

ARGUMENTAÇÕES PROBATÓRIAS NO PROCESSO PENAL

PROBATORY ARGUMENTATIONS IN THE CRIMINAL PROCEDURE

 **Ney de Barros Bello Filho**

Pós-doutor em Direito Constitucional pela PUC-RS
Universidade Nove de Julho (Uninove)
São Paulo/SP. Brasil
ney.bello@gmail.com

 **Guilherme Gomes Vieira**

Mestre em Direito pela Universidade de Brasília
Universidade de Brasília.
Brasília/DF. Brasil
vieiraguilherme.g@gmail.com

Resumo: A argumentação judicial consiste em importante mecanismo que assegura o distanciamento entre o exercício jurisdicional e as perspectivas subjetivas do julgador. O problema de pesquisa corresponde ao peso atribuído, pelos magistrados, à argumentação vinculada a provas no âmbito penal. Por meio do método dedutivo e de pesquisa bibliográfica, propõem-se reflexões acerca do dever de fundamentação das decisões judiciais no âmbito criminal, em que a presunção de não culpabilidade influencia os aspectos probatórios. Apresentam-se considerações sobre as argumentações de fato no cenário da instauração da ação penal e, posteriormente, na conjuntura da aplicação da pena. A título de conclusão, evidencia-se que a argumentação sobre fatos, na esfera criminal, deve ser concebida de forma comprometida, afastando-se a potencial irracionalidade na fundamentação da decisão judicial.

Palavras-chave: Processo penal. Argumentação. Prova.

Abstract: The judicial argumentation consists of an important mechanism that ensures the distance between the jurisdictional exercise and the subjective perspectives of the judge. The research problem corresponds to the weight attributed, by the magistrates, to the argumentation linked to evidence in the criminal sphere. Through the deductive method and bibliographic research, reflections are proposed about the duty to base judicial decisions in the criminal sphere, in which the presumption of non-culpability influences the evidential aspects. Considerations are presented about the de facto arguments in the scene of the initiation of criminal action and, subsequently, in the context of the application of the penalty. As a conclusion, it is evident that the argumentation about facts, in the criminal sphere, must be conceived in a compromised way, removing the potential irrationality in the grounds of the judicial decision.

Keywords: Criminal procedural law. Argumentation. Evidences.

Para citar este artigo (ABNT NBR 6023:2018)

BELLO FILHO, Ney de Barros; VIEIRA, Guilherme Gomes. Argumentações probatórias no processo penal. *Revista Thesis Juris – RTJ*, São Paulo, v. 9, n. 2, p. 380-396, jul./dez. 2020. <http://doi.org/10.5585/rjt.v9i2.17576>.

Introdução

O Poder Judiciário, no âmbito de sua atividade-fim, concretiza suas funções por meio da atuação de seus membros, que efetivam o exercício jurisdicional como parte do Estado (PERO, 2001). Resolver ou acomodar conflitos, estabilizando as relações sociais é a função precípua do juiz.

No modelo constitucional brasileiro, os integrantes do Judiciário não se submetem ao escrutínio da maioria e, por esta razão, a sua legitimidade não está ancorada no procedimento eleitoral, mas em outra construção interpretativa consolidada no texto constitucional. Assim, a forma de legitimar a atuação do Judiciário é buscada justamente na fundamentação das decisões, na argumentação racional e convincente acerca de normas e de fatos, conforme diretrizes constitucionais brasileiras desde a República.

Se é possível compreender o Poder Judiciário aristocrático do Império como expressão do poder centralizador e legitimado pela nomeação pura e simples por parte do Imperador, já não é possível perceber no modelo republicano idêntica legitimação, máxime quando se vê consolidado o Estado Democrático de Direito.

No processo penal, a fundamentação dos pronunciamentos judiciais é obrigação ainda mais sensível, uma vez que a busca de uma decisão criminal bordeja com mais premência a liberdade e as sanções que importam na supressão desta mesma liberdade. Demais disso, há conexão direta com a realização dos direitos fundamentais, haja vista a possível restrição do direito de locomoção, bem como o cerceamento de outras liberdades fundamentais.

Isso implica dizer que, para reduzir direitos de matriz constitucional e direitos fundamentais de primeira geração, faz-se mister justificar e fundamentar decisões, exercitando, assim, a legitimidade material que justifica a atuação do Poder Judicial. A realização republicana da jurisdição pressupõe decisão fundamentada, razão pela qual a legitimação decisória no Estado Democrático de Direito só se alcança com a argumentação judicial.

Dessa forma, considerando a natureza processual penal e as correspondentes orientações normativas, nota-se que a análise dos aspectos probatórios, notadamente em relação aos fatos imputados pela acusação, deve ser realizada de forma substancial e transparente pelo magistrado.

Isso porque as perspectivas adotadas no processo penal demandam a comprovação, para além da dúvida razoável, do fato típico imputado ao acusado, o que, conseqüentemente, implica a demonstração do arcabouço fático-probatório atinente à autoria e a materialidade do delito.

Nesse sentido, o artigo 386 do Código de Processo Penal (BRASIL, 2019a) assinala hipóteses em que o magistrado deve absolver o réu por ausência de lastro probatório mínimo que justifique a tese da imputação. Quase a totalidade dessas situações se vinculam à comprovação da existência do fato imputado ou da participação do acusado na infração penal, o que implica afirmar que a aplicação republicana e moderna da sanção através do Estado traz como pressuposto material de legitimidade a fundamentação da decisão.

