

**A “ESTRUTURA ACUSATÓRIA” ATACADA PELO MSI - MOVIMENTO
SABOTAGEM INQUISITÓRIA (CPP, ART. 3º-A, LEI 13.964)
E A RESISTÊNCIA ACUSATÓRIA**

*THE “ADVERSARIAL SYSTEM STRUCTURE” ATTACKED BY THE IMS -
INQUISITIVE SABOTAGE MOVEMENT (CRIMINAL PROCEDURE CODE,
ART. 3 º-A, LAW 13.964) AND ACCUSATORY RESISTANCE*

Aury Lopes Jr.¹

Alexandre Morais da Rosa²

RESUMO

O trabalho analisa o “Movimento da Sabotagem Inquisitória (MSI)” ante a adoção do Sistema Acusatório pelo CPP a partir da Lei 13.649/19. Pretende demonstrar a importância das inovações legislativas da referida Lei no âmbito do processo penal para a concretização de uma democracia processual, assim como as dificuldades na sua efetivação diante da mentalidade inquisitória e autoritária ainda latente nos atores judiciários.

PALAVRAS-CHAVE: Lei 13.964/2019. Sistemas processuais. Juiz das Garantias. Cultura da Motivação. Democracia Processual.

ABSTRACT

The paper analyzes the “Inquisitorial Sabotage Movement (ISM)” faced with the adoption of the Adversarial System by the Criminal Procedure Code starting from Law 13,649/19. It aims to demonstrate the importance of the legislative innovations of the referred Law in the scope of the criminal process for the realization of a procedural democracy, as well as the difficulties in its accomplishment in face of the inquisitive and authoritarian mentality still latent in the judicial.

KEYWORDS: Law 13.964/2019. Procedural systems. Guarantee judge. Culture of motivation. Procedural democracy.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Para um modelo acusatório e a resistência inquisitória. 3 O Juiz de garantias e direito intertemporal. 4 O desafio da motivação (cpp, art. 315, § 2º). 5 Considerações finais. 6 Referências.

1 INTRODUÇÃO

Quando escrevemos esse artigo, inserido em contexto coletivo de resistência acusatória, ainda não sabemos se a liminar do Min. Luiz Fux se sustentará. Não concordamos com seus fundamentos, como o leitor poderá verificar no decorrer do

1 Professor Titular no Programa de Pós-Graduação, Mestrado e Doutorado, em Ciências Criminais da PUCRS, Doutor em Direito pela Universidad Complutense de Madrid e Advogado Criminalista.

2 Professor de Processo Penal (UNIVALI-UFSC), Juiz de Direito (TJSC), Doutor em Direito (UFPR).

texto, além de se valer seletivamente de argumentos *ad-hoc*, em geral, confundindo Processo Penal com Lei de Organização Judiciária. Ademais, sob o mantra de criar despesa (?) sem a mínima comprovação empírica. Prevaleceu o plano da *doxa* e da mentalidade inquisitória. O mais pândego é que a história da Lei é o reflexo do Brasil: Projeto de Lei do Ministro da Justiça do atual governo desconsidera todos os projetos em tramitação, inclusive do Novo CPP e CP, criando uma figura mítica do Projeto Anticrime. O projeto é aprovado pelos deputados com inserções democráticas da bancada progressista. Aprovado, já no Senado, o mesmo Ministro da Justiça garante aos Senadores que as inserções democráticas efetuadas pela câmara serão vetadas pelo Presidente da República. O Senado acredita e aprova o projeto como veio da Câmara. O Presidente atropela o Ministro da Justiça e sanciona a Lei, cuja importância ao processo penal democrático é fundamental. O Ministro da Justiça faz postagem contrária ao governo dele próprio, curioso com o tal “rodízio” de Juízes, embora o nome dele conste da Lei aprovada (confira depois de Bolsonaro quem assina a lei?). Ações declaratórias de inconstitucionalidade são propostas e o Min. Presidente do STF prorroga a entrada em vigor em até 180 (cento e oitenta) dias para que os Tribunais se organizem, criando, ademais, grupo de trabalho no CNJ. Acaba o plantão dele e o Vice-Presidente amplia a liminar e suspende o que já estava suspenso. Os Presidentes do STF e da República ficam em silêncio. O Ministro da Justiça aplaude a suspensão da lei que ele garantiu que seria vetada, afrontando a vontade do Presidente da República, enquanto somente o Presidente da Câmara, Rodrigo Maia, consegue resumir o baile: “*O Brasil é de fato um país interessante. O vice-presidente do Supremo decide contra o presidente do próprio Supremo, e o Ministro da Justiça elogia a decisão que é contra o presidente da República*”. O Presidente quer dividir o super Ministério da Justiça, recriando o da Segurança Pública, enquanto a magistratura reaja comemora a liminar do Min. Fux. Os professores de Processo Penal estão vendendo água de coco, enquanto esperam as cenas do próximo capítulo do baile. Tudo dentro do jogo limpo, da confiança e da probidade, típicas do ambiente republicano.

