

Da garantia de motivação das decisões penais à luz das inovações trazidas pela Lei Anticrime

Roberto Portugal de Biazzi

Como citar este artigo: BIAZI, Roberto Portugal de. Da garantia de motivação das decisões penais à luz das inovações trazidas pela Lei Anticrime. *Revista do Instituto de Ciências Penais*, Belo Horizonte, v. 5, n. 1, p. 233-258, 2020. DOI: [10.46274/1809-192XRICP2020v5p233-258](https://doi.org/10.46274/1809-192XRICP2020v5p233-258).



DA GARANTIA DE MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES PENAIS À LUZ DAS INOVAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI ANTICRIME

THE GUARANTEE OF MOTIVATION OF CRIMINAL DECISIONS IN THE LIGHT OF THE INNOVATIONS BROUGHT BY THE ANTICRIME LAW

Roberto Portugal de Biazzi

Advogado. Mestrando em Direito Processual Penal pela Faculdade de Direito da USP.

Pós-graduado em Direito Penal Econômico pela FGV. Pós-graduado em Direito

Penal Econômico pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, em parceria

com o IBCCRIM.

Recebido em: 07/02/2020

Aprovado em: 23/03/2020

Última versão do autor em: 10/04/2020

Área: Direito Processual Penal

Resumo: A garantia da motivação das decisões judiciais está expressamente prevista no artigo 93, inciso IX, da Constituição da República de 1988. A violação dessa garantia implica em nulidade da decisão, evidenciando a relevância do tema, porém gerando dúvidas sobre quais seriam as hipóteses concretas de ofensa à norma constitucional. Com as reformas trazidas pela Lei Anticrime (Lei n.º. 13.964/2019), o Código de Processo Penal passou a prever, no artigo 315, §2º, um rol de hipóteses de decisões penais que não devem ser consideradas fundamentadas, trazendo nova luz ao assunto. Destarte, o presente trabalho pretende analisar as implicações disso no Direito Processual Penal, tratando de cada uma das hipóteses indicadas no novo dispositivo legal.

Palavras-chave: Direito Processual Penal. Motivação das decisões. Nulidade. Lei Anticrime.

Abstract: *The Article 93, section IX, of the Brazilian Federal Constitution of 1988 defines the constitutional guarantee of motivation of judicial decisions. The violation of this guarantee results in the nullity of the judicial decision, which highlights the importance of the topic, but also raises questions regarding the concrete cases of offense of this constitutional guarantee. The Anticrime Law (Law No. 13.964/2019) amended the wording of several legal provisions, including the Article 315, §2 of Brazilian Criminal Procedure Code, which was altered to include a list of hypotheses of criminal decisions that should not be considered motivated. This change brought more clarity to this matter. Thus, the present work intends to analyze the implications of this topic under the Criminal Procedural Law, addressing each of the hypotheses indicated in the new legal provision.*

Keywords: *Criminal Procedural Law. Motivation of judicial decisions. Nullity. Anticrime Law.*

Sumário: 1. Introdução. 2. Do dever de motivação das decisões judiciais. 2.1. Da breve contextualização histórica. 2.2. Da função e do conteúdo. 3. Dos vícios da decisão à luz do artigo 315, §2º, do Código de Processo Penal. 3.1. Do dever de contextualizar e de explicitar. 3.2. Da vedação do uso de conceitos jurídicos indeterminados sem explicar o motivo concreto de sua incidência. 3.3. Da vedação da “decisão modelo”. 3.4. Da obrigação de o juiz examinar todos os argumentos deduzidos. 3.5. Da vedação da invocação de precedente ou súmula sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos. 3.6. Do *distinguishing* e do *overruling* como condição para a não aplicação de um fundamento alegado. 4. Conclusão.

1. Introdução

O presente trabalho busca estudar as inovações trazidas pela Lei Anticrime (Lei n.º. 13.964/2019) no tocante à garantia da motivação das decisões penais, em especial com a nova redação dada ao artigo 315, §2º, do Código de Processo Penal, que replica o artigo 489, §1º, do Código de Processo Civil.

Como se sabe, o dever de motivação das decisões está previsto no artigo 93, inciso IX, da Constituição da República, constituindo a ofensa a essa garantia uma hipótese de nulidade (“...fundamentadas todas as de-

ciões, sob pena de nulidade”). Por isso, doutrina e jurisprudência buscam elucidar o que é e o que não é uma decisão devidamente motivada, de modo a dar efetivo cumprimento ao dispositivo constitucional, tema este que ganha novo relevo com a Lei Anticrime, por passar a prever um rol de decisões consideradas não motivadas no âmbito do processo penal.

Ademais, em uma sociedade cada vez mais complexa, na qual o legislador se vê incapaz de regular todos os aspectos da vida, e com a crescente demanda por tutela jurisdicional (e penal), inegavelmente o Judiciário assume papel de protagonismo na resolução de conflitos, situação que revela a importância da correta motivação das decisões judiciais.

Portanto, cumpre analisar a evolução histórica – no direito comparado e no Brasil – do dever da motivação das decisões, compreendendo suas funções processuais (endoprocessuais) e políticas (extraprocessuais) e o seu conteúdo no Estado Democrático de Direito.

Verificado o contexto do desenvolvimento do dever de motivação, notadamente a partir das inovações trazidas pelo Código de Processo Civil e pela Lei Anticrime a respeito do tema, e sua relevância enquanto garantia constitucional, realizar-se-á estudo pormenorizado do artigo 315, §2º, do Código de Processo Penal, analisando-se, individualmente, os seus seis incisos, chamando-se a atenção à finalidade de cada um deles, assim como apontando eventuais exemplos práticos ou concretos de decisões penais que incorram nos vícios nele indicados, principalmente.

2. Do dever de motivação das decisões judiciais

A Constituição da República Federativa do Brasil estabelece, em seu artigo 93, inciso IX, que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade...”, consagrando, assim, o dever de motivação das decisões judiciais.

Essa obrigatoriedade é de fundamental relevância à estruturação de um sistema de garantias processuais alinhado às premissas do Estado Democrático de Direito, na medida em que rechaça a natureza potestativa do juízo e garante sua natureza cognitiva, vinculando-o, em direito, à estrita legalidade, e, de fato, à prova produzida. Por isso é que Luigi Ferrajoli considera o dever de motivação uma *garantia de fechamento* do sistema de garantias processuais.¹

É a partir da motivação, enfim, que as decisões judiciais podem ser consideradas legítimas e válidas.

¹ FERRAJOLI, Luigi et al. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 573.

Além disso, a revelar a importância da motivação das decisões, em uma sociedade cada vez mais complexa, na qual o legislador se vê incapaz de regular todos os aspectos da vida, e que tem demandado crescente proteção jurisdicional, inegavelmente o Judiciário assume papel de protagonismo na resolução de conflitos, impactando, positiva ou negativamente, determinadas categorias de pessoas².