Verifica-se, portanto, que a argumentação judicial sobre provas corresponde a importante instrumento que viabiliza a condução e a conclusão do processo penal de forma adequada, notadamente no que concerne à instauração da ação penal e à aplicação da respectiva sanção.

A justificativa da pesquisa se relaciona com a relevância das argumentações judiciais probatórias – argumentação sobre fatos e provas - a partir do imprescindível embasamento fático no processo penal. Nesse sentido, concebe-se a argumentação judicial como aquela realizada pelo magistrado, a qual engloba a perspectiva probatória (vinculada a fatos) e a abordagem normativa (atinente a direitos).

No âmbito criminal, a sanção e o processo somente são materialmente legítimos quando se lastreiam na argumentação justificada acerca dos fatos que lhe concedem justa causa.

Os pressupostos da pesquisa são, notadamente, a legitimação do Poder Judiciário por meio da fundamentação inerente às suas próprias decisões e a necessidade de argumentação judicial sobre os fatos, que advém ao processo através das provas, única forma de, republicanamente, em um Estado Democrático de Direito, garantir a legitimação pelo convencimento, bem como a racionalidade e aceitação da decisão judicial criminal.

Desta maneira, o objetivo da pesquisa corresponde à confecção de reflexões teóricas acerca da argumentação probatória, a qual não é tão presente, na doutrina correlata, quanto o estudo de argumentações de aspectos jurídicos (ATIENZA, 2013), de forma a contribuir com o incremento dos alicerces conceituais correspondentes.¹

Para atingir o objetivo proposto, o artigo utiliza o método dedutivo e a pesquisa bibliográfica, os quais são concretizados por meio da análise teórica de livros, de artigos científicos publicados em periódicos e da legislação correlata.

¹ De acordo com Atienza (2013, p. 163), o fato de o estudo da argumentação se voltar, majoritariamente, para Tribunais Superiores implica a maior concentração de pesquisas no campo de argumentos de direito – e não de fatos –, razão pela qual o arcabouço teórico-doutrinário relativo a questões argumentativo-probatórias apenas foi intensificado nas últimas décadas.

1 O exercício jurisdicional e a fundamentação das decisões judiciais

O Estado constitucional legitima e organiza seus três Poderes por meio de um conjunto de deveres e faculdades aos quais se submetem todos aqueles que cumprem funções públicas de exercício de Poder.

Desse modo, no âmbito do Estado Democrático de Direito, todos os Poderes estão subordinados às diretrizes e às obrigações consignadas nas normas do ordenamento jurídico (SOUZA, 2008).

O exercício da magistratura não corresponde à atitude de decidir sobre um feixe de atos praticados na comunidade, guiado pela própria compreensão de moralidade, de ética, de política ou de religião do juiz. Não se trata, portanto, de uma atuação subjetiva e pessoal (MARIQUITO, 2011).

A compreensão moral e a tessitura ética ou incremento valorativo que envolvem o magistrado não legitimam a sua atuação na medida em que o cumprimento das regras de direito positivo e a fundamentação de suas decisões é que dão constitucionalidade à atuação judicial.

Complementarmente, a atividade jurisdicional não consiste em ouvir a voz das ruas – que, como afirmava João do Rio (1995), pode ser cruel –, e sim em palmilhar nos limites do que está constitucionalmente definido. O norte da atuação do julgador são as provas e o direito positivo, e a sua obrigação de fundamentar as decisões e argumentar sobre elas constrói a legitimação material da sua decisão.

A submissão à constitucionalidade da atuação jurisdicional e a guarda da obediência aos deveres impostos pela Constituição localizam o magistrado no pacto político que a modernidade oferece, por intermédio da obediência às bases do Estado Democrático de Direito. A legitimidade do Judiciário é diferente das legitimidades do Executivo e do Legislativo, porque não pode ser redutível ao desejo da maioria ou ao desejo das urnas.

Nessa perspectiva, é inconcebível que o juiz ceda ao apelo popular, uma vez que a legitimidade e a razão de ser do Judiciário são integralmente constitucionais. Sua garantia decorre do que fora pactuado na sociedade entre diferentes e iguais; maioria e minoria.

Esse cenário implica a necessidade de o juiz fundamentar suas decisões, argumentando e justificando os raciocínios e as opções de escolha jurídica no momento em que decide (ATIENZA, 2004). Dessa forma, observa-se o disposto no art. 93, IX, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 2020) e as previsões da legislação infraconstitucional – a exemplo do art. 489, § 1º, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2018b) e dos arts. 155, 283, 315 e 381, III, do Código de Processo Penal (BRASIL, 2019a).

No âmbito criminal, destaca-se a recente alteração determinada pela Lei 13.964 (BRASIL, 2019c), a qual deu nova redação ao art. 315 do diploma processual penal (BRASIL, 2019), exigindo-se, expressamente, a fundamentação concreta acerca de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a decretação, a substituição ou a denegação da prisão preventiva e de outras cautelares.