2 PARA UM MODELO ACUSATÓRIO E A RESISTÊNCIA INQUISITÓRIA

Se alguma dúvida ainda existia sobre o Sistema adotado pelo CPP, ao artigo 3º-A, com a redação dada pela Lei 13.964/19, deixou claro: “*O processo penal terá*

estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.” O Juiz passou a ser Juiz, ou seja, julgar, sem qualquer atividade probatória, prevalecendo a gestão da prova como fator de distinção entre os sistemas, como afirmou diversas vezes Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Mas o “Movimento da Sabotagem Inquisitória (MSI)” que acha que Juiz é o gestor da prova, que faz e acontece, busca resistir com argumentos frágeis, negacionistas. Em resumo, querem dizer: onde se lê “estrutura acusatória” deve se ler “estrutura inquisitória”. Beira ao ridículo. Mas vamos adiante.

A redação, mesmo não sendo das melhores, representa uma evolução para o nosso atrasado processo penal inquisitório e repete aquela que estava no PLS 156/2009 (Projeto do CPP do Senado). Naquela época, foi foco de intensa discussão na Comissão, chegando-se nessa redação intermediária. É preciso recordar que um processo penal verdadeiramente acusatório assegura a radical separação das funções de acusar e julgar, mantendo a gestão e iniciativa probatória nas mãos das partes (e não do juiz). É a observância do *‘ne procedat iudex ex officio’*, marca indelével de um processo acusatório, que tenha um Juiz-espectador e não juiz-ator, e que, assim crie as condições de possibilidade para termos um “juiz imparcial”. O problema é que essa estrutura não foi adotada com toda a amplitude devida e a redação do artigo prevê duas situações:

1º veda a atuação do juiz na fase de investigação, o que é um acerto, proibindo portanto que o juiz atue de ofício para decretar prisões cautelares, medidas cautelares reais, busca e apreensão, quebra de sigilo bancário, fiscal, telefônico, de dados, etc.

2º veda – na fase processual – a substituição pelo juiz da atuação probatória do órgão acusador.

No primeiro caso não há críticas a redação, está coerente com o que se espera do agir de um juiz no marco do sistema acusatório. Consagra o juiz das garantias e afasta o juiz inquisidor. Nessa perspectiva, só faltou o legislador revogar expressamente o art. 156, I do CPP, pois não mais pode subsistir (está tacitamente revogado), até para evitar a resistência inquisitória. Dizia o art. 156, I, do CPP: “*Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida*”.

A rigor, não cabe mais esse agir de ofício, na busca de provas/evidências, por parte do juiz na fase de investigação. Obviamente que não basta mudar a lei, é preciso mudar a cultura, e esse sempre será o maior desafio. Não tardarão em aparecer vozes no sentido de que o art. 156, I, do CPP, permaneceu, cabendo o agir de ofício do juiz quando a prova for urgente e relevante. Tal postura constitui uma burla à mudança, mantendo hígida a estrutura inquisitória antiga. Afinal, basta com questionar: o que é uma prova urgente e relevante? Aquela que o juiz quiser que seja. E a necessidade, adequação e proporcionalidade, quem afere? O mesmo juiz que determina sua produção. Essa é a circularidade inquisitória clássica, que se quer abandonar. Fica a advertência para o Movimento Sabotagem Inquisitória (MSI) que virá.

Mas o maior problema está na segunda parte do artigo e nas interpretações conservadoras e restritivas que dará margem, afinal, o que significa “substituição da atuação probatória do órgão de acusação?” A nosso juízo toda e qualquer iniciativa probatória do juiz, que determinar a produção de provas de ofício, já representa uma “substituição” da atuação probatória do julgador. Considerando que no processo penal a atribuição da carga probatória é inteiramente do acusador (pois – como já ensinava James Goldschmidt – não existe distribuição de carga probatória, mas sim a “atribuição” ao acusador, pois a defesa não tem qualquer carga probatória, pois marcada pela presunção de inocência), qualquer invasão nesse terreno por parte do juiz, representa uma “substituição da atuação probatória do acusador”. Ademais, esse raciocínio decorre do próprio conceito de sistema acusatório: radical separação de funções e iniciativa/gestão da prova nas mãos das partes (ainda que a defesa não tenha “carga”, obviamente pode ter iniciativa probatória) = juiz espectador. Em vários países, a função do juiz de julgamento pode ser o de “esclarecer” algo na mesma linha de indagação aberto pelas partes, não podendo inovar/ampliar com novas perguntas, nem, muito menos indicar provas de ofício.

Soma-se a isso a fraude de produzir prova em favor da defesa. Fingindo que age em prol da defesa, passará a produzir provas para condenação. Fique bem claro: juiz com dúvida absolve (CPP, art. 386, VIII), porque não é preciso dúvida qualificada, bastando dúvida razoável. Temos visto magistrados, em nome da defesa, cinicamente, decretarem de ofício a quebra de sigilo telefônico, dados, de todos os acusados com *smartphones* apreendidos, para o fim de ajudar a defesa. É um sintoma da perversão acusatória.