Aliás, como bem elucida Antonio Magalhães Gomes Filho, justamente com o aumento da complexidade das relações sociais, associável aos processos de urbanização e de industrialização intensificados no último século, houve “extraordinário incremento nas taxas de criminalidade – do que resultou sensível acréscimo no volume de intervenção judicial na solução de litígios penais –, mas também ensejou o surgimento de novas formas de delinquência”, organizada, multinacional, com multiplicidade de ações e de autores, como nos grandes casos de corrupção ou de escândalos financeiros, demandando do julgador uma tomada de posição com consequências políticas e econômicas.³

Neste cenário, é natural que a atenção se volte à motivação das decisões judiciais, afinal, na medida em que cresce o poder de influência dos rumos do País pelo Poder Judiciário, maior se torna o ônus argumentativo do julgador, cujo pronunciamento deverá revelar a adoção de procedimentos legítimos e controláveis.⁴

Reconhecida a importância do dever de motivação, algumas considerações mais aprofundadas se fazem necessárias, de sorte a autorizar a correta compreensão dessa garantia.

2.1. Da breve contextualização histórica

Durante séculos, entendeu-se que as decisões judiciais constituíam mera manifestação de poder da autoridade que a profere, de tal sorte que era inconcebível exigir algum tipo de justificação, evitando-se questionamentos⁵. Por isso, a resguardar eventuais defeitos,

² VIGORITI, Vincenzo. **Le responsabilità del giudice**, Bologna, Il Mulino, 1984, p. 11-12.

³ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 14.

⁴ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 14.

⁵ LOPES FILHO, Juraci Mourão; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. Motivação das decisões judiciais: Legitimação, controle e poder. In: Alexandre Morais da

os glosadores medievais recomendavam aos juízes que as sentenças fossem imotivadas⁶.

Foi a partir da influência dos ideais iluministas que surgiram os primeiros contornos da atual configuração do dever de motivar as decisões judiciais.

Com efeito, alguns Estados de despotismo esclarecido, submetidos a tal influência, deram passos importantes neste tocante: no reinado de Frederico II da Prússia, o *Codex Fridericianus Marchicus*, publicado em 1748, prescreveu minuciosas exigências a respeito das decisões judiciais e sua consequente motivação; outro exemplo é a *Prammatica*, de 23 de setembro de 1774, por meio da qual o rei Ferdinando IV reestruturou a organização da justiça em Nápoles e também passou a demandar a exposição das razões de decidir do julgador.⁷

Entretanto, com a Revolução Francesa, o dever de motivação das decisões alcançou delineamento já muito semelhante ao atual. Nas lições de Rodrigo Ramina de Lucca:

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.⁸

Sendo assim, a Constituição do ano III (1795) passou a prever, em seu artigo 208, que “Les jugements sont motivés et on y énonce les termes de la loi appliquée”, consagrando de vez a natureza não apenas técnica, como também essencialmente política, do dever de motivação das decisões judiciais ao alçá-la a status constitucional.⁹

Rosa ... [et al.]; Aldacy Rachid Coutinho ... [et al.]. **Hermenêutica, constituição, decisão judicial**: estudos em homenagem ao professor Lenio Luiz Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016, p. 439.

⁶ LUCCA, Rodrigo Ramina de. **O dever de motivação das decisões judiciais**. 2 ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 90.

⁷ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 49-50.

⁸ LUCCA, Rodrigo Ramina de. **O dever de motivação das decisões judiciais**. 2 ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 91.

⁹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 54. No mesmo sentido: GIACOMOLLI,

Razões não faltavam aos revolucionários de 1789 para impor o dever de motivação, afinal, os membros do Poder Judiciário haviam sido escolhidos pelos representantes do antigo regime e, portanto, não raro suas decisões representavam posicionamentos reacionários e corporativistas. Por isso, Paulo Bonavides elucida que a imagem do Judiciário à época da Revolução Francesa era odiosa, de modo que se buscou, com a Constituição, o estabelecimento de limites à sua atuação.¹⁰

De todo modo, fato é que as influências dessa criação revolucionária reverberaram em diversas legislações ordinárias, inclusive a brasileira.¹¹

Ainda nos tempos do Brasil Colônia, as Ordenações Filipinas apresentavam embrionárias tentativas de estabelecimento do dever de motivação. No Livro III, Título LXVI, §7º, verifica-se que era exigido ao julgador que expusesse, em sua sentença, “as causas em que se fundaram a condenar, ou absolver, ou a confirmar, ou revogar”, viabilizando às partes meios para “saberem se lhes convém apelar, ou agravar das sentenças definitivas, ou vir com embargos a elas”, e também para “os juízes da mor alçada entenderem melhor os fundamentos por que os juízes inferiores se movem a condenar, ou absolver”.

Após a independência, emitiram-se normas com a mesma preocupação, como a Decisão de Governo nº. 78, de 31 de março de 1824¹²

Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014, p. 212.

¹⁰ BONAVIDES, Paulo. **Do país constitucional ao país neocolonial**. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001, p. 74.

¹¹ Sobre a evolução legislativa do tema no Brasil, vide: CRUZ, Rogerio Schietti. Dever de motivação das decisões judiciais no novo código de processo civil e reflexos na jurisdição criminal. In: CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugenio; CRUZ, Rogerio Schietti. **Coleção repercussões do novo CPC v. 13** – processo penal. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 1, p. 330-331.

¹² “Determina que os Juizes fundamentem as sentenças que proferirem. Desejando S. M. o Imperador que os súditos deste Império comecem desde já a gozar de todas as vantagens prometidas na sábia Constituição, há pouco jurada, e sendo uma das principais a extirpação dos abusos inveterados no foro, cuja marcha deve ser precisa, clara, e palpável a todos os litigantes: Manda o mesmo A. S., pela Secretaria de Estado dos Negócios da Justiça, que os Juizes de mór alçada, de qualquer qualidade, natureza, e graduação, declarem nas sentenças, que proferirem, circunstanciada e especificadamente, as razões e fundamentos das mesmas, e ainda nos agravos chamados de petição, não só por ser isto expressamente determinado no § 7º da Ord. do Liv. 3º, Tit. 66, como por ser conforme ao liberal systema ora abraçado ; afim de conhecerem as partes as razões, em que fundaram os julgadores as suas decisões; alcançando por este modo ou o

e, no âmbito do processo civil, o artigo 232 do Regulamento 737 de 1850¹³, seguido, posteriormente, pelos Códigos de Processo Civil de 1939 e de 1973.

Já na seara processual penal, o artigo 381, inciso III, do Código de Processo Penal de 1941 prevê que a sentença conterà “a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão”¹⁴.

Posteriormente, como mencionado acima, o artigo 93, inciso IX, da Constituição de 1988, finalmente outorgou status constitucional ao dever de motivação.