Dessa forma, além da novidade argumentativa-probatória, o legislador concretizou a incidência das normativas do art. 489, § 1º, do diploma processual civil (BRASIL, 2019b) ao regramento do Código de Processo Penal, notadamente no que tange a hipóteses em que determinada decisão judicial não é considerada fundamentada.

Nesse sentido, os magistrados devem observar as diretrizes basilares do Estado Democrático de Direito (BARBOSA MOREIRA, 1988), o que contempla a fundamentação das decisões judiciais na qualidade de legitimação do exercício jurisdicional (TARUFFO, 2015). O dever de fundamentação, argumentação e justificação das escolhas configura, portanto, não apenas determinação constitucional, mas razão de ser do próprio magistrado.

Dessa forma, a argumentação judicial proporciona a identificação do itinerário lógico trilhado pelo juiz até a confecção da decisão proferida (CALAMANDREI, 1977), notadamente em razão de o poder ser legitimado por intermédio da força do argumento (MANZI, 2009).

Nesse contexto, o dever de fundamentar as decisões judiciais – e, portanto, de evidenciar a correspondente argumentação – resulta “da tendência dos sistemas políticos contemporâneos de ampliar as bases de um regime democrático participativo, caracterizado por sua universalidade” (SILVA, 2008, p. 454).

O referido cenário é acentuado ao se considerar que o campo jurídico é uma área do conhecimento argumentativa (MACCORMICK, 2008) e que existe a possibilidade de haver decisões judiciais válidas e, concomitantemente, destituídas de argumentações substanciais. A legitimidade formal não implica, necessariamente, em legitimidade material, razão pela qual é possível encontrar decisões institucionalmente válidas, sistemicamente executáveis, mas que sejam ilegítimas materialmente por absoluta carência de fundamentação.

No âmbito criminal, mais relevante se torna a observância da fundamentação da decisão judicial e da respectiva argumentação, tendo em vista que é preciso demonstrar em razão de quais motivos determinantes o acusado é culpado e em que medida ele merece suportar a reprimenda imposta. Deve-se evidenciar, portanto, a compatibilidade da decisão judicial em relação aos fatos confirmados e às normas jurídicas aplicáveis (MACCORMICK, 2009).

O mencionado contexto é ainda mais evidenciado ao se considerar que o direito penal e o direito processual penal viabilizam a potencial limitação do direito de locomoção, o qual

possui especial relevo e proteção, bem como corresponde a uma garantia fundamental na conjuntura democrática.

Assim, concebendo-se a reinterpretação constitucional do direito penal e do processo penal (FILGUEIRA, 2013) e a dinâmica das mudanças nos campos social e criminal (FERRAZ JUNIOR, 2008, p. 185), verifica-se que a aplicação da hermenêutica na seara penal constitui desafio contemporâneo para os integrantes do sistema de justiça (SANTOS, OLIVEIRA e RODRIGUES, 2016), notadamente em relação aos magistrados, justamente por haver limites à atividade interpretativa – a exemplo da proibição da analogia desfavorável ao réu.

Igualmente em razão do imperativo constitucional, o estado de base do processo penal é a inocência, o que, no Brasil, foi concretizado no art. 5º, LVII, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 2020). Assim, ainda que clamores públicos, desejos morais ou objetivos políticos ou compreensões religiosas tomem o réu como presumivelmente culpado, a presunção de não culpabilidade é dogma do pacto político e imposição constitucional.

Isso porque a presunção de não culpabilidade, garantia decorrente da dignidade da pessoa humana (PUENTE, 2006) e correspondente a um direito fundamental, implica o reconhecimento do acusado na qualidade de não culpado até que haja prova contrária consubstanciada em decisão judicial que conclua pela condenação do acusado (FERRAJOLI, 2002).

Ademais, verifica-se que a presunção de não culpabilidade se correlaciona com outros direitos e garantias, a exemplo da assistência por defensor público ou por advogado; da não autoincriminação; e da possibilidade de se recorrer contra decisões judiciais (WERMUTH; ASSIS, 2017).

Desse modo, a presunção de não culpabilidade assinala reflexos processuais, consignando-se a regra probatória (ou de juízo), em que a acusação, que possui o ônus da prova, deve evidenciar a responsabilidade do acusado por intermédio da constatação e da validação dos fatos imputados (GOMES FILHO, 1991).

Nesse sentido, ao aplicar a sanção criminal, o juiz precisa argumentar claramente a ruptura dessa presunção, uma vez que a regra dos estados constitucionais é a liberdade – e não o cárcere. Assim, o magistrado deve atestar os argumentos que embasam a correção de sua decisão, de forma a justificar a não adoção de desfechos alternativos (ROESLER; SANTOS, 2019).

Nada obstante o regramento teórico assinalado, percebe-se que a práxis forense nem sempre concebe a liberdade como regra, de modo a se constatar a adoção de perspectivas

punitivistas em contraste com a presunção de não culpabilidade – inclusive em decisões cautelares, como em prisões preventivas (REIS JÚNIOR; OLIVEIRA, 2020).

É relevante destacar que, no âmbito das prisões preventivas, a fundamentação da decisão judicial correlata deve evidenciar a presença dos requisitos da referida modalidade de prisão, aliada à insuficiência das medidas substitutivas no caso em análise (FIORATTO; FIORATTO, 2019).

