PUCRS

ESCOLA DE DIREITO
BACHARELADO EM DIREITO

ARTHUR FRANKE GOULARTE

A APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 489, §1º DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL ÀS SENTENÇAS PENAIS

Porto Alegre
2018

GRADUAÇÃO



Pontifícia Universidade Católica
do Rio Grande do Sul

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL
ESCOLA DE DIREITO
ARTHUR FRANKE GOULARTE

A APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 489, §1º DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL ÀS SENTENÇAS PENAIS

Porto Alegre
2018

ARTHUR FRANKE GOULARTE

A APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 489, §1º DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL ÀS SENTENÇAS PENAIS

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof. Fernanda Sporleder de Souza Pozzebon, Ms.

Porto Alegre

2018

ARTHUR FRANKE GOULARTE

A APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 489, §1º DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL ÀS SENTENÇAS PENAIS

Este Trabalho de Conclusão de Curso foi julgado adequado à obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovado em sua forma final pelo Curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Aprovado em: _____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA:

_____

_____

_____

RESUMO

No processo penal, o caminho normal do processo é a sentença seja ela absolutória ou condenatória. Inegavelmente o ponto nevrálgico da sentença é a fundamentação e a Constituição Federal obriga que as decisões judiciais sejam devidamente fundamentadas. Entretanto o atual código de processo penal não limita o arbítrio do magistrado quanto à escolha de seus argumentos na fundamentação. Dessa forma, deve-se buscar refúgios por meio da analogia, fonte de direito no processo penal, para remediar determinada lacuna. O código de processo civil possui instituto nesse sentido, qual seja: o art. 489, §1º. Portanto, em razão dessa problemática, o presente trabalho perscrutara se a aplicação analógica desse instituto é viável.

Palavras-chave: Fundamentação. Sentença. Analogia.

ABSTRACT

In criminal proceedings, the normal course of the proceeding is whether the sentence is acquittal or conviction. Undeniably the point of criticism of the sentence is the reasons and the Federal Constitution requires that the judicial decisions are duly substantiated. However, the current code of criminal procedure does not restrict the discretion of the magistrate as to the choice of his arguments in the reasons. In this way, one must seek refuge through analogy, source of law in the criminal process, to remedy a certain gap. The Civil Procedure Code has an institute in this regard, which is: art. 489, §1º. Therefore, due to this problem, the present work will examine if the analogical application of this institute is viable.

Keywords: Rationale. Verdict. Analogy.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO 1
2 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E O PROCESSO PENAL 3
2.1 ASPECTOS HISTÓRICOS DE CRIAÇÃO E JUSTIFICANTES DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL DE 1941 3
2.2 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL COMO QUEBRA DE PARADIGMA 5
2.3 PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL 6
2.4 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO 8
2.5 PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA 9
2.6 PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS 11
3 A ANALOGIA E SUA APLICAÇÃO NO PLANO PROCESSUAL 14
3.1 A APLICAÇÃO ANALÓGICA DAS NORMAS DO PROCESSO CIVIL NO PROCESSO PENAL 18
4 O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL 21
4.1 O ART. 489, §1º DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL 21
4.1.1 Os elementos essenciais da sentença no processo civil 22
5 A SENTENÇA PENAL 27
6 O ART. 489, §1º COMO LIMITADOR DA DISCRICIONARIEDADE DA MOTIVAÇÃO 30
7 AS FUNÇÕES DA MOTIVAÇÃO 34
7.1 FUNDAMENTAÇÃO IMPLÍCITA E FUNDAMENTAÇÃO PER RELATIONEM 35
8 CONCLUSÃO 38
REFERÊNCIAS 42

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho versará sobre a importância da devida fundamentação na sentença penal, visto que o código de processo penal por razões ideológicas e históricas não disciplina limites concretos quanto à fundamentação. Essa problemática importa muito para quem defende o justo processo legal, pois com a constitucionalização do processo penal tornou-se obrigatória a devida fundamentação das decisões judiciais, em que pese não seja respeitada como deveria pelos magistrados.

Dessa maneira, será abordada a possibilidade de a aplicação analógica do art. 489, §1º do código de processo civil no processo penal ser utilizada para sanar a lacuna, uma vez que referido artigo impõe limites para a fundamentação das decisões judiciais.

O sustentáculo para a aplicação analógica encontra respaldo no art. 3º do código de processo penal, bem como a doutrina majoritária e a jurisprudência dos tribunais superiores defendem a aplicação dos institutos de procedimento do código de processo civil quando omisso o código de processo penal.

A pesquisa iniciou-se com os aspectos históricos de criação e justificantes do código de processo penal, visto que o atual código foi criado em 1941, ou seja, 77 anos atrás. Após, passou-se a análise dos impactos (benéficos) que a Constituição Federal causou no processo penal.

Em seguida, abordou-se os princípios importantes para a pesquisa, visto que possuem vasta carga axiológica que guia e ordena todo o ordenamento jurídico. A analogia foi abordada de forma minuciosa, tanto doutrinariamente, quanto jurisprudencialmente, pois funciona como principal engrenagem para a aplicação do art. 489, §1 do código de processo civil.

Analisados foram também os aspectos da sentença civil e da sentença penal com o intuito de verificar se existia uma disparidade que tornaria insustentável a aplicação do artigo supracitado, o qual foi abordado detalhadamente.

Nessa esteira, abordou-se as funções da motivação da sentença, bem como algumas vicissitudes que ocorrem na fundamentação, algumas que, infelizmente, são instigadas por tribunais superiores.

O método de abordagem utilizado no presente projeto foi o dedutivo, isto é, do geral para o específico. Partindo da generalidade do que significa o princípio da

fundamentação da sentença e o art. 489, §1º, do código de processo civil à aplicação do princípio e do artigo no caso específico das sentenças penais, por meio da analogia.

Por fim, diante da matéria ventilada no decorrer do trabalho, avalia-se a possibilidade de aplicação do art. 489, §1º do código de processo civil ao código de processo penal por via da analogia nas fundamentações das sentenças penais, visando tutelar o princípio da motivação das decisões judiciais inserida no art. 93, IX da Constituição Federal.

2 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E O PROCESSO PENAL

2.1 ASPECTOS HISTÓRICOS DE CRIAÇÃO E JUSTIFICANTES DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL DE 1941

Em 1937, com a Carta Constitucional, elaborada por Getúlio Vargas, a qual é conhecida como Constituição Polaca, fez-se necessário a criação de um Código de Processo Penal. Assim, em 1941, entrou em vigência o atual Código de Processo Penal, o qual passou por diversas reformas para tentar se adaptar ao ordenamento jurídico moderno. Época de acontecimentos históricos, como a Segunda Guerra mundial, marcada por genocídios e autoritarismo, por exemplo, o regime fascista de Mussolini e o nazista de Adolf Hitler.

O legislador àquele tempo era fortemente influenciado por correntes italianas, do mesmo modo até hoje no Processo Penal, bem como no Processo Civil há árduos defensores de doutrinas italianas, as quais serviram de inspiração para diversos dispositivos pátrios. Nesse diapasão, o Código de Processo Penal de 1941 foi influenciado pelo Código de Rocco, isto é, pelo Código de Processo Penal italiano de 1930, criado sobre a égide da ditadura dos camisas negras de Mussolini.

Assim, Eugênio Pacelli precisamente escreve:

> Inspirado na legislação processual penal italiana produzida na década de 1930, em pleno regime fascista, o Código de Processo Penal (CPP) brasileiro foi elaborado em bases notoriamente autoritárias, por razões óbvias e de origem. E nem poderia ser de outro modo, a julgar pelo paradigma escolhido e justificado, por escrito e expressamente, pelo responsável pelo anteprojeto de lei, Min. Francisco Campos, conforme observa em sua Exposição de Motivos. (2015, p. 05).

A própria etimologia da palavra fascismo advém do latim *fasces*, o qual significa segundo Mary Beard e John Henderson como “um feixe de varas amarradas em volta de um machado, símbolo do poder conferido aos magistrados na República Romana de flagelar e decapitar cidadãos desobedientes” (1998, p. 120).

Dessa forma, com olhos na justificativa do Código, ou seja, a Exposição de Motivos, elaborada por Francisco Campos, advogado, o qual também ajudou a redigir os Atos Institucionais 01 e 02 do regime militar brasileiro, extrai-se a seguinte redação:

> De par com a necessidade de coordenação sistemática das regras do processo penal num Código único para todo o Brasil, impunha-se o seu ajustamento ao objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinquem. As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a

> repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum. O indivíduo, principalmente quando vem de se mostrar rebelde à disciplina jurídico-penal da vida em sociedade, não pode invocar, em face do Estado, outras franquias ou imunidades além daquelas que assegurem contra o exercício do poder público fora da medida reclamada pelo interesse social. Este o critério que presidiu à elaboração do presente projeto de Código. No seu texto, não são reproduzidas as fórmulas tradicionais de um mal avisado favorecimento legal aos criminosos. O processo penal é aliviado dos excessos de formalismo e joeirado de certos critérios normativos com que, sob o influxo de um mal compreendido individualismo ou de um sentimentalismo mais ou menos equívoco, se transige com a necessidade de uma rigorosa e expedita aplicação da justiça penal (BRASIL, CPP, 2018).

Nas palavras de Francisco Campos, busca-se por parte do Estado, maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado, ou seja, tenta-se alargar o poder repressivo do Estado através do Processo Penal, o que está equivocado atualmente, pois o Processo Penal serve de instrumento de aplicação Direito Penal, não ostentando como uma de suas características essenciais a repressividade.

Aury Lopes Jr. escreve:

> Existe uma íntima e imprescindível relação entre delito, pena e processo, de modo que são complementares. Não existe delito sem pena, nem pena sem delito e processo, nem processo penal senão para determinar o delito e impor uma pena. Assim, fica estabelecido o caráter instrumental do processo penal com relação ao Direito Penal e à pena, pois o processo penal é o caminho necessário para a pena (2012, p. 86).

Ainda, na exposição de motivos, tenta-se retirar os excessos de formalismo e se joeirar de certos critérios normativos. Dessa forma, inegavelmente, amplia-se a arbitrariedade do julgador na motivação da sentença, pois o processo penal justo depende de formalismo, depende de normas que regulem a aplicação do devido processo legal para assegurar as garantias do réu.

Aury Lopes Jr, com sua expertise:

> Trata-se de lutar por um sistema de garantias mínimas. Não é querer resgatar a ilusão de segurança, mas sim assumir os riscos e definir uma pauta mínima de garantias formais das quais não podemos abrir mão. [...] É partir da premissa de que a garantia está na forma do instrumento jurídico e que, no processo penal, adquire contornos de limitação ao poder punitivo estatal e emancipador do débil submetido ao processo. Não se trata de mero apego incondicional à forma, senão de considerá-la como uma garantia do cidadão e fator legitimante da pena ao final aplicada (2012, p. 113-114).

Urge, portanto, a necessidade das regras do jogo, muito mais no que tange à fundamentação da sentença, pois por ser resultado normal do processo, e que na

maioria das vezes torna-se a divisória de uma das maiores garantias individuais, a liberdade. Não há como negar que o sistema processual brasileiro era inquisitório e autoritário. O juiz possuía (e ainda possui) uma margem dantesca de liberdade quanto à fundamentação da sentença penal, pois somente em 1988, com a Constituição de Cidadã, nas palavras de Ulysses Guimarães, mudou-se, por parte, o paradigma.

2.2 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL COMO QUEBRA DE PARADIGMA

A Constituição Federal de 1988 surge como uma panaceia para o Processo Penal, expurgando as amarguras de um Código já ultrapassado, desta forma, balizando as garantias individuais do cidadão. Diversos dispositivos do Código foram alterados para se adaptar à Constituição, tornando o sistema processual penal brasileiro menos autoritário.

Assim expõe Eugênio Pacelli:

> Se a perspectiva teórica do Código de Processo Penal era nitidamente autoritária, prevalecendo sempre a preocupação com a segurança pública, como se o Direito Penal constituísse verdadeira política pública, a Constituição da República de 1988 caminhou em direção diametralmente oposta. Enquanto a legislação codificada pautava-se pelo princípio da culpabilidade e da periculosidade do agente, o texto constitucional instituiu um sistema de amplas garantias individuais, a começar pela afirmação da situação jurídica de quem ainda não tiver reconhecida a sua responsabilidade penal por sentença condenatória passada em julgado: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (art. 5º, LVII, CF) (2015, p. 08).

Referida como Carta Magna por alguns doutrinadores, a Constituição Federal é recheada de princípios, os quais possuem uma carga axiológica que orientam todo o sistema jurídico, seja ele material ou processual, nas palavras de Paulo Bonavides, “pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais” (2003, p. 264).