Aqui, dois aspectos merecem destaque. O primeiro é a extensão que se deu ao dever de motivar, alcançando “todas as decisões”. Vale dizer, todo e qualquer pronunciamento judicial com carga decisória está submetido a essa garantia, restando excluídos, conseqüentemente, os despachos de expediente.¹⁵

O segundo aspecto é a expressa previsão da nulidade da decisão que não observar o dever de motivação. Segundo Antonio Magalhães Gomes Filho, trata-se de novidade não apenas no ordenamento jurídico brasileiro, como inclusive no direito constitucional comparado, revelando “a gravidade dos vícios de motivação, pois a falta de motivos ou a fundamentação deficiente ou contraditória mutilam a própria integridade do ato judicial”¹⁶.

Desde então, doutrina e jurisprudência buscam elucidar com maior precisão o que é e o que não é uma decisão devidamente motivada, de modo a dar efetivo cumprimento ao dispositivo constitucional.

seu socego, ou novas bases para ulteriores recursos, a que se acreditarem com direito. E assim o Manda, pela referida Secretaria de Estado, participar ao Conde Regedor da Casa da Suplicação, ou quem seu cargo servir, para que expeça a este respeito as convenientes ordens. Palácio do Rio de Janeiro em 31 de Março de 1824 - Clemente Ferreira França”.

¹³ “A sentença deve ser clara, summariando o Juiz o pedido e a contestação com os fundamentos respectivos, motivando com precisão o seu julgado, e declarando sob sua responsabilidade a lei, uso ou estylo em que se funda”.

¹⁴ Algumas reformas pontuais do Código de Processo Penal reforçaram a necessidade de motivação das decisões. Neste sentido, vide por exemplo as alterações trazidas pelas Leis n°. 11.689/2008, 11.690/2008 e 12.736/2012.

¹⁵ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 61.

¹⁶ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 61.

As principais questões que surgiram foram: (i) uma decisão insuficientemente motivada deve ser igualmente considerada nula, tal qual uma decisão imotivada? E (ii) quais seriam os vícios da decisão que dariam ensejo à sua anulação?¹⁷

Buscando melhor responder esses questionamentos, o Novo Código de Processo Civil (Lei n.º 13.105/2015), em seu artigo 489, §1º, passou a prever rol de hipóteses de decisões judiciais que não devem ser consideradas fundamentadas, trazendo nova luz ao tema.

Note-se que, pela relevância das inovações trazidas com o artigo 489, §1º, do Código de Processo Civil, já havia doutrina reconhecendo sua aplicabilidade no âmbito do processo penal. Neste sentido, pertinente o escólio do Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Rogério Schietti Cruz¹⁸:

pode-se asseverar que veio em boa hora, também para o processo penal, o disposto no art. 489, §1º, do CPC, que, ineludivelmente, há de ser aplicado na jurisdição criminal, não só por força do disposto no art. 3º do CPP, mas porque o dever de motivação da decisão judicial independe da espécie de jurisdição (civil, criminal ou trabalhista) exercida.

E mais: em três anos de judicatura na Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, cuja competência principal é a de julgar feitos criminais, percebemos a enorme quantidade de decisões – sobretudo em habeas corpus e em recursos em habeas corpus – consideradas formalmente viciadas.

Não por acaso, há precedentes do Tribunal da Cidadania, relatados pelo eminente Ministro Schietti, reconhecendo a aplicabilidade do artigo 489, §1º, do Código de Processo Civil na seara criminal. Cite-se, apenas por oportuno, a seguinte ementa:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PRISÃO PREVENTIVA. ART.

¹⁷ Neste sentido: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Vícios de motivação da sentença penal: ausência de motivação, motivação contraditória, motivação implícita e motivação per relationem. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: v. 10, n. 38, abr./jun. 2002, p. 123.

¹⁸ CRUZ, Rogério Schietti. Dever de motivação das decisões judiciais no novo código de processo civil e reflexos na jurisdição criminal. In: CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugenio; CRUZ, Rogério Schietti. **Coleção repercussões do novo CPC v. 13 - processo penal**. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 343.

312 DO CPP. PERICULUM LIBERTATIS. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. RECURSO PROVIDO.

1. A jurisprudência desta Corte Superior é firme em assinalar que a determinação de segregar cautelarmente o réu deve efetivar-se apenas se indicada, em dados concretos dos autos, a necessidade da cautela (*periculum libertatis*), à luz do disposto no art. 312 do CPP.

2. Além de indicar, de modo genérico, a presença dos vetores contidos na lei de regência, em especial a gravidade abstrata do crime imputado ao recorrente, o Juízo de primeiro grau mencionou apenas elementos ínsitos ao tipo penal – concurso de agentes e emprego de arma de fogo –, para justificar a necessidade de colocá-lo cautelarmente privado de sua liberdade.

3. O Juízo monocrático traz motivação que se encaixa em todos os casos nos quais o atuado seja preso em flagrante pela suposta prática de roubo, o que contraria o disposto no art. 489, § 1º, III, do Código de Processo Civil. A prevalecer a argumentação da decisão acima transcrita, todos os crimes de roubo ensejariam a prisão cautelar de seus respectivos autores, o que não se coaduna com a excepcionalidade da prisão preventiva, princípio que há de ser observado para a convivência harmônica da cautela pessoal extrema com a presunção de não culpabilidade.

4. Recurso provido para assegurar ao acusado o direito de responder à ação penal em liberdade, ressalvada a possibilidade de nova decretação da custódia cautelar se efetivamente demonstrada a sua necessidade, sem prejuízo de fixação de medida cautelar alternativa, nos termos do art. 319 do CPP. Estendidos os efeitos ao corrêu.¹⁹

De todo modo, para sanar (e pacificar) de vez qualquer dúvida quanto ao tema, a Lei nº. 13.964/2019, conhecida por “Lei Anticrime”, replicou o teor do dispositivo processual civil acima citado no artigo 315, §2º, do Código de Processo Penal, cuja redação agora é a seguinte:

Art. 315. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada e fundamentada.

§ 2º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

¹⁹ STJ, RHC 78.408/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 14/03/2017, DJe 24/03/2017.

- I - limitar-se à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;
- II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;
- III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;
- IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;
- V - limitar-se a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;
- VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Muito embora o artigo 315, do Código de Processo Penal, trate da motivação da decretação, substituição ou denegação da prisão preventiva, o §2º claramente não se limita à matéria do *caput*, pois se refere a “qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão”. Em verdade, percebe-se que a proposta de aludido parágrafo é justamente elucidar, em um contexto geral, quais decisões penais não devem ser tidas como motivadas, o que, conseqüentemente, abarca todo e qualquer *decisum* sobre medidas cautelares no processo.