É preciso, portanto, interpelar o discurso punitivista e, conseqüentemente, a perspectiva de eficiência penal, sobretudo ao se considerar a necessária proteção aos direitos fundamentais (MENDES; OLIVEIRA, 2019).

A obrigação de fundamentar as decisões judiciais, demonstrando de que forma o raciocínio jurídico conduziu ao resultado apresentado – equivalente à pena imposta –, não se resume, dessa forma, ao enquadramento jurídico da conduta narrada na denúncia, englobando, precipuamente, os fatos.

2 Argumentação de fatos no recebimento da denúncia criminal

O trâmite da ação penal contempla espaços de disputa sobre perspectivas atinentes a circunstâncias fáticas e a normas que incidem sobre estas. No âmbito desse embate entre acusação e defesa que é encerrado com a manifestação judicial, observa-se a estandardização da falta de argumentação vinculada à consolidação de concepções assumidas como veracidade pelo magistrado.

Nesse sentido, o processo criminal apresenta a essência de um embate argumentativo, de modo a se constatar argumentações relacionadas a fatos e acerca de normas jurídicas. O processo penal, portanto, consiste em uma construção de relatos, cujo início demanda o convencimento do magistrado acerca da materialidade e da autoria imputadas.

Complementarmente, para que haja a instauração da ação penal, com o recebimento da denúncia, o órgão acusatório precisa comprovar, ainda que de forma perfunctória, a subsunção das alegações fáticas a uma conduta prevista em lei na qualidade de crime, viabilizando-se a adequação típica, em atenção à diretriz constitucional da tipicidade (TEOTÔNIO, 2016).

Por sua vez, a defesa argumenta que a imputação criminal é insubsistente, de modo que réu não praticou as condutas descritas na denúncia e, portanto, não pode ser responsabilizado pelas alegações assinaladas na denúncia.

É igualmente possível que a defesa argumente que a atuação do indivíduo acusado não corresponde à descrição abstrata da norma que o transforma em fato criminoso, o que afasta a

mencionada adequação típica. A origem de todo o embate narrativo e argumentativo é a denúncia criminal, a qual comporta narrativas colidentes apresentadas pelos envolvidos.

O recebimento da peça acusatória, pelo magistrado, demanda, portanto, a comprovação além da mera coerência das alegações consignadas pelo órgão ministerial ou pelo querelante, critério que diferencia a ficção e a realidade.

César Aira (2004) apresenta construção textual com coerência interna, de forma que o relato apresenta concatenação lógica, apesar de relatar enredo de um extraterrestre que se disfarça de entregador de pizzas nas noites portenhas. Vê-se que a literatura pode ser lógica, mas esse cenário não pode autorizar que relatos literários impliquem a instauração de ações penais, com a potencial restrição de liberdade de determinado acusado.

Desse modo, a denúncia criminal deve apresentar concretude e clareza no que concerne aos fatos assinalados, bem como a comprovação de aspectos probatórios atestados – mesmo que de forma superficial –, situação que corresponde ao lastro mínimo de materialidade e autoria.

Esse cenário deve ser concebido em uma perspectiva constitucional, que englobe a ampla defesa e a presunção de não culpabilidade. A adoção de concepção contrária enseja o recebimento de denúncias criminais sem haver convicção acusatória quanto à veracidade das alegações indicadas, cenário que deturpa a necessária comprovação, ainda que mínima, dos argumentos e a converte em versões plausíveis – e suficientes – acerca da autoria e da materialidade.

A fim de pontuar a diferenciação entre ficção e realidade; literatura e processo penal, faz-se necessária a presença da justa causa, que consiste na certificação básica que autorize o recebimento da peça acusatória pelo juiz e sustente o relato apresentado pela acusação (CORRÊA, 2017). Não bastam, portanto, indícios; é preciso haver um conjunto de provas que amparem as narrações.

Não se exige, nesse momento processual, a comprovação da culpa além da dúvida razoável e em intensidade similar àquela demandada na seara de uma condenação criminal definitiva. Nada obstante, o órgão acusatório deve mencionar as provas lícitas e os instrumentos empregados para esclarecer as suas alegações, de modo a adequar a argumentação aos acontecimentos do mundo real.

No âmbito do Estado Democrático de Direito, a processualística penal assegura a paridade de armas entre defesa e acusação, com a possibilidade equânime de atuação, de modo que, para fins de concretização da reprimenda penal, ”é inadmissível que a base da

argumentação que dá veracidade à narrativa da acusação, dotando-a de justa causa, seja desconhecida do acusado” (BELLO FILHO, 2019).

O desconhecimento acerca de construções argumentativas contidas na denúncia criminal e o relato inverídico da acusação – ainda que internamente consistente – implicam a inviabilidade de compreensão, por parte do acusado, das imputações confeccionadas e, em um contexto contemporâneo, devem ser coibidos, sob pena de se concretizar, em processos reais, a trajetória dramática de Josef K. (KAFKA, 2000).

Dessa forma, o acusado precisa ter acesso ao material argumentativo relacionado aos fatos imputados a ele em razão da natureza dialógica entre acusação e defesa, notadamente porque o debate em torno da existência de justa causa para o recebimento da denúncia apenas pode ser efetivado caso os elementos probatórios estejam disponíveis àqueles que participam do processo penal, sem considerar, nesse caso, as questões que serão produzidas durante a instrução processual. Caso contrário, há prejuízos à elaboração da defesa prévia, na qualidade de primeira manifestação do réu antes do recebimento da peça acusatória (BRASIL, 2019a).