Ainda, conforme Luciano Feldens:

> De mera folha de papel (Lassale), ou simples norma reguladora do funcionamento do poder político, a Constituição passa a concentrar as decisões fundamentais das relações jurídico-sociais, tendo sua normatividade densificada à base de princípios e diretrizes substanciais que dirigem a ação de todos os órgãos de Estado, tanto na criação como na aplicação do Direito (2012, p. 33).

Dessa forma, as regras de direito processual do Código de Rocco sofreram alterações físicas e no seu modo de interpretação devido a supremacia dos princípios constitucionais trazidos pela Constituição Cidadã.

Aury Lopes Jr. leciona:

> O processo penal deve ser lido à luz da Constituição e não ao contrário. Os dispositivos do Código de Processo Penal é o que deve ser objeto de uma releitura mais acorde aos postulados democráticos e garantistas na nossa atual Carta, sem que os direitos fundamentais nela insculpidos sejam interpretados de forma restritiva para se encaixar nos limites autoritários do Código de Processo Penal de 1941 (2012, p. 73).

A Constituição vigente trouxe, bem como fixou diversos princípios processuais penais, destacam-se os princípios da fundamentação dos atos judiciais, do devido processo legal, o do contraditório e o da ampla defesa. De fato, faz-se mister analisar o processo penal em conformidade com os princípios constitucionais, pois o Código criado sobre bases notoriamente autoritárias deu uma ampla liberdade ao julgador, assim com sabedoria expõe Aury Lopes Jr. que “todo poder tende a ser autoritário e precisa de limites, controle. Então, as garantias processuais constitucionais são verdadeiros escudos protetores contra o (ab)uso do poder estatal” (2012, p.171).

Pontua Eugênio Pacelli:

> Então, que o Direito Processual Penal brasileiro não pode mais ser aplicado com base na estrutura do ainda vigente Código de Processo Penal parece não haver dúvidas. A Constituição da República, de há muito, lançou novas luzes sobre a matéria (2015, p. 35).

2.3 PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

O iter histórico, no direito ocidental, do devido processo legal inicia-se com o direito inglês, *law of the land* e transpassa ao conhecido *due process of law* do direito norte-americano, o qual na análise de Edimar Carmo da Silva tem por escopo a proteção das garantias individuais.

Desse modo:

> Prescindindo de revolver o histórico do que se convencionou por devido processo legal, tal designação é compreendida no presente estudo como fruto de uma gradual construção que remonta desde a law of the land, do direito inglês, ao due process of law estadunidense, como instrumento de proteção da vida, da liberdade, da propriedade, da razoabilidade das leis e sua recepção no direito brasileiro (2010, p. 17).

O devido processo legal representa a conjunção de todos os princípios e regras de processo penal, nas palavras de Paulo Rangel, “o devido processo legal é o princípio reitor de todo o arcabouço jurídico processual. Todos os outros derivam dele.” (2006, p. 5,).

Nesta senda, não há como deixar de analisar os princípios processuais penais sem analisar antes o devido processo legal, pois esse é o vetor dos demais.

Consagrado no art. 5º, LIV, da Constituição Federal “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (BRASIL, 1988) o devido processo legal, o qual é chamado comumente de “as regras do jogo”, pode ser visto como a análise sistemática das formalidades processuais, a qual reflete a salvaguarda de ser processado de maneira justa em conformidade com as garantias constitucionais.

Ainda, o respeito ao devido processo legal é corolário do princípio da *nulla pena sine iuditio*, desse modo, evidente que o processo é caminho e não fim, como o direito penal. Esse é o entendimento de boa parte da doutrina e de Edimar Carmo da Silva:

> Por certo que, enquanto na esfera cível alguns direitos materiais podem ser realizados sem a atuação judicial, frisa-se, sem as formalidades do processo, de outro ponto, afigura-se que o direito material penal, qual seja, a norma penal incriminadora, não incide no plano concreto sem o processo judicial. Daí o acerto de Maier em ter como pertinente a frase de Ernst Beling, no sentido que, sem o processo, o direito penal não toca sequer um pelo do delinquente. Precisamente: “El Derecho penal no le toca al delincuente um solo pelo”. Essa a razão da máxima nulla poena sine iuditio ou nulla culpa sine iuditio (2010, p. 21).

E completa Aury Lopes Jr:

> O processo não pode mais ser visto como um simples instrumento a serviço do poder punitivo (Direito Penal), senão que desempenha o papel de limitador do poder e garantidor do indivíduo a ele submetido. Há que se compreender que o respeito às garantias fundamentais não se confunde com impunidade, e jamais se defendeu isso. O processo penal é um caminho necessário para chegar-se, legitimamente, à pena. Daí por que somente se admite sua existência quando ao logo desse caminho forem rigorosamente observadas as regras e garantias constitucionalmente asseguradas (as regras do devido processo legal) (2012, p. 72).

Portanto, o processo não pode ser um instrumento repressivo, mas sim um meio, sendo que nesse deve ser preservada todas as garantias inerentes ao processo, como a presunção de inocência, a vedação de provas ilícitas, o direito de ter sua sentença motivada com base em fundamentos de direito, bem como o respeito ao contraditório e à ampla defesa.

2.4 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

Princípio constitucional derivado do devido processo legal e inserido no mesmo inciso do princípio da ampla defesa, qual seja, art. 5, LV, que dispõe: “Aos litigantes em processo judicial ou administrativo e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (BRASIL, CRFB, 2018).

O direito à informação e o direito de reação, em suma, exprimem o princípio do contraditório. O direito à informação e o direito de reação, desdobram-se com a vedação da não surpresa, uma vez que o réu durante o processo deve ter ciência do que está sendo acusado, desta forma J. Canutto Mendes de Almeida expõe:

> “A verdade atingida pela justiça pública não pode e não deve valer em juízo sem que haja oportunidade de defesa ao indiciado. É preciso que seja o julgamento precedido de atos inequívocos de comunicação ao réu: de que vai ser acusado; dos termos precisos dessa acusação; e de seus fundamentos de fato (provas) e de direito. Necessário também que a comunicação seja feita a tempo de possibilitar a contrariedade: nisso está o prazo para conhecimento exato dos fundamentos probatórios e legais da imputação e para oposição da contrariedade e seus fundamentos de fato (provas) e de direito”. (apud MIRABETE, 2005, p. 46).

A importância e o respeito ao direito de informação e de reação, traduz-se bem com a obra de Franz Kafka, O Processo, onde Josef K. é vítima de um processo sem ao menos saber os motivos e os fundamentos pelos quais está sendo detido e acusado.

Cenário que ilustra bem o período antecessor à Constituição Federal de 1988, no qual predominava o sistema inquisitório. Outra face do contraditório é a qual o juiz deve dar oportunidade para ambas as partes se pronunciarem, pois caso não o faça, estará prejudicando uma parte em favor da outra, o que comprometerá a parcialidade, bem como prejudicará a efetiva prestação jurisdicional, na qual recaí a busca pela verdade e a devida aplicação do direito.

Ainda que exista o dever por parte do juiz de estabelecer o contraditório, fazendo com que as partes tragam e debatam as provas, o juiz deve também participar do contraditório, não de forma parcial e inquisitória como, por exemplo, buscando provas contra o réu, mas respondendo as petições, os requerimentos das partes e, por fim, respeitando o mandamento constitucional de motivar a sentença com base no que foi debatido sobre o manto do contraditório, cumprindo, dessa forma, o Princípio da Correlação.

Assim, Aury Lopes Jr. ensina:

> Numa visão moderna, o contraditório engloba o direito das partes de debater frente ao juiz, mas não é suficiente que tenham a faculdade de ampla participação no processo; é necessário também que o juiz participe intensamente (não confundir com o juiz-inquisidor ou com a atribuição de poderes instrutórios do juiz), respondendo adequadamente às petições e requerimentos das partes, fundamentando suas decisões (inclusive interlocutórias), evitando atuações de ofício e as surpresas. Ao sentenciar, é crucial que observe a correlação acusação-defesa-sentença (2012, p. 241).

2.5 PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA

Alguns doutrinadores analisam o princípio do contraditório juntamente com a ampla defesa, mas fazendo uma análise profunda dos dois princípios é possível perceber que são dois institutos distintos, embora tenham uma relação muito próxima, até mesmo o legislador dessa maneira o positivou, pois estão no mesmo inciso, art. 5º, LV, da Constituição Federal Brasileira.

Em face do poder do Estado de acusar, obriga-se também a facultar a defesa ao acusado ou réu em processo penal, e não apenas a defesa pessoal, mas também a defesa técnica, surgindo então uma das faces do princípio da ampla defesa, isto é, a necessidade de defesa técnica, segundo a qual para Aury “a defesa técnica supõe a existência de uma pessoa com conhecimentos teóricos do Direito, um profissional, que será tratado como advogado de defesa, defensor ou simplesmente advogado” (2012, p. 243).

O princípio deve ser respeitado em todos procedimentos, no procedimento administrativo inquisitório pré-processual, ou seja, no inquérito policial, é facultativo a presença do advogado, pois trata-se de um procedimento de características inquisitoriais. Sendo um dos reflexos dessa fase, em regra e em razão da não obrigatoriedade de defesa técnica, a não produção de provas e sim de elementos informativos. O que não significa que não exista defesa, mas sim que a defesa se encontra limitada.

Esse é o entendimento de Aury Lopes Jr.:

> No inquérito policial, a defesa técnica está limitada, pois limitada está a defesa como um todo. Ainda que o direito de defesa tenha expressa previsão constitucional, como explicamos anteriormente, na prática, a forma como é conduzido o inquérito policial quase não deixa espaço para a defesa técnica atuar no seu interior. Por isso, diz-se que a defesa técnica na fase pré-processual tem uma atuação essencialmente exógena, através do exercício do habeas corpus e do mandado de segurança, que, em última análise, corporificam o exercício do direito de defesa fora do inquérito policial. Dentro do inquérito basicamente só a possibilidade de solicitar diligências, nos estreitos limites do art. 14 do CPP. Contudo, é errado dizer-se que não existe

> direito de defesa no inquérito. Existir, existe, desde 1941, ainda que não tenha a eficácia que a Constituição exija (2012, p. 245).

Por outro lado, após o oferecimento da exordial acusatória, isto é, a denúncia, torna-se obrigatória a presença de defensor, seja pela Defensoria Pública ou por advogado, inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, para garantir que haja o devido respeito às regras de processo penal, principalmente no que diz respeito à proteção do acusado, isso traduz a garantia constitucional da ampla defesa, bem como a regra fixada no art. 261 do Código de Processo Penal, qual seja: “Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor” (BRASIL, CPP, 2018).

Feita a análise da fase pré-processual e processual, do direito à ampla defesa, parte-se agora a uma breve análise sobre o direito de ampla defesa e a vedação de provas ilícitas. A doutrina majoritária entende que o processo penal deve buscar pela verdade real, não só pela verdade formal, a qual cinge-se apenas aos fatos trazidos pela acusação e pela defesa, mas procurar todas as evidências possíveis que aproximem com os fatos, respeitando as regras do jogo, e assim poder aplicar da melhor forma o direito, seja ele pelo uso do jus puniendi ou não. Daí nasce o princípio da verdade real.

Norberto Avena explica:

> O princípio da verdade real, também conhecido como princípio da verdade material ou da verdade substancial (terminologia empregada no art. 566 do CPP), significa que, no processo penal, devem ser realizadas todas as diligências necessárias e adotadas todas as providências cabíveis para tentar descobrir como os fatos realmente se passaram, de forma que o jus puniendi seja exercido com efetividade em relação àquele que praticou ou concorreu para a infração penal (2016, p. 18).

Em razão disso, o respeito a verdade real e prioritariamente o respeito ao direito de ampla defesa são tão importantes que conseguem elidir um princípio processual penal constitucional, o princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos (art. 5, LVI, da CF), desde que usadas para provar a inocência do acusado. Raciocínio extraído do texto de Eugênio Pacelli:

> De outro lado, conquanto possa ser justificado sob fundamentação diversa, porque não se pode esperar outra atitude de um Estado que se proclama democrático e de Direito, é possível, também, atribuir à ampla defesa o direito ao aproveitamento, pelo réu, até mesmo de provas obtidas ilicitamente, cuja introdução no processo, em regra, é inadmissível. E isso porque, além da exigência da defesa efetiva, o princípio desdobra-se, dada a sua amplitude, para abarcar todas e quaisquer modalidades de prova situadas no ordenamento jurídico, até mesmo aquelas vedadas à acusação, pois não se

> pode perder de vista que a ampla defesa é cláusula de garantia individual instituída precisamente no interesse do acusado (art. 5º, CF). De mais a mais, tratando-se de prova destinada à demonstração da inocência, poder-se-á alegar até mesmo a exclusão de sua ilicitude, impondo-se uma leitura mais ampla do estado de necessidade, para o fim de não se exigir a ciência do agente acerca da necessidade do comportamento e/ou de sua eminência (2015, p. 46-47).