Ademais, o artigo 564, inciso V, do Código de Processo Penal, com redação dada justamente pela “Lei Anticrime”, estabelece que a nulidade ocorrerá “em decorrência de decisão carente de fundamentação”, reforçando a ideia de ampla aplicabilidade do artigo 315, 2º, do Diploma Processual Penal.

Trata-se, enfim, de inovação que densifica a garantia da motivação das decisões penais, apontando, concretamente, os vícios que as tornam nulas.

Porém, para que sejam estudados os vícios indicados, imprescindível se faz a análise das funções e do conteúdo do dever de motivar, até para que se pondere o verdadeiro alcance da norma, fixando-se premissas e parâmetros.

2.2. Da função e do conteúdo

Da própria análise da evolução histórica do dever de motivação, é possível depreender que ela desempenha, essencialmente, duas funções: uma política (extraprocessual) e uma processual (endoprocessual).

Politicamente, serve para (i) garantir a participação popular na administração da justiça, (ii) vincular os pronunciamentos jurisdicionais

à legalidade, (iii) garantir a certeza do direito, em termos de previsibilidade do conteúdo das decisões, tornando-as controláveis, (iv) assegurar a efetividade da separação de poderes, impedindo a assim denominada “ditadura judicial”, e (v) proteger a efetividade dos direitos fundamentais, no sentido de impor ao Poder Judiciário a exposição dos motivos que atestam a observância do devido processo legal, bem como a aplicação válida das normas, autorizada pela correta apreciação do contexto fático.²⁰

Processualmente, se presta a (i) garantir a efetividade da cognição judicial, ou seja, assegurar a análise de todas as questões de fato e de direito suscitadas, (ii) assegurar a independência e a imparcialidade do juiz, (iii) representar a última manifestação do contraditório, pois a decisão devidamente motivada deve traduzir a efetiva consideração das questões de fato e de direito suscitadas pelas partes no processo, (iv) dar eficácia à garantia do duplo grau de jurisdição, viabilizando a apresentação de eventuais razões recursais (ou até mesmo permitindo plena satisfação com os termos do provimento), assim como a análise de possível (des) alinhamento do *decisum* com a jurisprudência do órgão superior, e (v) garantir a publicidade processual, de tal sorte que o dever de motivação constitui condição de legitimidade das decisões que restringem a publicidade externa ou inclusive interna.²¹

Já no tocante ao conteúdo da motivação, de acordo com Gustavo Badaró, ela compreende “(1) o enunciado das escolhas do juiz relativamente: (1.1) à individuação das normas aplicáveis; (1.2) à análise dos fatos; (1.3) à qualificação jurídica dos fatos; (1.4) às consequências jurídicas desta qualificação” e, por fim, “(2) aos nexos de implicação e coerência entre os referidos enunciados”.²²

Como se verá adiante, a nova redação do artigo 315, §2º, do Código de Processo Penal, se mostra bem alinhada com as funções e o conteúdo da garantia da motivação das decisões penais, sendo possível extrair, de seus incisos, uma certa correlação com todos os aspectos ora tratados.

3. Dos vícios da decisão à luz do artigo 315, §2º, do código de processo penal

²⁰ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 64-79.

²¹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 80-88.

²² BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 66.

Na linha do quanto exposto anteriormente, o artigo 315, §2º, do Código de Processo Penal (que replica o artigo 489, §1º, do Código de Processo Civil), inovou ao introduzir no ordenamento processual penal um rol exemplificativo dos principais vícios das decisões judiciais, as quais, caso incorram em qualquer uma das hipóteses (cumulativamente ou não), não poderão ser consideradas fundamentadas.

Importa salientar, ainda, que o dispositivo se aplica a “qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão”.

Trata-se, sem dúvida, de uma das mais importantes inovações no trato do dever de motivação das decisões penais. Por essa razão, serão analisadas, uma a uma, as hipóteses previstas nos incisos do artigo 315, §2º, do Diploma Processual Penal.

3.1. Do dever de contextualizar e de explicitar

Diz o artigo 315, §2º, inciso I, do Código de Processo Penal, que não se considera fundamentada a decisão que se limitar “à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida”.

Trata-se, de acordo com Rodrigo Ramina de Lucca, “de desdobramento inequívoco do dever de concretude, impondo-se ao juiz que apresente razões jurídicas efetivamente relacionadas ao caso concreto”²³. Ou seja, há o dever de contextualizar e de explicitar a decisão, justificando a incidência da regra ao caso, não bastando a mera repetição do texto legal.

Lênio Streck, por sua vez, vai além, sustentando que uma decisão é um ato de responsabilidade política, e que, com esse inciso, se “impede que verbetes, enunciados ou condensações estandarizadas produzidas por compêndios ou resumos de baixa densidade teórica possam vir a ser citadas sem o necessário contexto”. Em resumo, afirma o jurista que a norma proíbe decisões sem contexto, vedando “conceitos sem coisas”.²⁴

No âmbito do processo penal, os exemplos mais oportunos são: (i) “presentes indícios de autoria e prova da materialidade, recebo a

²³ LUCCA, Rodrigo Ramina de. **O Dever de Motivação das Decisões Judiciais**: Estado de Direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 237.

²⁴ STRECK, Lenio Luiz. Art. 489. In: NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 684.

denúncia, pois em conformidade com o artigo 41 do Código de Processo Penal”, (ii) “decreto a prisão preventiva do acusado com base no artigo 312 do Código de Processo Penal, como garantia da ordem pública, diante da prova da existência do crime e indício suficiente de autoria”, ou (iii) “não sendo o caso de aplicação dos artigos 395 e 397 do Código de Processo Penal, mantenho o recebimento da denúncia e designo audiência de instrução”²⁵.

A Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça possui decisão na qual reconhece a incidência do artigo 489, §1º, inciso I, do Código de Processo Civil, cuja redação é idêntica ao dispositivo ora em análise. Neste sentido, merece transcrição a ementa abaixo:

HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. TRANSCAMAMENTO DA AÇÃO PENAL.

INSIGNIFICÂNCIA DA CONDUTA. NULIDADE DA DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ART. 312 DO CPP. PERICULUM LIBERTATIS. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. RECURSO PROVIDO.

1. O preenchimento dos requisitos para o reconhecimento da insignificância da conduta praticada pelo réu e a suposta nulidade da decretação da prisão preventiva não foram objeto de análise pela Corte estadual, o que evidencia a incompetência desta Corte Superior para o exame dessas matérias, sob pena de indevida supressão de instância.

2. A jurisprudência desta Corte Superior é firme em assinalar que a determinação de segregar cautelarmente o réu deve efetivar-se apenas se indicada, em dados concretos dos autos, a necessidade da cautela (*periculum libertatis*), à luz do disposto no art. 312 do CPP.