Assim, o réu não pode ser concebido na qualidade de objeto do processo penal, mas sim como “um sujeito de direitos na instrução processual, possuindo, destarte, uma série de direitos e garantias individuais” (AGUIAR; PAULINO, 2016, p. 772), incluindo o acesso amplo aos elementos probatórios vinculados à imputação criminal.

Complementarmente aos argumentos fáticos utilizados no momento da instauração da ação penal, é igualmente importante tecer reflexões acerca da argumentação de fatos na fase da aplicação da pena.

3 Argumentação de fatos na aplicação da sanção criminal

Na consolidação da decisão judicial criminal, é preciso que o magistrado analise as provas contidas nos autos e justifique em razão de quais itens probatórios chegou-se à consequência jurídica condenatória.

Sob essa perspectiva, é necessário argumentar para justificar a existência do fato “F”, que se transforma em fato provado, e explicar em razão de que *topoi*² se entendeu que este fato acarreta a prova “P”, que racionalmente atesta o fato “G”, o qual, por sua vez, é típico. Somente após esse exercício de argumentação sobre fatos é possível construir a argumentação normativa – *stricto sensu* ou propriamente dita –, a qual engloba a análise do direito.

² De acordo com Viehweg (1979), *topoi* corresponde a concepções pré-estabelecidas relativas a razões de decidir que prescrevem posicionamentos em determinado sentido.

A argumentação probatória no processo penal – e a consequente justificação da prova de atos praticados que serão a base da argumentação judicial para subsunção da consequência punitiva – corresponde a um capítulo pouco explorado da dogmática jurídico-filosófica, sendo até mesmo negado pela jurisdição criminal.

Na despedaçada segunda década do século XXI – quando ganhos extremamente importantes na seara da inibição de crimes foram ombreados a voluntarismos heroicos, a moralismos irracionais e a punitivismos medievais –, a argumentação sobre questões probatórias não representava aspecto relevante e, desse modo, foi esquecida, uma vez que a presunção de algo como provado passou a ser mais forte do que a racionalidade da argumentação, que leva um fato específico a provar um fato criminoso.

Nessa concepção, exemplificativamente, se “A” é negro, mora no morro, foi abordado na favela às três horas da manhã e está armado, a conclusão correspondente seria a de que o mencionado indivíduo é traficante ou assaltante. Assim, se houve um assalto no asfalto às duas da manhã; se alguém foi preso com droga às três e meia, logo “A” é o assaltante ou o traficante.

No exemplo citado – fatos concretos e reais de um processo penal com sentença condenatória – a argumentação por presunção está carregada de pressupostos e pré-compreensões que induzem a uma consequência que não é fruto de argumentação sobre fatos e nem resiste a uma análise do seu contexto de justificação.³

O local de moradia, a cor da pele – embora não declarada explicitamente –, o porte ilegal de arma e o horário da abordagem jogam a função de justificativas não a partir de uma relação de causa e efeito, mas desde os preconceitos e concepções morais do julgador.

O contexto de descoberta deixaria claro que a decisão é facilmente justificável para um juiz integrante da classe média, branco, atraído para a magistratura por um salário superior a trinta mil reais, que não conhece a favela, o mundo dos morros ou a violência urbana e tende a utilizar suas pré-compreensões como elementos de definição da sua própria argumentação. (BELLO FILHO, 2019).

Nesse contexto, é importante ressaltar que questões raciais e política criminal constituem aspectos interligados que tangenciam a seletividade do sistema penal (PESSOA; LIMA, 2019), inclusive no que tange às argumentações judiciais condenatórias.

³ As teorias *standard* da argumentação categorizam, ainda que de modo didático, a argumentação em dois estágios, consistentes nos contextos de descoberta e de justificação. O primeiro consiste no exame das causas que influenciam o magistrado a confeccionar certa decisão (questões amparadas por diversas ciências sociais, a exemplo da psicologia, da sociologia e da história); o segundo corresponde à investigação das razões de determinada decisão, a fim de reputá-la aceitável ou justificada, o que se vincula à teoria do direito (WRÓBLEWSKI, 1974; STRUCHINER, 2018).

Por outro lado, é possível verificar, no caso de “Y”, servidor público que determina uma ordem de pagamento para a empresa “Z”, a vista de uma medição “M” que atesta a realização dos serviços, a sua condenação por corrupção passiva quando a medição “M” era fraudulenta e os serviços não foram executados e quando a empresa “Z” e o proprietário “P” respondem a vários processos da mesma natureza.

A compreensão de que o Brasil é um país contaminado pela corrupção e de que todo funcionário público – ou político – é necessariamente “bandido” enseja que o fato “M” praticado em benefício da empresa “Z” do proprietário “P” seja imediatamente atribuído – em coautoria ou conluio – ao servidor “Y”. A justificativa, ou o seu arremedo, é guiada não pela racionalidade da argumentação sobre fatos, mas tão somente por prévias concepções que justificam a decisão.