Ante o exposto, o princípio da ampla defesa e o princípio do contraditório são magnos tratando-se do processo penal, devendo ser respeitados em todas as fases, desde o inquérito policial até, principalmente, à fase processual.

E assim Pacelli novamente:

> O contraditório, portanto, junto ao princípio da ampla defesa, institui-se como a pedra fundamental de todo processo e, particularmente, do processo penal. E assim é porque, como cláusula de garantia instituída para a proteção do cidadão diante do aparato persecutório penal, encontra-se solidamente encastelado no interesse público da realização de um processo justo e equitativo, único caminho para a imposição da sanção de natureza penal (2015, p. 44).

O devido processo legal, que se desdobra nos princípios do contraditório e da ampla defesa, caso seja seguido à risca dos ditames constitucionais e pela interpretação das normas processuais penais, consegue chegar no mais justo processo. Porém, sem a devida fundamentação do caminho normal do processo, isto é, da sentença, pode-se dizer que o processo não atingiu seu fim, isto é, a devida aplicação da justiça em conformidade com as regras do jogo.

2.6 PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

A obrigatoriedade de motivar as decisões judiciais é uma garantia fundamental do cidadão, ademais se tratando de sentenças penais, nas quais se discute a privação de direitos. Em que pese seja necessário para evitar motivações arbitrárias e decisionistas, a motivação da sentença na seara penal é moderna.

Assim, Luigi Ferrajoli analisando a origem histórica do princípio explica:

> A última garantia processual de segundo grau, que tem o valor de uma garantia de fechamento do sistema SG é a obrigação da motivação das decisões judiciárias. Ainda que se encontrem traços da motivação nas jurisdições estatutárias, na eclesiástica da Santa Inquisição e, mais ainda, naquela dos magistrados romanos, o princípio da obrigação de reddere rationem das decisões judiciárias, e especificamente das sentenças, é francamente moderno. Apoiada por Francis Bacon e depois pelo pensamento iluminista, a obrigação foi sancionada pela primeira vez pela Pragmática de Fernando IV, de 27 de outubro 1774; sucessivamente pelo art. 3 da Ordennance criminelle de Luis XVI, de 1º de maio de 1788; depois pelas leis revolucionárias de 24 de agosto e 27 de novembro de 1790 e, por fim,

> recebida, através da codificação napoleônica, em quase todos os códigos oitocentistas europeus. (2006, p. 573).

O princípio da motivação das decisões judiciais, no direito pátrio, foi inserido pela Constituição Federal de 1988, pois a Constituição de 1967 não possuía dispositivo nesse sentido. Dessa forma, o princípio é uma inovação no plano constitucional, tendo como redação:

> [...] todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação (BRASIL, CRFB, 2018).

Tratando-se da legislação infraconstitucional, especificamente o Código de Processo Penal, a motivação das decisões judiciais já possuía dispositivos nesse sentido. Entretanto, em relação à motivação da sentença, o código no seu art. 381 traz um rol, que se limita a seis incisos, sem nenhuma sanção expressa em caso de não respeito à motivação. Malgrado a legislação processual penal não possuir regras suficientes para restringir o abuso, consequentemente dar maior segurança ao réu e ao defensor do que está sendo aplicado ao caso, ou seja, que está sendo aplicado o direito e não a vontade do juiz.

O princípio, por ser um mandamento constitucional, impõe ao julgador o dever de motivar, sob pena de nulidade, independentemente de previsão legal no Código de Processo Penal. Portanto, é cediço que a motivação das decisões judiciais limita o poder do Estado, restringindo abusos e decisionismos por parte do julgador.

Norberto Avena, explica:

> A exigência de motivação das decisões judiciais, inscrita no art. 93, IX, da Constituição Federal e no art. 381 do Código de Processo Penal, é atributo constitucional-processual que possibilita às partes a impugnação das decisões tomadas no âmbito do Poder Judiciário, conferindo, ainda, à sociedade a garantia de que essas deliberações não resultam de posturas arbitrárias, mas sim de um julgamento imparcial, realizado de acordo com a lei (2016, p. 31).

À vista disto e dado que o processo penal não possui em seu código dispositivos suficientes que garantam a devida motivação de uma sentença penal, resta socorrer-se de outros códigos. Uma vez que, trata-se de uma garantia individual salvaguardada pela Constituição Federal e não pode ter sua incidência reduzida, mas sim ampliada. O Código de Processo Penal abre a possibilidade com base na

analogia, a qual encontra-se no art. 3º “A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito” (BRASIL, CPP, 2018).

3 A ANALOGIA E SUA APLICAÇÃO NO PLANO PROCESSUAL

A legislação brasileira, devido ao sistema adotado, qual seja, o sistema da *civil law*, isto é, o sistema românico-germânico, torna o lapso temporal um inimigo, pois com o passar dos anos a legislação se torna defasada, ou seja, omissa. Em razão da problemática do decurso do tempo, o próprio legislador em 1942 promulgou a Lei de Introdução ao Código Civil, Decreto-Lei 4.657/42, a qual passou a ter a redação de Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB) com alteração da Lei 12.376/2010 e, nesse Decreto-Lei, abriu a possibilidade da analogia em seu artigo 4º, tendo como seguinte redação: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. (BRASIL, LINDB, 2018).

Além da LINDB, o próprio Código de Processo Penal, promulgado um ano antes da LINDB, em 1941, conforme já exposto, positiva a analogia em seu artigo 3º, explicitando que a lei processual admitirá a aplicação analógica.

Desse modo, a analogia surge para remediar os problemas do decurso do tempo, se tornando uma sanadora de lacunas legislativas. Preliminarmente, sua aplicação pode ser analisada e comparada sobre o ponto de vista material e sobre o ponto de vista processual. Em regra, parte da doutrina aloca a analogia como fonte de interpretação do direito, porém outra parte adota a analogia como fonte do direito.

Em que pese haja discordância, a melhor posição é a de fonte, pois funciona como sendo uma forma de integração do direito, isto é, aplicação de uma norma ao caso omisso e não de interpretação do caso omisso.

Nesse sentido, Júlio Fabrini Mirabete explica:

> A analogia é uma forma de auto-integração da lei. Na lacuna involuntária desta, aplica-se ao fato não regulado expressamente um dispositivo que disciplina hipótese semelhante. No entender de Bettiol, consiste na extensão de uma norma jurídica de um caso previsto a um caso não previsto com fundamento na semelhança entre os dois casos, porque o princípio informador da norma que deve ser estendida abraça em si também o caso não expressamente nem implicitamente previsto (2005, p. 59).

Assim sendo, por ser reconhecido que a analogia é fonte de integração do direito, faz-se mister a análise como fonte do direito no direito penal e no direito processual penal.

Diante da principiologia ser distinta no direito penal substantivo, que adota o princípio da legalidade e em consequência à adoção do referido, veda-se, por parte, a aplicação da analogia no que tange às causas que podem lesar o agente.

Assim explica Rogério Greco:

> Quando se inicia o estudo da analogia em Direito Penal, devemos partir da seguinte premissa: é terminantemente proibido, em virtude do princípio da legalidade, o recurso à analogia quando esta for utilizada de modo a prejudicar o agente, seja ampliando o rol de circunstâncias agravantes, seja ampliando o conteúdo dos tipos penais incriminadores, a fim de abranger hipóteses não previstas expressamente pelo legislador etc (2015, p. 94).

Partindo dessa premissa, pode-se dividir a analogia em duas espécies, quais sejam: analogia *in bonam partem* e analogia *in malam partem*, sendo que a segunda, por mandamento Constitucional (art. 5º, XXXIX), de qual decorre o princípio da legalidade, é vedada no direito penal.

Sobre a analogia *in bonam partem* e analogia *in malam partem* Cleber Masson explica:

> [...] A analogia contém as seguintes espécies: a) Analogia in malam partem, é aquela pela qual se aplica ao caso omisso uma lei maléfica ao réu, disciplinadora de situação semelhante. Não é admita no Direito Penal, em homenagem ao princípio da reserva legal. b) Analogia in bonam partem, é aquela pela qual se aplica ao caso omisso uma lei favorável ao réu, reguladora de caso semelhante. É possível no Direito Penal, exceto no que diz respeito às leis excepcionais, que não admitem analogia, justamente por seu caráter extraordinário [...] (2015, p. 15).

Além dessa vedação, o princípio da legalidade introduz o princípio da irretroatividade das leis penais, que regula a sucessão de leis no tempo no direito penal, consequentemente pela analogia se tratar de fonte do direito, o princípio da anterioridade reforça o obste à analogia *in malam partem*.

Luigi Ferrajoli explica sobre o princípio da irretroatividade:

> A irretroatividade das leis penais é um corolário do princípio da mera legalidade, cuja formulação completa é nulla poena, nullum crimen sine praevia lege poenali. Se “a pena”, afirma HOBBES, “supõe um fato considerado pela lei como sendo uma transgressão”, “o dano infligido por um fato cometido antes de existir uma lei que o proíba não é um fato punível, mas um ato de hostilidade, pois antes da lei não existe transgressão da lei”, por isso “nenhuma lei elaborada depois de realizar-se uma ação pode fazer dela um delito” (2006, p. 351).

Dessa forma, em respeito ao princípio da legalidade e da irretroatividade, a analogia somente poderá versar sobre normas não incriminadoras como, por

exemplo, diante do caso concreto, aplicar uma causa de exclusão da ilicitude mesmo que ela não esteja positivada no rol do artigo 23 do Código Penal.

Tratando-se do direito penal adjetivo, isto é, o direito processual penal, a analogia também encontra limitações. As normas processuais podem possuir características puramente processuais ou mistas, as quais se misturam com as de direito penal. As regras puramente processuais não necessitam da distinção entre analogia *in bonam partem* e analogia *in malam partem*, em virtude de a legislação processual não ser regida pelo princípio da legalidade e sim pelo princípio do *tempus regit actum* ou princípio do efeito imediato, o qual aplica de imediato as alterações das leis puramente processuais.

Sobre o princípio explica Júlio Fabrini Mirabete:

> [...] De acordo com o art. 2º do CPP, "a lei processual penal aplicar-se- á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior". Vige o princípio tempus regit actum, do qual derivam dois efeitos: (a) os atos processuais realizados sob a égide da lei anterior se consideram válidos; (b) as normas processuais têm aplicação imediata, regulando o desenrolar restante do processo. Estabeleceu-se na lei, portanto, o chamado princípio do efeito imediato ou princípio da aplicação imediata da lei processual penal. O fundamento lógico desse princípio é o de que a lei nova presumidamente é mais ágil, mais adequada aos fins do processo, mais técnica, mais receptiva das novas e avançadas correntes do pensamento jurídico (2005, p. 60).

Isto posto, a analogia por ser fonte do direito penal adjetivo, ou seja, uma forma de auto-integração do direito, rege-se pelo princípio supramencionado. Decorrendo, assim, a aplicação imediata da analogia tanto em *bonam partem* quanto em *malam partem*, desde que se trate de norma processual pura.

Além de facilitar o entendimento sobre a analogia e por não se tratar de mera tautologia, é importante a distinção, pois além das normas puramente processuais, há também as normas processuais mistas, ou seja, o conteúdo não é só processual, mas também de direito material.

Explica Aury Lopes Jr:

> Por fim, existem as leis mistas, ou seja, aquelas que possuem caracteres penais e processuais. Nesse caso, aplica-se a regra do Direito Penal, ou seja, a lei mais benigna é retroativa e a mais gravosa não. Alguns autores chamam de normas mistas com prevalentes caracteres penais, eis que disciplinam um ato realizado no processo, mas que diz respeito ao poder punitivo e à extinção da punibilidade. Exemplo: as normas que regulam a representação, ação penal, queixa-crime, perdão, renúncia, perempção etc (2012, p. 259).

Nesse sentido, a Lei de Introdução ao Código de Processo Penal (LICPP), introduzida pelo Decreto-Lei nº 3.931 de 11 de dezembro de 1941, em seu artigo 2º e 3º estabelecem dois exemplos do que é uma norma de caráter misto, quais sejam:

> [...] Art. 2º À prisão preventiva e à fiança aplicar-se-ão os dispositivos que forem mais favoráveis.
> Art. 3º O prazo já iniciado, inclusive o estabelecido para a interposição de recurso, será regulado pela lei anterior, se esta não prescrever prazo menor do que o fixado no Código de Processo Penal (BRASIL, LICCP, 2018).