3. O Juízo singular, por ocasião da conversão do flagrante em prisão preventiva, apenas apontou genericamente a presença dos vetores contidos na lei de regência, sem nem sequer indicar o delito supostamente praticado pelo acusado, tampouco justificar a necessidade de colocá-lo cautelarmente privado de sua liberdade.

Deficiência na fundamentação (art. 489, § 1º, I e III, CPC).

²⁵ Sobre a confirmação do recebimento da denúncia e o dever de motivação das decisões, vide: TORON, Alberto Zacharias. **Habeas corpus**: controle do devido processo legal: questões controvertidas e de processamento do writ. 1 ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 254-258.

4. Os argumentos trazidos pelo Tribunal de origem, tendentes a justificar a custódia cautelar, não se prestam a suprir a ausente motivação do Juízo singular, sob pena de, em ação concebida para a tutela da liberdade humana, legitimar-se o vício do ato constrictivo ao direito de locomoção do réu.

5. Recurso provido para, confirmada a liminar, assegurar ao recorrente o direito de responder à ação penal em liberdade, ressalvada a possibilidade de nova decretação da custódia cautelar se efetivamente demonstrada a sua necessidade, sem prejuízo de fixação de medida cautelar alternativa, nos termos do art. 319 do CPP.²⁶

Ao que se nota, as hipóteses aqui tratadas são de decisões que nada dizem sobre o caso examinado, fazendo com que o acusado não consiga identificar quais foram, concretamente, as provas ou os indícios invocados para fundamentar a aplicação do ato normativo.

3.2. Da vedação do uso de conceitos jurídicos indeterminados sem explicar o motivo concreto de sua incidência

Ao passo que o inciso I do artigo 315, §2º, do CPP, exige que o juiz aponte o suporte fático para a aplicação de determinado ato normativo, o inciso II impõe a justificação do uso de conceitos jurídicos indeterminados, explicando-se o motivo concreto de sua incidência no caso.

Explicam Didier Jr., Braga, e Oliveira que conceitos jurídicos indeterminados são “aqueles compostos por termos vagos, de acepção aberta, que, por isso mesmo, exigem cuidado maior do intérprete/aplicador quando do preenchimento do seu sentido”²⁷.

Nas searas penal e processual penal, são exemplos (i) “garantia da ordem pública”, (ii) “grave ameaça”, (iii) “motivo fútil” etc., conceitos que demandam atribuição de sentido caso a caso.

A finalidade precípua do inciso II do dispositivo legal em análise é impor um ônus maior ao julgador quando da aplicação de conceitos jurídicos indeterminados, contextualizando seu uso por meio do deli-

²⁶ STJ, RHC 70.674/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 14/06/2016, DJe 23/06/2016.

²⁷ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 10. ed. rev., ampl e atual., 3. tiragem. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 2, p. 330.

neamento das peculiaridades do caso examinado. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça está alinhada com essa inovação legislativa, conforme ementa que segue:

HABEAS CORPUS. ROUBO TENTADO. PRISÃO PREVENTIVA. ART. 312 DO CPP. PERICULUM LIBERTATIS. INDICAÇÃO NECESSÁRIA. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. ORDEM CONCEDIDA.

1. A jurisprudência desta Corte Superior é firme em assinalar que a determinação de segregar cautelarmente o réu deve efetivar-se apenas se indicada, em dados concretos dos autos, a necessidade da prisão (*periculum libertatis*), à luz do disposto no art. 312 do CPP.

2. O Juízo de primeiro grau entendeu devida a prisão preventiva do paciente, com base tão somente na gravidade abstrata do delito, sem, no entanto, ter apontado nenhum elemento concreto que, efetivamente, evidenciasse que o paciente, solto, pudesse colocar em risco a ordem pública ou aplicação da lei penal.

3. A par de utilizar conceitos jurídicos indeterminados, sem a necessária densificação ao caso examinado, e repetir palavras do texto normativo de regência, empregou motivação que se ajusta a qualquer caso de tráfico de entorpecentes, incorrendo nos vícios de fundamentação a que alude o § 1º do art. 489 do Código de Processo Civil, aplicável ao processo penal por força do art. 3º do CPP. A prevalecer a argumentação da decisão, todos os crimes de roubo ensejariam a prisão cautelar de seus respectivos autores, o que não se coaduna com a excepcionalidade da prisão preventiva, princípio que há de ser observado para a convivência harmônica da cautela pessoal extrema com a presunção de não culpabilidade.

4. Habeas corpus concedido, para que o paciente possa responder a ação penal em liberdade, se por outro motivo não estiver preso, sem prejuízo da possibilidade de nova decretação da prisão preventiva, se concretamente demonstrada sua necessidade cautelar, ou de imposição de medida alternativa, nos termos do art. 319 do CPP.²⁸

²⁸ STJ, HC 402.190/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 26/09/2017, DJe 02/10/2017.

Como diria Perelman²⁹, “quanto mais vagos e imprecisos são os termos da lei, maior é o poder de interpretação deixado ao juiz”. Logo, se o poder de interpretação do juiz aumenta com os conceitos jurídicos indeterminados, igualmente deve aumentar o grau de profundidade da motivação do *decisum*, para que não se recaia em arbítrio judicial.

3.3. Da vedação da “decisão-modelo”

Dispõe o inciso III do artigo 315, §2º, do Código de Processo Penal, que não se considera fundamentada a decisão que “invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão”.

Mais uma vez, propõe-se seja prestigiado o caso concreto, impondo ao julgador o dever de dar facticidade à motivação de sua decisão. Neste sentido, adverte Streck que os “motivos invocados na decisão devem ter umnexo causal – portanto, sempre a questão do caso concreto assume condição de possibilidade do agir do juiz – entre o feito sob julgamento e as razões pelas quais determinada decisão está sendo exarada”³⁰.

Veda-se, com isso, o uso da “decisão-modelo” ou da “decisão-padrão”, preenchida tal qual um formulário genérico.

Neste sentido, oportuna a lição de Eros Grau³¹ no sentido de que

Tão dissociada do direito – e juridicamente inútil – quanto a interpretação de textos de direito isoladamente é a pretensão de sua aplicação (do direito) sem que se desenvolva a pesquisa do conjunto de fatos que é tomado sob consideração a fim de se indagar se certa regra, ou outra incide ou não incide.

Por isso, conclui Rogério Schietti Cruz que de nada adianta uma decisão dotada de substancioso arcabouço teórico se ela “não se faz acompanhar da análise do caso concreto e de sua conexão com o direito”³².

²⁹ PERELMAN, Chaïm. Ética e direito. Trad. Galvão G. Pereira, Maria E. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 510.

³⁰ STRECK, Lenio Luiz. Art. 489. In: NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 685.

³¹ GRAU, Eros Roberto. Por que tenho medo dos juízes. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 74.

