir, em absoluto, com o julgador) e, por que não, à deliberação íntima, vez que o próprio juiz deve se convencer da decisão que tomou.

ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO manifesta-se neste sentido ao afirmar que a motivação das decisões trata-se de um discurso justificativo que, por natureza, deve se dirigir a um auditório: “num sistema em que esta realiza apenas uma função endoprocessual, permitindo tão-só um controle de tipo burocrático sobre as

30 TARUFFO, Michele. Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz. Aula inaugural proferida na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná aos 05 de março de 2001. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. Curitiba: Edição do IBEJ, 2001, p. 39.

31 SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2000, p. 107.

32 “Essa feição utópica e libertadora está patente em muitas das características do conhecimento do senso comum. Assim, o senso comum faz coincidir causa e intenção; subjaz-lhe uma visão do mundo assente na acção e no princípio da criatividade e da responsabilidade individuais. O senso comum é prático e pragmático; reproduz-se colado às trajectórias e às experiências de vida de um dado grupo social e, nessa correspondência, inspira confiança e confere segurança. O senso comum é transparente e evidente; desconfia da opacidade dos objectivos tecnológicos e do esoterismo do conhecimento em nome do princípio da igualdade do acesso ao discurso, à competência cognitiva e à competência linguística. O senso comum é superficial porque desdenha das estruturas que estão para além da consciência, mas, por isso mesmo, é exímio em captar a complexidade horizontal das relações conscientes entre pessoas e entre pessoas e coisas. O senso comum é indisciplinar e não-metódico; não resulta de uma prática especificamente orientada para o produzir; reproduz-se espontaneamente no suceder quotidiano da vida. O senso comum privilegia a acção que não produza rupturas significativas no real. O senso comum é retórico e metafórico; não ensina, persuade ou convence.” SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica...*, p. 108.

33 SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica...*, p. 109.

decisões, esse auditório é limitado, formado basicamente pelos juízes das eventuais impugnações; ao contrário, quando se pensa na motivação como garantia política – que possibilita o controle democrático sobre a atuação judicial – o auditório é mais amplo, constituído potencialmente por todos os membros da comunidade política, em nome da qual a decisão é pronunciada. Essa diferença de auditórios não se reflete apenas na linguagem ou na técnica de redação, o chamado estilo da motivação, mas na própria estrutura do discurso justificativo, pois enquanto no primeiro caso os fundamentos de ordem técnica certamente terão prevalência, no segundo será privilegiada uma argumentação mais preocupada em explicitar os valores comunitários que presidiram as escolhas adotadas”.³⁴

CONCLUSÃO: O PROBLEMA DA EFETIVIDADE DA GARANTIA CONSTITUCIONAL

O art. 93 da Constituição da República, em seu *caput*, dispõe que “lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: (...) IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”.

Tecnicamente, 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.”.³⁵

Mais do que isso, encerra o art. 93, IX, verdadeiro *princípio-garantia*, que, na concepção de JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, trata-se de princípio que tem por objetivo instituir, *direta e imediatamente*, uma *garantia* aos cidadãos. Por conta disso, é-lhe “atribuída uma densidade de autêntica norma jurídica e uma força determinante, positiva e negativa”.³⁶ E, segundo RUY SAMUEL ESPÍNDOLA,

34 GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação...*, p. 118.

35 ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 75-76.

36 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 1041.

“exemplos desses princípios-garantia, que guardam bastante proximidade com a teoria e dogmática dos direitos fundamentais, são os princípios de *nullum crimen nulla poena sine lege* (art. 5º, XXXIX), princípio do juiz natural (art. 5º, LIII c/c XXXVII), princípio da motivação das decisões judiciais (art. 93, IX), entre outros”.³⁷ Por isso o hábito de se referir sempre à exigência de motivação como verdadeira garantia constitucional.

Assim, o dever de fundamentar, enquanto princípio, deve ser imediatamente aplicado a todo o ordenamento jurídico, bem assim, enquanto garantia, sempre deve comportar uma interpretação extensiva e jamais restritiva, a não ser quando o próprio texto constitucional prever restrições. No caso da exigência de motivação, ao contrário, o texto constitucional é bastante claro quando diz que *todos* os julgamentos serão fundamentados.