Portanto, em virtude da existência de regras mistas no processo penal, de caráter de direito material e processual, a aplicação da analogia encontra restrição quanto às normas mistas em razão do princípio da reserva legal ou da legalidade, não se aplicando, logo, a analogia *in malam partem* nesses casos. Ainda sobre a doutrina, costuma-se dividir a analogia em duas espécies, quais sejam: analogia iuris ou jurídica e analogia legis.

A primeira aplica um princípio geral de direito ao caso omisso como, por exemplo, o princípio da motivação das decisões judiciais a uma decisão mal fundamentada, quando a matéria não possui dispositivo próprio que trata sobre o assunto.

A segunda é o caso de aplicação direta de um dispositivo no caso omisso como, por exemplo, a aplicação do art. 489, §1º, do Código de Processo Civil, que trata da fundamentação da decisão judicial, no Código de Processo Penal, o qual não possui regras nesse sentido.

Consoante Julio Fabrini Mirabete:

> Fala-se em analogia legis e analogia iuris. A primeira verifica-se quando a própria norma legal pode regular o fato por ela previsto quanto outro. A segunda quando o que se poderia aplicar extensivamente seriam os princípios jurídicos induzidos das normas particulares (2005, p. 59).

Quanto à aplicação do Código de Processo Civil no Código de Processo Penal, é algo naturalmente consagrado entre a doutrina e a jurisprudência, pois os dois institutos em sua imensa maioria tratam de normas de procedimento, não encontrando qualquer obstáculo para sua utilização.

3.1 A APLICAÇÃO ANALÓGICA DAS NORMAS DO PROCESSO CIVIL NO PROCESSO PENAL

A jurisprudência dos tribunais, em regra, é pacífica quanto à utilização da analogia entre as normas de processo civil e as de processo penal. Segue o entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre a aplicação analógica:

> HABEAS CORPUS. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU SEGUIMENTO AO RECURSO ANTE A IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA PENA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL PELA INCIDÊNCIA DE ATENUANTE. SÚMULA 231 DESTA CORTE. NÃO OCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. ARTIGO 557 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. APLICAÇÃO ANALÓGICA. POSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA. 1. Nos termos do art. 557, caput, do Código de Processo Civil, c/c o art. 3.º do Código de Processo Penal, é possível, em matéria criminal, que o relator negue seguimento ao recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante, sem que, em tese, se configure ofensa ao princípio da colegialidade, desde que o tema tratado seja exclusivamente de direito. 2. No caso, o relator estava autorizado pelo art. 557 do Código de Processo Civil, c/c o art. 3º do Código de Processo Penal, a negar seguimento à apelação criminal, pois em confronto com o enunciado n.º 231 da Súmula desta Corte. 3. Habeas corpus denegado. (STJ , HC nº 175.603 – DF, Relator: Marco Aurélio Bellizze, Data de Julgamento: 25/11/2011, Data de Publicação: D.E. 15/12/2011) (BRASIL, STJ, 2011).

No acórdão supracitado, vê-se que o Superior Tribunal de Justiça se posiciona positivamente quanto à aplicação, pois na legislação processual penal não há a regra contida no caput do artigo 557 do Código de Processo Civil de 1973, que aborda a negação de seguimento de recurso pelo relator quando manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo Tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. O art. 557 do CPC/73 hoje guarda correspondência com o art. 932, IV da Lei nº 13.105 (NCPC).

Desse modo, utiliza-se o artigo 3º do Código de Processo Penal para sanar a lacuna; não obstante, a regra é de caráter puramente processual, não encontrando vedações quanto sua aplicação analógica. É importante ressaltar que, embora no caso aplica-se dois institutos processuais, não é necessário que seja necessariamente desse modo.

A analogia pode ser extraída de uma lei com natureza diferente, explica Norberto Avena:

> Desimportam, para o uso da analogia, a natureza da situação concreta e a natureza do diploma de onde se deve extrair a norma reguladora. Logo, nada impede o uso, por analogia, de regra do Código de Processo Civil para

> normatizar uma situação emergente no âmbito penal. A título de exemplo, decidiu o STJ que “o artigo 557, §1-A, do Código de Processo Civil [matéria regrada no art. 932, V, do CPC/2015], que permite ao relator proferir decisão de mérito, dando provimento ao recurso, se a decisão atacada estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal ou Tribunal Superior, aplica-se analogicamente, nas mesmas circunstâncias, no âmbito do processo penal, inclusive habeas corpus, nos termos do art. 3.o do CPP” (2016, p. 89).

O entendimento no Tribunal Regional Federal da 4º região se repete quanto a aplicação da analogia:

> PENAL E PROCESSO PENAL. EMBARGOS INFRINGENTES. ARTIGO 399, § 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. INOCORRÊNCIA. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO ARTIGO 132 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. JUIZ TITULAR EM GOZO DE FÉRIAS. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AOS PROCESSADOS. 1. O princípio da identidade física do juiz, previsto no artigo 399, § 2º, do Código de Processo Penal, deve ser interpretado com ressalvas, aplicando-se, na ausência de regras específicas, o disposto no artigo 132 do Código de Processo Civil: "O juiz, titular ou substituto, que concluir a audiência julgará a lide, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor" 2. A prolação da sentença deu-se em regime legal de substituição (gozo de férias), em que o magistrado titular fez as vezes do juiz natural (julgador substituto), inexistindo violação ao princípio da identidade física do juiz. 3. Hipótese em que o conteúdo do decreto condenatório condiz com as provas coligidas no caderno processual, não havendo falar, igualmente, em prejuízo aos processados. (TRF-4 - ENUL: 1769 RS 2008.71.05.001769-2, Relator: VICTOR LUIZ DOS SANTOS LAUS, Data de Julgamento: 17/05/2012, QUARTA SEÇÃO, Data de Publicação: D.E. 04/06/2012) (QUARTA REGIÃO, TRF-4, 2012).

A aplicação da analogia se dará quando não há regras específicas que tratam sobre o tema, como no presente trabalho, que expõe a viabilidade e pela exigência de ser aplicada a regra contida no artigo 489, §1, do Código de Processo Civil na legislação processual penal, que não possui dispositivo que regule a matéria da fundamentação da sentença.

Nesse diapasão, o Tribunal Regional Federal da 4ª região realizou seu voto no sentido de aplicação da legislação processual civil, quando ausente a regra específica, qual seja: a regra que trata sobre as regras de afastamento do juiz, a qual não encontra esteio no CPP. Nota-se que se não fosse possível a aplicação dessa regra por meio da analogia, o processo deveria ser anulado, pois viola a norma contida no art. 5º, LIII, da Constituição Federal, isto é, o princípio da identidade física do juiz.

Desse modo, não se trata de um mero jogo de interesse a aplicação da analogia, mas sim de perscrutar o caráter instrumental do processo. Não aquele instrumentalismo desarrazoado, o qual tem a intenção de buscar a condenação,

satisfazendo as pretensões acusatórias, mas o que resguarda os princípios da ampla defesa, do contraditório, da motivação das decisões judiciais, do devido processo legal, consequentemente preservando as garantias constitucionais do indivíduo.

Desse modo, o honorável Aury Lopes Jr. ensina:

> A strumentalità do processo penal reside no fato de que a norma penal apresenta, quando comparada com outras normas jurídicas, a característica de que o preceito tem por conteúdo um determinado comportamento proibido ou imperativo e a sanção tem por destinatário aquele poder do Estado, que é chamado a aplicar a pena. Não é possível a aplicação da reprovação sem o prévio processo, nem mesmo no caso de consentimento do acusado, pois ele não pode se submeter voluntariamente à pena, senão por meio de um ato judicial (nulla poena sine iudicio). Essa particularidade do processo penal demonstra que seu caráter instrumental é mais destacado que o do processo civil. É fundamental compreender que a instrumentalidade do processo não significa que ele seja um instrumento a serviço de uma única finalidade, qual seja, a satisfação de uma pretensão (acusatória) (2012, p. 88).

Com efeito, a aplicação analógica à codificação processual penal, desde que utilizada de forma coerente, é uma importante ferramenta de transição. Diante desse poder concretizador que a analogia possui, ou seja, de auto-integração do direito e não há melhor modo de aplicação, visto que perscruta a efetiva tutela constitucional; assim, por meio da analogia e para sanar a lacuna da inexistência de regras acerca da fundamentação da sentença penal, propugna-se a aplicação do artigo 489, §1º do Código de Processo Civil.

Destarte, com o fim de compreender melhor o instituto da sentença, bem como da fundamentação, será analisado os elementos e algumas características da fundamentação nos dois planos processuais, isto é, processual civil e processual penal.

4 O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

4.1 O ART. 489, §1º DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

A legislação processual civil sofreu grande alteração em 2015 com a Lei número 13.105, a qual trouxe diversos avanços, no que se refere ao cumprimento à Constituição Federal.

Promulgada em 2015, sendo assim, por ser mais atualizada, bem como por ser criada num momento díspar ao de criação do Código de Processo Penal de 1941, o qual foi um ensaio do Código de Rocco italiano, trouxe em seu corpo o artigo 489, §1º, que trata da motivação das decisões judiciais.

Determinado artigo foi bem recebido pela doutrina, pois criou-se uma forma de conter o decisionismo e o arbítrio do julgador, obrigando-o a fundamentar as decisões com base nas questões de fato e de direito, as quais foram debatidas em sede de contraditório e sendo respeitado o princípio da ampla defesa, visando não surpreender as partes com o resultado do processo.

Sobre o dispositivo Daniel Morim Assumpção Neves escreve:

> Apesar da suficiente previsão constitucional contida no art. 93, IX, da CF, o Novo Código de Processo Civil também consagra, expressamente, o princípio da motivação das decisões judiciais ao prever, em seu art. 11, caput, que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade. O Novo Código de Processo Civil, entretanto, foi muito além, ao prever, expressamente, hipóteses em que a decisão não pode ser considerada como fundamentada (2015, p. 807-808).

Da mesma forma Lenio Luiz Streck aponta:

> Trata-se de importante inovação do Código. O histórico de decisões mal fundamentadas, o número excessivo de embargos de declaração e uma certa permissividade dos Tribunais Superiores na exigência de fundamentação fizeram com que o legislador optasse por fazer um controle mais rigoroso das decisões e seu componente principal: a fundamentação (2017, p. 705).

Dessa forma, visando reforçar a norma contida no art. 93, IX, da Constituição Federal, o art. 489, §1º do NCPC criou um crivo, que serve como paradigma do que se entende por uma decisão devidamente fundamentada, qual seja:

> Art. 489. São elementos essenciais da sentença:
> [...]
> §1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:
> I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

> II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;
> III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;
> IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;
> V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;
> VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento (BRASIL, CPC, 2018).

O presente trabalho trata apenas sobre a fundamentação da sentença, visto que o artigo supracitado vai mais longe, tratando também das decisões interlocutórias.

Depreende-se pela análise do parágrafo primeiro, que há um limitador quanto à fundamentação da sentença. Entretanto, para melhor entender o que se entende por fundamentação de uma sentença, é necessário que seja abordado como que se estrutura uma sentença no processo civil e, posteriormente, no processo penal.

4.1.1 Os elementos essenciais da sentença no processo civil

A sentença no processo civil pode ser dividida em três etapas, quais sejam: o relatório, a fundamentação e o dispositivo. O caput do art. 489 do Código de Processo Civil (CPC) traz expressamente as etapas, desse modo:

> Art. 489. São elementos essenciais da sentença
> I – o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;
> II – os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;
> III – o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem [...] (BRASIL, CPC, 2018).

O relatório aborda basicamente o conhecimento da causa, expondo o que se passou no procedimento, eventuais acontecimentos no curso do processo etc. Mesmo sendo algo meramente formal, a ausência de relatório pode ocasionar a nulidade do ato. Somente pode-se dispensar o relatório nas causas de competência do Juizado Especial Civil (art. 38 da Lei nº 9.099/95).

De acordo com Leonardo Greco:

> O relatório da sentença é o resumo do conteúdo do processo, com a identificação das partes e dos demais elementos individualizadores da demanda e um sumário da petição inicial, da defesa e dos demais atos processuais relevantes praticados no processo. O relatório é, portanto, uma sinopse, mas não um simples índice, como muitas vezes se vê, de preferência

> sequencial, do conteúdo dos atos realizados no processo. A experiência do juiz e o volume de sentenças que é obrigado a proferir desenvolvem a sua capacidade de síntese, de redigir sentenças curtas, sem que, contudo, omitam-se os pontos relevantes. O relatório deve evidenciar que o juiz efetuou a leitura atenta de todo o processo, adquirindo pleno conhecimento de todo o seu conteúdo, de todas as provas e de todas as alegações apresentadas pelas partes, porque, sendo omisso, torna nula a sentença. Desse modo, o relatório deve demonstrar a interação do juiz com as questões, alegações e demais incidentes processuais examinados no processo. Omissões do relatório podem implicar deficiências na fundamentação ou no dispositivo, o que poderá dar ensejo ao cabimento de embargos de declaração contra a sentença (CPC de 1973, art. 535, inc. II; CPC de 2015, art. 1.022, inc. II). Em geral, não se aceitam embargos de declaração simplesmente por omissão no relatório, quando esta não implique repercussão sobre a fundamentação ou sobre o dispositivo. (2015, n. p.).