³² CRUZ, Rogério Schietti. Dever de motivação das decisões judiciais no novo código de processo civil e reflexos na jurisdição criminal. In: CABRAL, Antonio do Passo; PACHELLI, Eugenio; CRUZ, Rogério Schietti. **Coleção repercussões do novo CPC v. 13 - processo penal**. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 346.

Cumprе destacar, sobre o assunto, acórdão prolatado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, sob a relatoria do Ministro Ribeiro Dantas:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. HOMICÍDIO QUALIFICADO. APELAÇÃO DEFENSIVA. ACÓRDÃO. FUNDAMENTAÇÃO VICIADA. ELEMENTOS INCONGRUENTES COM A REALIDADE FÁTICA DOS AUTOS. ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA GENÉRICA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. Art. 93, IX, da CF. Dever de motivação de todas as decisões judiciais. Cabe, portanto, ao magistrado externar os motivos fáticos e jurídicos de suas conclusões.

3. Art. 381, III, do CPP. Requisito essencial da sentença: “a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão”. Ao cotejar a norma jurídica com os fatos submetidos à sua apreciação, a cognição do magistrado se desenvolve rumo ao acolhimento, ou não, da imputação penal. Caminho a ser percorrido de forma inteligível e trilhado por persuasivos argumentos jurídicos e de análise percuciente dos fatos.

4. Elementos essenciais às decisões penais: fatos e normatividade jurídica aplicada à espécie. A ausência de qualquer desses fatores no ato decisório insinua arbitrariedade, remetendo a ação judicial a padrões de idos despóticos.

5. Na hipótese em foco, as circunstâncias fáticas expostas no voto-condutor, a toda evidência, não guardam nenhuma correlação com o fato delitivo apurado. Sem sombra de dúvida, a vítima dos autos não se chama Antonio Assunção Aguiar e o réu não atende pelo nome de Dejacy Ribeiro da Silva. Além disso, a ação delitiva submetida ao Tribunal Popular não se deu na condução de veículo automotor; mas, sim, por meio de tiro de espingarda disparado à queima-roupa pelo réu - Francisco das Chagas Araújo da Cunha - contra a cabeça da vítima - Soelany Silva Miranda.

6. Ausência de fundamentação do acórdão impugnado. Ainda que, primo ictu oculi, a argumentação jurídica delineada possa

ter aparência judiciosa, a ausência de correspondência com os fatos concretos submetidos a julgamento macula toda a fundamentação traçada.

7. Além disso, a completa falta de correspondência da fundamentação do acórdão com as razões da apelação é também demonstrada por mais duas situações. Primeiro, a apelação não impugna o cálculo da reprimenda, conquanto, no aresto combatido, tenha afirmado que “a dosimetria da pena, apresenta-se em consonância com a decisão dos jurados, motivo pelo qual, não deve ser modificada”. Segundo, o recurso defensivo limitou-se a provocar a manifestação da Corte local sobre o julgamento contrário à prova dos autos, uma vez que houve o indevido reconhecimento das qualificadoras – motivo fútil e recurso que dificultou a defesa da vítima – e a ausência de reconhecimento do homicídio privilegiado (CP, § 1º do art. 121). Todavia, não se observa, ainda que em passant, o pronunciamento do Tribunal de origem sobre essas matérias; mas, tão somente, argumentação jurídica genérica a abordar aspectos da materialidade, autoria e ausências de excludentes de ilicitude e de culpabilidade que se encontram conforme a prova dos autos.

8. Destarte, o acórdão impugnado não pode ser considerado fundamentado, nos termos do art. 489, § 1º, III, do CPC/2015, c/c art. 3º do CPP.

9. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para anular o julgamento do acórdão que examinou a apelação, bem como do aresto que analisou os respectivos aclaratórios, e determino ao Tribunal de origem que aprecie novamente a apelação defensiva como bem entender de direito.³³

Enfim, positivou-se o que já ensinava o Ministro Sepúlveda Pertence, quando afirmou, no bojo do HC n.º. 78.713, que “a melhor prova da ausência de motivação válida de uma decisão judicial – que deve ser a demonstração da adequação do dispositivo a um caso concreto e singular – é que ela sirva a qualquer julgado, o que vale por dizer que não serve a nenhum”³⁴.

3.4. Da obrigação de o juiz examinar todos os argumentos deduzidos

³³ STJ, HC 366.033/MA, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 04/04/2019, DJe 09/04/2019.

³⁴ STF, HC 78.013-3/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, DJ 19/3/1999, p. 9.

O inciso IV do artigo 315, §2º, do Código de Processo Penal, prevê que não se considera fundamentada a decisão “que não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”.

Sua finalidade é garantir o pleno exercício do contraditório – uma das funções processuais do dever de motivação –, notadamente sob a vertente do direito de influência das partes, cujo verso da mesma moeda é justamente o dever de consideração pelo julgador.

Destarte, deve o julgador considerar e tratar, expressamente, de todas as questões suscitadas no processo, apontando as razões pelas quais procedem ou não procedem as teses fáticas e jurídicas arguidas pelas partes.

Bom exemplo de decisão não fundamentada por ofensa ao inciso IV do artigo 315, §2º, do Código de Processo Penal, é aquela na qual os embargos de declaração são rejeitados ao argumento de que “não está o julgador obrigado a enfrentar todas as matérias arguidas pela parte”.

Sobre o tema, reconhecendo a nulidade de decisão que deixa de apreciar as matérias arguidas pela parte, merece transcrição a seguinte ementa de acórdão prolatado pela 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, sob relatoria do Desembargador Paulo Rossi:

APELAÇÃO CRIMINAL - CONDENAÇÃO PELA PRÁTICA DE DIRIGIR EMBRIAGADO - Art. 306, do Código Brasileiro de Trânsito - PRELIMINARES - ARGUIÇÃO DE NULIDADE DA SENTENÇA POR AUSÊNCIA Apreciação DAS NULIDADES APRESENTADAS PELA DEFESA EM ALEGAÇÕES FINAIS - DECLARAÇÃO DA NULIDADE - Nula é a sentença que deixa de examinar tese defensiva levantada em sede de alegações finais, constituindo indubitavelmente um cerceamento à defesa do acusado. É vedada a apreciação de questão que deixou de ser analisada e decidida no juízo “a quo”, sob pena de violação do duplo grau de jurisdição. Preliminar acolhida. Mérito prejudicado.³⁵

Por outro lado, há uma condicionante na cláusula legal, qual seja, a necessidade de que o argumento deduzido no processo seja capaz de,

³⁵ TJSP; Apelação Criminal 0007446-46.2016.8.26.0664; Relator (a): Paulo Rossi; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Votuporanga - 2ª Vara Criminal e Da Infância e Juventude; Data do Julgamento: 09/10/2019; Data de Registro: 15/10/2019.

em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador, de modo que, se a parte não demonstrar esse potencial da matéria suscitada, a decisão que não a enfrentar poderá ser considerada fundamentada.