Da mesma forma, incompatível com o art. 3º-A, a regra do art. 385, do CPP, porque se não há pedido de condenação ou de condenação parcial, descabe ao Juiz decretar a condenação. Condenar sem pedido é abuso de autoridade.

Por fim, a interpretação prevalecente do art. 212, do CPP, também não poderá mais subsistir, porque juiz não pergunta porque, desenhando: a) quem pergunta são as partes; b) se o juiz pergunta, substitui as partes; e, c) o art. 3º-A proíbe que o juiz substitua a atividade probatória das partes. Se não entendeu, leia novamente.

Mas, infelizmente a incompreensão do que seja um sistema acusatório, ou sua reducionista compreensão, somada a tal vagueza conceitual (substituição da atuação probatória) permitirá, já prevemos, o esvaziamento desta cláusula, até mesmo pela fraude da relativização das nulidades e seu princípio curinga (prejuízo). Vejamos como reagirão os Tribunais, mas o correto e adequado é reconhecer sua revogação tácita e absoluta incompatibilidade com a matriz acusatória constitucional e a nova redação do art. 3º - A. Todo o Juiz que produz prova de ofício trata o Ministério Público com incapaz, inimputável ou dispensável. Lutemos contra a sabotagem inquisitória em 2020.

3 O JUIZ DE GARANTIAS E DIREITO INTERTEMPORAL

Sucessão de Lei Processual no tempo. Levaremos em consideração a liminar do Min. Dias Tóffoli. Com a prorrogação da entrada em vigor do Juiz das Garantias, por até 180 dias (os Tribunais podem implementar antes), a contar de 15.01.2020 (Adin 6298), surgirão as seguintes situações: a) ações penais não iniciadas, aplica-se o Juiz das Garantias; b) ações penais findas, nada se modifica; c) ações penais já iniciadas sem a cisão entre Juiz das Garantias e Juiz de Julgamento, como se responde? Nos limites da coluna falaremos somente do item (iv), “a”, da decisão, já que a prorrogação auxilia na estruturação dos Tribunais. Voltaremos a falar de outras questões no futuro.

O efeito do Juiz das Garantias, avanço democrático reconhecido inclusive pela decisão que postergou a implementação, modifica a estrutura funcional do processo penal. Cria nova hipótese de “competência funcional”, regra inderrogável, cuja inobservância é causa de nulidade absoluta. A pergunta a ser feita é: aplica-se às ações penais em tramitação, que devem ser adequadas ou somente às

instauradas no futuro, depois da efetiva vigência? A decisão liminar do Min. Toffoli, nesta parte, ao modular os efeitos intertemporais, destoa quer da doutrina abalizada, quer dos julgados anteriores do STF.

Constou expressamente da decisão, após a dilação da vigência de até 180 dias (na linha da LC 95/98, art. 8º, § 1º), dos artigos 3-B; 3-C; 3-D; 3-F, do CPP, inseridos pela Lei 13.964/19:

(iv) fixarem-se as seguintes regras de transição:

(a) no tocante às ações penais que já tiverem sido instauradas no momento da efetiva implementação do juiz das garantias pelos tribunais (ou quando esgotado o prazo máximo de 180 dias), a eficácia da lei não acarretará qualquer modificação do juízo competente. O fato de o juiz da causa ter atuado na fase investigativa não implicará seu automático impedimento;

(b) quanto às investigações que estiverem em curso no momento da efetiva implementação do juiz das garantias pelos tribunais (ou quando esgotado o prazo máximo de 180 dias), o juiz da investigação tornar-se-á o juiz das garantias do caso específico. Nessa hipótese, cessada a competência do juiz das garantias, com o recebimento da denúncia ou queixa, o processo será enviado ao juiz competente para a instrução e o julgamento da causa.

A reforma mais uma vez parcial, não trouxe regras de transição, criadas pelo Min, Toffoli, ousamos dizer, em desconformidade ao direito intertemporal. Por aplicação analógica (CPP, art. 2º), cabe invocar o Código de Processo Civil de 2015 (arts. 14, 1.046, §§ 1º e 5º, 1.047, 1.054, 1.056 e 1.057), segundo a qual se adota, desde longa tradição, a lógica do isolamento dos atos processuais.

Já é clássica a lição de Galeno Lacerda³, baseada em Paul Roubier, no sentido de que não se confundir aplicação imediata da lei com irretroatividade: *“Como o processo compreende uma sequência complexa de atos que se projetam no tempo, preordenados para um fim, que é a sentença, deve ele ser considerado, em termos de direito transitório, como um fato jurídico complexo e pendente, sobre o qual a normatividade inovadora há de incidir”*. O que importa é o momento da constituição do ato processual, a saber, a superação de momento processual. Isso porque embora não tenha efeitos sobre atos processuais passados, ou seja, não se poderia exigir que uma parte tivesse que observar regra não vigente (precisaria adivinhar o futuro), no campo do Processo Penal (foro de garantias) não há direito processual adquirido do Estado em manter normas restritivas de Direitos Humanos e de Direitos Fundamentais, como bem pontua Luis Lanfredi⁴. Assim, a nova lei

3 LACERDA, Galeno. O novo direito processual civil e os feitos pendentes. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 12.