O ponto mais importante da sentença de fato é a fundamentação, aqui que o julgador esboçará as razões de fato e de direito adotadas para se chegar à determinada conclusão.

Segundo Daniel Amorim Assumpção Neves, a fundamentação:

> [...] é essencial, sendo inclusive um dos princípios constitucionais, previsto no art. 93, IX, da CF. Sendo a sentença um ato decisório de extrema importância no processo, é evidente que a fundamentação não pode ser dispensada. Na fundamentação, o juiz deve enfrentar todas as questões de fato e de direito que sejam relevantes para a solução da demanda, justificando a conclusão a que chegará no dispositivo. São os porquês do ato decisório, tanto que só é possível afirmar justa ou injusta uma sentença analisando-se, no caso concreto, sua fundamentação (2016, p. 806).

Não obstante, o juiz ao escolher seus argumentos, os quais serão expostos na fundamentação, realiza um juízo de valor sobre a matéria de fato e dela extraí o direito.

Desta forma conforme ensinam Rogério Lauria Tucci e Arruda Alvim, esse raciocínio é dedutivo, silogístico e lógico-formal:

> Ensina Rogério Lauria Tucci (1981, p. 7) que induvidosamente a composição lógica da sentença consiste num silogismo cujos termos correspondem ao fato litigioso, ao direito aplicável e ao pedido do autor. “Contudo, não se pode deixar de considerar na formação da sentença uma série de silogismos, verificáveis num labor lógico e complexo. Daí por que, quando se fala em único silogismo está-se a contemplar, tão somente, o momento final do pronunciamento”. É o silogismo existente na sentença que lhe confere estrutura lógica (Arruda Alvim, 1975, p. 244). Assim, na formação da sentença o juiz terá que estabelecer duas premissas: uma referente ao Direito, outra referente ao fato, as quais viabilizarão a conclusão. O juiz parte das normas reveladas pelas fontes formais do Direito objetivo, depois confronta-se com o fato, o que lhe permite extrair a conclusão. Em suma, a premissa maior é a regra de Direito, e a premissa menor, a situação de fato, permitindo extrair, como conclusão, a aplicação da regra legal à situação de fato (TUCCI, ALVIM apud PORTANOVA, 2003, p. 45-46).

Além da forma de raciocínio adotada, o estilo da motivação pode variar, não se conformando apenas com um padrão, pois o juiz pode se valer de distintos estilos como, por exemplo, lógico-sistemático, dialético, valorativo etc. Desse modo, torna-se algo complexo a produção da sentença, não apenas um processo mecânico de analisar duas premissas e, logo em seguida, aplicar a norma.

Assim, Michele Taruffo explica sobre o estilo da motivação:

> Pode-se, todavia, falar de estilo da motivação com um significado diferente e mais frutífero, isto é, como modo particular de disposição dos elementos estruturais fundamentais do discurso justificativo na motivação. Em outros termos, o estilo assim entendido indica as modalidades particulares com que o modelo estrutural (geral) descrito nos parágrafos anteriores reflete-se nas manifestações concretas do fenômeno motivação (modalidades que podem consistir em limitações, degenerações, distorções ou particulares distribuições ou combinações dos níveis do discurso e das estruturas lógicas a partir das quais e define o conceito geral de justificação da decisão). Também o estilo assim entendido é evidentemente o resultado de uma série de condicionamentos de diferentes naturezas que operam sobre o juiz. Em particular, além dos fatores ligados à tradição cultural, à praxe, à estrutura, à função do órgão judicial e às características sociológicas e culturais inerentes à personalidade de cada um dos juízes, importam a estrutura do ordenamento e o tipo de juízo que o órgão realiza (2015, p. 260).

Portanto, a ideologia do discurso, bem como a escolha do estilo da motivação, influenciam diretamente na aplicação das normas. Com o intuito de mensurar a extensão da motivação, a doutrina dividiu em duas técnicas: a motivação exauriente e a motivação suficiente. A exauriente é aquela pela qual o juiz é obrigado a explicar de maneira completa a argumentação, não podendo deixar de forma implícita em sua manifestação. Por outro lado, a suficiente é aquela onde se trata apenas dos argumentos que levaram à decisão, ou seja, não abrange todos os argumentos da defesa.

Daniel Amorim Assumpção Neves explica:

> Há duas técnicas distintas de fundamentação das decisões judiciais: exauriente (ou completa) e suficiente. Na fundamentação exauriente, o juiz é obrigado a enfrentar todas as alegações das partes, enquanto na suficiente basta que enfrenta e decida todas as causas de pedir do autor e todos os fundamentos de defesa do réu. Como cada causa de pedir e cada fundamentando de defesa podem ser baseados em várias alegações, na fundamentação suficiente, o juiz não é obrigado a enfrentar todas elas, desde que justifique o acolhimento ou a rejeição da causa de pedir ou do fundamento de defesa (2016, p. 810).

Malgrado o dever de motivar abarque a totalidade dos fatos, das provas e das teses jurídicas, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal adota a técnica da fundamentação suficiente, conforme a Repercussão Geral na Questão de Ordem no

Agravo de Instrumento 791.292 Pernambuco, onde o ministro relator Gilmar Mendes em seu voto expressou:

> O art. 93, IX, da CF exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão. (STF, AI 791.292 QO-RG, rel. min. Gilmar Mendes, j. 23-6-2010, P, DJE de 13-8-2010, Tema 339.) (BRASIL, STF, 2010).

Ainda no Supremo Tribunal Federal, segundo a ministra relatora Cármen Lúcia, não é necessária a análise dos argumentos:

> O Supremo Tribunal Federal já assentou entendimento de que não há afronta ao art. 93, inc. IX e X, da Constituição da República quando a decisão for motivada, sendo desnecessária a análise de todos os argumentos apresentados e certo que a contrariedade ao interesse da parte não configura negativa de prestação jurisdicional" (STF, MS 26.163/DF, Rel.ª Min.ª Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, jul. 24.04.2008, DJe 04.09.2008). (BRASIL, STF, 2008).

O Superior Tribunal de Justiça adota o mesmo entendimento, isto é, a técnica da fundamentação suficiente basta, não sendo necessário ventilar todas as teses, conforme o Agravo Regimental no Recurso Especial de número 666.282/RJ, da relatoria do ministro Mauro Campbell Marques:

> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. AUSÊNCIA DE OMISSÕES. FUNDO DE SAÚDE. SERVIÇOS MÉDICOS SEM CONTRAPRESTAÇÃO. DIREITO CONTIDO EM ESTATUTO. INTERPRETAÇÃO DE DIREITO LOCAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 280/STF. 1. Não há falar em violação do art. 535, inc. II, do CPC quando o aresto recorrido adota fundamentação suficiente para dirimir a controvérsia, sendo desnecessária a manifestação expressa sobre todos os argumentos apresentados pelos litigantes. 2. A análise da pretensão recursal implicaria interpretação de norma local, insuscetível de análise em sede de recurso especial, nos termos da Súmula n. 280/STF. 3. Agravo regimental não provido. (STJ, AgRg no AREsp 666.282/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/04/2015, DJe 17/04/2015) (BRASIL, STJ, 2015).

Importante mencionar o sistema de aferição de prova no processo civil, sendo baseado no sistema da persuasão racional da prova, onde o juiz pode apreciar livremente a prova, sem qualquer vinculação com os elementos de prova; no entanto, é obrigado a indicar nas razões, isto é, na fundamentação, os motivos que formaram a sua decisão.

Desse modo explicam Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero:

> O juiz apreciará a prova das alegações de fato em conformidade com o modelo de constatação que deve ser empregado para análise do caso concreto levado ao seu conhecimento. Dentro do modelo, apreciará

> livremente, sem qualquer elemento que vincule o seu convencimento a priori. Ao valorar livremente a prova, tem, no entanto, de indicar na sua decisão os motivos que lhe formaram o convencimento. No direito brasileiro vige, pois, o sistema da livre valoração motivada (também conhecido como sistema da persuasão racional da prova) (2017, p. 480).

Finalmente, parte-se ao último elemento essencial da sentença, o dispositivo. Após o julgador fazer todo processo de exegese dos fatos e das normas, realizando o seu discurso com o fim de motivar devidamente, finaliza com o dispositivo, que é a escolha das normas que incidirão sobre o caso concreto.

Lenio Luiz Streck ressalta a importância desse elemento e a ligação "umbilical" da fundamentação com o dispositivo:

> O conceito de "dispositivo" deve ser entendido substancialmente e não apenas formalisticamente (Notas sobre a sentença, coisa julgada e interpretação, Revista de Processo n. 167, ano 34, janeiro de 2009). O dispositivo está ligado umbilicalmente à fundamentação, pela simples razão de que esta é condição de possibilidade para aquele. Formalmente o obter dictum está fora da coisa julgada. Mas ninguém pode negar que esse caminho compreensivo foi necessariamente trilhado para chegar à decisão (no caso, institucionalizada no "dispositivo"). Como compreender o dispositivo sem examinar o rastro deixado pelo raciocínio fundamentacional? Numa palavra: o dispositivo deve ser entendido não mais como algo a ser visto teologicamente. O juiz não chega ao dispositivo para depois construir os fundamentos. Pensar assim é negar dois séculos de teoria do direito e dois giros ocorridos no campo da filosofia. É evidente, portanto, que, faltando qualquer um desses elementos – ou estando fragilmente colocados –, a sentença será nula (2017, p. 705).

Realizada a análise da sentença civil, parte-se agora à análise no processo penal para verificar se há diferenças tão gritantes, que tornaria insustentável a aplicação da norma do art. 489, §1º do Código de Processo Civil à motivação da sentença penal.

5 A SENTENÇA PENAL

Diferentemente do Código de Processo Civil, o Código de Processo Penal (CPP) possui implicitamente os requisitos formais, ou seja, não estrutura eles como “elementos essenciais da sentença”.

As regras que tratam da sentença penal podem ser extraídas do art. 381 do Código de Processo Penal, quais sejam:

> Art. 381. A sentença conterá:
> I – os nomes das partes ou, quando não possível, as indicações necessárias para identificá-las;
> II – a exposição sucinta da acusação e da defesa;
> III – a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão;
> IV – a indicação dos artigos de lei aplicados;
> V – o dispositivo
> VI – a data e a assinatura do juiz (BRASIL, CPP, 2018).

A doutrina com o fim de estudar e melhor entender a sentença, assim como no processo civil, dividiu em elementos formais da sentença, isto é, relatório, fundamentação e o dispositivo. O relatório no processo penal pode ser encontrado implicitamente no inciso I e II do art. 381 do CPP. Em comparação com o processo civil, possui a mesma finalidade, ou seja, o juiz expõe que conhece a causa, descrevendo o que ocorreu no iter procedimental.

Explica Júlio Fabrini Mirabete:

> Refere-se ao relatório o artigo 381, I e II, do CPP. Consiste ele no histórico do processo com o resumo da marcha do procedimento e seus incidentes mais importantes; é o que Pontes de Miranda denomina de “histórica relevante do processo” (2005, p. 483).

Em que pese seja um ato meramente formal, não necessitando de uma extensa explanação, a falta do relatório nos procedimentos penais é causa de nulidade absoluta (art. 564, IV, do CPP). Excetuando-se, como no processo civil, os crimes de competência da Lei nº 9.099/95 (JECrim), onde se dispensa o relatório (art. 81, §3º da Lei 9.099/95), em razão do processo no rito sumaríssimo orientar-se pelos princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade (art. 2 da Lei n º 9.099/95).

Nesta senda expõe Norberto Avena:

> Trata-se do primeiro requisito obrigatório da sentença criminal, encontrando-se previsto, implicitamente, no art. 381, I e II, do CPP, quando dispõem que a sentença conterá “os nomes das partes ou, quando não possível, as indicações necessárias para identificá-las” e “a exposição sucinta da acusação e da defesa”. Em linhas gerais, o relatório consiste no resumo das

> principais etapas do procedimento e dos incidentes que, eventualmente, tenham sido suscitados ou resolvidos no curso do processo. Ressalvada a hipótese prevista no art. 81, §3.º, da Lei 9.099/95, que dispensa o relatório nas sentenças do Juizado Especial Criminal, a ausência dessa formalidade é causa de nulidade absoluta da sentença, já que trata de formalidade essencial do ato (art. 564, IV, do CPP) (2016, p. 1154).