Mas isso não significa outorgar, ao julgador, o poder de arbitrariamente selecionar os argumentos que considera dignos de análise. Pelo contrário, presume-se “relevante tudo o que poderia levar a um resultado diferente daquele que foi obtido”³⁶.

Da análise da jurisprudência, percebe-se claramente que essa condicionante vem sendo utilizada como válvula de escape pelo Superior Tribunal de Justiça para convalidar decisões que não examinam todas as teses das partes. Neste sentido, mesmo após as inovações do artigo 489, §1º, do Código de Processo Civil (idêntico ao artigo 315, §2º, do Código de Processo Penal), assentou-se perante o Tribunal da Cidadania que “o julgador não é obrigado a rebater cada um dos argumentos aventados pela defesa ao proferir decisão no processo, bastando que pela motivação apresentada seja possível aferir as razões pelas quais acolheu ou rejeitou as pretensões da parte”³⁷.

3.5. Da vedação da invocação de precedente ou de súmula sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos

Os dois últimos incisos do artigo 315, §2º, do Código de Processo Penal, reforçam a importância da coerência, integridade e estabilidade jurisprudenciais, na medida em que tratam da invocação de precedentes ou de súmulas no caso concreto.

Tais incisos, originariamente oriundos do artigo 489, §1º, incisos IV e V, do Código de Processo Civil, dizem respeito ao que parte da doutrina vem denominando como a adoção de um sistema de precedentes no âmbito do direito processual civil, conforme previsão contida no artigo 927 de aludido diploma legal.

Sustenta-se, em suma, que o CPC instituiu um amplo sistema de precedentes vinculantes, prevendo, como regra, a obrigato-

³⁶ LUCCA, Rodrigo Ramina de. **O Dever de Motivação das Decisões Judiciais:** Estado de Direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 240.

³⁷ STJ, AgRg no AREsp 1009720/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 25/04/2017, DJe 05/05/2017.

riedade de juízes e tribunais observarem as teses firmadas pelos tribunais superiores³⁸.

Lênio Streck, por sua vez, pondera ser preciso evitar que esse alegado sistema de precedentes “seja transformado em um enunciado performativo e encubra sérios problemas judiciais contemporâneos”³⁹. Isso porque, “tem sido comum a menção de acórdãos, utilizados como pautas gerais nas decisões”, o que enfraquece a capacidade de persuasão da doutrina e relega aos tribunais a isolada tarefa de atribuir sentido às leis (hipertrofia judicial)⁴⁰.

De todo modo, anotada essa crítica, no inciso V, dispõe-se sobre a obrigatoriedade de o julgador apontar o ajustamento da jurisprudência invocada ao caso em exame.

O exemplo mais rotineiro de decisão que viola o dispositivo legal em análise é, certamente, o da rejeição dos recursos excepcionais (especial e extraordinário) com base na genérica invocação das várias súmulas restritivas ou impeditivas de seu conhecimento, como a Súmula n.º 7 do STJ ou a Súmula n.º 282 do STF. Na seara criminal, também é muito comum se deparar com a invocação da Súmula n.º 691 do STF⁴¹. Não raro, essas decisões sequer apontam quais são as matérias tratadas no recurso, limitando-se, quando muito, a reproduzir os dispositivos legais prequestionados pela parte, sem contextualização.

3.6. Do *distinguishing* e do *overruling* como condição para a não aplicação de um fundamento alegado

Por fim, da mesma forma que vedada a mera invocação de precedente ou de súmula sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos, também é inadmitida a inobservância de enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado sem que se demonstre a sua aplicação ao caso em análise.

³⁸ Neste sentido: MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/artigo-trabalhando-logica-ascensao.pdf>.

³⁹ STRECK, Lênio. O que é isto — o sistema (sic) de precedentes no CPC? Conjur, publicado em 18/08/2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc>.

⁴⁰ STRECK, Lenio Luiz. Art. 489. In: NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 686.

⁴¹ “Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de habeas corpus impetrado contra decisão do relator que, em habeas corpus requerido a tribunal superior, indefere a liminar”.

dência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento (artigo 315, §2º, inciso VI, do Código de Processo Penal).

De acordo com o Ministro Rogério Schietti Cruz, veda-se a “desobediência” judicial, pois seria desarrazoado o julgador persistir na adoção de entendimento contrário a interpretação dada pelos Tribunais Superiores a respeito de lei federal e da Constituição da República, sob pena de ofensa à segurança jurídica e à coerência jurisprudencial.⁴²

Contudo, isso não significa “engessar” o julgador, pois pode ele apontar a existência de distinção no caso em julgamento (*distinguishing*) ou a superação do entendimento (*overruling*)⁴³.

O ônus reside justamente neste ponto: caso o julgador entenda por não acompanhar determinado precedente ou súmula, deverá apontar as razões pelas quais o caso em exame se distingue do entendimento dos tribunais, como por meio da indicação de peculiaridades fáticas, ou o motivo pelo qual o entendimento foi superado ou merece ser superado, o que pode ocorrer por conta da alteração da realidade social ou legislativa, por exemplo.

Em algumas ocasiões, membros do Superior Tribunal de Justiça já repreenderam publicamente tribunais de segunda instância – notadamente o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – por ignorarem enunciados de súmula. Relembre-se, por oportuna, a seguinte fala do Ministro João Otávio de Noronha:

“É uma quantidade enorme de decisões condenatórias proferidas pelo TJ-SP ao arripio de súmulas do STJ e do STF. Dizer que súmula do STJ não tem força vinculante é simplesmente fazer tábula rasa do papel constitucional dos tribunais superiores. Se eles estão lá para dar a última palavra na interpretação da lei federal, e dão, dizem como deve ser entendida, não é razoável que os tribunais e juízes manifestem decisão em sentido contrário. A livre convicção que se dá ao juiz é a livre convicção dos fatos. Para o Direito, a Constituição criou o

⁴² CRUZ, Rogério Schietti. Dever de motivação das decisões judiciais no novo código de processo civil e reflexos na jurisdição criminal. In: CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugenio; CRUZ, Rogério Schietti. **Coleção repercussões do novo CPC v. 13 - processo penal**. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 352.

⁴³ Sobre o tema, vide: FENSTERSEIFER, Wagner Arnold. Distinguishing e overruling na aplicação do art. 489, § 1.º, VI, do CPC/2015. **Revista de Processo - REPRO**, São Paulo, v. 42, n. 252, p. art.4, fev. 2016.

Supremo Tribunal Federal no plano constitucional e o STJ no plano infraconstitucional. Portanto, o Tribunal de Justiça de São Paulo tem uma dívida e é bom que a gente diga e converse sobre isso. Tem uma dívida em seguir as orientações dos tribunais superiores em matéria penal. Isso faz com que o índice de Habeas Corpus seja muito grande, tanto no STJ quanto no STF. É necessário rever esse posicionamento”.⁴⁴

Inadmissível, portanto, é o não enfrentamento, na decisão, da jurisprudência invocada pela parte, sendo imprescindível a análise das semelhanças e das diferenças entre o precedente ou enunciado de súmula com o caso concreto.