Em ambos os casos, há uma série de elementos que não são considerados no processo de argumentação, uma vez que as escolhas dos vínculos entre fato “B” (razão da prova) e fato “C” (fato atestado) são confeccionadas por outros critérios que não a racionalidade da argumentação judicial.

Nos exemplos – ambos reais e oriundos de processos concretos –, “A” poderia ter saído de casa para realizar alguma atividade social lícita, armado por medo de ser assaltado, e não ter relação com a droga encontrada posteriormente ou com o assalto praticado horas antes.

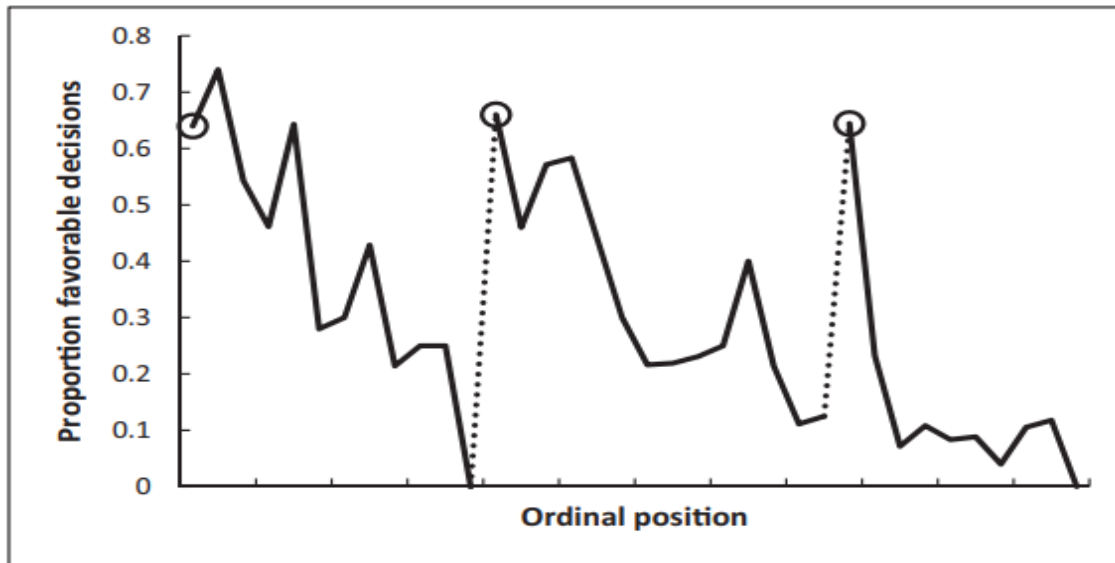
Por sua vez, “Y” poderia ter assinado a ordem de pagamento em total crédito ao documento firmado por funcionário técnico de outra área do conhecimento e juntado ao processo atestando a obra, nem sequer conhecendo o proprietário da empresa contratada.

Os contextos de justificação de ambas as decisões mostram que critérios de pré-compreensão – o senso comum, a origem social do juiz, a sua moralidade interna e a sua compreensão política – afetam as escolhas dos vínculos fáticos, permitindo a normalização de seus pressupostos como guias condutoras do reconhecimento de veracidade.

Desse modo, assim como qualquer pessoa, considerando-se a essência humana, o juiz é incapaz de se desvincular, de forma integral, dos seus “traumas, complexos, paixões e crenças (sejam ideológicas, filosóficas ou espirituais) no desempenho de suas atividades cotidianas” (PAMPLONA, 1998, p. 1).

Nesse contexto, destaca-se pesquisa empírica realizada por Danziger, Levavb e Avnaim-Pesso (2011), cuja conclusão assinala que fatores extrajurídicos (psicológicos, políticos e sociais) influenciam a tomada de decisões de juízes, consoante evidencia a Figura 1.

Figura 1 - Gráfico relativo à quantidade de decisões favoráveis a favor de encarcerados ao longo do dia



Fonte: *Extraneous factors in judicial decisions* (2011).

O eixo das ordenadas (vertical) da Figura 1 evidencia a quantidade de decisões judiciais favoráveis, enquanto o eixo das abscissas (horizontal) representa o decurso de tempo ao longo do dia de trabalho. Por sua vez, os círculos assinalam os momentos em que o magistrado se alimentou.

A pesquisa sustenta em seu relatório final, que os intervalos para alimentação exercem influência no que concerne ao quantitativo de decisões favoráveis. Assim, logo após a refeição, o magistrado tende a proferir mais deliberações a favor do indivíduo encarcerado. Por outro lado, quanto mais distante do momento em que ocorre a alimentação, maiores as chances de haver decisões contrárias à parte.

O trabalho de Danziger, Levav e Avnaim-Pesso (2011) demonstra que fatores aparentemente aleatórios podem influenciar diretamente uma decisão judicial, que deixa de se pautar pela argumentação fática e pela observância do direito positivo para, inegavelmente, guiar-se pelos condutores irrelevantes no contexto material.

Se a pesquisa, obviamente feita por amostragem, aponta um padrão repetitivo, descrevendo corretamente uma motivação metajurídica para tomada de decisão, há de se perceber que não é a fundamentação e a argumentação que conduzem à decisão, mas fatores outros.

A dar crédito ao resultado da pesquisa cujo o gráfico se mostra, há total carência de legitimidade material em grande parte das decisões, pois o fator determinante das suas construções nada tem a ver com direito ou com argumentação judicial ou comprovação factual.