Há que se ressaltar, aqui, que o texto constitucional refere-se a decisões, isto é, a atos jurisdicionais que apresentam conteúdo decisório, não abrangendo, portanto, os despachos de mero expediente, pois, como visto, não há que se falar em justificação se não há decisão. Por isso é que se afirma que todas as decisões devem ser fundamentadas. Na opinião de ROGÉRIO LAURIA TUCCI, os provimentos jurisdicionais, “sejam eles finais, sejam interlocutórios, devem ser devidamente fundamentados, representando a falta de fundamentação afronta à garantia da motivação, e, portanto, causa de nulidade insanável”.³⁸

De qualquer forma, “ao dizer que serão fundamentadas ‘todas’ as decisões, a Constituição não expressa apenas a extensão do dever de fundamentar; mais do que isso, prescreve um único modelo de decisão judicial – a decisão fundamentada –, em que a exigência de motivação deve condicionar o próprio raciocínio decisório”.³⁹

Porém, e infelizmente, a prática judiciária demonstra uma realidade bem distinta. Durante este estudo, o que se procurou demonstrar foi a relação entre a argumentação, a retórica e o discurso judicial, desde os seus elementos até os seus resultados. E o que (espera-se) se pôde concluir é que o discurso judicial é sempre manipulado, com vistas a obter presunção de legitimidade e legalidade perante toda a sociedade. Por vezes, raras vezes, essa manipulação é destinada ao bem, isto é, a argumentação é realizada para justificar uma decisão honesta, justa, de acordo com os parâmetros legais e morais. Mas na maioria das vezes, sem dúvida, essa manipulação é utilizada para forjar, como visto, decisões judiciais no mínimo obscuras e questionáveis.

Esta construção falsa do discurso judicial pode se dar desde uma atitude positiva, de fala, do julgador – a interpretação da lei a ser aplicada no caso concreto, o exame da prova colhida no processo (quando é colhida), a referência a fundamentações anteriores (*aliunde* ou *per relationem*) – até uma atitude negativa, de silêncio, do magistrado –

37 ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito...*, p. 222.

38 TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 269.

39 GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação...*, p. 115.

quando deixa, por completo, de apresentar as razões de seu convencimento ou as apresenta de forma insuficiente.

Em assim sendo, se na maioria das vezes o juiz forma o seu convencimento baseado em motivos escusos, sejam eles quais forem, e mesmo assim fundamenta a sua decisão de tal forma que consiga forjar um convencimento lícito, então a garantia constitucional da motivação das decisões não está, em absoluto, sendo respeitada. Ora, a garantia não está aí para assegurar apenas a fundamentação formal das decisões – motivar só para motivar. Pelo contrário, a proposta é exatamente outra. A garantia surgiu, é verdade, com o objetivo único de controlar a atividade dos magistrados desde um ponto de vista político. Porém, com o passar do tempo, ela evoluiu para ser também significado de um processo penal (e civil), sobretudo, humano, ligado à ideologia de um Estado Democrático de Direito e também ao absoluto respeito às partes e à sociedade.

Vale ressaltar que a exigência de motivação das decisões não pretende evitar que o magistrado forme seu convencimento apenas com os elementos dos autos, o que é impossível, principalmente por ser o juiz, antes de tudo, um ser humano. Entretanto, a garantia procura amenizar os possíveis arbítrios que podem ocorrer do livre convencimento, através da exigência de que o juiz demonstre objetivamente as razões que o levaram a decidir de uma determinada forma. Como bem diz ADAUTO SUANNES, “claro que o Estado, enquanto julgador, se materializa em seres humanos. E é evidente que esses seres humanos têm sua história, com sua formação pessoal e profissional sujeita a inúmeros fatores, quer de ordem familiar, quer de ordem cultural ou mesmo de ordem conjuntural. Justamente por isso, há que se dotar o processo de mecanismos que tornem, se não impossível, pelo menos muito remoto que o juiz traga para o processo apenas e tão-somente seu enfoque pessoal, divorciado dos elementos objetivos reunidos sob o rótulo de ‘provas’”.⁴⁰

E de tudo isso o que mais espanta é a conivência dos tribunais ao manifesto desrespeito à garantia constitucional. Vez ou outra, é verdade, cumprem o seu dever e anulam as decisões carentes de fundamentação. Outras, porém, firmam jurisprudência no sentido de que a motivação, em alguns casos, é dispensável, em afronta gritante ao claríssimo mandamento constitucional.

Como clássico exemplo dessa conduta equivocada, para não dizer absurda, tem-se a desnecessidade de fundamentação das decisões que recebem a denúncia ou a queixa-crime, mantendo-se a praxe existente antes da Constituição de 1988. Segundo ANTONIO SCARANCA FERNANDES, “fundam-se os tribunais, inclusive o Supremo Tribunal Federal”, ironicamente a Corte Constitucional, “entre outros, nos seguintes argumentos: primeiro, não há decisão, mas simples despacho; segundo, ainda que se veja aí uma decisão, não tem carga decisória como têm as sentenças condenatórias ou absolutórias; e, por fim, a exigência constitucional não atinge todas as decisões”.⁴¹

40 SUANNES, Adauto. *Os fundamentos éticos do devido processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 219.

41 FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 121.

Como se pode ver, os argumentos utilizados são, no mínimo, inaceitáveis. Viu-se que a exigência da motivação estende-se sim a todas as decisões judiciais, sem exceções. A polêmica maior, no entanto, encontra-se na dúvida sobre a natureza do ato jurisdicional que recebe a denúncia ou a queixa-crime.