4 LANFREDI, Luís Geraldo Sant’Ana. El ‘Juez de Garantías’ y el sistema penal: (Re)planteamientos sócio-criminológicos hacia la (re)significación de los desafíos del poder Judicial frente a la política criminal brasileña. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 204-205: “De esta forma, el ‘juez de garantías’ nasce con la connotación de ser “un nuevo órgano judicial” que debe, según Bertolino

13.964/19 somente vale para o futuro e, no futuro, quando da Audiência de Instrução e Julgamento, há reconhecido o direito de não ser julgado pelo mesmo magistrado que atuou na nova fase das garantias. O acusado adquiriu o direito subjetivo de ser julgado por um Juiz não contaminado/poluído pelos atos praticados durante a Investigação Preliminar, sob pena de se dar ultratividade ao regime de julgamento incompatível com a cisão funcional. Por isso o equívoco da regra de transição (iv) item “a”.

Assim é que a regra do art. 3º, do CPP, (*princípio do tempus regit actum*) não pode invalidar etapa processual produzida em sua conformidade, assim como não pode validar ato processual não realizado/finalizado no tempo de sua vigência, como aponta a regra de transição da medida cautelar deferida (item “iv”, “a”). Em resumo: se pendente o ato de instrução e julgamento, a aplicabilidade será imediata, com a anulação dos atos realizados e a remessa ao Juiz de Julgamento, sem contato com os atos anteriores. O isolamento válido somente acontece nos casos de instruções finalizadas. Dito de outra forma: não se pode dar efeito retroativo para anular instruções finalizadas conforme a regra em vigor, ao mesmo tempo em que não se pode validar instruções pendentes, a saber, não finalizadas, porque o ato – audiência de instrução e julgamento – não se findou. Negar eficácia imediata a Lei 13.964/19, neste caso, seria apagar a garantia do julgamento justo, mesmo estando em vigência novo regramento. Enfim, não há um direito processual adquirido ao Juiz contaminado.

O próprio Supremo, analisando as reformas processuais anteriores, assentou no RHC 115.563 (Min. Luiz Fux): “1. *A lei processual possui aplicabilidade imediata, nos termos do artigo 2º do CPP (‘Art. 2º. A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior’)*. 2.

(2000: p. 9), entenderse en el ámbito de un modelo de enjuiciamiento distinto, ya que proyecta alteraciones en sus relaciones con las otras instancias que intervienen en la persecución penal. Su función, del todo ajena a la gestión de la investigación de hechos y bajo ningún concepto representativa de la longa manus de los órganos encargados de perseguir al delincuente, se ejerce y tan solo se justifica en la medida en que se instituye para establecer los límites de la discrecionalidad de aquéllos, así como los requisitos esenciales que configuran la operatividad de ‘agresivos’ institutos manejados a lo largo de ésta primera fase del proceso penal (como, por ejemplo, la prisión provisional, las escuchas telefónicas, la infiltración de agentes y otras tantas medidas cautelares que limitan derechos en concreto en nombre de un mal planteado incremento de la eficiencia punitiva). Así que no es impropio admitir que la instrucción procesal penal llega a ser, muchas veces, una fase cuya fuerza es tal que puede desnaturalizar el juicio, merced la estructura y repercusión de las pruebas o presunciones implícitas con las que opera. Ese juez al que se alude con el epíteto de ‘garantizador’, como refiere Ferraioli (2006: p. 2), es un juez ‘para la instrucción’ y no ‘de la instrucción’, algo que refuerza su estatuto como órgano que interviene (en), pero que no compone o integra, la estructura de esta fase, al contrario de lo que ocurre con la policía y el ministerio público”.

A Lei 11.689/08 é aplicada aos processos futuros e também aos processos em curso, ainda que estes tenham como objeto fato criminoso anterior ao início da vigência da própria Lei 11.689/09 ou, ainda, da Lei n. 9.271/96, que, alterando artigo 366 do CPP, estabeleceu a suspensão do processo e do curso do prazo prescricional em relação ao réu que, citado por edital, não compareceu em juízo. A nova norma processual tem aplicação imediata, preservando-se os atos praticados ao tempo da lei anterior ('tempus regit actum'). Precedentes: HC 113.723, Primeira Turma, Relatora a Ministra Rosa Weber, DJe de 04.12.13, e RHC 108.070, Primeira Turma, Relatora a Ministra Rosa Weber, DJe de 05.10.12)." Na mesma lógica, o HC 124.783 (Min. Celso de Melo):

Vale registrar que a colenda Segunda Turma desta Corte, ao julgar o RE 752.988-AgR/SP, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, destacou a natureza processual da Lei nº 11.689/2008, no ponto em que derogou os arts. 607 e 608 do Código de Processo Penal, que disciplinavam o protesto por novo júri, reconhecendo, em razão desse entendimento, a eficácia e a aplicabilidade imediatas desse novo diploma legislativo aos procedimentos penais em curso. Na ocasião, esta Suprema Corte deixou assentado que o tema em referência, considerada a sucessão de leis processuais no tempo, rege-se pelo critério que considera dominante, em matéria recursal, o ordenamento positivo vigente no momento em que publicada a sentença ou decisão, em face do postulado segundo o qual "tempus regit actum.