A motivação é encontrada nos incisos III e IV, onde aborda a indicação dos motivos de fato e de direito, bem como a indicação dos artigos de lei aplicados. Em uma primeira leitura, pelo processo penal ser “aliviado dos excessos de formalismo e joeirado de certos critérios normativos” (BRASIL CPP, 2018), como Francisco Campos explica na exposição de motivos do Código de Processo Penal, pode-se concluir que não é necessário ter uma ampla motivação.

Não obstante, o inciso IV confunde-se com o terceiro elemento formal da sentença, isto é, o dispositivo, onde o juiz indica quais dispositivos legais serão aplicados. Entretanto, unicamente por força do art. 93, IX, da Constituição Federal, o qual contém o princípio da fundamentação das decisões judiciais, o juiz é obrigado a fundamentar a sentença.

Dessa forma, deve enfrentar todos os argumentos abordados no contraditório pelas partes. A motivação aqui tratada pode ser dividida duas formas: fática e jurídica. Na fática abordará a valoração dos fatos e das provas, já na jurídica tratará das teses jurídicas alegadas pelas partes.

Assim explica Aury Lopes Jr.:

> Motivação: ponto nevrálgico da sentença, em que o juiz deve analisar e enfrentar a totalidade (sob pena de nulidade) das teses acusatórias e defensivas, demonstrando os motivos que o levam a decidir dessa ou daquela forma. A motivação dá-se em duas dimensões: fática e jurídica. Na primeira, procede o juiz à valoração da prova e dos fatos, reservando para a segunda a fundamentação em torno das teses jurídicas adotadas e também o enfrentamento das teses jurídicas alegadas, mas refutadas. Por fim, sendo a sentença condenatória, deverá o juiz manifestar-se sobre a responsabilidade civil do réu, fixando o valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido (2012, p. 1080-1081).

Na seara processual penal, quando se trata da motivação da sentença, não há como deixar de mencionar o sistema do livre convencimento motivado, que é o sistema de apreciação das provas utilizado no processo penal, encontrando supedâneo no art. 155, caput, do Código de Processo Penal, qual seja:

> O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas (BRASIL, CPP, 2018).

O sistema de apreciação de provas contido no art. 155 do CPP possui diversas características que são vitais para um livre desenvolvimento quando da aferição da prova pelo magistrado como, por exemplo, a não limitação do juiz aos meios de prova regulamentados em lei (provas inominadas), ausência de hierarquia entre os meios de prova e que as provas utilizadas na fundamentação tenham sido produzidas em contraditório, salvo as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Raciocínio extraído de Denise Neves Abade:

> Em síntese, o sistema da persuasão racional do juízo adotado no Brasil resulta em: (i) o juiz deve valorar as provas que forem produzidas no processo, sob o crivo do contraditório; (ii) nenhuma prova tem valor absoluto ou predeterminado pela lei; (iii) não pode decidir sobre os fatos com base em conhecimentos privados do juiz ("o que não está nos autos não está no mundo"); e (iv) o convencimento judicial deve ser fundamentado (2014, n. p.).

Dessa forma, o sistema do livre convencimento motivado possui uma ligação à motivação da sentença, pois o magistrado é obrigado a analisar as provas dos autos, afastando-se qualquer motivação que não se refira à prova que consta nos autos, como Fernando Capez faz referência "*quod neon est in actis non est in mundo*: o que não está nos autos não está no mundo" (2017, p. 410).

Sobre a motivação e o sistema do livre convencimento motivado ensina Fernando da Costa Tourinho Filho:

> O sistema do livre convencimento motivado está intimamente ligado à motivação da sentença, pois é ela que impede o juiz de agir movido por sentimentos pessoais, analisando situações que não se encontram nos autos do processo. Assim, ao ter liberdade para decidir de acordo com a sua consciência, esta liberdade está cerceada pela motivação que sua decisão deve ter, porém, dentro das provas que foram levadas ao processo pelas partes. Tourinho, do alto de sua autoridade processual, professa que: Sentença sem motivação é corpo sem alma. É nula. Se se trata, conforme acabamos de ver, de requisito estrutural da sentença, formalidade, portanto, essencial, fácil concluir-se que sentença sem motivação é uma não-sentença. (ob. cit., vol. IV, p. 28). (apud RANGEL, 2006, p. 455-456).

Portanto, por se tratar de um ponto crítico da sentença, a falta de motivação ocasiona vício grave, ensejando a nulidade. Uma vez que a fundamentação tem papel estruturante da decisão. Por esses motivos, que a edição do art. 489, §1º, do CPC, se torna tão importante, pois retira a forma abstrata do art. 93, IX, da Constituição Federal e passa a concretizar, mesmo que de forma sucinta, quais são as balizas de uma fundamentação.

6 O ART. 489, §1º COMO LIMITADOR DA DISCRICIONARIEDADE DA MOTIVAÇÃO

Passada a análise de como se estrutura as sentenças civis e penais, parte-se agora ao estudo do art. 489, §1º do Código de Processo Civil (CPC), com o intuito de melhor compreender esse instituto tão bem recebido pelos doutrinadores e tão útil na limitação da fundamentação.

In verbis:

> Art. 489. São elementos essenciais da sentença:
> [...]
> §1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:
> I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;
> II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;
> III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;
> IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;
> V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;
> VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento (BRASIL, CPC, 2018).

O inciso I vai no sentido de limitar a indicação, a reprodução ou a paráfrase de ato normativo, sem explicar as suas razões de emprego na questão decidida. De acordo com Rui Portanova, em regra geral, “o método de raciocínio jurídico é dedutivo, silogístico e lógico-formal” (2003, p. 45), assim, o magistrado ao fundamentar a sentença deverá de forma obrigatória demonstrar por quais motivos incide determinada aplicação de ato normativo com a causa julgada, sob pena de contrariar a própria lógica argumentativa da sentença.

O juízo deve se ater às provas que constam nos autos, desse modo, no caso concreto. Nesse sentido se posicionam Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero:

> A fundamentação tem de ser concreta, vale dizer, tem de dizer respeito à situação jurídica deduzida em juízo pelas partes. Por essa razão, não se considera fundamentada a decisão que simplesmente indica, reproduz ou faz uma paráfrase de texto normativo (simples alteração de determinados termos sem descaracterização do significado) sem mostrar qual é a relevância do dispositivo citado para a solução do caso concreto. Vale dizer: sem mostrar com qual significado o dispositivo é entendido e sem apontar qual é a sua relação com o caso concreto (2017, p. 590).

O inciso II trata do emprego de conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar os motivos de sua incidência no caso concreto. De fato, o direito é repleto de termos jurídicos indeterminados como, por exemplo, boa-fé, bons costumes, moralidade etc, e a esse fenômeno dá-se o nome de vagueza.

Pedro Adamy, expressa com clareza o significado de vagueza:

> O direito apresenta, portanto, inúmeras regras cujos elementos não são determinados e cujos significados não são precisos, onde desacordos e a indeterminação não se referem à situação fática envolvida, mas, sim, à aplicabilidade e às possíveis consequências das condutas caso sejam (in)compatíveis com os conceitos compreendidos na regra. Como referido, a vagueza refere-se às classes de incerteza e de indeterminação que não correspondem a incertezas ou ignorância sobre a situação fática, referindo-se à adequação e à aplicabilidade da regra aos fatos. Tal vagueza, no direito, tem uma consequência imediata: o destinatário da norma não consegue definir, sem algum grau de dificuldade e dúvida, se a sua conduta se encaixa na previsão normativa, ou seja, se de acordo com a legislação vigente, a sua conduta é proibida, permitida ou obrigatória (2018, p. 271).

Em que pese seja comum o aparecimento de termos vagos na legislação, não é por essas razões que o magistrado poderá empregar de qualquer forma os termos. Existe o dever de indicar por quais razões o termo incide sob o caso em análise, por força do inciso II do art. 489, §1 do CPC.

O inciso III impede o uso de motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão. Esse tipo de fundamentação é o “copiar e colar” ou como Lenio Luiz Streck chama “*prêt-à-porter*” (2016, p. 685), isto é, a qual pode ser utilizada para qualquer outro caso, pronta para vestir.

Conforme entendimento de Lenio Luiz Streck esse tipo de fundamentação configura-se do seguinte modo:

> Uma sentença não se considerará fundamentada se o juiz invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão. No mesmo rastro dos incisos anteriores, trata-se de uma preocupação relacionada a uma hermenêutica da facticidade, com o fito de evitar discursos metafísicos nas sentenças. Os motivos invocados na decisão devem ter um nexo 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. Em outras palavras: não (mais) existe a possibilidade de se usar uma “sentença padrão” ou “uma sentença em geral”, cabível em diferentes processos. Trata-se, aqui, do prestigiamento daquilo que há muito estava esquecido no direito: o caso concreto (2016, p. 685).

O inciso IV trata de um ponto crucial, que já foi debatido anteriormente quanto à extensão da fundamentação, qual seja: o não enfrentamento de todos os

argumentos deduzidos no processo capaz de, em tese, infirmar o desfecho adotado pelo juiz.

O Supremo Tribunal Federal (STF) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ) adotam a teoria da fundamentação suficiente conforme os precedentes do STF, AI 791.292 e MS 26.163/DF e do STJ, AgRg no AREsp 666.282/RJ. Embora seja uma lástima a adoção da referida teoria pelos tribunais superiores, o inciso IV, isto é, norma cogente, e assim como a doutrina, expõem que a fundamentação abarca a totalidade dos argumentos e não somente aquilo que foi “suficiente”.

Passando para o quinto inciso do parágrafo primeiro, o qual limita a motivação quanto ao uso de precedente, enunciado de súmula, sem ao menos apontar o enquadramento no caso. A jurisprudência, de acordo com Norberto Avena, é o “entendimento consubstanciado em decisões judiciais reiteradas sobre um determinado assunto” (2016, p. 07), a qual tem como finalidade dar uma interpretação a um determinado dispositivo, com fins de proporcionar maior segurança jurídica.

Os precedentes e as súmulas servem exatamente para esse fim, em que pese não sejam obrigatórios, mas quando utilizados na fundamentação é necessário que seja esclarecido pelo magistrado qual a sua ligação com a causa, não bastando a simples menção à súmula ou ao precedente.

Assim ensinam, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero:

> Daí que trabalhar com precedentes significa individualizar razões e conectá-las às hipóteses fático-jurídicas que nela recaem. Por essa razão, trabalhar com precedentes não significa de modo nenhum simplesmente alinhar julgados-condensados ou não em súmulas - sem individualizar as suas origens, os seus significados e a pertinência que guardam com o caso concreto. Não se considera fundamentada a decisão, portanto, que apenas finge aplicar precedentes, mas que na verdade não patrocina efetivo processo de identificação de razões e de demonstração da pertinência da ratio decidendi com o caso concreto (2016, p. 592).

Chega-se ao último inciso, isto é, VI, o qual cria uma forma de obrigar o magistrado a fundamentar por quais razões não se adotou o entendimento jurisprudencial evocado pela parte, sem explicitar a distinção da interpretação com o caso concreto ou a superação de determinado parecer. Portanto, o inciso VI é parecido com o inciso V, uma vez que é vinculado com a opinião das cortes superiores.

Apesar de o sistema brasileiro, como exposto nesse trabalho, ser da civil law, isto é, o sistema românico-germânico, o respeito às decisões das cortes tem

ganhado espaço, abrindo porta para um sistema de precedentes, que é fortemente adotado em países que utilizam o sistema da *common law*.

Quando se suscita uma súmula ou um precedente, a parte quer seja aplicado no caso determinado postulado. Caso o magistrado entenda não ter azo a aplicação, deve fundamentar por quais razões não se aplica, ou seja, deve ocorrer a *distinguishing* (distinção).

Dessa maneira ensina Lenio Luiz Streck:

> Finalmente, uma decisão não será considerada fundamentada se 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. Dois pontos devem ser destacados neste dispositivo que inova o ordenamento pátrio. A um, a parte invoca um enunciado de súmula ou um julgado considerado precedente e tem o direito de vê-lo aplicado ou, a dois, na hipótese contrária, tem o direito de ver, na respectiva decisão, o distinguishing (a distinção) que demonstre que o argumento enunciativo é incabível (2016, p. 686).

Analisado de forma minuciosa o art. 489, §1º do Código de Processo Civil, passar-se-á às funções da motivação.