Há quem entenda que o provimento jurisdicional de recebimento da acusação é mero despacho ou ainda decisão interlocutória simples que, além de não ter a sua fundamentação exigida pela lei processual, é irrecurável e, inclusive, dispensável, vez que se admite até mesmo o recebimento implícito da inicial acusatória.

Tal assertiva, no entanto, não procede. Ao receber a denúncia ou a queixa, o juiz penal analisa (ou deveria analisar) os requisitos da inicial, as condições da ação (justa causa, tipicidade aparente, punibilidade concreta e legitimidade das partes), as condições de procedibilidade quando exigidas, e, para a doutrina de vanguarda, até a qualificação jurídica do fato imputado, com vistas a evitar futuros prejuízos ao acusado (por exemplo, a qualificação jurídica equivocada pode impedir a suspensão condicional do processo ou a adoção de procedimento outro que não o correto). Não há como negar então que, ao traçar tais diretivas a serem observadas pelo magistrado, a lei processual está a determinar um verdadeiro modelo de decisão, “em que são estabelecidos os temas que devem ser objeto de cognição judicial nesse momento procedimental de graves repercussões para o acusado”.⁴² Há sim decisão judicial e, como tal, deve ser fundamentada, em obediência ao mandamento constitucional.

Com efeito, o recebimento arbitrário da peça acusatória configura verdadeiro desrespeito à dignidade humana, muitas vezes com conseqüências irreparáveis ao indivíduo acusado. JOSÉ FREDERICO MARQUES, com absoluta propriedade, afirma que “o processo penal atinge o *status dignitatis* do acusado. Em vários casos, este sacrifício é exigido, como acontece sempre que o réu é absolvido, no interesse do bem comum. Todavia, se nem o *fumus boni iuris* pode descobrir-se, para alicerçar a peça acusatória, seria iníquo que o juiz permanecesse impassível e, como simples autômato, fosse recebendo a denúncia ou queixa”.⁴³

O recebimento de uma inicial acusatória é grave demais para ser tratado com tanta impropriedade pelos tribunais, em evidente ofensa ao texto constitucional. E, para piorar a situação, de maneira inexplicável, a praxe judiciária determina que o *não-recebimento* da denúncia ou da queixa seja devidamente fundamentado. Em outras palavras, é gritante, e sem qualquer fundamento, a desigualdade de tratamento entre o Estado e o particular diante de um caso penal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADEODATO, João Maurício. O silogismo retórico (entimema) na argumentação judicial. *Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito*, Recife, n. 9, p. 135-156, 1998.

42 GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação...*, p. 208.

43 MARQUES, José Frederico. *O recebimento da denúncia*. Estudos de direito processual penal. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 147.

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito*: teorias da argumentação jurídica. São Paulo: Landy, 2000.

BRUM, Nilo Bairros de. *Requisitos retóricos da sentença penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1997.

CARNELUTTI, Francesco. Verdade, dúvida e certeza. Trad. Eduardo Cambi. *Gênesis – Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênesis, n. 9, p. 606-609, jul./set. 1998.

_____. *Principi del processo penale*. Napoli: Morano, 1960.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FAYET, Ney. *A sentença criminal e suas nulidades*. 5. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1987.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GALLEGRO, Fernando Estrada. Teoría de la argumentación y sentido común. *Revista UIS – Humanidades*, Bucaramanga, v. 26, n. 2, p. 133-140, julio/diciembre 1997.

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

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Trad. Paolo Capitanio. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2001.

MARQUES, José Frederico. *O recebimento da denúncia*. Estudos de direito processual penal. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

MIAILLE, Michel. *Introdução crítica ao direito*. 2. ed. Lisboa: Estampa, 1989.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. Le raisonnable et le déraisonnable en droit. *Archives de philosophie du droit*. Paris: Sirey, v. 23, p. 35-42, 1978.

_____. *Retóricas*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Traité de l'argumentation*: la nouvelle rhétorique. Paris: Presses Universitaires de France, v. I, 1958.

_____. *Tratado da argumentação*: nova retórica. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente*: contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez, 2000.

_____. *O discurso e o poder*: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica. Porto Alegre: SAFE, 1988.

SUANNES, Adauto. *Os fundamentos éticos do devido processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

TARUFFO, Michele. Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz. Aula inaugural proferida na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná aos 05 de março de 2001. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. Curitiba: Edição do IBEJ, 2001.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993.

WARAT, Luiz Alberto. *Introdução geral ao direito: interpretação da lei – temas para uma reformulação*. Porto Alegre: SAFE, v. I, 1994.