Em face da existência de ato processual pendente, será necessário o chamamento à ordem de todos os processos penais em tramitação, porque a lógica de autos de processo continuado, em etapas sucessivas e formalizadas em autos acabou-se, isto é, não haverá mais autos de início (denúncia, depois inquérito ou flagrante, depois recebimento e processamento). A partir de agora o procedimento será basicamente oral e produzido em audiência de instrução e julgamento, com relevo às alegações finais. Nenhum dos jogadores terá os autos para chamar de seu. Em relação à aplicação imediata do Juiz das Garantias previsto na Lei 13.964/19 e respeitando a lógica do direito intertemporal, isolados os atos válidos conforme a lei processual então em vigor, podemos apontar os seguintes cenários diante da respectiva fase:

a) Investigações sem denúncia/queixa: Juiz de Garantias deve: (i) ser notificado da instauração da investigação, andamento, prazos e arquivamento, instaurando procedimento de acompanhamento; (ii) analisar os pedidos cautelares formulados; (iii) conhecer do habeas corpus impetrado contra atos de investigação, inclusive realizados pelo Ministério Público; (iv) efetivar o controle dos direitos dos investigados; (v) processar até a fase de

recebimento da denúncia/queixa, preparando os autos a serem remetidos ao Juiz de Julgamento, acautelando os demais (ficam à disposição das partes/julgadores).

b) Ações Penais em Curso: Juiz de Garantias deve:

(i) se ofertada denúncia sem absolvição sumária, processar a acusação e rejeitada a absolvição sumária (total ou parcialmente), preparar os autos a serem remetidos ao Juiz de Julgamento, acautelando os demais (ficam à disposição das partes/julgadores);

(ii) se já iniciada a instrução e julgamento, mas não finalizado o ato (não se ouviram as testemunhas ou mesmo o interrogatório, por exemplo), diante da nova regulamentação, desde que tenha atuado em alguma das atribuições do Juiz das Garantias, anular todos os atos de instrução, pós art. 399, do CPP, preparando os autos a se remeter ao Juiz de Julgamento, acautelando os demais (ficam à disposição das partes/julgadores);

(iii) se já finalizada a instrução e julgamento, proferir decisão na forma do regime anterior, promovendo novos autos para fins recursais, porque mesmo sendo a decisão válida, o recurso já se insere no regime de cisão (Juiz das Garantias e Juiz de Julgamento) restringindo o conteúdo a ser encaminhado à superior instância.

Importante sublinhar, *a latere*, que sem o exercício da ação penal sequer se pode falar de isolamento de atos processuais, porque na fase de investigação se trata de procedimento. Logo, se não há nem mesmo processo, não se pode sequer falar de isolamento de ato processual.

A Reforma ampliou garantias. Não havia Juiz das Garantias e o Juiz era um só: da investigação preliminar até a sentença. Com a inclusão do Juiz das Garantias, então, surge aos casos sem instrução e julgamento finalizados, o direito (ampliação das garantias) de ser julgado por um Juiz imparcial (objetiva, subjetiva e cognitivamente). Não há um direito processual adquirido ao Juiz contaminado. Logo, será preciso sanear todos os processos em tramitação. Por isso a nossa objeção ao item (iv) “a” da decisão.

4 O DESAFIO DA MOTIVAÇÃO (CPP, art. 315, § 2º)

O desafio pela efetiva “cultura da motivação” se renova com a alteração do art. 489, do CPC, acolhido pelo art. 315, § 2º, do CPP (§ 2º *Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - limitar-se à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - limitar-se a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento*”). Por isso a importância de atualizarmos os requisitos da decisão, no que a recente reforma do CPC pode auxiliar. Não se trata de estender as categorias do processo civil e sim de reconhecer que os ditames mínimos da sentença penal devem guardar pertinência com o modo pelo qual decisão no Processo Civil é considerada válida. Há um *gap* de requisitos no CPP e, por isso, a aproximação, na hipótese, além de adequada, guia-nos à aplicação do “melhor direito”⁵.

O Novo Código de Processo Civil promoveu revolução na maneira como se deve decidir, exigindo, por força do art. 489, que além do relatório, fundamentação e dispositivo, em seu § 1º que:

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

5 NICOLÁS GARCÍA, Gerardo; ALBERTO JULIANO, Mario; PÉREZ GALIMBERTI, Alfredo. Derecho al mejor derecho y poder punitivo. Buenos Aires: Del Puerto, 2011, p. 31.

existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”.