Vê-se, na pesquisa, que fatores do cotidiano (a exemplo da alimentação) são potenciais influenciadores das decisões prolatadas por magistrados. Nessa perspectiva, é notório que os elementos de formação do indivíduo que ocupa o cargo de juiz influenciam a tomada de decisão, ainda que por meio do subconsciente.

Nada obstante a neutralidade humana constituir situação impossível (ZAFFARONI, 1994, p. 107-110), notadamente ao se conceber que os julgadores são seres cujas perspectivas foram construídas ao longo de suas experiências, o ordenamento jurídico, notadamente no âmbito das previsões da Constituição Federal, viabiliza a observância da imparcialidade, representada pela localização equidistante do magistrado em relação às partes, o que implica o processo dialético (CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, 1993) e, especialmente na seara processual penal, o comprometimento com a argumentação de fatos.

Desse modo, faz-se necessário que o Judiciário exercite o dever de justificação fática da decisão condenatória, notadamente em razão do momento processual, em que se exige a validação da autoria e da materialidade por intermédio das provas contidas nos autos. A argumentação normativa e a argumentação probatória conferem legitimidade à decisão, realizando o papel constitucional do juiz no Estado Democrático de Direito.

Conclusão

A argumentação judicial deve ser concebida como importante instrumento que viabiliza a adequada atuação constitucional dos magistrados, notadamente no que concerne à fundamentação de decisões judiciais no âmbito de processos penais.

Dessa forma, nota-se que deve haver a devida preocupação dos membros do Poder Judiciário no que tange à sua atuação nos diversos momentos que compõem o procedimento criminal, especialmente em relação a aspectos probatórios.

A desvalorização dessa argumentação judicial deve ser reprovada, uma vez que se desassocia das diretrizes constitucionais vinculadas ao exercício jurisdicional, notadamente em razão da relevância das provas no âmbito penal.

Nesse sentido, a desconsideração da argumentação equivaleria à concepção de que, por exemplo, Toumin (2006), Atienza (2013) ou Alexy (2017) não oferecessem metodologias argumentativas que fossem melhores do que as redes sociais, os grupos de *WhatsApp* ou os âncoras dos jornais de audiência.

É preciso, de forma urgente, pensar a argumentação de fatos, bem como sua vinculação com o apoio das decisões no processo penal, notadamente a fim de estabelecer uma atuação mais apurada e constitucionalmente estruturada por parte dos magistrados.

Não se trata de defesa somente de quem tem a face conhecida na mídia e nas redes sociais. Cuida-se da defesa de indivíduos anônimos, excluídos ou afastados das lides, que correspondem aos rostos mais invisíveis da comunidade.

Justificar as razões vinculadas a circunstâncias que comprovam a realização de um evento criminoso consiste em capítulo fundamental do processo penal, que precisa ser construído para a sua plena realização em um Estado Democrático de Direito, contexto no qual o juiz possa ser constitucional e não aristocrata, como nos tempos do senhor de Villefort, tão bem descrito por Alexandre Dumas (2008).

Júlio Cortazar é literatura; processos conduzidos por maus argumentos são uma realidade. A casa da Justiça não pode ser tomada pelo esotérico e autocrático processo de punição ou pela irracionalidade, sem que as defesas possam ser exercidas a contento e em consonância com os ditames constitucionais.

Referências

AGUIAR, Julio Cesar de; PAULINO, Galtiênio da Cruz. A execução provisória da pena e os direitos e garantias fundamentais: uma análise à luz do garantismo penal e do Estado Social e Democrático de Direito. **Revista Thesis Juris**, São Paulo, v. 5, n. 3, p. 769-788, set./dez. 2016. Disponível em: <https://periodicos.uninove.br/thesisjuris/article/view/9916>. Acesso em: 11 dez. 2020.

AIRA, César. **Las noches de flores**. 1. ed. Buenos Aires: Mondadori: 2004.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria da argumentação racional como teoria da fundamentação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

ATIENZA, Manuel. Argumentación Jurídica y Estado Constitucional. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí-SC, v. 9, n. 1, p.9-20, jan./abr. 2004.

ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentação jurídica**. Tradução de Claudia Roesler. Curitiba: Alteridade, 2013.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. *In*: **Temas de Direito Processual**. 2ª Série. Rio de Janeiro: Saraiva, 1988.

BELLO FILHO, Ney de Barros. A Casa Tomada: argumentações na instauração da ação penal. **Revista Consultor Jurídico**, 21 jul. 2019. Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2019-ago-04/crime-castigo-casa-tomada-argumentacoes-instauracao-acao-penal>. Acesso em 24 set. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, Brasília, DF: Presidência da República [2020]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 18 set. 2020.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 25 set. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2019b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 5 set. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, DF: Presidência da República, [2019c]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 15 set. 2020.

CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados**. Tradução de Ary dos Santos. 6. ed. Lisboa: Livraria Clássica, 1977.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

CORRÊA, Plínio de Oliveira. Justa causa na reforma processual penal brasileira. **Revista do Serviço Público**, v. 40, n. 2, p. 59-64, 7 jul. 2017.