7 AS FUNÇÕES DA MOTIVAÇÃO

A fundamentação possui um papel vital na sentença, dela derivam variadas formas de controle. Não obstante, as partes depositam seus votos de confiança no Poder Judiciário, isto é, de que a autoridade processante se debruçara sobre a causa, proferindo uma sentença justa. Nessa esteira, a fundamentação possui relevância quando se trata do controle das decisões judiciais, mesmo que informal, pois cria de certa forma um tipo de fiscalização pela própria comunidade jurídica à maneira na qual se funda a decisão.

Assim explica Antônio Alberto Machado:

> A fundamentação tem dupla finalidade: de um lado, é uma exigência processual porque, em caso de recurso, possibilita às partes a formulação de razões recursais em face dos motivos que levaram o juiz a decidir neste ou naquele sentido; de outro lado, é também uma exigência política porque permite um certo controle informal das decisões judiciais, na medida em que, pela fundamentação, a comunidade sempre poderá avaliar os critérios, a lisura e, sobretudo, a razoabilidade das sentenças proferidas pelos magistrados. (2014, p. 259).

Nesse silogismo, Michele Taruffo (2015, p. 319) expõe que a motivação possui uma função racionalizadora do sistema processual, isto é, possui a finalidade de individualizar o objeto do recurso e os motivos que o seguem.

Neste sentido ilustra o autor:

> Também sob esse ponto de vista, a motivação – bem como o respectivo dever – serve como instrumento de racionalização do sistema processual em um de seus segmentos particularmente delicados, que é aquele que diz respeito à determinação dos vícios da sentença e à formulação dos motivos recursais. A propósito, parecem francamente superadas as objeções de quem, repisando ainda uma vez mais temas ligados á doutrina do direito comum, tenha dúvidas oriundas do perigo de que a motivação, exatamente porque acaba por representar, no limite, a expressão involuntária dos erros do juiz, enfraqueça a autoridade da sentença também pela facilitação da interposição dos recursos. Sublinhe-se, ainda, que a função racionalizante da motivação parece particularmente clara, na sua relação com o recurso, também sob outro aspecto. De um lado, o nosso ordenamento não reconhece a possibilidade de recursos genéricos, parecendo pelo contrário claramente orientado no sentido de ligar a individualização do objeto do recurso aos motivos específicos do próprio recurso (2015, p. 319-320)

Michele Taruffo, explica, ainda, que a motivação possui um papel em relação as partes, no sentido de que serve para persuadir as partes, consequentemente desencorajando-as de interpor o recurso, pois uma sentença que rebate todos os argumentos e as teses da defesa e da acusação não requer reapreciação da matéria em outra instância (2015, 317-318).

Dessa maneira expõe:

> De um lado, afirma-se que a motivação deveria persuadir as partes (ou seus advogados), e especialmente a parte sucumbente, da bondade da justiça da decisão, bem como do fato de que o juiz tenha valorado adequadamente a procedência das teses contrapostas. A consequência do êxito positivo da motivação nesse sentido deveria consistir, evidentemente, em desencorajar as partes de interpor recursos, que se esperam menos frequentes na medida em que o fundamento da sentença pareça racional e evidente (2015. p. 317-318).

Por conseguinte, não restam dúvidas de que a sentença possui variadas funções, sejam elas extrajurídicas ou jurídicas; porém, a sentença só alcança todos seus efeitos se for devidamente fundamentada.

7.1 FUNDAMENTAÇÃO IMPLÍCITA E FUNDAMENTAÇÃO PER RELATIONEM

A forma na qual se manifestam os erros na fundamentação são diversos. Como exemplo dois tipos de vícios na motivação serão tratados, quais sejam: fundamentação implícita e a motivação *per relationem*.

A fundamentação implícita consiste na supressão de elementos por parte do julgador, isto é, que não é necessário analisar todos os argumentos e deduções das partes.

Explica Michele Taruffo:

> Também sobre o tema da chamada motivação implícita a jurisprudência recorre constantemente ao emprego repetitivo de regras facilmente individualizáveis: em um grande número de decisões afirma-se, de fato, que o dever de motivação não implica dever do juiz de examinar analiticamente todas as deduções e as argumentações das partes, nem de tomar consideração cada uma das fontes de prova, devendo-se entender motivada implicitamente a rejeição dos resultados probatórios incompatíveis com a decisão e com as razões expressas a partir das quais essa se funda (2015, p. 359-360).

Essa maneira de fundamentação, em que pese seja vista algumas decisões dos magistrados, não é tolerada pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme a decisão do ministro Luiz Vicente Cernicchiaro:

> HC - CONSTITUCIONAL - PENAL - PROCESSUAL PENAL - PENA - INDIVIDUALIZAÇÃO – [...]. O juiz precisa explicar (fundamentar, enfim) todos os seus passos. E, para tanto, cativo a este raciocínio: adequar o fato à norma. Esta é extensa (sentido lógico do termo). O fato, por seu turno, posto nessa extensão. Em outras palavras, o ser compreendido no dever-ser. Dessa forma, na motivação o juiz precisa adequar o fato à norma. E mais. Fazê-lo expressamente. Não há fundamentação implícita. O Código de Processo Penal, nessa linha histórico-política, comanda no art. 381: "A sentença conterá ... III - "a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão." E - importante - no inciso IV - acrescenta - "a indicação

> dos artigos de lei aplicados". A lei, então, formalizou a referida adequação - ser/dever-ser. Outra particular importância: como toda norma é extensa (no sentido mencionado) o juiz precisa indicar - nessa extensão - onde se coloca o fato delituoso. E mais, comando do mencionado dispositivo legal: não basta apontar o artigo; imprescindível ajustar o fato ao artigo. Imposição expressa. Tecnicamente, porque constitutivo, requisito de existência. No caso sub judice, como transcrito, o ilustre magistrado registrou: "... levo tão somente em consideração a intensidade do dolo..." (fls. 13). Dolo é aspecto do elemento subjetivo, de vontade do agente: agasalhado pelo Código Penal em dois aspectos: direto e eventual (art. 18, I). Dolo é elemento anímico, projeção de livre escolha do agente entre agir, ou omitir-se no cumprimento do dever jurídico. Não tem intensidade. Intensidade refere-se a graus, do maior ao menor. Nada tem com o dolo. É relativa, isso sim, à - culpabilidade - entendida, no sentido moderno da teoria geral do delito, como - reprovabilidade, censurabilidade - ao agente - não ao fato. Porque, podendo agir de modo diverso, não o fez. Insista-se, não existe - dolo intenso. A culpabilidade, sim, é intensa, média, reduzida, ou mensurada intermediariamente a essas referências. No caso sub judice, a pena base foi majorada "pela intensidade do dolo". Essa qualificação é normativamente inadequada. Além do mais, ainda que tais considerações não se façam procedentes, dada a exigência da fundamentação explícita, o juiz precisaria motivar a referida intensidade. Termo que, ontologicamente, contém graus. Aliás, a lei vigente, não menciona mais - intensidade do dolo - como se referira a Parte Geral revogada do Código Penal. Abandonou-se a teoria da causalidade. Ainda que permitido fosse invocar a antiga nomenclatura, impunha-se, pelo mencionado art. 381, III, "a indicação dos motivos do fato". Esta referência genérica, sem dúvida, reclama, no caso concreto, descrição do acontecimento histórico em julgamento. Se assim não o fizer, limitar-se-ia a indicar - o artigo de lei. A nulidade, porque instituto de exceção, deve alcançar somente o que não for aproveitável. Na espécie, somente o tópico da individualização da pena evidencia vício. Nessa extensão deverá ser recepcionada. (STJ - HC: 9584 RJ 1999/0045793-5, Relator: Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, Data de Julgamento: 15/06/1999, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJ 23.08.1999 p. 153). (BRASIL, STJ, 1999).

Portanto, é cediço que uma sentença com fundamentação implícita não deve existir no mundo jurídico, pois o juiz tem o dever de explicar de maneira expressa todos os seus passos. Assim como Aury Lopes Jr. (2012, 1080-1081), escreve ao aludir que “o juiz deve analisar e enfrentar a totalidade (sob pena de nulidade) das teses acusatórias e defensivas, demonstrando os motivos que o levam a decidir dessa ou daquela forma”.

A segunda forma de vício na fundamentação é a chamada *per relationem* ou *aliunde*, onde o julgador reporta-se à outra decisão já tomada ou até mesmo se reportando a um parecer alegado por uma das partes.

Michele Taruffo explica:

> Em linhas gerais, há motivação per relationem quando sobre uma questão decidida o juiz não elabora uma justificação autônoma ad hoc, mas reenvia à justificação contida em outra decisão. A propósito, podem ser distinguidas duas hipóteses principais: a primeira, que a jurisprudência da Cassazione já se ocupou com certa frequência, verifica-se quando o juiz de segundo grau recepciona a justificação contida na sentença de primeiro grau diante dele impugnada; a segunda, que a jurisprudência parece não ter dedicado muito

> atenção, verifica-se toda vez que o juiz reenvia à justificação formulada em juízo diverso ou genericamente à jurisprudência existente sobre a matéria. (2015, p. 353).

Em que pese seja uma forma de vício, parcela da doutrina posiciona-se no sentido de que a fundamentação *per relationem* é aceitável, bem como o Supremo Tribunal Federal, conforme a jurisprudência anteriormente colacionada ao presente trabalho.

Assim, Norberto Avena escreve:

> Não há óbice a que se utilize de fundamentação per relationem, isto é, aquela que se caracteriza pela remissão que o ato judicial expressamente faz a outras manifestações ou peças processuais existentes nos autos, mesmo as produzidas pelas partes, pelo Ministério Público ou por autoridades públicas, cujo teor indique os fundamentos de fato e/ou direito que justifiquem a decisão emanada do Poder Judiciário. (2016, pg. 32).

Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça vem mudando seu entendimento, no sentido de que não é aceitável essa forma de fundamentação, como segue no julgado da relatoria de Maria Thereza de Assis Moura:

> É nulo o acórdão que se limita a ratificar a sentença e a adotar o parecer ministerial, sem sequer transcrevê-los, deixando de afastar as teses defensivas ou de apresentar fundamento próprio. Isso porque, nessa hipótese, está caracterizada a nulidade absoluta do acórdão por falta de fundamentação. De fato, a jurisprudência tem admitido a chamada fundamentação per relationem, mas desde que o julgado faça referência concreta às peças que pretende encampar, transcrevendo delas partes que julgar interessantes para legitimar o raciocínio lógico que embasa a conclusão a que se quer chegar. (Precedentes citados: HC 220.562-SP, Sexta Turma, DJe 25/2/2013; e HC 189.229-SP, Quinta Turma, DJe 17/12/2012. HC 214.049-SP, Rel. originário Min. Nefi Cordeiro, Rel. para acórdão Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 5/2/2015, DJe 10/3/2015) (BRASIL, STJ, 2015).

Analisando o art. 489, §1º, do Código de Processo Civil é inviável a adoção da fundamentação *per relationem*, pois conforme Michele Taruffo (2015, p. 353) trouxe, esse tipo de motivação é aquela na qual “o juiz reenvia à justificação formulada em juízo diverso ou genericamente à jurisprudência existente sobre a matéria”, e consequentemente isso vai de encontro com a norma contida no inciso I e V.

Dessa forma, a melhor solução é a aplicação da analogia, com fins de remediar a morosidade do legislador em criar normas específicas para esse fim, quais sejam: regulamentar a motivação das decisões judiciais nos procedimentos penais, crucialmente no que se refere à fundamentação da sentença e, assim, impor limites ao julgador.

8 CONCLUSÃO

O código de processo penal (CPP) redigido por Francisco Campos em 1941 se preocupava com o poder do Estado, pois baseava-se no código de processo penal italiano, isto é, o Código de Rocco, o qual foi criado durante um regime autoritário nacionalista e radicalista, o fascismo. Francisco Campos na exposição de motivos do CPP é expresso ao mencionar que o mais importante é o interesse da administração da justiça, bem como que o processo penal é contrário ao excesso de formalismo. Referidos pensamentos doutrinários retrógrados não encontram espaço nos dias de hoje, em razão da evolução do direito marcada no direito brasileiro pela Constituição Federal (CF) de 1988.

Todo o ordenamento deve ser visto à luz da Constituição Federal, ainda mais no processo penal, pois devido a principiologia da Constituição, o processo penal sofreu profunda modificação. O devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa e a motivação das decisões judiciais se tornaram a regra.

O processo penal, o qual era visto apenas como um instrumento de aplicação do jus puniendi, agora torna-se garantia. O princípio do devido processo legal garante todos os direitos fundamentais do acusado, dessa forma, é visto como vetores dos demais princípios processuais penais.