Complementa, no § 2º, que: *“No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão”.* Como visto, deve-se interpretar o novo art. 315, § 2º, do CPP, pela diretriz do CPC,

A lógica que informa é a de que a invocação de princípios, colisão entre regras e princípios, a alusão a todos os significantes manejados no discurso, depende do estabelecimento, pelo julgador, do sentido emprestado a cada momento e contexto. Não existe o dado em Direito, devendo-se a partir da teoria do caso, demonstrar-se a pertinência de cada invocação de significante, enfim, de seu conceito operacional no campo da pragmática⁶. E o contraditório entre os jogadores sobre as razões judiciais deve ser preliminar, vedado o fator surpresa (NCPC, art. 10)⁷. Isso porque a teoria do processo, via Fazzalari, exige o contraditório significativo como fundamento democrático da decisão⁸.

Constitui-se em novo modo de compreender a exigência constitucional de motivação/fundamentação (CR, art. 93, IX) das decisões no campo democrático⁹.

6 WATZLAWICK, Paul; BEAVIN, Janet Helmick; JACKSON, Don D. Pragmática da comunicação humana. Trad. Álvaro Amaral. São Paulo: Cultrix, 1991, p. 19: “Conquanto seja perfeitamente possível transmitir séries de símbolos com exatidão sintática, eles permaneceriam desprovidos de significado se o emissor e o receptor não tivessem antecipadamente concordado sobre a sua significação. Neste sentido, toda a informação compartilhada pressupõe uma convenção semântica. Finalmente, a comunicação afeta o comportamento e este é o seu aspecto pragmático”.

7 QUEIROZ, Paulo. Impacto do Novo CPC sobre o Velho CPP. Consultar:

<http://emporiiodireito.com.br/impacto-do-novo-cpc-sobre-o-velho-cpp-por-paulo-de-souza-queiroz/>

8 GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Nulidades no Processo Penal: Introdução principiológica à teoria do ato processual irregular. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 139: “O papel da imparcialidade do juiz residirá não apenas nos gostos e preferências pessoais que deveriam no plano do dever-ser, restar renegados. Mas consiste em propiciar às partes igualdade de oportunidades na ‘captura psíquica’ do juiz. O contraditório consistiria na peça imprescindível de um processo democrático, no qual as liberdades prevalecem sobre o interesse exclusivo do Estado. Apenas de tudo, Fazzalari, de forma consciente, salienta que nem por isso o contraditório permite se abolir as margens de irracionalidade componentes da decisão judicial: no que diz respeito ao poder do juiz, repete-se que em sua decisão sempre comparece um componente de irracionalidade”.

9 POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila. A Crise Do Conhecimento Moderno E A Motivação Das Decisões Judiciais Como Garantia Fundamental. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (org.). Sistema penal e violência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006; DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Teoria geral dos direitos fundamentais. São Paulo: RT, 2009, p. 155: “O frequente desrespeito do imperativo de fundamentação na prática jurisdicional que se exprime com fundamentações incompletas e de cunho retórico não pode ser justificado com a simples referência à sobrecarga que enfrenta o poder judiciário. A fundamentação é dever e não simples faculdade do juiz”; ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto. Poder Judiciário e Argumentação no atual Estado Democrático de Direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012; FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. Interpretação judicial criativa pro reo em Direito Penal. Porto Alegre: Núria Fabres, 2015.

Com isso a indicação de mero julgado, de súmula ou de dispositivo de lei, sem a devida costura argumentativa, levará à declaração de ausência de motivação adequada. Será preciso que os magistrados tenham coragem de rever o modo cômodo de produção de decisões, com o enfrentamento de todos os argumentos e a explicitação dos significantes invocados (p. ex. Proporcionalidade, equidade, justiça, processo, teoria do delito etc.). O dever de motivar sofre, assim, constrangimento legal que depende, todavia, da adesão dos destinatários. Há movimento da magistratura menos democrática pela manutenção de modo de decisão solipsista, negando-se a assumir o dever de fundamentação autêntico.

Confundir sentidos no processo penal é mais comum do que se imagina. A linguagem é utilizada corriqueiramente na elaboração dos discursos jurídicos e, quando invocamos um significante na argumentação, deveríamos ter o cuidado de tentar situar o contexto e o respectivo sentido. Isso porque o sentido das palavras pode variar conforme a teoria pela qual se articula a ordem do discurso. Reitero que, por exemplo, democracia, dignidade da pessoa humana, devido processo legal, processo, presunção de inocência, liberdade, igualdade etc., não são conhecidos como objetos existentes na natureza, mas sim construídos. E uma simples alteração pode modificar o resultado do processo interpretativo.