DANZIGER, Shai, LEVAV, Jonathan e AVNAIM-Pessoa, Liora. *Extraneous factors in judicial decisions*. In: PNAS – Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America, 108(17), 6889–6892. <https://doi.org/10.1073/pnas.1018033108>. 2011.

DUMAS, Alexandre. **O conde de Monte Cristo**. Edição definitiva, anotada e ilustrada. Tradução, apresentação e notas de André Telles e Rodrigo Lacerda. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas. 2008.

FILGUEIRA, Elissandra Barbosa Fernandes. A nova hermenêutica do direito penal brasileiro à luz da Constituição Federal de 1988. **Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos**, v. 5, n. 1, 17 out. 2013.

FIORATTO, Débora Carvalho; FIORATTO, Priscilla Carvalho. Da fundamentação necessária para a decretação de medida cautelar pessoal no Estado Democrático de Direito.

Revista Eletrônica de Direito Processual, Rio de Janeiro, ano 13, v. 20, n 1, p. 154-181, jan./abr. 2019.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991.

KAFKA, Franz. **O processo**. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2000.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. Tradução de Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MANZI, José Ernesto. **Da fundamentação das decisões judiciais civis e trabalhistas: funções, conteúdo, limites e vícios**. São Paulo: LTr, 2009.

MARIQUITO, Carla da Silva. **Fundamentação das decisões judiciais: sua importância para o processo justo e seu “desprezo” numa sociedade que tem pressa**. In: Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Vol. VIII, n. 8, 2011.

MENDES, Carlos Helder Carvalho Furtado; OLIVEIRA, Daniel Kessler de. A ilicitude probatória resultante da vulneração do devido processo penal e a constante busca pela “eficiência” processual. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, ano 13, v. 20, n 1, p. 55-81, jan./abr. 2019.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Mito da neutralidade do juiz como elemento de seu papel social**. In: Trabalho & doutrina: processo, jurisprudência, n. 19, p. 160–170, dez., 1998.

PERO, Maria Thereza Gonçalves. **A motivação da sentença civil**. São Paulo: Saraiva, 2001.

PESSOA, Sara de Araújo; LIMA, Fernanda da Silva. Racismo e política criminal: uma análise a partir do documentário 13th – 13ª Emenda. **Revista Thesis Juris**, São Paulo, v. 8, n. 2, p. 275-294, jul./dez. 2019. Disponível em: <https://periodicos.uninove.br/thesisjuris/article/view/10763>. Acesso em: 11 dez. 2020.

PUENTE, Ana María Ovejero. **Constitución y derecho a la presunción de inocencia**. Valência: Tirant lo Blanch, 2006.

REIS JÚNIOR, Almir Santos; OLIVEIRA, Gisele Mara de. Um olhar sombrio da justiça estadual criminal em Maringá, no Paraná: o uso (in)devido da medida cautelar restritiva da liberdade humana. **Revista Thesis Juris**, São Paulo, v. 9, n. 1, p. 167-184, jan./jun. 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.5585/rtj.v9i1.16954>. Acesso em: 11 dez. 2020.

RIO, João do. **A alma encantadora das ruas: crônicas**. Rio de Janeiro: Secretaria Municipal de Cultura, 1995.

ROESLER, Claudia Rosane. SANTOS, Paulo Alves. Argumentação, fatos e verdade no processo penal em estados constitucionais. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, a. 13, v. 20, n. 1, jan./abr. 2019.

SANTOS, Diego Prezzi; OLIVEIRA, José Sebastião; RODRIGUES, René Chiquetti. Métodos interpretativos e direito penal: as consequências da estagnação e da evolução hermenêutica na jurisprudência nacional. **Revista Jurídica**, [S.l.], v. 2, n. 39, p. 260- 276, jan. 2016. ISSN 2316-753X. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/1525>. Acesso em: 26 set. 2020.

SILVA, Ovídio A. Baptista. Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. *In*: MARTINS, Ives Gandra da Silva; JOBIM, Eduardo (coord.). **O processo na Constituição**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2008.

SOUZA, Wilson Alves de. **Sentença Civil Imotivada**. Salvador: Juspodivm, 2008.

STRUCHINER, Noel. Contexto de descoberta: uma análise filosófica de aspectos psicológicos da argumentação jurídica. *In*: REIS, Isaac (org.). **Diálogos sobre retórica e argumentação**. Curitiba: Alteridade, 2018.

TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil**. Tradução de Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

TEOTÔNIO, Paulo José Freire. **Elementos do Direito Penal Contemporâneo**: estudos em Homenagem a Cezar Roberto Bitencourt. Curitiba: Prismas, 2016.

TOULMIN, Stephen Edelston. **Os usos do argumento**. 2. ed. Tradução de Reinaldo Guarany.. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Tradução Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi; ASSIS, Luana Rambo. A pena privativa de liberdade e seu delineamento legal nacional e internacional: descompasso com a realidade operativa do sistema carcerário brasileiro. **Revista Thesis Juris**, São Paulo, v. 6, n.2, p. 280-311, maio/ago. 2017. Disponível em: <https://periodicos.uninove.br/thesisjuris/article/view/9004>. Acesso em: 11 dez. 2020.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. Legal syllogism and rationality of judicial decision. **Rechtstheorie**, n. 5, 1974.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Estructuras judiciales**. Buenos Aires: EDIAR, 1994.