4. Conclusão

A garantia da motivação das decisões é de fundamental relevância à estruturação de um sistema de garantias processuais alinhado às premissas do Estado Democrático de Direito, na medida em que rechaça a natureza potestativa do juízo e garante sua natureza cognitiva, vinculando-o, em direito, à estrita legalidade, e, de fato, à prova produzida.

Por muito tempo, a motivação das decisões foi vista como prescindível e até mesmo não recomendável, por possibilitar sua impugnação, pondo em dúvida a autoridade de quem a profere. Foi a partir da influência dos ideais iluministas, entretanto, que surgiram os primeiros contornos da atual configuração do dever de motivar as decisões judiciais.

Com efeito, o auge deste movimento se deu com a Revolução Francesa, de modo que a Constituição do ano III (1795) passou a prever, em seu artigo 208, que “*Les jugements sont motivés et on y énonce les termes de la loi appliquée*”, consagrando de vez a natureza não apenas técnica, como também essencialmente política, do dever de motivação das decisões judiciais ao alçá-la a status constitucional.

O Brasil de há muito já reconhecia a relevância do dever de motivação, contudo, com a Constituição da República de 1988, ela foi alçada ao nível de garantia constitucional, dispondo-se, no artigo 93, inciso IX, que deverão ser “fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”. A previsão de nulidade das decisões não fundamentadas, inclusive, representa inovação no âmbito do direito comparado.

⁴⁴ Conforme noticiado pelo Conjur: <https://www.conjur.com.br/2018-set-18/stj-repreende-tj-sp-nao-seguir-sumula-nao-conceder-hc> (acessado em 4 de fevereiro de 2020).

Logo, é da máxima relevância que doutrina e jurisprudência, a partir do alinhamento com o ordenamento jurídico pátrio, deem uma resposta satisfatória para elucidar o que é e o que não é uma decisão devidamente motivada.

Buscando melhor responder essa problemática, a Lei n.º 13.964/2019 alterou o Código de Processo Penal e, em seu artigo 315, §2º, passou a prever rol de hipóteses de decisões penais que não devem ser consideradas fundamentadas, trazendo nova luz ao tema, bem como demandando aprofundada reflexão acerca de seus reflexos no sistema processual penal.

Analisadas as funções e conteúdo do dever de motivação das decisões penais, foram analisadas, uma a uma, as hipóteses de vício da decisão, estabelecidas no artigo 315, §2º, e incisos, do Código de Processo Penal.

Em linhas gerais, é possível anotar que os incisos de referido artigo buscam impor, no dever de motivação, (i) os deveres de contextualização e de explicitação, dando concretude à aplicação da lei no caso concreto (imposição de um liame entre lei aplicável e fato apurado); (ii) a vedação do emprego de conceitos jurídicos indeterminados sem conexão com os elementos do caso em análise (como o uso indiscriminado de chavões como a “garantia da ordem pública”, sem nenhum apontamento das razões concretas pelas quais a ordem pública estaria ameaçada); (iii) a vedação da “decisão-modelo” ou “decisão-padrão”, na qual o julgador se vale de modelos prontos de decisão para resolver matérias que indubitavelmente geram grave ônus processual ao acusado, como o recebimento da denúncia; (iv) o dever de o juiz examinar todos os argumentos deduzidos pelas partes, capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador, o qual talvez constitua o mais importante dos incisos, pois resolve qualquer dúvida sobre a profundidade do contraditório, devendo garantir o direito de influência da parte e, conseqüentemente, o dever de consideração pelo julgador de todas aquelas matérias que possam infirmar a sua conclusão; (v) a vedação da invocação de precedente ou de súmula sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos, evitando, por exemplo, a irrefletida utilização de súmulas defensivas para impedir a análise de recursos; e (vi) o *distinguishing* (distinção entre caso concreto e precedente invocado) e o *overruling* (superação do entendimento sustentado em determinado precedente) como condição para a não aplicação de jurisprudência suscitada pela

parte, de sorte a garantir a segurança jurídica, bem como a coerência, a estabilidade e a integridade jurisprudenciais.

Referências

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Vícios de motivação da sentença penal: ausência de motivação, motivação contraditória, motivação implícita e motivação per relationem. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 10, n. 38, p. 122-141., abr./jun. 2002.

BONAVIDES, Paulo. **Do país constitucional ao país neocolonial**. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001.

CRUZ, Rogerio Schietti. Dever de motivação das decisões judiciais no novo código de processo civil e reflexos na jurisdição criminal. In: CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugenio; CRUZ, Rogerio Schietti. **Coleção repercussões do novo CPC v. 13 - processo penal**. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 10. ed. rev., ampl e atual., 3. tiragem. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 2.

FENSTERSEIFER, Wagner Arnold. Distinguishing e overruling na aplicação do art. 489, § 1.º, VI, do CPC/2015. **Revista de Processo - REPRO**, São Paulo, v. 42, n. 252, p. art.4, fev. 2016.

FERRAJOLI, Luigi et al. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

FREIRE, Alexandre; SCHMITZ, Leonard Ziesemer. Art. 15. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. Repercussões em matéria probatória do novo CPC no processo penal brasileiro. In: Antonio Passo Cabral; Eugênio Pacelli; Rogerio Schietti Cruz. (Org.). **Coleção repercussões do novo CPC**. 1ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014. 406 p., 24 cm. ISBN 978-85-224-8830-8.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. 222 p., 22 cm. ISBN 978-85-203-4919-9.

GRAU, Eros Roberto. Por que tenho medo dos juízes. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

LOPES FILHO, Juraci Mourão; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. Motivação das decisões Judiciais: Legitimação, controle e poder. In: Alexandre Moraes da Rosa ... [et al.]; Aldacy Rachid Coutinho ... [et al.]. **Hermenêutica, constituição, decisão judicial**: estudos em homenagem ao professor Lenio Luiz Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015.

LUCCA, Rodrigo Ramina de. **O dever de motivação das decisões judiciais**. 2 ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016

MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. **Trabalhando com uma nova lógica**: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/artigo-trabalhando-logica-ascensao.pdf>.

PERELMAN, Chaïm. Ética e direito. Trad. Galvão G. Pereira, Maria E. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016.

STRECK, Lênio. **O que é isto — o sistema (sic) de precedentes no CPC?** Conjur, publicado em 18/08/2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc>.

TORON, Alberto Zacharias. **Habeas corpus**: controle do devido processo legal: questões controvertidas e de processamento do writ. 1 ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017

VIGORITI, Vincenzo. **Le responsabilità del giudice**, Bologna, Il Mulino, 1984.