Para mitigar a pluralidade de sentidos (possíveis) exige-se do jogador processual a indicação da teoria pela qual o significante é invocado (CPP, art. 315, § 2º). O problema reside que boa parte dos atores judiciais não faz a mínima noção de onde os conceitos são invocados. Claro que não estou fazendo louvação ao Círculo de Viena e, muito menos, que um dicionário de conceitos jurídicos possa resolver a questão. Todavia, sem o âmbito semântico, na linha do que o artigo 489, do Novo Código de Processo Civil e 315, § 2º, do CPP, vaga-se sem saber o que o enunciador quis dizer, já que poderemos ter outro sentido. O constrangimento democrático da efetiva motivação das decisões exige que o julgador e os jogadores (parte dos processos) sejam capazes de apontar o Conceito Operacional (COP – Pasold¹⁰) de cada um dos significantes. Dizer que a questão viola a dignidade da pessoa humana, por exemplo, deveria ser antecedida de uma questão: Em Kant ou

10 PASOLD, Cesar Luiz. Metodologia da Pesquisa Jurídica: teoria e prática. Florianópolis: EMais, 2018; WALTON, Douglas N. Lógica Informal. Trad. Ana Lúcia R. Franco e Carlos A. L. Salum. São Paulo: Martins Fontes, 2012, 338: “Em suma, a vagueza e a ambiguidade não podem ser totalmente eliminadas. Mas também não são totalmente intoleráveis e destrutivas na argumentação racional, embora, em certos contextos, possam atrapalhar a comunicação e gerar outros problemas. Os termos têm que ser definidos com uma precisão compatível com o contexto do diálogo”.

Hegel? Não se trata de um ornamento exibido e teórico, porque sem o esclarecimento de qual base teórica o sentido pode advir, perdemo-nos em diálogos sem sentidos – lugar em que, portanto, vige o senso comum teórico dos juristas (Warat).

O que se busca, assim, diante da alteração da teoria da decisão, tanto no processo civil, como no processo penal, é justamente que sejamos capazes de acompanhar os julgadores e jogadores no percurso teórico apresentado – ou, abrir caminhos de forma contextualizada e despretensiosa. Não existe nada dado, evidente (Rui Cunha Martins¹¹), no campo do Direito que trabalha com materiais conceituais; o que se tem é o ritmo dos jogadores que flutuam numa práxis consolidada, da qual se extrai no plano teórico o senso comum no qual todos deslizam, e este é o *locus* de aproximação da teoria dos jogos na abordagem que se traz. Daí que o desnudamento da crueza das regras do jogo enquanto ocorre é o objetivo, do que se intenta, muito embora pela via inversa de o dissecá-lo, justamente por isso torná-lo mais democrático, mais justo e honesto.

O revelar provoca conscientização, e pretende equipar aqueles que são responsáveis por processos cujo manejo afeta de maneira contundente vidas e pessoas. Os reflexos são imponderáveis. Aqui, portanto, alinha-se com Lenio Luiz Streck, no sentido de que a pluralidade de horizontes teóricos deve sempre ter o compromisso maior com o objeto último daqueles afetados pelos processos, e, com Kafka, afetados pelas engrenagens não ditas. O véu da proibição e do oculto é (sempre parcialmente) retirado. Pode-se jogar (mais) democraticamente (*fair play*). Além disso, teremos o trabalho de adaptação ao contexto da decisão e da teoria do caso, em que cada especificidade promoverá o trabalho argumentativo da pertinência. Dará mais trabalho. Por isso a resistência de certa parcela da magistratura quanto ao impopular artigo 489, § 2º, do novo Código de Processo Civil (e do art. 315, § 2º, do CPP), justamente porque sem dizer os fundamentos, fica mais fácil e fraudulento democraticamente decidir. A luta por uma decisão autenticamente fundamentada/motivada parece o desafio de efetivação de um modelo que não se seduz pelas aparências. Os imperadores decidiam com o polegar para cima ou para baixo e sem dizer os motivos. Já os magistrados, em

¹¹ CUNHA MARTINS, Rui. O Ponto Cego do Direito, The Brazilian Lessons. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

democracia, precisam justificar suas decisões de maneira coerente e consistente, sem dribles retóricos e/ou falácias.

Por fim, a motivação adequada existe ou não; impossível que seja parcial e, por via de consequência, complementada. Isso porque exige-se (CR, art. 93, IX) que a decisão seja fundamentada (em lei) e motivada (os motivos determinantes – *ratio decidendi*). A questão ganha relevância com o ‘jeitinho’, o ‘drible’ que os Tribunais enfrentam o tema, muitas vezes reformando – em regra para melhor ao acusado – ou mandam que seja complementada, com motivação adequada, em prazo indicado. Quando inexistente recurso de acusação, aplicado ‘drible’, ou seja, determinado que o Tribunal ou juiz fundamente o que falta, poderia o jogador-acusador recorrer? Não teria se operado preclusão? Não se trata de *reformatio in pejus indireta*? Se a decisão está errada, cabe reformar em favor da defesa e se estiver parcial ou totalmente não motivada, pode-se anular ou se decidir em favor da acusação¹². O Estado não pode determinar a complementação de motivação por ser atividade decisional anômala ao regime democrático. Diretamente: o Tribunal/Juiz decidiu ou não; em caso positivo se reanalisa a decisão, em caso negativo, decide-se em favor da defesa ou se anula, sendo abusivo o reconhecimento do direito de prorrogação da motivação, dada a preclusão judicante.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.