O princípio do contraditório garante o direito à informação e à reação do réu, isto é, o réu e seu advogado devem ser notificados de quaisquer atos que ocorram durante o iter procedimental, evitando-se a surpresa. A ampla defesa assegura todos os meios de defesa ao acusado, caracterizada principalmente por meio da defesa técnica, isto é, por meio de advogado, profissional devidamente habilitado.

O princípio da motivação das decisões judiciais é fruto da Constituição Federal, visto que o código de processo penal não possui dispositivo nesse sentido, pois foi enraizado num berço de origem fascista, desse modo, autoritário por natureza. Princípio de suma importância, controlador de decisionismos e de arbítrios, não poderia faltar na Carta Magna de um país democrático. Em que pese a legislação processual penal seja omissa, existe uma janela, a analogia, que dá azo para a aplicação de outro dispositivo quando existe uma lacuna, qual seja: o art. 3º do código de processo penal.

Não só no CPP, bem como na Lei de Introdução as Normas de Direito Brasileiro (Decreto-Lei 4.657/42), a analogia é um remédio para sanar casos omissos.

A doutrina afirma que a analogia é uma fonte de direito e, portanto, segue a lógica do *tempus regit actum* ou do princípio do efeito imediato, consagrado no art. 2º do CPP. Não enfrentará obste desde que se trate de norma com natureza processual, pois caso seja de natureza mista terá que respeitar os ditames do direito penal, assim, não se aplicando as normas que prejudiquem o réu, o que no presente caso não enfrenta problema algum, uma vez que trata de normas de procedimento e de aplicação de um princípio constitucional que visa garantir a motivação da sentença, qual seja: o art. 489, §1º do código de processo civil. A aplicação analógica das normas de processo civil no processo penal é algo aceito e corriqueiro nos tribunais, tanto os estaduais quanto nos superiores, isto é, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal Federal, dessa forma, a aplicação analógica entre esses dois institutos encontra uma carga grande de sinergia.

Diante das circunstâncias do presente estudo, foi analisada a proximidade da sentença nas searas civis e penais com o intuito de avaliar se é sustentável a aplicação do instituto contido no art. 489, §1º do código de processo civil, que visa estancar as sentenças mal fundamentadas.

O código de processo civil entrou em vigor em 2015, através da Lei nº 13.105, isto posto, novíssimo em comparação ao código de processo penal, que data de 1941. Diversos dispositivos do novo código foram bem vistos pela doutrina, dado que possuem grande sintonia com a Constituição Federal, entre eles o artigo 489, §1. No caput do art. 489 os elementos da sentença são trazidos, sendo desmembrados em relatório, fundamentação e dispositivo.

O primeiro elemento da sentença, o relatório, traz breve síntese do que se passou no iter procedimental; portanto, a maneira na qual o juiz manifesta pleno conhecimento do que se passou no processo. O segundo elemento da sentença é o ponto nevrálgico da sentença, isto é, a fundamentação. O juiz na fundamentação deverá explanar todas as razões de direito e de fato que optou, argumentos que devem ficar circunscritos ao que foi debatido em sede de contraditório, em que pese os tribunais superiores se posicionarem no sentido contrário, isto é, da fundamentação suficiente, não necessitando abarcar todo o seu raciocínio, dessa forma, podendo omitir alguns pontos da fundamentação. O último elemento é o dispositivo, que é basicamente a escolha dos artigos que incidirão sobre o caso.

Do mesmo modo a sentença penal segue a lógica da sentença civil, ou seja, sendo estruturada em relatório, fundamentação e dispositivo. Até o mesmo o

sistema de aferição de provas no processo civil é igual ao do processo penal, um encontra supedâneo no art. 371 do código de processo civil e o outro no art. 155 do código de processo penal. A principal diferença tratando-se das normas é que o código de processo penal traz elementos implícitos, não disciplinado da mesma forma do código de processo civil. Dessa forma não há diferenças ontológicas que tornam discrepantes a aplicação do instituto contido no art. 489, §1º do CPC.

Referido artigo elenca em seus seis incisos do parágrafo primeiro importantíssimas regras quanto ao controle de fundamentação da sentença. Entretanto, aqui não será abordado um a um, sob pena de incidir na tautologia, mas é inegável o caráter limitador de sentenças mal fundamentadas, as quais infelizmente não são difíceis de se ver na prática forense.

De fato, a fundamentação da sentença nas esferas processuais civis e processuais penais possui variadas funções, desde o controle dos atos do poder judiciário à função racionalizadora do sistema processual, onde se individualiza o objeto e os motivos do futuro recurso da parte lesada. Dessa forma, não se pode fundamentar a sentença de qualquer maneira, mas sim atendendo as formalidades que a Lei cobra, isto é, atendendo o art. 93, IX, da Constituição Federal e o art. 489, §1º do código de processo civil.

Os vícios na fundamentação são comuns, por isso o nosso ordenamento aceita duplo grau de jurisdição, ou seja, a possibilidade de recorrer de uma sentença. Contudo, os tribunais superiores não podem reforçar os vícios, mas tem o dever de aplicar a lei e interpretá-la da melhor forma. De exemplo no presente trabalho, foi debatido o caso da fundamentação *per relationem* ou da fundamentação implícita, a qual baseia-se na teoria da fundamentação suficiente, duas correntes que não encontram respaldo legal para sua aplicação, ainda mais sob a análise do art. 489, §1º, incisos I e V do código de processo civil.

É notório que o processo penal cuida de um dos bens constitucionais mais importantes do indivíduo, isto é, da liberdade e, por outro lado, o processo civil cuida, em regra, de litígios envolvendo a esfera patrimonial. É lógico que, em razão da importância dos direitos debatidos numa sentença penal, haja maior controle e maior formalidade no momento de prolação da sentença, infelizmente cenário que não se vê na atual codificação.

Os motivos que levaram ao legislador infraconstitucional em tempos de 1941 a não optar por limitar a fundamentação do magistrado são diversos, desde o

cenário político mundial à própria Constituição Federal de 1935, que não possuía nenhuma menção à motivação das decisões judiciais.

O direito é uma construção, não se solidifica no tempo, mas é algo fluído, que atende os interesses de uma determinada população num tempo e espaço. Dessa forma, a analogia pode ser empregada para dar esse caráter dinâmico do direito, visto que é admitida em situações que exista omissão, uma lacuna da legislação e o processo penal admite tal instituto, encontrando sustentáculo no art. 3º do código de processo penal.

Aqui a analogia não visa sanar uma simples lacuna, mas sim dar tutela a um princípio constitucional inserido no art. 93, IX da Constituição Federal. Não obstante, uma sentença mal fundamentada não afronta apenas o princípio da motivação das decisões judiciais, mas consequentemente afronta o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório, visto que na fundamentação da sentença devem ser utilizados elementos debatidos em sede de contraditório e, caso não seja dessa forma, o juiz estará surpreendendo a parte, ou seja, ferindo o contraditório. Do mesmo modo, as razões de direito e de fato abarcadas na fundamentação serão utilizadas para individualizar o futuro recurso, caso elas não sejam escritas de modo coerente, isto é, sem a devida estruturação e motivação, ocasionarão prejuízo ao futuro recurso da parte recorrente, dessa forma, ferindo a ampla defesa.

Não há diferenças ontológicas entre as sentenças processuais civis e processuais penais, assim, a analogia poderia ser empregada sem maiores esforços. Nesse sentido tem se posicionado a jurisprudência dos tribunais superiores e demais tribunais estaduais, isto é, de que o processo penal pode buscar refúgio no processo civil.

Portanto, a analogia que visa sanar uma lacuna histórica, perscrutar o caráter instrumental do processo penal e salvaguardar os princípios constitucionais deve ser empregada, ainda mais envolvendo duas codificações que tratam, em sua maioria, de normas de procedimento, não enfrentando qualquer obste, até mesmo dos tribunais superiores.

REFERÊNCIAS

ABADE, Denise Neves. **Processo Penal**. São Paulo: Editora Método, 2014. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5584-7/>. Acesso em: 25 maio 2018.

ADAMY, Pedro Guilherme Augustin. **Vagueza normativa e transições políticas.** Disponível em: <https://www.academia.edu/4177000/Vagueza_Normativa_e_Transições_Politicas>. Acesso em: 23 maio 2018.

AVENA, Norberto. **Processo Penal Esquematizado**. 8. ed. São Paulo: Método, 2016. 1433 p.

BEARD, Mary; HENDERSON, John. **Antiguidade Clássica**: Uma brevíssima introdução. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 9584/RJ. Relator: Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro. Brasília, DF, 15 de junho de 1999. **Diário de Justiça Eletrônico.** Brasília, 23 ago. 1999. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/409470/habeas-corpus-hc-9584-rj-1999-0045793-5?ref=juris-tabs>. Acesso em: 19 maio 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 175.603 - DF. DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS. Relator: MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE. Brasília, DF, 25 de outubro de 2011. **Diário de Justiça Eletrônico.** Brasília, 15 dez. 2011. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21022876/habeas-corpus-hc-175603-df-2010-0104622-4-stj/inteiro-teor-21022877?ref=juris-tabs>. Acesso em: 22 maio 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 666.282/RJ. Relator: ministro Mauro Campbell Marques. Brasília, DF, 14 de abril de 2015. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 17 abr. 2015. Disponível em: <https://www.arquivojudicial.com/processo/cwbI5ieEv>. Acesso em: 22 maio 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 214.049-SP. Relator: Min. Nefi Cordeiro, Rel. para acórdão Min. Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, DF, 05 de fevereiro de 2015. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 10 mar. 2015. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD='0557'>. Acesso em: 22 maio 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral na Questão de Ordem no Agravo de Instrumento nº 791.292 - PE. HSBC Bank Brasil. Fernando Soares de Lima. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 23 de junho de 2010. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 13 ago. 2010. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=613496>. Acesso em: 22 maio 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 26.163 - DF. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, DF, 24 de abril de 2008. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 05 set. 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=546045>. Acesso em: 22 maio 2018.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Embargos de Nulidade - Acordão nº ENUL 1.769 RS 2008.71.05.001769-2. Relator: Desembargador Victor Luiz dos Santos Laus. Porto Alegre, RS, 17 de maio de 2012. **Diário de Justiça Eletrônico**. Porto Alegre, 04 jun. 2012. Disponível em: <https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23341594/embargos-infringentes-e-de-nulidade-enul-1769-rs-20087105001769-2-trf4>. Acesso em: 25 maio 2018.

_____. Decreto-lei no 4.657, de 04 de setembro de 1942. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.** Rio de Janeiro, RJ, 04 set. 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 16 maio 2018.

_____. Decreto-lei nº 3.931, de 03 de outubro de 1941. **Lei de Introdução do Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro, RJ, 13 dez. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del3931.htm>. Acesso em: 22 maio 2018.

_____. Lei no 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**.. Brasília, DF, 16 mar. 2015. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 16 maio 2018.

_____. Decreto-lei no 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal.** Rio de Janeiro, RJ, 03 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 22 maio 2018.

_____. Constituição (1988). **Constituição Federal**, de 5 de novembro de 1988. Constituição Federal. Brasília, DF, 5 nov. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 22 maio 2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547217273/>. Acesso em: 25 maio 2018.

FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal**: a constituição penal. 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. 179 p.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. 925 p. Tradutores: Ana Paula Zomer Sica; Fauzi Hassan Choukr; Juarez Tavares; Luiz Flávio Gomes.

GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**: Processo de conhecimento. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015. (Volume II). Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-6473-3/>. Acesso em: 25 maio 2018.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral. 17. ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2015. 885 p. (Volume I).

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 1834 p.

MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Atlas S.a, 2014. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522486687/cfi/3!/4/4@0.00:0.00>. Acesso em: 26 maio 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Danial. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. 1341 p.

MASSON, Cleber. **Código Penal Comentado**. 3. ed. São Paulo: Editora Método, 2015. 1765 p.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal.** 17. ed. São Paulo: Atlas s.a, 2005. 849 p.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo código de processo** civil: comentado artigo por artigo. Salvador: Juspodivm, 2016. 1885 p.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2015. 1065 p.

PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. 168 p.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal.** 11. ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2006. 854 p.

SILVA, Edimar Carmo da. **O princípio acusatório e o devido processo legal**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2010. 168 p.

STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). **Comentários ao código de processo civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 705.

TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil**: Apresentação da edição brasileira por Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2015. 429 p.



Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul
Pró-Reitoria de Graduação
Av. Ipiranga, 6681 - Prédio 1 - 3º. andar
Porto Alegre - RS - Brasil
Fone: (51) 3320-3500 - Fax: (51) 3339-1564
E-mail: prograd@pucrs.br
Site: www.pucrs.br