A luta cotidiana por um Processo Penal democrático exige a manutenção do texto da Lei 13.964/19, porque se constitui como o maior sintoma do forte movimento reformista levado a efeito nas últimas décadas, com o propósito de livrar o processo penal do seu ranço autoritário e inquisitório, reduzindo o imenso atraso civilizatório, democrático e constitucional que temos no CPP.

12 OLIVEIRA, William César Pinto. Fundamentação inidônea e recurso da defesa: reforma ou anulação da decisão? Boletim IBCCRIM, n. 275, Outubro/2015, p. 9-10: “O que se pretende é estabelecer, com lastro no *favor rei*, uma interpretação do art. 93, IX, da CF, mais favorável ao réu que, mesmo em se tratando de uma decisão carente de fundamentação, ou sobretudo nos casos de fundamentação inidônea, não implicaria anulação, e sim a reforma benéfica, notadamente quando o órgão acusador não tiver demonstrado nenhum inconformismo. (...) É até compreensível que se anule a decisão viciada em decorrência da ausência ou carência de motivação. Não obstante, em se tratando de fundamentos inidôneos como a gravidade abstrata do crime ou uma vedação legal incompatível com a Constituição, não há, propriamente, ausência ou carência de fundamentação, pois a fundamentação existe, mas está incorreta, de sorte que somente poderia haver reforma e não anulação da decisão, como tem acontecido com frequência”.

Se a estrutura acusatória já indicada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, pela leitura constitucionalizada do Processo Penal de partes, precisa da vigência do art. 3-A, do CPP, para se fazer implementar, realmente temos a prevalência da mentalidade inquisitória no ambiente brasileiro. Não iremos longe: O Observatório da Mentalidade Inquisitória, capitaneado por Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, bem demonstra a lógica autoritária de uma magistratura que nega seu papel de terceiro/árbitro, de um Ministério Público que não assume seu devido protagonismo, aceitando a magistratura como curadora da prova – porque somente o Ministério Público incapaz aceita que o juiz se meta na sua função. A nossa luta pela democracia processual continua, esperando que você não se iluda com o canto autoritário que ilumina a manutenção de um modelo em que o Juiz é o senhor do processo. Juiz deve julgar, em qualquer atividade ou prática, o juiz que torce ou orienta um dos competidores, no fundo, fraudada a imparcialidade. Precisamos finalmente que o processo penal se liberte da matriz fascista e inquisitória do Código de Rocco.

P.S. Ouça o nosso podcast sobre o tema: *Criminal Player*, no seu agregador favorito (Spotify, Google Podcasts, Deezer, Itunes, etc.). Siga-nos no instagram: @aurylopesjr e @alexandremoraisdarosa Nossas obras "Direito Processual Penal" (Aury, Editora Saraiva) e "Guia do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos" (Alexandre, EMais editora) já estão atualizadas de acordo com o Pacote Anticrime.

6 REFERÊNCIAS

ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto. *Poder Judiciário e Argumentação no atual Estado Democrático de Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012; FALAVIGNO, Chiavelli Fazenda. *Interpretação judicial criativa pro reo em Direito Penal*. Porto Alegre: Núria Fabres, 2015.

CUNHA MARTINS, Rui. *O Ponto Cego do Direito, The Brazilian Lessons*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no Processo Penal: Introdução principiológica à teoria do ato processual irregular*. Salvador: JusPodivm, 2015.

LACERDA, Galeno. *O novo direito processual civil e os feitos pendentes*. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

LANFREDI, Luís Geraldo Sant'Ana. *El 'Juez de Garantías' y el sistema penal: (Re)planteamientos sócio-criminológicos hacia la (re)significación de los desafíos del*

poder Judicial frente a la política criminal brasileña. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

NICOLÁS GARCÍA, Gerardo; ALBERTO JULIANO, Mario; PÉREZ GALIMBERTI, Alfredo. *Derecho al mejor derecho y poder punitivo*. Buenos Aires: Del Puerto, 2011.

OLIVEIRA, William César Pinto. *Fundamentação inidônea e recurso da defesa: reforma ou anulação da decisão?* Boletim IBCCRIM, n. 275, Outubro/2015.

PASOLD, Cesar Luiz. *Metodologia da Pesquisa Jurídica: teoria e prática*. Florianópolis: EMais, 2018; WALTON, Douglas N. *Lógica Informal*. Trad. Ana Lúcia R. Franco e Carlos A. L. Salum. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila. A Crise Do Conhecimento Moderno E A Motivação Das Decisões Judiciais Como Garantia Fundamental. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (org.). *Sistema penal e violência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006; DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: RT, 2009.

QUEIROZ, Paulo. *Impacto do Novo CPC sobre o Velho CPP*. Disponível em: <https://www.pauloqueiroz.net/impacto-do-novo-cpc-sobre-o-velho-cpp-%E2%80%93-1/>. Acesso em 12 de março de 2020.

WATZLAWICK, Paul; BEAVIN, Janet Helmick; JACKSON, Don D. *Pragmática da comunicação humana*. Trad. Álvaro Amaral. São Paulo: Cultrix, 1991.